



**Karen Gajardo Sáez**

**LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL  
EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LA  
NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA**

Trabajo de investigación para la obtención del Diploma de  
Estudios Avanzados (DEA)

Tutora: Dra. Alicia Real Pérez. Profesora Titular de Derecho Civil.  
Doctorado Estudios de Derecho Civil.  
Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho.

**Universidad Complutense de Madrid.**

Julio 2014



## TABLA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio
CESL	Propuesta de Reglamento de Normativa Común de Compraventa Europea
CP	Constitución Política Española
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional.
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero.
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984.
LGP	Ley General de Publicidad, Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

LMISI	Ley de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información, Ley 56/2007 de 28 de diciembre.
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996 de 15 de enero.
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Ley 34/2002 de 11 de julio.
PDDC	Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 0614 – C6- 0349/2008 – 2008/0196 (COD)] <sup>1</sup> .
RD	Real Decreto.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007.

---

<sup>1</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2011, disponible on line en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0293+0+DOC+XML+V0//ES>

# LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El deber precontractual de información en la Normativa Común de Compraventa  
Europea -*Common European Sales Law –CESL*

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	009
<b>CAPITULO I. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS EN GENERAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.</b>	
<b>I.1 NOCIONES PREVIAS</b> .....	013
<b>I.2 PERÍODO PRECONTRACTUAL</b> .....	020
I.2.1 Etapas del <i>iter</i> contractual .....	021
I.2.2 Período de formación del contrato .....	025
<b>I.3 EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE Y LOS DEBERES DE CONDUCTA</b> .....	026
I.3.1 La buena fe en el Derecho civil español.....	026
I.3.2 La buena fe y los deberes precontractuales de conducta.....	031
<b>I.4 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN</b> .....	034
I.4.1 Algunas cuestiones doctrinales.....	034
I.4.2 Concepto de deberes de información .....	038
I.4.3 Contenido del deber de información .....	040
I.4.4 Características principales de la información.....	043
I.4.4.1 Claridad.....	044
I.4.4.2 Oportunidad .....	045
I.4.4.3 Transparencia.....	046
I.4.5 Clasificación del deber precontractual de información .....	047
I.4.5.1 Típicos.....	047
I.4.5.2 Atípicos .....	048

I.4.6 Límites del deber de información .....	049
I.4.6.1 Principio de auto información .....	050
I.4.6.2 Límites .....	053

## **CAPITULO II. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.**

<b>II.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS .....</b>	<b>059</b>
<b>II.2 DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DOLO .....</b>	<b>063</b>
II.2.1 Concepto de dolo .....	063
II.2.2 Dolo omisivo.....	066
II.2.2.1 Dolo omisivo en el Derecho civil español.....	066
II.2.2.2 Dolo omisivo y deber precontractual de información .....	069
II.2.3 Dolo bueno.....	071
<b>II.3 DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y ERROR .....</b>	<b>073</b>
II.3.1 Concepto de error.....	074
II.3.2 Requisitos del error.....	075
II.3.2.1 Esencialidad.....	075
II.3.2.2 Excusabilidad .....	077
II.3.3 Error y deber precontractual de información .....	080
<b>II.4 ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....</b>	<b>082</b>

## **CAPITULO III. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL.**

<b>III.1 ANTECEDENTES. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DE CONSUMO .....</b>	<b>087</b>
III.1.1 Origen europeo .....	087
III.1.2 Legislación española .....	088
<b>III.2 NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL.....</b>	<b>091</b>
III.2.1 Algunas consideraciones previas.....	091
III.2.1.1 Noción de consumidor informado.....	091

III.2.1.2 Principio de auto información .....	092
III.2.1.3 Principio de solidaridad .....	093
III.2.1.4 Deber precontractual de información en el Derecho de consumo....	094
III.2.2 Noción de consumidor en la actual legislación española de consumo....	097
III.2.3 Noción de empresario en la actual legislación española de consumo .....	103
III.2.4 La publicidad y su relación con los deberes precontractuales de información...	106
III.2.4.1 Nociones previas .....	106
a) La publicidad como canal de la información.....	106
b) Concepto de publicidad .....	106
c) Publicidad con mensaje comercial.....	108
d) Publicidad y deber de información.....	110
III.2.4.2 Principio de veracidad y principio de integración contractual ...	111
a) Principio de veracidad .....	112
b) Principio de integración contractual .....	117
<b>III.3 TRATAMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE</b>	
<b>    INFORMACIÓN EN EL TRLGDCU .....</b>	<b>119</b>
III.3.1 Nociones previas.....	119
III.3.2 Deber precontractual de información en el TRLGDCU .....	120
III.3.2.1 Libro I.....	121
III.3.2.2 Libro II .....	123
III.3.2.3 Libro IV .....	131
III.3.3 Sistema de sanciones por falta de información (opciones del consumidor)....	134
III.3.3.1 Uso de las normas del TRLGDCU .....	135
III.3.3.2 Uso del Derecho común .....	135
III.3.3.3 Cuadro esquemático de sanciones.....	136
<b>III.4 ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO .....</b>	<b>141</b>
<b><u>CAPITULO IV. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE</u></b>	
<b><u>INFORMACIÓN EN ALGUNOS INSTRUMENTOS DE</u></b>	
<b><u>DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.</u></b>	
<b>IV.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES .....</b>	<b>145</b>
<b>IV.2 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS</b>	

<b>PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL) ...</b>	149
IV.2.1 Antecedentes .....	149
IV.2.2 Deber precontractual de información.....	151
IV.2.2.1 El error .....	152
IV.2.2.2 El dolo.....	155
IV.2.3 Sanción por infracción del deber precontractual de información ....	158
IV.2.3.1 Anulabilidad del contrato por error o dolo .....	158
IV.2.3.2 Indemnización de los daños y perjuicios .....	158
IV.2.4 Algunas conclusiones.....	160
<b>IV.3 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES .....</b>	161
IV.3.1 Antecedentes .....	161
IV.3.2 Deber precontractual de información.....	163
IV.3.3 Sanción por infracción del deber precontractual de información ....	163
IV.3.3.1 Infracción de la buena fe.....	164
IV.3.3.2 Anulabilidad del contrato.....	164
<b>IV.4 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (CÓDIGO DE PAVÍA) .....</b>	166
IV.4.1 Antecedentes .....	166
IV.4.2 Deber precontractual de información.....	168
IV.4.3 Sanción por incumplimiento del deber precontractual de información ....	171
IV.4.3.1 Contrato entre particulares.....	171
IV.4.3.2 Contratos de consumo.....	176
IV.4.4 Algunas conclusiones breves .....	177
<b>IV.5 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR).....</b>	178
IV.5.1 Antecedentes .....	178
IV.5.2 Deber precontractual de información.....	180
IV.5.3 Características del deber precontractual de información .....	181
IV.5.4 Reglas especiales de la información dirigida a consumidores .....	183

IV.5.5 Sanción por incumplimiento del deber precontractual de información ....	187
IV.5.6 Algunas conclusiones breves.....	190
<b>IV.6 CONSIDERACIONES FINALES.....</b>	<b>191</b>

**CAPITULO V. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL).**

<b>V.1 ANTECEDENTES .....</b>	<b>199</b>
V.1.1 Elaboración del proyecto.....	206
V.1.2 Objetivos del Reglamento CESL .....	207
V.1.3 Estructura.....	209
V.1.4 Ámbito de aplicación.....	210
V.1.4.1 Ámbito subjetivo de aplicación.....	210
V.1.4.2 Ámbito territorial de aplicación .....	212
V.1.4.3 Ámbito material de aplicación .....	216
<b>V.2 DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL REGLAMENTO CESL.....</b>	<b>219</b>
V.2.1 Consideraciones previas.....	219
V.2.2 Información precontractual de un comerciante al consumidor.....	222
V.2.2.1 Contrato a distancia o fuera de establecimiento comercial ...	222
V.2.2.2 Otro tipo de contratos .....	227
V.2.3 Información precontractual de un comerciante a otro comerciante...	228
V.2.4 Información precontractual en los contratos celebrados por medios electrónicos.....	229
V.2.5 Régimen de sanciones por incumplimiento del deber precontractual de Información.....	231
V.2.5.1 Indemnización de perjuicios.....	232
V.2.5.2 Exención de pago .....	232
V.2.5.3 Desistimiento del contrato .....	233
V.2.5.4 Anulabilidad del contrato .....	234
a) Error .....	234

b) Dolo.....	235
V.2.5.5 Cuadro esquemático de sanciones.....	238
<b>V.3 BREVES CONCLUSIONES DEL CAPITULO .....</b>	<b>244</b>
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	 <b>247</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	 <b>251</b>
 <b>ANEXOS</b>	

## INTRODUCCIÓN

El tema central del presente trabajo es *el deber de información precontractual en la propuesta de Reglamento sobre una Normativa Común de Compraventa Europea CESL*, específicamente la parte que trata los deberes precontractuales de informar. Para llegar al análisis de estas materias, es necesario ahondar en diversas materias que sin duda se encuentran interconectadas; algunos aspectos del Derecho civil de contratos, del Derecho consumidores a nivel nacional y europeo, algunos instrumentos sobre el Derecho europeo de contratos. Sólo nos referiremos a aquellos aspectos que nos sean de utilidad para llegar a entender el tema central que proponemos.

Antes que todo, queremos aclarar que se trata de un trabajo que une dos enfoques del derecho: por un lado, el *deber precontractual de información* propio del derecho civil de contratos y por otra, su especial regulación en el proyecto CESL, que trata exclusivamente sobre la compraventa transfronteriza de consumo.

En primer lugar, haremos un análisis del *statu quo* o estado actual sobre el deber precontractual de información en el Derecho civil español, basándonos para ello en textos legales y principalmente en la doctrina especializada. Luego haremos un repaso por la principal normativa de consumo española y el tratamiento del deber de informar para tratar de identificar cuáles son los *vacíos o deficiencias* que tiene actualmente la legislación española en esta materia y de que forma la regulación contenida en el Reglamento CESL puede contribuir a salvar dichas carencias.

Más adelante veremos cómo se ha abordado el deber precontractual de información en algunos instrumentos del Derecho europeo de contratos.

Finalmente abordaremos el tratamiento de este deber de información en el Reglamento CESL y analizaremos si realmente existe un avance en esta materia: si contiene una regulación más clara, más completa, o si ofrece soluciones más acordes a los intereses de las partes, especialmente en cuanto al contratante consumidor. Cabe

decir aquí, que si bien el proyecto CESL tiene el carácter de un instrumento *opcional* (tanto *empresario* como *consumidor* deben estar de acuerdo en la aplicación de las disposiciones de este proyecto a su relación contractual) y por lo tanto coexistirá con las actuales regulaciones nacionales y europeas en materia de contratación con consumidores. Toda esa gran gama de leyes nacionales, Directivas y proyectos, estarán igualmente vigentes en el momento de entrada en vigor del respectivo proyecto y seguirán aportando soluciones a los casos que se presenten, con mayor o menor grado de acierto.

A través de algunas interrogantes intentaremos dar algunas ideas generales sobre el contenido de nuestra investigación.

*¿Por qué el Reglamento CESL regula la compraventa?* Porque se trata del contrato masivo por excelencia en materia de consumidores, ya sea relativo a la compra bienes o de servicios. Aunque como luego veremos, en el texto del proyecto CESL se regulan excepcionalmente algunos contratos de otra naturaleza.

*¿Por qué debe tratarse de un contrato transfronterizo?* Porque el mercado interior funciona hoy en día a gran escala, de manera más fluida y más accesible cada vez a un mayor número de consumidores, lo que genera la existencia de compraventas entre personas de países muy distintos, con idioma distinto y principalmente con regulación legal distinta en materia de contratación -específicamente en materia de compraventa- y de protección a los consumidores.

Este fenómeno de *masificación* se debe en gran parte al incentivo de diversos instrumentos europeos (Directivas) que hace años fomentan la libre circulación de bienes y servicios dentro del espacio europeo, pero sin duda uno de los factores que ha influido con más fuerza es el desarrollo exponencial de las tecnologías, que abren el mercado a sectores que antes se veían excluidos de acceso. De ahí la necesidad de regular este tipo de contratos desde una perspectiva cada vez más acorde a nuestros tiempos y que considere al contrato *transfronterizo* como parte de la realidad actual y no como una excepción.

*¿Por qué se exige que sólo se regula la contratación con consumidores?* A nuestro juicio éste no es tanto un requisito, sino el elemento central de la regulación del

proyecto. Del tenor de su texto se extrae que la protección de los consumidores es el factor fundamental, tratando de dar solución a una situación patente en el comercio europeo: contratación a una cantidad cada vez mayor con consumidores cada vez más diversos, con regulaciones diversas en sus países (Derecho de consumidores nacional), las cuales el Derecho europeo no ha logrado unificar o al menos *armonizar* de manera eficiente. En este punto es necesario destacar la gran importancia que ha tenido el derecho de consumidores en el marco europeo y consiguientemente en el derecho español. El derecho de consumo exige hace bastantes años una protección adecuada y una regulación más detallada cuando algún contratante posee la calidad de consumidor y este proyecto no es la excepción.

Como sabemos, el proyecto CESL es el resultado de la tendencia imperante de *armonización y unificación europea en materia de contratos*, por tanto su texto ha sido elaborado teniendo en cuenta sin duda los instrumentos europeos anteriores (Principios Unidroit, DCFR, PECL). De ahí que su regulación sea el resultado de un largo estudio, con pretensiones de mayor efectividad, tratando de salvar algunas carencias existentes. Veamos si se logra ese objetivo.



## CAPITULO I

### **EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS EN GENERAL Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.**

#### **I.1 NOCIONES PREVIAS.**

El deber de información por un lado, es una materia propia del Derecho civil de contratos, ligada al principio general de buena fe y lealtad contractual. La normativa CESL (*Common European Sales Law*), por otra, es un instrumento que trata de resumir los propósitos unificadores del Derecho contractual europeo a la luz de la contratación masiva y transfronteriza, fuertemente influenciado por el principio de protección a los consumidores. Ambos aspectos constituyen el propósito de este trabajo.

Analizaremos cómo ha regulado este moderno instrumento de Derecho opcional (CESL) uno de los deberes precontractuales más estudiados por la doctrina como es el *deber de información*, el cual ha recibido acogida en numerosos textos legales por ser considerado un verdadero garante de la igualdad de las partes durante la contratación, especialmente cuando se trata de contratación con consumidores. Pero sin duda, esta regulación moderna y avanzada tiene un trasfondo histórico que data de muchos años atrás en el Derecho europeo y por lo tanto nos parece conveniente explicar de forma sucinta como se ha llegado a este punto.

1) Si echamos un vistazo general a la teoría del contrato en el Derecho civil, llegamos a la conclusión de que antiguamente la etapa de tratos preliminares era prácticamente ignorada por los estudiosos del Derecho y todos los efectos jurídicos derivados de la negociación dependían de la existencia del contrato definitivo que iba a celebrarse. El período precontractual no formaba parte del estudio del contrato y por tanto, tampoco se estudiaban las consecuencias de las actuaciones de los negociantes durante dicha etapa. Prácticamente no existía noción de “período

precontractual”, el que pasaba prácticamente desapercibido. Esta situación no era fruto de la ignorancia o descuido de parte de los juristas, sino que respondía a las ideas propias del individualismo y liberalismo económico imperantes en la época de la codificación, es decir, tenían un trasfondo histórico<sup>2</sup>. El Derecho se regía por los principios de la *libertad individual* y la *autonomía de la voluntad*<sup>3</sup> y por tanto, si el contrato no se había perfeccionado, las actuaciones anteriores de las partes no eran vinculantes para ellas y no generaban ningún tipo de responsabilidad, siendo libres de abandonar las negociaciones o tratos previos en cualquier momento.

2) A finales del siglo XIX la situación cambia radicalmente cuando aparece en el escenario la doctrina encabezada por Rudolph von Ihering<sup>4</sup>, quién fue el primero en admitir en su obra la existencia de una responsabilidad civil originada en la etapa precontractual (responsabilidad a la que él atribuye naturaleza contractual), otorgándole importancia a los pactos o tanteos previos de las partes antes de prestar su consentimiento y acuñando una expresión que hasta hoy en día es utilizada en esta materia: “*culpa in contrahendo*”. Con el transcurso del tiempo esta teoría sufrió diversas modificaciones y variantes, pero se ha mantenido en esencia hasta nuestros tiempos y sus postulados siguen vigentes.

---

<sup>2</sup> Puede verse más sobre esta materia en GROSSI, Paolo, *De la codificación a la globalización del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2010 y especialmente CARONI, Pio, *Escritos sobre la codificación*, traducción al español de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Editorial Dykinson, Madrid 2012.

<sup>3</sup> En esa época, la teoría que imperaba en materia de negocio jurídico era la llamada *Willenstheorie* o teoría de la voluntad que había cobrado arraigo con la obra de Savigny y cuyo título original corresponde a *System des heutigen römischen Rechts*, publicada en Berlín en 1840. Una versión actualizada e íntegra de la obra original puede verse en SAVIGNY, Fiedrich von, *Sistema del Derecho romano actual*, texto traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Editorial Comares, Granada, 2005.

<sup>4</sup> El título original de su estudio corresponde a “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”, publicada en el cuarto volumen de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, en 1861. Las ideas de Ihering fueron acogidas en algunos preceptos del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) y del Código civil y Código de Obligaciones suizo. No obstante, no se habla de “responsabilidad precontractual” sino hasta mediados del siglo XIX, en que este principio encuentra acogida en los arts. 197 y 198 del Código civil griego (1940) y en los arts. 1.337 y 1.339 del Código civil italiano. Posteriormente se suman otros códigos, como el portugués o el ZGB de la República Democrática Alemana. Así lo sostiene GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz; OTERO CRESPO, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril, 2010, p. 4 y ss.

3) Podemos decir que las ideas originales de Ihering fueron las que impulsaron a la doctrina moderna en España y otros países europeos como Alemania, Francia e Italia, al estudio detallado de la etapa precontractual dentro de la teoría del contrato. Gracias a esta nueva doctrina, la etapa de negociación ya no se encontraba en una especie de “vacío” en el Derecho, sino que podía interpretarse adecuadamente dentro de las mismas normas de la responsabilidad contractual o, extracontractual, llegando incluso a sostenerse, mucho tiempo después, que las actuaciones dañinas provocadas por las partes durante esta etapa darían lugar a una responsabilidad *sui generis*.

Sin duda esta doctrina de la *culpa in contrahendo* ha inspirado a muchos juristas a escribir sobre la materia, pero no sólo se trata de estudios a nivel académico, sino que también ha tenido gran influencia en la legislación y en la jurisprudencia de los países que la han recogido.

4) Si hablamos de legislación interna, encontramos un claro ejemplo de esta tendencia en la regulación actual del Código Civil Alemán (*Bürgerlichen Gesetzbuches-BGB*), el cual tras la reforma del Derecho de obligaciones de 2002 reconoce expresamente la existencia de una responsabilidad precontractual mediante la aplicación de la teoría de la *culpa in contrahendo (c.i.c)*<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Con fecha 1/1/2002 ha entrado en vigor la ley de modernización del derecho de obligaciones del Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), de 26 de noviembre de 2001 (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Su texto fue publicado en el Boletín Oficial Federal *Bundesgesetzblatt* (Diario Federal del Leyes 2001 I 3138 ss). La versión original se encuentra también disponible on line en:

<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XBCBGI0161.pdf>

Los objetivos de esta ley pueden reducirse a los siguientes: 1. Implementar las propuestas de reforma de partes centrales del derecho de obligaciones (Libro I y II) del BGB formuladas durante los años ochenta. 2. Incorporar al ordenamiento jurídico alemán las últimas directivas europeas. 3. Llevar al BGB las leyes especiales sobre protección de consumidores y usuarios.

Sobre éste y otros aspectos de la ley de modernización del derecho de obligaciones, puede verse, LAMARCA MARQUÉS, Albert, “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril, 2001, p. 2 y ss.

El Derecho civil alemán, no sólo ha sufrido una fuerte reforma de su Derecho de obligaciones. Ocho meses más tarde la aprobación de la reforma que acabamos de mencionar, se aprueba la reforma al Derecho de daños (*Schuldrechtsreform*). Sobre ella puede verse el trabajo de MAGNUS, Ulrich, “La reforma del Derecho alemán de daños”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril, 2003, disponible en [http://www.indret.com/pdf/127\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/127_es.pdf)

En España, fuera del ámbito de aplicación del Código Civil, el ejemplo es dado por la legislación catalana. El Código civil catalán, contempla en su Libro I (Disposiciones generales), Título I (Disposiciones preliminares) un precepto del siguiente tenor: “art. 111-7 *Buena fe*: En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos”<sup>6</sup>.

Que esta disposición se encuentre dentro de las “disposiciones generales” y no en materia de contratos no es producto del azar. Según se desprende del mismo preámbulo de la ley 29/2002 que fijó el texto del Libro I, la idea de establecer una disposición concreta para la *buena fe* responde a la propia tradición del derecho catalán y en consecuencia, a la línea del derecho continental europeo del que forma parte. De esta forma, se entiende que la *buena fe* es un principio que tiene carácter general y que, por lo tanto, no puede limitarse exclusivamente al ámbito contractual. Llama la atención que el texto del art. 111-7 haga una especial referencia a la “honradez de los tratos”, con lo cual hace clara alusión a las negociaciones previas, aunque como hemos dicho, el espíritu de la norma no es limitarse sólo al ámbito contractual. El objetivo que busca el legislador es destacar el aspecto objetivo de esta conducta (el comportamiento durante los tratos), con independencia del conocimiento o ignorancia de los que participan en la relación jurídica.

---

<sup>6</sup> Esta regulación está contemplada en la Ley 29/2002 de 30 de diciembre, denominada “*Primera Ley del Código civil de Cataluña*”, la primera de las sucesivas leyes que han ido aprobando los libros del C.C catalán; Ley 5/2006 de 10 de mayo, que aprueba el Libro V sobre *derechos reales*; Ley 4/2008 de 24 de abril, por la que se aprueba el Libro III sobre *personas jurídicas*; Ley 10/2008 de 10 de julio, por la que se aprueba el Libro IV sobre *sucesiones* y Ley 25/2010 de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II sobre *persona y familia*.

El Libro VI relativo a las *obligaciones y contratos* aún no ha sido promulgado. Un interesante comentario acerca de la situación actual de la legislación civil catalana lo encontramos en PUIG I FERRIOL, Lluís, *El Código Civil de Cataluña: un intento serio y logrado de actualización del Derecho civil de Cataluña y su adecuación a la problemática social y familiar de nuestros días*, Ponencia impartida en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona el 10 de abril de 2012. El texto completo de la ponencia se encuentra disponible *on line*: [http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/mecc-mcif-mci-presentacion\\_ccc.pdf](http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/mecc-mcif-mci-presentacion_ccc.pdf)

Específicamente en materia de contratos, puede verse MARTÍN CASALS, Miquel, “El Llibre VI del Codi Civil de Catalunya” en FLORENSA i TOMÁS, Carles (Dir.), FONTANELLAS MORELL, Josep (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011, pp. 491-509.

También podemos adelantar que la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización de Derecho de Obligaciones y Contratos española<sup>7</sup>, regula con detalle la etapa de negociación, prácticamente inexistente en el Código Civil vigente de 1889. Además, contiene una norma expresa en esta materia en su art. 1245.2 que dispone que “En la negociación de los contratos, las partes deben actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe”. Un texto similar al del Código civil catalán antes citado.

5) Igualmente a nivel de Derecho internacional o comunitario, puede observarse una creciente preocupación por el tratamiento de la conducta de los contratantes en la etapa precontractual.

Hoy en día encontramos disposiciones relativas a la responsabilidad precontractual tanto en el llamado *Soft Law*, -como ocurre con los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL), Principios Unidroit, *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)- y también en normas de Derecho Internacional Privado, como el Reglamento CE 864/2007 de 11 de julio de 2007 relativo a la *Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*, conocido como Reglamento Roma II. También encontramos numerosa normativa europea en que la conducta de las partes con anterioridad a la celebración del contrato es regulada de manera detallada. Tal es el caso de las Directivas que regulan materias de contratación con consumidores y sus respectivas leyes de incorporación a la legislación española.

Estas normas y proyecto citados son una prueba de que la importancia de la etapa precontractual ha ido en aumento. A todas ellas nos referiremos con mayor detalle más adelante cuando veamos como regulan el deber de información precontractual entre las partes, que es el objeto central de nuestro trabajo.

6) Como hemos dicho antes, a la *teoría de la culpa in contrahendo* de Ihering se le atribuye la virtud de crear una especial sensibilidad en torno al período precontractual que antes había pasado desapercibido. Gracias a ello, tras una larga

---

<sup>7</sup> Disponible en:  
[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura\\_C/1215198250781/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html)

evolución y numerosos aportes de los juristas, el estudio de la etapa anterior a la celebración del contrato ya no es una materia propia de los textos académicos, sino que es una doctrina que ha cobrado vida en numerosas disposiciones nacionales y europeas y que por tanto forma parte del Derecho vigente<sup>8</sup>.

Por ello, hoy en día, podemos decir que nos encontramos frente a una etapa de revisión y nuevo análisis de la teoría del contrato<sup>9</sup> y principalmente de una de sus etapas: el *período precontractual*. Con esto no queremos decir que se trate de una materia nueva<sup>10</sup>, sino que el enfoque con que debemos abordar la etapa precontractual es muy distinto de aquel que tuvo en cuenta Ihering cuando elaboró su teoría. Éste se encontraba básicamente sin normativa en la que apoyarse para fundamentar la existencia de efectos jurídicos por actuaciones anteriores al contrato y por ello debió recurrir a los textos del Derecho romano, que constituían la base de la pandectística alemana de aquella época.

7) Actualmente la situación es muy distinta. Factores como la contratación masiva dentro del mercado interno de la Unión Europea, el aumento de operaciones transfronterizas, la necesidad de unificar la normativa de Derecho contractual

---

<sup>8</sup> Nos parece importante destacar la reflexión que realiza DÍEZ-PICAZO acerca de la responsabilidad precontractual y su influencia entre los autores. Al respecto señala que “la llamada culpa *in contrahendo* (...), constituye un tópico generalmente admitido en la doctrina del Derecho europeo continental, aunque nunca haya existido un claro acuerdo sobre dos cuestiones centrales: es la primera la relativa al fundamento de dicha responsabilidad, especialmente en aquellos códigos civiles que no contienen al respecto reglas especiales; y la segunda, especialmente importante, la de su alcance y delimitación de la hipótesis que, dentro de tal regla, no especialmente consagrada de leyes, pueden entenderse incluidas”. DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, Encarna, MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Editorial Civitas, Madrid 2002, p. 197.

<sup>9</sup> Nos referimos con ello a la consideración del contrato marcado por su *carácter social*, con predominio sobre el individual como ocurría antiguamente. En palabras de SANTOS BRIZ, actualmente se entiende que el contrato ya no es sólo un asunto privado entre los intervinientes sino que en la actual vida social y económica pasado a ser una institución social, en que el Estado, representando a la sociedad, se atribuye el control de una parte esencial del Derecho contractual. En los casos en que se intensifique la función social del contrato, su finalidad será la protección de la parte más débil de la relación. SANTOS BRIZ, Jaime, “Comentario al art. 1.088 del Código Civil” en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo VI, Editorial Bosch, Barcelona 2006, p. 47-48.

La normativa de contratación de consumidores es un claro reflejo de esto que venimos expresando, pero también ha ocurrido así en el Derecho del trabajo, normas sobre arrendamientos urbanos y rústicos, contratación comercial, seguros, etc.

<sup>10</sup> Bastante tiempo hace ya del primer estudio monográfico en la doctrina española que abordó esta materia y se atribuye a Alonso Pérez en el año 1971 [ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 485, año 1971, pp. 3-66].

europeo que viene impulsándose desde los años ochenta, el aumento de normativa de consumo y la importancia del principio de protección de los consumidores, nos llevan a entender que la etapa *precontractual* a que se refería Ihering es hoy en día totalmente distinta, pues éste se refería a la contratación individual típica del Derecho civil, en que se consideraba que ambas partes contrataban en un plano de igualdad, pero no consideraba estos otros factores que acabamos de mencionar. Es un hecho cierto que, al mismo tiempo en que ha aumentado el número de contrataciones, ha aumentado la preocupación del legislador europeo y también nacional, para que la etapa precontractual se realice de forma transparente y segura.

8) Como podremos ver más adelante, existen normas que reciben derechamente la teoría de Ihering y buscan atribuir responsabilidad civil por hechos dañosos ocurridos en el período precontractual, es decir, que actúan sancionando la conducta constitutiva de un delito civil.

Pero también existen otras que, preocupadas también de la etapa precontractual, se encargan de regular detalladamente la conducta de las partes durante las negociaciones, haciendo énfasis en los deberes precontractuales para evitar la existencia de un vicio de la voluntad que pueda afectar a la existencia misma del futuro contrato. Estos preceptos actúan como verdaderos guardianes del principio general de buena fe durante la contratación.

La evolución ha sido tal, que hoy en día los deberes precontractuales se regulan de forma precisa, incluso se enumeran con detalle y el incumplimiento de cada uno de ellos puede acarrear una sanción diferente.

9) Como hemos adelantado, uno de los deberes precontractuales más importantes es el *deber de información* en el cual centraremos nuestro estudio, particularmente en su regulación en uno de los más modernos instrumentos jurídicos europeos, cual es, *La Normativa Común de Compraventa Europea (Common European Sales Law)*.

Antes de llegar al objeto central de nuestro estudio, vamos a referirnos a algunas materias que consideramos esenciales para el desarrollo de este trabajo. A ello dedicamos este primer capítulo.

## **I.2 PERÍODO PRECONTRACTUAL.**

Como ya hemos adelantado, actualmente la importancia de la etapa precontractual hoy en día es mucho mayor que antaño. Al mismo tiempo, la complejidad del tráfico económico es un factor que debemos considerar. Cada vez es más frecuente que los acuerdos no se formen entre presentes, sino entre personas que incluso se encuentran en países diferentes, separados por grandes distancias y sometidos a sistemas jurídicos distintos. Esta la tónica hoy en día en materia de comercio, básicamente gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías que hacen posible este tipo de intercambios que antes constituían la excepción.

Como consecuencia de lo anterior, muchas veces la etapa de negociaciones preliminares se hace más larga o costosa, pues se requiere intercambio de información, envío de documentos, consultas, presupuestos, incluso el pago de sumas o desembolsos que claramente irán en aumento si la transacción es más costosa. Gran parte de los contratos implican una movilidad patrimonial, por lo que las partes tomarán todas las precauciones necesarias para asegurar que la conclusión del negocio llegue a buen puerto o de que en caso contrario, sus intereses queden protegidos.

Es por ello que, la etapa precontractual no puede verse como una mera relación social en que rige la palabra dada, sino que debe tener alguna repercusión jurídica que asegure correctamente los intereses de los contratantes, lo cual exige que el Derecho necesariamente se adecúe a la realidad social y económica que viven los contratantes.

## I.2.1 ETAPAS DEL *ITER* CONTRACTUAL.

Para adentrarnos en el objeto central de nuestro estudio –*el deber de información precontractual*– comencemos por desentrañar cuales son las etapas o fases del *iter* contractual.

Lo cierto es que rara vez el consentimiento se formará en un solo acto y suele ser el resultado de una etapa previa llena de conversaciones, tanteos, pruebas y negociaciones preliminares que hacen que el *iter* contractual sea a menudo, lento y costoso. Así ocurre en los contratos más importantes del Derecho civil, en los que se aprecian varias fases de “prueba” o “proyección” del contrato mismo antes de que este sea perfeccionado.

Evidentemente, estas divisiones o sub-etapas serán aplicables cuando nos encontremos frente a un contrato de formación sucesiva o progresiva, pues de lo contrario la formación del contrato tendrá lugar en un solo acto que no es precedido de esta etapa preliminar de valoración y discusión<sup>11</sup>. En el contrato de formación instantánea, este ha sido obra de un solo momento en el que se han realizado las preparaciones y se ha otorgado en consentimiento dando lugar a su nacimiento. En cambio en el contrato de formación sucesiva, transcurre un tiempo considerable antes de que ambos contratantes lleguen a un acuerdo. Siguiendo en este punto a DÍEZ-PICAZO<sup>12</sup>, estos contratos se caracterizan por la existencia de un *intervallo temporis*, una etapa de negociaciones o tratos preliminares, en que la conclusión del contrato no es producto de un solo acto, sino de una serie de ellos en los que no sólo intervienen las partes, sino incluso personas ajenas a la negociación.

Entonces, a primera vista pareciera que existe un solo período que antecede a la perfección del contrato, pero realmente se trata de una etapa compleja que puede presentar diversos matices y en la que resultan decisivas las actuaciones de los futuros

---

<sup>11</sup> Aunque la regla general nos dice que los contratos no se celebran de forma automática sino que más bien, son el resultado de una etapa previa de negociación entre los interesados. De allí la importancia que merece el tratamiento de la etapa precontractual.

<sup>12</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I, Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 310.

contratantes. En este punto, encontramos dos corrientes de opinión claramente diferenciadas. Por un lado, la doctrina tradicional<sup>13</sup> propone una división tripartita de la vida del contrato, en la cual encontramos las siguientes fases:

a) la etapa de *generación*: que comprende toda la etapa preliminar, los acercamientos y tanteos previos que existen entre las partes, hasta antes de la formación del consentimiento. Esta etapa se intensifica en una dirección más profunda a medida que nos acercamos a la existencia del consentimiento.

b) la fase de *perfección*: está representada por el momento en que se produce el consentimiento. Como sabemos, éste debe reunir dos requisitos: 1. *Debe manifestarse*, esto es, debe existir concurrencia de las declaraciones de voluntad de los contratantes (oferta y aceptación); y 2. *Debe ser real*, lo que exige que recaiga sobre un determinado contenido que está representado por el objeto y la causa. De lo contrario nos encontraríamos ante un consentimiento vacío<sup>14</sup>. Es esta fase la que fija el nacimiento del contrato.

c) la fase de *consumación*: es aquella en que se cumple efectivamente el fin del contrato o se produce la ejecución de las prestaciones que derivan de él.

Sobre este punto GOMEZ LAPLAZA<sup>15</sup> analizando el contenido del art. 1.262 del CC, estima que si bien, es habitual en la doctrina española distinguir las tres etapas mencionadas, también es cierto que se trata más bien de un mero esquema conceptual y su adaptación a los casos concretos es sólo aproximativa. Haciendo notar que la concepción del contrato individualista ha cambiado, la autora destaca que este esquema está siendo gradualmente sustituido por un sistema de ofertas formuladas unilateralmente, dirigidas al público en general y en las que se utilizan las llamadas condiciones generales de la contratación. Como consecuencia de lo

---

<sup>13</sup> Se considera doctrina tradicional en esta materia; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral, Vol. III, Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*, 13ª. edición, revisada y puesta al día por García Cantero, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 592-594; también PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil, Vol. II, Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 21 y ss.

<sup>14</sup> GOMEZ LAPLAZA, María del Carmen, “Comentario al artículo 1.262” en ALBALADEJO, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1B, Editorial Edersa, Madrid 1993, p. 53.

<sup>15</sup> GOMEZ LAPLAZA, María del Carmen, *ibidem*, p. 58.

anterior, es cierto que la etapa de *generación* puede verse afectada o incluso derechamente omitida.

Por su parte, la corriente más moderna<sup>16</sup> estima que en la vida de un contrato sólo existen dos grandes fases, separadas por el momento en que se unen las voluntades de ambos contratantes (consentimiento): la etapa de *formación* y la de *ejecución*.

Nosotros compartimos la idea de que en el *iter contractual* sólo existen estas dos etapas. Esta solución nos parece más acertada, ya que permite delimitar con mayor claridad la *etapa precontractual* y dentro de ella -para lo que nos interesa- identificar los *deberes precontractuales*. Es mucho más útil a efectos prácticos fijar un momento exacto que sirva de hito para fijar la etapa anterior y excluir de su estudio todo aquello que deviene posteriormente a la perfección. De esta forma agruparíamos en la etapa *precontractual* todas aquellas actuaciones entre las partes anteriores al consentimiento; negociaciones, tratos preliminares y acercamientos entre las partes inclusive la *oferta*, aun cuando sabemos que no tienen el mismo valor jurídico pues ésta última es la poseedora de la intención de contratar y constituye una verdadera declaración unilateral de voluntad.

También es cierto que la *perfección* del contrato ha sido tratada tradicionalmente en la literatura jurídica como un *momento* (generalmente, *momento de la perfección del contrato*) y no como una etapa. Así ocurre siempre en los contratos entre presentes. Pero aun cuando el contrato sea entre ausentes, la unión de las voluntades de los contratantes ocurrirá también en un *momento* preciso. Por ello, si a la oferta le sigue un período de nuevas negociaciones o conversaciones, tenemos claro que el *momento* que separa estas dos etapas en la vida del contrato, aún no ha ocurrido.

---

<sup>16</sup> Se considera doctrina moderna a estos efectos DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. I, Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 309; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil", *La Ley : revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo 2, Madrid, 1989, p. 1135.

En conclusión, el momento en que concurre la oferta y la aceptación pone fin al *iter formativo* del contrato. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “Dice la sentencia de 26 de marzo de 1993 que <los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y de la aceptación, que marca el final del *iter formativo* del contrato, el final de los actos preliminares del mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese nuevo acuerdo >...”<sup>17</sup>.

Ahora bien, a modo de reflexión y retomando las ideas de GOMEZ LAPLAZA, estimamos que la autora acierta al decir que en algunos casos, las fases de vida del contrato pueden verse alteradas especialmente en los casos de ofertas que ya están totalmente elaboradas y que no admiten debate, lo que ocurre principalmente en materia de contratación con consumidores. Este planteamiento podría llevarnos a creer erradamente que la etapa de *generación* (formación) podría incluso no ser necesaria.

Queremos aclarar al respecto que el legislador ha protegido a la parte más débil mediante mecanismos que le permitan liberarse del contrato si este no ha sido negociado en condiciones justas y especialmente si no se ha cumplido con ciertos deberes precontractuales. Remedios como el desistimiento o la resolución del contrato son comunes en la legislación actual de consumidores ante una negociación injusta, por lo que podemos afirmar que, si bien el empresario tiene el poder de elaborar ofertas públicas de manera unilateral, la fase de generación igualmente se encuentra indirectamente protegida por el legislador a través de la existencia de los *deberes precontractuales* y es allí donde reside su importancia. Aunque las condiciones del mercado no permitan una negociación individual de las condiciones del contrato (por tratarse de contrataciones masivas que ralentizarían la actividad económica), ello no significa que la fase de *generación* carezca de importancia. Si

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Civil, de 28 de enero de 2000, RJ 2000\454, comentada en XIOL RÍOS, Juan Antonio (Director), MALDONADO RAMOS, Jaime (coordinador técnico), [et al.] *Código Civil: comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Editorial El Derecho, Madrid 2010, p. 1334.

bien se trata de una forma “abreviada” de contratar, ello no significa que el comportamiento de las partes no se encuentre regulado, por mínimo que parezca. Claramente la contratación a través de cláusulas generales es una técnica jurídica para acelerar el proceso de contratación, pero no tiene por objeto restar importancia a lo que ocurre en antes de la perfección del contrato, pues de ello dependerá muchas veces la validez y eficacia del mismo.

### **I.2.2 PERÍODO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO.**

Un vez que hemos asumido que en la vida de un contrato existen dos etapas (formación y ejecución), vamos a centrarnos en la primera de ellas: el período de *formación*, que a su vez presenta sub-etapas y momentos diferentes.

Esta distinción la encontramos en Albaladejo<sup>18</sup>, quién explica que el período de formación de un contrato se divide entre la etapa anterior y posterior a la oferta. Con anterioridad a la existencia de una oferta, puede existir a su juicio, una “invitación a ofrecer”, mediante la cual el que desea contratar anuncia o expone su intención de celebrar un contrato, pero sin formular una oferta formal, más bien solicita que se le den a conocer las condiciones bajo las cuales estarían dispuestos a contratar aquellos interesados.

Y por otro lado, igualmente antes de la oferta, existen los denominados “tratos previos”, que es básicamente un período de tanteos preliminares en que ambos interesados exponen sus apreciaciones, haciendo cálculos y valorando las distintas posibilidades en que sería conveniente celebrar el negocio. Según ALBALADEJO, si bien la proposición de una oferta formal, termina con los denominados “tratos previos”, en sentido amplio, las discusiones posteriores sobre la oferta realizada, las nuevas proposiciones o modificaciones que se hagan a ella también pueden considerarse parte de los “tratos preliminares”, ya que aún no existe consentimiento

---

<sup>18</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 13º Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2008, pp. 376-377.

y aunque la oferta sea formal y cumpla todos los requisitos, aún existe la posibilidad de que el contrato no llegue a perfeccionarse<sup>19</sup>.

En definitiva, como hemos expuesto, el período *precontractual* o de *formación* se encuentra subdividida en dos etapas y para efectos prácticos la importancia de distinguirlas radica en las consecuencias de los actos ejecutados durante alguna de ellas. Cabe preguntarnos ¿En cuál de estas etapas surge el deber de información precontractual? ¿Es necesario que este deber esté expresamente establecido en la ley, para que su infracción sea sancionable? ¿Puede la falta de información precontractual afectar la existencia misma del contrato? ¿Cabría la posibilidad de reclamar responsabilidad civil en un caso de hecho dañoso por falta de información?

Planteamos aquí estas interrogantes que nos parecen importantes para comprender el tema de nuestro estudio y trataremos de dilucidarlas en lo posible.

### **I.3 EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE Y LOS DEBERES DE CONDUCTA.**

#### **I.3.1 LA BUENA FE EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.**

Nos parece importante hacer una breve referencia al principio general de buena fe, pues constituye el fundamento principal del *deber de información* que pesa sobre las partes que quieren celebrar un contrato. Como hemos dicho unas páginas atrás, el período precontractual no se encontraba regulado detalladamente en los

---

<sup>19</sup> Uno de los autores que ya anteriormente había hecho hincapié en la importancia de distinguir los momentos precontractuales es MORENO QUESADA, quien insiste en la necesidad de separar esta etapa de formación en dos períodos (a los que este autor denomina *antecontractuales*) de la siguiente forma:

- a) aquel período que se inicia con el primer contacto entre las partes y que culmina con la formulación de la oferta (tanteos previos),
- b) aquel período que comienza con la aparición de la oferta y que dura mientras ésta tiene vigencia (período post-oferta).

A su juicio, “la oferta constituye una declaración de voluntad lo suficientemente concreta para que por su simple aceptación surja un contrato con todo su contenido de prestaciones” y por lo tanto, es a partir de la aparición de la oferta que culmina el período de tanteos vagos y de indeterminación en la voluntad de los contratantes. MORENO QUESADA, Bernardo, “La oferta del contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, N° XIII-IV, julio-dic, 1956, Madrid, pp. 230 y 231.

textos jurídicos y el Código Civil español es un ejemplo de ello, ya que no tiene una normativa que haga alusión a los aspectos preliminares del contrato, más allá de la formación del consentimiento por la concurrencia de la oferta y la aceptación.

Con todo, los deberes precontractuales de conducta que existen entre las partes encuentran su fundamento en el principio general de *buena fe*, aun cuando el CC no lo diga expresamente, en virtud de lo que dispone el propio Código en su art. 1: “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”. En esta materia, la buena fe opera como fuente del derecho cumpliendo una función integradora.

Hoy en día numerosas leyes fuera del CC, especialmente en materia de contratación, hacen expresa mención, por ejemplo, al deber de información precontractual y regulan con más detalle los pormenores de la fase de formación del contrato. En este caso los deberes precontractuales tienen claramente un origen legal. Pero lo cierto es que si dichas disposiciones no existieran y sólo tuviésemos a la vista el CC, de todas formas estos deberes encontrarían su fundamento jurídico en el principio general de buena fe que obliga a las partes a comportarse de manera leal y honesta durante todas las fases de la contratación. Esta ha sido la regla general en materia de contratación.

La protección de la *buena fe* en la legislación española, como en la mayoría de los sistemas de Derecho continental<sup>20</sup>, se erige como un principio rector contemplado expresamente en el ordenamiento jurídico. El Código Civil español

---

<sup>20</sup> La buena fe, como principio imperante en el moderno Derecho de obligaciones, se encuentra consagrado tanto en códigos, como en leyes especiales en la generalidad de las legislaciones de derecho codificado, a modo de principio general afectante a todo el ordenamiento civil, como ocurre en el art. 2 del CC suizo, el artículo 1337 (Sección I, Capítulo II, Título II, del Libro IV- De las Obligaciones) del Código Civil italiano de 1942, el cual establece: “*Artículo 1337: Negociaciones y Responsabilidad Precontractual - Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe*”.

Por su parte el parágrafo 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán demanda que los sujetos del derecho cumplan sus obligaciones atendiendo a la confianza y a la buena fe consagrando: “*§242: El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*”(§ 242 *Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*). (la transcripción corresponde al texto actualizado del BGB, después de la llamada “Ley de modernización del derecho de obligaciones” que entró en vigor el 1 de enero de 2002, la cual no modifica el texto del §242. La traducción es de la autora).

hace expresa referencia a la buena fe en el art. 1.258. Aun cuando el texto de esta norma se refiere únicamente a las obligaciones contractuales, se trata de una norma de aplicación general a otro tipo de obligaciones, gracias al complemento que le otorga el art. 7.1. CC<sup>21</sup>.

Podemos decir que desde la reforma del art. 7.1 del CC en el año 1975, la buena fe ha adquirido un papel más importante dentro del ordenamiento jurídico español. Si bien este artículo en su apartado primero se limitaba a establecer que los *derechos* deben ser ejercitados de buena fe, su interpretación conjunta con el art. 1.258 ha permitido aceptar que también las *obligaciones* deben cumplirse de buena fe y no sólo debe respetarse lo que se haya pactado directamente, sino también todo aquello que derive de las exigencias de aquella<sup>22</sup>.

Del análisis de ambas normas, DÍEZ-PICAZO<sup>23</sup> concluye que gracias a la incorporación del art. 7.1 del Código Civil, la buena fe se presenta en el derecho español en sus dos vertientes; por una parte, como límite de los derechos subjetivos y por otra, como fuente de especiales deberes de conducta. Y a partir de aquí es aceptada en el Derecho español la tradicional división entre buena fe objetiva y subjetiva.

Al respecto DÍEZ-PICAZO sostiene que la expresión “buena fe” utilizada en los textos legales, especialmente en el CC español tiene dos significados, que aunque estrechamente relacionados entre sí, no son idénticos; “en una primera acepción, buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia nacida de un error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado

---

<sup>21</sup> Art. 7.1 Código civil español: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Por su parte el art. 1.258 dispone que: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de 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*”.

<sup>22</sup> MONTES PENADES, V, "Comentario al artículo 7.1 del Código Civil", en *Comentarios a la reforma del Código Civil: el nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Editorial Tecnos, Madrid, año 1977.

<sup>23</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Introducción teoría del contrato*, sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona 2007, pág. 60.

no va contra derecho; y en una segunda acepción, alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico”<sup>24</sup>.

De acuerdo con el autor, la buena fe en sentido *objetivo*, sería lo que podría llamarse un “estándar” jurídico o modelo de conducta social; aquella que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado, lo que da lugar a la introducción de normas de origen ético en el campo estricto del Derecho. La buena fe en sentido *subjetivo*, se refiere a la disposición de cada una de las partes, su actuación leal y la confianza que la otra parte puede tener en un determinado tipo de acciones. No pueden estimarse como deberes derivados de la buena fe, sino aquellos que la otra parte puede razonablemente esperar que sean adoptados.

En cuanto a lo que nos interesa, y para los efectos de su relación con los deberes precontractuales de conducta, la buena fe ha sido tradicionalmente considerada en su sentido *objetivo*, constituyendo un verdadero arquetipo o modelo de conducta social: “*la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente, la fidelidad a la palabra dada, no abusar de la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él, en virtud de otras relaciones jurídicas*”<sup>25</sup>.

De esta buena fe objetiva derivan los *deberes secundarios de conducta*, ya que aquella debe presidir la actuación de las partes, no sólo en la fase contractual, sino también en la precontractual<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Introducción teoría del contrato*, sexta edición, Editorial Aranzadi, Pamplona 2007, pág. 61.

<sup>25</sup> VALÉS DUQUE, Pablo, *La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, vol. 1 2006, pág. 713-748, p. 725.

<sup>26</sup> Así lo dice también, MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, “El deber de información precontractual, en VATTIER, Carlos, CUESTA, José María de la, CABALLERO, José María, (Directores), *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Editorial Dykinson, Madrid 2003, p. 166.

Como sostenía BETTI<sup>27</sup>, “las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que aquí se exige podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte”.

En pos del criterio objetivo, DÍEZ-PICAZO, comentando una sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1970, afirma: “*La buena fe es un criterio objetivo... que en materia contractual estricta no solo funciona como un canon hermenéutico, -...- sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, que actúa por vía dispositiva, a falta de pacto y, abstracción hecha de la intención o de la voluntad de las partes. En el artículo 1.258 del Código Civil la buena fe está situada en el mismo plano y equiparada a la ley y a los usos normativos, como normas dispositivas o supletorias del negocio jurídico. Y nadie podrá decir que la ley y los usos normativos sólo integran el contenido de los contratos cuando hay una voluntad de algún modo expresada de las partes que permite reconducirse a ellos*”<sup>28</sup>. La responsabilidad por hechos ocurridos antes de la celebración del contrato se atribuye entonces a la buena fe a la que hacemos referencia, esto es, a la buena fe entendida en su sentido objetivo, como un modelo de conducta tipo, ajustado a patrones externos y de esta forma sirve de pauta para reprimir conductas maliciosas o fraudulentas y junto con ellos, para dictar un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación, dando lugar en la fase precontractual, a ciertos deberes entre las partes<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General de las obligaciones*; traducción y notas de derecho español por José Luis de los Mozos, Tomo V, edición Revista de Derecho Privado, Madrid 1968-1970, p. 88 y 89.

<sup>28</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Vol. 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pág. 388.

<sup>29</sup> Además de la buena fe objetiva, puede alegarse el principio universal de *neminem laedere* (obligación de no causar daño a otro) como fundamento de los *deberes precontractuales de información*. Este principio se encuentra fuera del ámbito contractual y es recogido en el art. 1.902 del CC español. Siguiendo este principio, aún antes de la concreción del contrato, existe el deber de no causar daño injusto al otro contratante, como en cualquier otra situación de la vida que se desarrolla en sociedad. Estamos aquí en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero sin duda este principio también debe tenerse en cuenta al momento de valorar la actuación de los negociantes antes de concluir el contrato si queremos determinar la responsabilidad que recae sobre cada uno. El

En conclusión, la buena fe objetiva actúa como una regla de comportamiento, que tiene la autoridad suficiente para tutelar de forma efectiva a las partes del contrato y así entendida, no puede permitir a los contratantes actuar como mejor les parezca sin considerar también el interés ajeno.

De esta buena fe objetiva (norma de comportamiento con autoridad) derivan ciertos *deberes de conducta*, que dependiendo del momento de actuación de las partes, se pueden clasificar en:

- a) *deberes precontractuales*, relativos a un contrato en su etapa de negociación y a las prestaciones que van a ser objeto del mismo; y
- b) *deberes contractuales*, relativos a los derechos y obligaciones asumidos por cada una de las partes en el contrato.

### **I.3.2 LA BUENA FE Y LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA.**

Si nos referimos exclusivamente a los *deberes precontractuales*, la buena fe viene a constituir básicamente una obligación en el sentido estricto del concepto, que rige el comportamiento de quienes se involucran en la negociación para celebrar un contrato y como tal representa un vínculo jurídico que los ata y cuya inobservancia puede acarrear consecuencias negativas. De esta forma se diferencia de un mero deber moral o ético.

Entre los deberes precontractuales más importantes -y sin que se trate de una enumeración exhaustiva- podemos enumerar los siguientes<sup>30</sup>:

---

principio *neminem laedere* es invocado principalmente por la doctrina que sostiene que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* tiene naturaleza extracontractual.

<sup>30</sup> Seguimos en este punto, la clasificación que propuesta por VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, publicación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios D.L, Madrid, 2006, pp. 729-731.

- a) Los *deberes de protección*<sup>31</sup>, También conocidos como “deberes de seguridad” que, de acuerdo con GARCÍA RUBIO<sup>32</sup>, son aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y que tienen por objeto prevenir o evitar lesiones en la vida o en la integridad física del acreedor.
- b) El *deber de información*. A él nos referiremos con más detalle más adelante.
- c) Los *deberes de lealtad* relativos básicamente a:
- el deber de actuar seria y consecuentemente en la negociación. Es decir, se exige a las partes no iniciar negociaciones que no pretenden concluir o no realizar comportamientos que tengan por objeto interrumpir de manera injustificada las ya iniciadas.
  - el deber de reserva o secreto<sup>33</sup>. Este se encuentra estrechamente ligado al deber de información; la información es el objeto mismo de éste deber.

---

<sup>31</sup> VALÉS DUQUE sugiere para más detalle sobre los deberes de protección, los siguientes trabajos: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Editorial Civitas, Madrid, 2000. Del mismo autor, “Introducción a los deberes de protección en el derecho de obligaciones” en ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de [et. al], *Libro homenaje al profesor Rojo Ajuria*, publicación de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002.

<sup>32</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 43 y ss.

<sup>33</sup> Este deber ha sido denominado más modernamente como “deber de confidencialidad” en varios textos europeos. En los PECL le encontramos en el art. 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”.

Por su parte los Principios Unidroit se refieren a este deber en el art. 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”.

También el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) se refiere a él en su art. II.- 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”.

Como sabemos, durante la etapa de negociación, las partes intercambian información libremente y en principio no tienen la obligación de tratarla como confidencial a menos que exista una disposición legal o contractual al respecto. De no respetarse la confidencialidad de la información, pueden ocasionarse serios perjuicios a la parte que ha confiado en la honestidad de la contraparte<sup>34</sup>.

- Aquellos relacionados con las negociaciones paralelas. De acuerdo con el principio de libertad contractual, las partes son libres de entablar una o más negociaciones, situación que en sí misma no es atentatoria contra la buena fe. Por el contrario, y en palabras de GARCÍA RUBIO<sup>35</sup>, la existencia de una oportunidad mejor para contratar, lógica consecuencia de las negociaciones simultáneas, es una de las causas justificadas de la ruptura de tratos. Si bien esta es la regla general, nada impide que las partes maliciosamente se oculten esta información para obtener una ventaja injusta que puede dañar al otro contratante, por lo que habrá que ver cada caso para saber si se ha infringido o no este deber que impone la buena fe.
- Deber de custodia o conservación. Es aquel que obliga a los futuros contratantes a conservar diligentemente los bienes objeto del contrato en proceso de negociación. Esta obligación aparece claramente, cuando a consecuencia de las negociaciones preliminares, los bienes se ven expuestos a riesgos y peligros que de otra forma no les afectarían. Como en todos los demás casos, habrá que analizar las circunstancias que rodean a la negociación para saber si se ha cumplido cabalmente con este deber de conducta precontractual.

---

<sup>34</sup> Ya lo decía hace mucho tiempo ALONSO PÉREZ en uno de los primeros trabajos de la doctrina española que abordó el tema de la responsabilidad precontractual: “En el curso de las negociaciones preparatorias puede ocurrir que por las preguntas de una parte, la otra se vea obligada a comunicar secretos de fuerte repercusión patrimonial. Su violación puede ser causa de responsabilidad precontractual”. ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, año 1971, p. 909.

<sup>35</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 93-94.

## I.4 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN<sup>36</sup>.

### I.4.1 ALGUNAS CUESTIONES DOCTRINALES.

Primero que todo, dejamos claro que el deber de información precontractual ha adquirido poco a poco una mayor importancia, siendo objeto de estudio cada vez más frecuente, lo que se ha visto reflejado en textos académicos de Derecho y en la legislación. Así ocurre al menos en el escenario nacional<sup>37</sup>.

Este es uno de los deberes más importantes de la etapa precontractual, a tal punto que, tanto en la legislación como la jurisprudencia de algunos ordenamientos (como el alemán, francés o suizo), se ha utilizado el deber de información para proteger a la parte débil de la relación contractual, persiguiendo el logro de una igualdad efectiva.

En el Derecho español, los deberes precontractuales de información han tenido cada vez mayor desarrollo debido a la existencia de una concepción del

---

<sup>36</sup> Hay doctrina que prefiere la denominación: “obligación de información”, ya que esta expresión implica la existencia de un vínculo de derecho, por el cual el deudor está obligado a una prestación frente al acreedor, lo que no ocurre con el “deber”. (véase. FABRE-MAGNAN, Muriel, *De l’Obligation d’Information dans les Contrats. Essai d’Une Théorie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992. p. 6.).

<sup>37</sup> En la legislación nacional, se aprecia una proliferación de normas que consagran expresamente el deber precontractual de información, especialmente en materia de consumidores. Lo mismo ocurre en el Derecho comparado y en algunos instrumentos de Derecho europeo de contratos. Veremos con más detalle estas situaciones en el capítulo IV de este trabajo. Véase *infra* pp. 145 y ss.

En cuanto a la doctrina española, es evidente el aumento de estudios relativos a la etapa precontractual y a los deberes de información. Existen hoy en día numerosos trabajos relativos a la información genérica que tiene lugar en la contratación con consumidores tanto a nivel nacional como europeo, otros han se han dedicado al estudio del deber de información en ciertas leyes especiales (Ley de contrato de seguro, Decreto 515/1989 de 21 de abril, de protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación, etc.).

Pero sin duda, lo más destacable es que gran parte de la doctrina más reconocida ha recogido el tema de la “información precontractual” para tratarlo de forma general entre las materias propias del Derecho civil tradicional. Así por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, en la última edición de su trabajo por primera vez dedica un apartado a los deberes precontractuales de información y destaca su importancia: “no puede dudarse de la existencia de deberes precontractuales de información, regidos en muy buena medida por los criterios de buena fe y uso de los negocios (...)”. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson Civitas [Cizur Menor], Navarra 2007), pp. 312-313.

contrato un tanto más alejada de la noción liberal de la *autonomía de la libertad* y más cercana hoy en día al concepto de *solidaridad entre las partes*, más que en la oposición de intereses, así como la necesidad de situar estos deberes en su marco propio, fuera de las figuras tradicionales de error y dolo. Pero en términos generales, es posible afirmar que no existe un deber general de informar a la otra parte, sino que por el contrario, si se entablan relaciones negociales rige el deber de *autoinformación* que obliga a preocuparse con diligencia del interés propio.

Fuera de su función netamente jurídica, nos parece interesante destacar un nuevo aspecto o característica que se le ha atribuido a la información en materia contractual y que tiene que ver con el sustrato económico que se le atribuye. Sin duda, el contrato es uno de los elementos esenciales de la economía de los distintos países del mundo y el principal modo de intercambio de bienes y servicios entre las personas. En consecuencia se ha llegado a estimar que la información que forma parte del contrato constituye un “bien” de naturaleza autónoma. Esto parece ser consecuencia de la llamada “patrimonialización del deber de información”. Ahondaremos sobre este punto más adelante.

Existe cierto sector de la doctrina española, que incluso considera al deber de información como un “*subprincipio*” del ordenamiento jurídico especialmente en materia de consumidores. Este *subprincipio* vendría a constituir una derivación de otro principio más general, cual es, “la defensa de los consumidores y usuarios” contemplado en el *artículo 8 TRLGDCU* en desarrollo del art. 51 de la Constitución. Examinando la incidencia de este “subprincipio de información a los consumidores” en el área contractual, se afirma que ha venido a convertirse en una nota característica tanto de los elementos subjetivos como objetivos de los contratos. Al decir de PÉREZ GARCÍA<sup>38</sup>, “los contratantes deben comunicar al otro aquellos hechos relativos a su persona de los que deba tener conocimiento el otro contratante porque directa o

---

<sup>38</sup> PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la Contratación Privada en torno al deber de informar en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Instituto Nacional del Consumo de España, Madrid, 1990, p. 56 y ss.

Sobre este mismo punto, insiste ANDORNO, Luis, “El deber de información en la contratación moderna”, en BUERES, José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, pp. 950-959.

indirectamente repercutirán en el conocimiento de este último, de modo tal que de haberlos conocido no hubiera contratado o lo hubiera celebrado en condiciones diversas”.

En cuanto a la influencia de este “subprincipio de información” en el objeto del contrato, el mismo autor sostiene que es posible incluso agregarle una nueva característica, más allá de las tradicionales exigencias de posibilidad, licitud, determinación o susceptibilidad de determinación, ya que además, el objeto en materia de consumidores tendría que ser “informable”, ello de acuerdo a las exigencias del propio legislador (art 13 LGDCU: los bienes y productos y en su caso los servicios deberán incorporar llevar consigo o permitir una información).

A continuación, haremos una referencia a los principales problemas teóricos que la doctrina ha detectado respecto al *deber de información precontractual*. Se trata de algunas cuestiones que nos pueden servir para comprender el alcance e importancia de esta figura, especialmente al momento de enfrentarnos a un caso concreto. Vamos a ello.

1) Comencemos destacando lo difícil que es dar un concepto unívoco del “deber de información”, cuando existen tantos factores que pueden afectar las relaciones jurídicas entre las partes. Nos encontramos ante un tema confuso, como señala Díez-Picazo<sup>39</sup>, ya que en la etapa previa a la celebración del contrato están presentes por un lado, el principio de buena fe y los usos del comercio -que constituyen el fundamento de la obligación de informar- y por otro, la obligación de ser veraz en la información.

Estas premisas que en principio parecen tan claras, no lo son tanto si agregamos otros principios que entran en juego; como el deber de auto-información que recae sobre cada uno de los contratantes (con sus excepciones); la existencia de un deber de respuesta o de entregar la información requerida, que tampoco puede considerarse absoluto, ya que como veremos más adelante, hay casos en que las

---

<sup>39</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen I. Introducción. Teoría del contrato, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 312 y 313.

partes no están obligadas entregar aquellos conocimientos que tengan en su poder y cuya cesión pudiere perjudicarles o privarles de un beneficio legítimo en la contratación.

2) Otro aspecto que suele causar dificultades, suele ser la complejidad para determinar la existencia del deber de información precontractual y su aplicación a los casos prácticos, ya que los criterios para su aplicación no solo no son concluyentes, sino que además suelen encontrarse dispersos a través de un gran número de normas y figuras jurídicas, por lo que su tratamiento no siempre es uniforme.

3) Por otra parte, nos encontramos ante la dificultad de compatibilizar intereses, que estando igualmente protegidos, pueden resultar contradictorios. Pongamos un ejemplo: por un lado tenemos el interés de aquel contratante que no se informa más allá de lo necesario confiando en que la otra parte actuará de buena fe y le entregará los datos necesarios para formar y manifestar correctamente su voluntad. Esto es una clara manifestación del principio de la libertad contractual, entendido como una garantía de la decisión libre de los contratantes en sus dos aspectos; como decisión no coaccionada, pero además querida o deseada (es aquí donde el deber de información constituye realmente una medida de seguridad para la correcta formación de la voluntad). Como contrapartida, existe el interés igualmente legítimo de aquel contratante que se abstiene de entregar ciertos datos a su contraparte en la etapa contractual, confiando en los principios de autorresponsabilidad y autoinformación que obligan a las partes a actuar de forma diligente durante toda la negociación, desde el inicio de la etapa precontractual.

Ambos intereses son legítimos y como vemos, se encuentran al amparo de dos principios que deben compatibilizarse lo mejor posible, en caso de existir conflictos ante un eventual incumplimiento del deber de información, lo cual no resulta sencillo.

4) Finalmente cabe decir uno de los mayores obstáculos que podemos encontrar al tratar el deber de información es que este depende de la existencia del contrato, pues si aquel aún no se ha celebrado no existen obligaciones “como tales” entre las partes.

Lo cierto es que la obligación de comportarse de forma leal, tal como exige el principio de la buena fe en la cual se basan los deberes secundarios de conducta, existe aun cuando no se haya concretado el acuerdo.

¿En qué consiste este deber de informar? ¿Cuáles son sus límites y su contenido? ¿Subyace en este deber algún otro fundamento más allá de la buena fe? Son interrogantes que intentaremos responder en lo sucesivo.

#### **I.4.2 CONCEPTO DE DEBERES DE INFORMACIÓN.**

Comencemos por hacer referencia a la “información” que se deben las partes en la etapa preliminar.

“Informar” consiste básicamente en “enterar, dar noticia de algo”<sup>40</sup>. Las partes deben instruirse o prevenirse mutuamente de todas las circunstancias de hecho o derecho que conozcan o deban conocer. Resulta evidente que no se trata de cualquier información, sino de aquella que sea relevante y suficiente para tomar la decisión de contratar.

Según LLOBET I AGUADO<sup>41</sup>, en un sentido amplio “la información es un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de éste último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio”.

Esta es una definición de carácter instrumental referida exclusivamente a la etapa precontractual, lo cual no significa –como el mismo autor señala- que la información no cumpla ningún objetivo durante la etapa de ejecución del contrato,

---

<sup>40</sup> Concepto de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>41</sup> LLOBET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 33.

sino que para efectos de nuestro trabajo es necesario delimitarla a dicho estadio previo<sup>42</sup>.

Como vemos, la noción de *información* es bastante amplia y requiere algunas precisiones para llegar al concepto *deber precontractual de información* propiamente tal.

La información que fluye entre las partes durante la etapa precontractual puede ser clasificada de la siguiente forma:

- a) *Información facultativa*. Este tipo de datos o antecedentes no entraña obligación alguna, pues su emisión depende exclusivamente del criterio de las partes y su omisión no influye de manera determinante en la celebración del contrato.
- b) *Información obligatoria*. A ella nos referimos en las siguientes líneas, pues constituye el objeto mismo del deber de información, y puede consistir a su vez en:
  - *Obligación de informar en sentido estricto*: llamada también “información neutra”, es la que tiene por objeto entregar al otro contratante todos los aspectos relativos a las condiciones y alcances de los compromisos que va a adquirir con el futuro contrato.
  - *Deber de consejo*: tiene por objeto orientar la decisión de la contraparte, y lleva incluida la obligación de informar en sentido estricto. A juicio de la doctrina, este no forma parte del deber de información sobre el que trata este trabajo, ya que no se puede exigir a las partes que sustituyan al otro contratante en la toma de la decisión que estime más oportuna. Se

---

<sup>42</sup> Como señala el mismo autor, hay casos en que el deber de información actúa en la etapa de ejecución del contrato, como ocurre en los contratos celebrados con consumidores, en que la información posterior a la celebración del contrato puede ser determinante para un mejor aprovechamiento del producto o servicio. Durante la ejecución del contrato, la obligación de información constituye a veces una obligación accesoria, como ocurre en los casos del contrato de mandato, arrendamiento o de seguro, en que el legislador establece la obligación de entregar ciertos datos que son relevantes para el cumplimiento de la obligación principal. Incluso hay casos en que el deber de información puede constituir en sí mismo la obligación principal del contrato, como sería el caso de las agencias que están obligadas a entregar información comercial a los clientes acerca de la solvencia de las personas con quienes desean contratar; en tal caso, la obligación de informar constituye el objeto del contrato. (LLOBET I AGUADO, Josep, *op. cit.* p. 35).

trata de algo absolutamente personal de lo que no puede derivar responsabilidad alguna para el informante<sup>43</sup>.

- *Deber de advertencia*: mediante ellas se advierte a la otra parte de algún peligro o riesgo especial o adicional que pudiere asumir en la contratación.

Hecha esta precisión, tenemos más claro que la *obligación de informar en sentido estricto* es la que se identifica con el deber de información precontractual a que haremos referencia en el desarrollo del presente trabajo.

### **I.4.3 CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN.**

El contenido es relativo a aquello a lo que se refiere la información, esto es, a los elementos de conocimiento que debe comunicar el deudor de la obligación<sup>44</sup>, o a lo que en páginas anteriores hemos denominado “información en sentido estricto”. Aun así, los datos relativos al deber de información pueden ser muy variados y el contenido de aquel puede resultar siendo finalmente un mosaico de datos que no necesariamente tienen la misma importancia, pero que en su conjunto determinan la formación de la voluntad del contratante que los recibe<sup>45</sup>.

Antes de entrar en detalle, tenemos que tener presente que determinar el contenido del deber de información no resulta sencillo y ha sido un punto que ha llamado especialmente la atención de la doctrina especializada<sup>46</sup>. En general se ha

---

<sup>43</sup> En este sentido opina GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 128. Por su parte LLOBET I AGUADO estima que en ciertas situaciones el deber de consejo también puede ser exigible en la etapa preparatoria del contrato, por lo que no cabe descartarlo absolutamente. *Vid.* LLOBET I AGUADO, Josep, *op. cit.* p. 34.

<sup>44</sup> Concepto de LLOBET I AGUADO, *op. cit.* p. 42.

<sup>45</sup> En el Derecho Europeo, el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* se refiere -de manera novedosa- al contenido del deber de información en su art. 7.1: “En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada 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 concluirle”.

<sup>46</sup> “Conviene señalar que la extensión del contenido del deber de información no es definible en términos abstractos, en cuanto debe ser en concreto graduada con base en las condiciones personales y profesionales de las partes y según la naturaleza y el objeto del contrato”. “Empero, se debe insistir en que es difícil fijar en abstracto el alcance del deber de información, en la medida en que él depende, en concreto, de las condiciones personales de las partes y de la naturaleza y el objeto del contrato”.

dicho que la extensión del mismo dependerá de la combinación de diversos factores, como los conocimientos propios de cada parte, en los que cuentan su experiencia, pericia, y otras características personales, la existencia del deber de *auto información* que recae sobre cada una de las partes, la eventual confianza que exista entre las partes; las características propias de cada contrato, entre las que destacan los riesgos y la complejidad en la ejecución de las prestaciones.

Todos estos constituyen criterios que permiten delimitar la extensión del deber de información y por tanto, el objeto de este deber está determinado por la *extensión* del deber de informar.

En definitiva, nos atrevemos a decir que este *deber* tiene como objeto central aquellos datos que son decisivos para la formación de la voluntad negocial, para decidir si se contrata o no, o si se está dispuesto a hacerlo en las condiciones proyectadas o en otras distintas. En consecuencia se trata de datos que afectan directamente aquella representación de la realidad tomada en cuenta para proyectar el futuro contrato, así como también a los motivos personales de cada contratante si se dieron a conocer al otro.

Por lo anterior, nos parece necesario hacer una clasificación de los datos que forman parte del objeto del deber de información, para una mayor comprensión del mismo. En esta parte seguiremos a Gómez Calle<sup>47</sup>, dividiendo los distintos elementos integrantes del deber de informar de la siguiente forma:

- a) *Información sobre los datos determinantes para formar la voluntad negocial favorable o no a la celebración del contrato.* Se refiere a aquellos datos que han de considerarse como determinantes para prestar la voluntad negocial de la parte que recibe la información. Aquí se incluyen todas aquellas circunstancias que, de ser conocidas por la otra parte, la inducirían a no contratar o a hacerlo en otros términos.

---

RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “El deber precontractual de información”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, Tomo IV Derecho privado*, vol 1, Editorial Temis, Bogotá 2010, pp. 123-150, p. 131 y p. 136.

<sup>47</sup> Puede verse con más detalle cada uno de esos aspectos en GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 100-121.

Aquí encontramos:

1. Datos relativos a los sujetos.
  2. Datos relativos al objeto de la prestación debida, proporcionados tanto por el obligado a informar como por el destinatario de la información.
  3. Información sobre la reglamentación jurídica del contrato.
  4. Circunstancias que determinan la nulidad del contrato o que imposibilitan su cumplimiento.
  5. Circunstancias externas que hacen fracasar la finalidad pretendida en el contrato.
- b) *Información sobre los derechos que legalmente le corresponden a la otra parte.* Ejemplo de ello sería la información relativa al derecho de desistimiento tras un plazo de reflexión, lo que no supone necesariamente que no vaya a contratar, pero con su omisión, el obligado a prestar la información podría pretender evitar el ejercicio de este derecho por quien ignora su existencia.
- c) *Información acerca de los requisitos de validez del contrato a celebrar.* Este conocimiento no es un requisito esencial para prestar el consentimiento, sin embargo es un dato esencial para la viabilidad del contrato y la parte que tiene conocimiento de él debe entregárselo a la otra parte en cumplimiento del principio de la buena fe para que ésta pueda tomar las medidas precisas para evitar el fracaso del negocio.

*Algunas consideraciones acerca del contenido del deber de información.*

1) En primer lugar, queremos reiterar en este punto la dificultad que existe al momento de determinar el objeto del deber de información. Se trata de un contenido que no puede fijarse *a priori* y que generalmente será delimitado por las s que impone la buena fe en sentido objetivo. Tampoco es posible fijar este contenido de manera exhaustiva, ya que ello dependerá de muchos factores que se presentarán en cada caso y que es prácticamente imposible englobar a través de cláusulas generales.

2) Es necesario dejar claro que, si bien no podemos hacer una descripción detallada de los componentes del deber de información, podemos sin embargo plantear algunas pautas o reglas que, de cumplirse, moldearán en definitiva el actuar de las partes y les ayudarán a acercarse lo más posible a una información completa y adecuada. En

este sentido, el contenido de la obligación de información puede determinarse desde una perspectiva positiva y una negativa<sup>48</sup>:

- Las partes deben abstenerse de toda información errónea o incierta, que pueda confundir al otro contratante y alterar su verdadera voluntad. Este sería el aspecto “negativo” del objeto del deber de información.

- Las partes deben cumplir con su deber de informar todo lo que esté a su alcance y que sea legítimamente exigible. Se considera exigible, toda la información que sea necesaria al acreedor de la obligación para formar adecuadamente su consentimiento contractual. Se trata del aspecto “positivo” del contenido a informar.

**3)** Con estos criterios -aunque bastante amplios- al menos puede darse una pauta a las partes para saber si se acercan al cumplimiento adecuado de su deber de informar en la etapa precontractual. Tan importante es este deber, que su incumplimiento puede en definitiva afectar a la validez o eficacia del futuro contrato cuando afecta un elemento esencial, por lo tanto creemos que es necesaria al menos una relación de causalidad entre el contenido de la información y la formación del consentimiento, es decir, si en base a esta información se ha prestado el consentimiento y éste finalmente no resulta ser el producto de la voluntad libre y espontánea del otro contratante, el problema estará en el contenido de dicha información, ya que ha sido erróneo, insuficiente, o simplemente no ha existido y de allí vendrá la aplicación de las sanciones respectivas.

#### **I.4.4 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA INFORMACIÓN.**

Ya hemos dicho que la información que se deben las partes en la etapa precontractual es aquella información *obligatoria*, necesaria para la formación del consentimiento. También hemos hablado del *contenido*, o lo que es lo mismo, la *extensión* del deber precontractual de informar.

---

<sup>48</sup> A favor de esta dualidad puede verse MORALES MORENO, Antonio Manuel, “El dolo como criterio de imputación al vendedor de los vicios de la cosa”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 591-684, p. 634 y ss.

Llegados a este punto, hemos de destacar un punto que la doctrina hace hincapié sobre ciertos aspectos o características que debe reunir la información que se entrega. Muchos de estos aspectos han sido enumerados expresamente por algunas leyes especiales al momento de regular los deberes de las partes.

Teniendo claro que existe el deber de información como consecuencia de la buena fe objetiva en materia de contratos, debemos dejar en claro que no basta con que las partes se entreguen un conjunto de datos y antecedentes para cumplir con él. El cumplimiento satisfactorio del deber de información pasa por las de la información que se entrega. No podemos decir que una información falsa, errónea, oscura o expresada en términos demasiado complejos sea suficiente para dar cumplimiento a las exigencias de la buena fe.

Veamos algunos requisitos que la doctrina ha destacado como indispensables para dar cumplimiento al deber de informar.

#### **I.4.4.1 Claridad.**

“El contratante debe evitar un lenguaje ambiguo que no pueda ser comprendido a cabalidad por la contraparte”<sup>49</sup>. Se debe procurar ser claro en la entrega de la información, evitando palabras que tengan ambigüedad lingüística o conceptual. Las partes al expresar sus intenciones durante esta etapa, deben evitar hacerlo en términos

---

<sup>49</sup> BIANCA, Cesare Massimo, *Derecho civil III. El contrato*, traducción al español de Edgar Cortés y Fernando Hinestrosa, 2ª edición, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 521.

demasiado complejos que puedan confundir a la otra parte, pues el objetivo es que aquella comprenda totalmente el sentido y alcance de lo que se le informa<sup>50</sup>.

Este es uno de los principales requisitos, sino el más importante, y que se exige en numerosas disposiciones legales que regulan el deber precontractual de información en materia de consumidores.

#### **I.4.4.2 Oportunidad.**

Es necesario que la información sea entregada de forma oportuna en el momento indicado, para que la parte decida si le conviene o no contratar y en qué términos desea hacerlo en caso afirmativo. De nada sirve una información tardía, pues no otorga ningún beneficio a la contraparte y le ha privado de realizar una valoración reflexiva sobre la operación. Como hemos dicho antes, de esta característica depende de que la parte receptora de la información pueda ejercer correctamente su libertad de contratación.

---

<sup>50</sup> Al estudiar este punto, la doctrina destaca algunas herramientas que pueden utilizar las partes en pro de la *claridad* de la información, como por ejemplo; poder elegir el idioma o la legua que será utilizada para la redacción del contrato y para sus relaciones negociales. Esto ayuda a que las partes puedan lograr un entendimiento más claro evitando confusiones, pero si bien existe esta libertad de elegir el idioma, la buena fe exige que no se abuse de este poder y en consecuencia se establezca una redacción que sea equitativa e igualitaria sin favorecer a ninguna de las partes. Otro aspecto destacable es la posibilidad de incluir premisas, descripciones o marcos conceptuales para aclarar los términos del contrato, o por ejemplo, un glosario de definiciones, todo ello con el fin de garantizar la comprensión uniforme del vocabulario usado por las partes. Véase sobre este y otros aspectos de la información precontractual, CHINCHILLA IMBETT, Carlos, “El deber de información contractual y sus límites”, en *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, N° 21, julio-diciembre 2011, pp. 327-350, p. 332 y ss.

<sup>51</sup> La importancia de este requisito radica en la sanción ante su incumplimiento. Si la información no es clara, el art. 1288 del Código Civil español, sanciona las cláusulas oscuras con una interpretación desfavorable para quien las ha redactado (“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”). En la legislación de consumidores, la falta de claridad puede ser sancionada con la no inclusión de la cláusula respectiva en el contrato, si llega a considerarse que no puede ser comprendida por un sujeto con capacidad e inteligencia media (consumidor medio). Tanto en el Derecho civil general, como en la legislación especial, se sanciona la falta de claridad en la información precontractual por considerársele una infracción de la buena fe objetiva.

#### **I.4.4.3 Transparencia.**

De acuerdo a este requisito, “el destinatario puede tener un conocimiento de tal calidad que le permita efectuar una elección razonable y consciente, puesto que conoce de primera mano y totalmente las circunstancias sobre la relación comercial y todas sus vicisitudes. La información transparente ha de ser completa, suficiente y exacta”<sup>52</sup>.

Se trata de cumplir con un deber de declarar una información y de hacerlo de forma clara y sincera, sin reservarse aquellos datos que puedan llegar a ser relevantes para la formación del consentimiento (completa). Tampoco debe entregarse una información que induzca al error sobre los aspectos relevantes del contrato (exacta). Y debe tratarse de una información que, por sí sola, permita al destinatario realizar una elección razonable al momento de contratar gracias a que cuenta con los conocimientos necesarios para ello (suficiente).

Al igual que los requisitos anteriores, la transparencia en la entrega de la información tiene por objeto el logro de un consentimiento apto, sin vicios, evitando toda clase de anomalías que puedan enturbiar la relación contractual.

Esta *suficiencia* en la información no es fácil de determinar mediante fórmulas abstractas, pero aun así, es posible establecer una especie de “criterio general de suficiencia”. Apoyándonos en los comentarios que RAGA GIL<sup>53</sup> realiza en materia de consumo, podemos decir que la información es *suficiente* cuando permite asegurar que las decisiones de los contratantes (consumidores) se toman de forma consciente, tanto del producto como de sus principales aspectos, características, circunstancias, capacidades, existencia o no de productos alternativos, de tal forma que la elección final sea producto de un acto de plena libertad y razonabilidad.

---

<sup>52</sup> V. CHINCHILLA IMBETT, Carlos, “El deber de información contractual y sus límites”, en *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, N° 21, julio-diciembre 2011, pp. 327-350, p. 336.

<sup>53</sup> RAGA GIL, José, “La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor” en *Derecho renovado del consumidor. Entre la economía y el Derecho*, Editorial Dilex, Madrid 2011, p. 47.

#### **I.4.5 CLASIFICACIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Una vez delimitado el concepto y el contenido del deber precontractual de información, queremos hacer eco de una doctrina bastante moderna que se ha preocupado de clasificar este tipo de deberes de una manera clara y sistemática para facilitar su estudio y principalmente, el análisis de los remedios que proceden en caso de incumplimiento.

El planteamiento que seguimos es de MAZA<sup>54</sup>, quién realiza una división general entre deberes precontractuales de información “típicos” y “atípicos”.

##### **I.4.5.1 Típicos.**

De acuerdo con el autor que citamos, “existe un deber precontractual de información típico cada vez que el legislador identifica explícitamente el deber o bien, en forma levemente más oblicua, sanciona la falta de entrega de la información durante el período que antecede a la celebración del contrato”.

De esta forma, pueden existir dos modalidades:

- aquellos en que el legislador establece directamente el deber de informar. En la legislación española esto ocurre principalmente en el Derecho de consumo. El ejemplo más importante es el art. 60 del Real Decreto 1/2007 que hace una enumeración detallada de los requisitos que debe reunir la información que se entrega al consumidor.

Se trata de una técnica bastante recurrente en aquellos casos en que el legislador desea proteger a los consumidores de los posibles abusos de la parte contraria, que al ser

---

<sup>54</sup> MAZA GAZMURI, Íñigo de la, “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º semestre 2011, pp. 115-135, p. 117 y ss. También puede verse sobre el mismo autor, un estudio detallado de la clasificación que reproducimos en esta parte de nuestro trabajo: MAZA GAZMURI, Íñigo de la, “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 1º semestre 2010, pp. 75-99.

un profesional o empresario, se considera más fuerte. Es una forma de restablecer el equilibrio contractual y asegurar la adecuada formación del consentimiento<sup>55</sup>.

- aquellos en que sanciona su incumplimiento. El legislador no impone directamente el deber precontractual de informar (no lo dice expresamente), pero sí que sanciona la falta de entrega de información. El ejemplo por excelencia en esta materia es el tratamiento de los vicios redhibitorios en el Código Civil.

Según MAZA, “la razón por la cual se indemniza no es la presencia de los vicios redhibitorios, las consecuencias aparejadas directamente a estos funcionan objetivamente. Se indemniza porque la conducta del vendedor es reprochable, ya sea porque actuó dolosamente (conocía los vicios y no los comunicó) o bien porque actuó culpablemente (ignoraba la existencia de los vicios pero debió haberla conocido)”.

#### **I.4.5.2 Atípicos.**

Tienen lugar cuando el legislador no ha establecido explícitamente el deber o fijar su sanción, pero ha entregado al juez las herramientas suficientes para determinar si, en el caso concreto, existe o no un deber de informar.

Como todo caso de atipicidad, entendemos que se trata de una norma flexible, que puede dar cabida a casos que no se encuentran expresamente contemplados en la ley como tal falta de información, pero que a la luz de un análisis reflexivo, igualmente comportan una infracción al deber precontractual de informar. En estos casos, el fundamento del deber no es sino, el principio general de buena fe (en su fase objetiva, como ya hemos visto), que exige a las partes una actitud de corrección y lealtad.

Los deberes de información atípicos no son taxativos y pueden multiplicarse cada vez que se infringen las exigencias de la buena fe. En todos estos casos, la

---

<sup>55</sup> En la doctrina chilena, este mismo autor se ha encargado de estudiar detalladamente esta técnica legislativa de protección al consumidor. Sobre esto puede verse, revisado el tema en MAZA GAZMURI, Íñigo de la, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 17, 2010, 2, pp. 21-52.

sanción no es única, pues dependerá del juez (y de la petición de la parte afectada) reconducir la infracción de un deber de informar, ya sea por la vía contractual (por ej. a través de una acción resolutoria), a través de remedios propios de la etapa precontractual (como la acción de error o dolo).

Eventualmente, puede también alegarse una reparación por el perjuicio sufrido, con independencia del contrato, y en tal caso, estaremos ya en el campo de la responsabilidad *aquiliana*<sup>56</sup>.

#### **I.4.6 LÍMITES DEL DEBER DE INFORMACIÓN.**

No obstante su relevancia, este deber presenta una gran dificultad en cuanto a la determinación de su extensión y sus límites. Si bien, existen contratos en que las informaciones de la fase precontractual forman parte integrante del objeto mismo del contrato y el incumplimiento de deberes informativos puede considerarse como incumplimiento contractual, en otros, no resulta fácil determinar cuándo y en qué medida estos deberes de información existen y su incumplimiento puede llegar a generar responsabilidad a cargo del infractor, lo que hace necesario el análisis del caso concreto<sup>57</sup>.

Ante todo debemos dejar en claro que el *deber precontractual de información* no es un deber “absoluto” que tenga lugar en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia y que obligue a las partes a una confesión total de los conocimientos que posean. Según veremos, hay casos en que existen justificadas razones para no entregar información o para entregarla de una forma parcial.

---

<sup>56</sup> Todas estas cuestiones forman parte de un largo y antiguo debate acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* o lo que es lo mismo, por hechos acaecidos en la etapa precontractual (dentro de la que cabe incluir la falta de información). Esta discusión, evidentemente no constituye el objeto central de nuestro estudio, pero hacemos la necesaria mención a ella en diversas partes de nuestro trabajo debido a la riqueza de los aportes doctrinarios que podemos absorber de este debate científico que nos puede alumbrar el camino para exponer más claramente nuestros planteamientos.

<sup>57</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz; OTERO CRESPO, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril, 2010, (disponible on line: [www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 29, nota n° 117.

#### **I.4.6.1 Principio de auto información.**

El principio general en materia de contratos- al menos en el ordenamiento jurídico español- consiste en que cada uno de los contratantes procure el cuidado de sus intereses, y en consecuencia, se encargue de reunir la información suficiente acerca del negocio que pretende concretar<sup>58</sup>. Así por ejemplo, DIEZ-PICAZO<sup>59</sup> enfatiza en que el estudio de los deberes de información debe partir de la siguiente premisa: “corresponde a cada parte el deber de buscar la información”. De la misma forma, GÓMEZ CALLE<sup>60</sup> advierte que: “la ignorancia de uno de los contratantes puede quedar justificada por la *imposibilidad o gran dificultad* de obtener por sí solo la información precisa. Por el contrario, si no existe dicha imposibilidad o gran dificultad de conseguir la información, la ignorancia será ilegítima”. MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>61</sup> reafirma esta idea sosteniendo que, es deber de cada uno de los contratantes adquirir la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance tanto de su compromiso como el de su contraparte.

El deber de auto información obliga al destinatario de la misma a emplear una diligencia al menos media para la obtención del conocimiento preciso de las circunstancias determinantes que rodean la prestación de su consentimiento *ad contractum*. Admitir la conducta contraria, a pretexto de proteger la buena fe *in contrahendo*, llevaría al amparo de conductas negligentes o incluso económicamente deficientes<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Tal es así, que la admisión de deberes precontractuales de información como una categoría específica es el fruto de una evolución tardía y ligada a los cambios sociales y al objeto del comercio. En el derecho Romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato, ya que de conformidad con la máxima *caveat emptor* o bien *emptor debetessecuriosus*, era a cada una de las partes a la que le incumbía satisfacer sus intereses con el objeto a negociar.

<sup>59</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Introducción, teoría del contrato, Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 312.

<sup>60</sup> GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 89.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos [et. al], *Curso de Derecho civil (II), Derecho de obligaciones*, Editorial Colex, Madrid 2011, p. 374.

<sup>62</sup> Explican un poco más sobre el carácter relativo del deber de información y la conveniencia de incentivar a las partes a la propia búsqueda de la información, GAITÁN MARTÍNEZ y MANTILLA ESPINOZA, sosteniendo que: “Si un contratante no puede hacer uso de informaciones que le permiten

Es necesario dejar en claro que cuando hablamos de diligencia “media”, nos referimos al reconocido criterio del “buen padre de familia”<sup>63</sup>, de acuerdo al cual debe emplearse una diligencia media exigible a un hombre estándar en circunstancias normales, tanto en la gestión de los negocios propios, como ajenos. Si éste es el criterio general exigible en materia civil, el principio de auto información será también la regla general en los contratos<sup>64</sup>.

No obstante la existencia de este deber general de auto información, en algunas situaciones el legislador tipifica expresamente el *deber de informar* durante la etapa de los tratos preliminares y obliga a las partes a proporcionarse la información y comunicaciones adecuadas sobre los aspectos al menos esenciales del futuro contrato.

En consecuencia, sabiendo que el principio de auto información es la regla general, existen dos grandes situaciones que constituyen la excepción:

1) Las situaciones en que el deber de información se encuentra expresamente establecido por la ley. Aquí los presupuestos del deber de informar, el modo en que ha de cumplirse, su ámbito y su contorno vendrán establecidos por la misma ley. Esto

---

obtener una posición de ventaja en la negociación y tales informaciones pueden solo puede alcanzarlas mediante un proceso de búsqueda que le origina costes, parece probable pensar que dicho contratante no destinará recursos para obtenerlas. Y su decisión de no destinar recursos a la obtención de nuevas informaciones, impedirá averiguar que existen formas de utilización más elevada de ciertos bienes, las cuales permiten un incremento de los niveles de riqueza. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que se descubre la existencia de un yacimiento minero en una finca destinada a uso agrícola o en la hipótesis de que se descubre que un viejo violín abandonado es un Stradivarius. Admitido que existe un interés general al incremento de los niveles de información que tienen una fuerza productiva significativa para la sociedad, habrá que concluir que debe reconocerse a quién lo promueve la posibilidad de servirse de ciertos datos, que sólo a él le son conocidos, a fin de equilibrar el contrato a su favor. En caso contrario se llegaría a una solución desincentivadora de los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles.” (GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOZA, Fabrizio, *La terminación del contrato*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2007, p. 75).

<sup>63</sup> Criterio del hombre medio, normal o “standarizado” que se menciona en numerosas disposiciones del CC español, principalmente en el art. 1.104 CC en materia de contratos y en el art. 1.903 CC en materia de responsabilidad extracontractual.

<sup>64</sup> Puede verse un análisis detallado acerca de la noción de “buen padre de familia”, desde el concepto utilizado por el Derecho romano hasta el Derecho español moderno en, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, Pablo, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Dr. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, edición de la Universidad de Salamanca. Departamento de Derecho Civil, Salamanca, 1984, pp. 69-85.

ocurre principalmente en materia de consumidores y en todos aquellos casos en que se produce una particular situación de “confianza” derivada de la naturaleza del contrato (como en el caso de un mandato), de las informaciones previamente otorgadas por la otra parte (si estas informaciones han sido deliberadamente falsas, se ha obrado con dolo), o de la cualidad y posición de las partes en relación con el contrato, puesto que el *deber de información*, compete de forma especial, a la parte que presumiblemente tiene una posición dominante en la relación precontractual, como puede ser el vendedor profesional o el predisponente de las condiciones generales de contratación.

En el caso del Derecho de consumidores, debido a las especiales condiciones de contratación el criterio que se utiliza para determinar hasta qué punto debe entregarse la información, es la noción de “consumidor informado”, pues si bien se trata de un “profano” en comparación al conocimiento que maneja un empresario o profesional, no por ello se encuentra sustraído de su deber de informarse mínimamente del negocio que pretende realizar. Es decir, su debilidad no le atribuye derecho a la pasividad.

Volveremos más detalladamente sobre este aspecto al tratar el deber precontractual de información en el Derecho de consumidores español.

2) No existiendo una norma especial que imponga el deber de informar, esta obligación existirá cuando la buena fe así lo exija. Esto quiere decir que las partes pueden abstenerse de entregar cierta información durante la etapa precontractual y esta abstinencia no es en sí misma una conducta sancionable, salvo que, esta ella implique un comportamiento de mala fe.

El principio general de *buena fe* que impone a las partes, a modo de cooperación, la obligación de informar acerca de circunstancias que el otro contratante ignora y que pueden resultar fundamentales para la contratación. Esta

referencia al deber de colaboración y solidaridad<sup>65</sup> que surge entre las partes, es cada vez más frecuente en el Derecho moderno de la contratación.

Como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>66</sup>, “la buena fe exige de los contratantes una cierta cooperación ya desde antes del intercambio de consentimientos. Así, si uno de los contratantes se encuentra en imposibilidad de informarse, la buena fe obliga al otro a instruirle de los hechos que conoce”.

Es en estos casos, donde deberá analizarse cuidadosamente si existe o no obligación de entregar la información en un momento determinado, considerando las circunstancias que rodean a la operación. El principio de buena fe puede servirnos de guía para lograr la aplicación del criterio adecuado.

#### **I.4.6.2 Límites.**

Teniendo claras estas apreciaciones, veamos ahora como la doctrina ha sistematizado los denominados “límites” del deber precontractual de información. Siguiendo a Gómez Calle<sup>67</sup> podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

a) *Aquellos que derivan de su propia delimitación*; en consecuencia, no debe informarse al otro contratante de aquello de lo que él está obligado a informarse, ya que esto significaría amparar una conducta pasiva y el consecuente descuido de los propios intereses. Tampoco debe informarse de aquellas circunstancias extrínsecas

---

<sup>65</sup> Así en la doctrina argentina, tal como lo señalan STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, el deber precontractual de información parece integrar uno más amplio, el de cooperación, aun cuando uno y otros, sean derivados de la buena fe debida. Si bien la colaboración se sitúa en todo el *iter contractual*, desde los tramos preliminares hasta el período de ejecución, la información cobra especial relieve en las negociaciones previas a la conclusión del contrato. (STIGLITZ, Gabriel Alejandro y STIGLITZ, Rubén Saúl, *Derechos y defensa del Consumidor*, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 160. – citado por ANDORNO, Luis, “El deber de información en la contratación moderna”, *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor Doctor Atilio Alterini. Teoría General del Derecho de daños*”, Editorial Abeledo-Perrot, España 1997, p. 951).

<sup>66</sup> MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, “El deber de información precontractual, en VATTIER, Carlos, CUESTA, José María de la, CABALLERO, José María, (Dirs.), *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I, Editorial Dykinson, Madrid 2003, pp. 159-174, p. 166.

<sup>67</sup> GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 84 y ss.

al objeto del contrato, aunque afecten al propósito personal de una de las partes. Recordemos aquí lo dicho respecto al principio de *auto información*.

b) *Límites relacionados con la esfera íntima o privada de la persona*. Como es sabido, la esfera privada de la persona debe ser protegida frente a cualquier intromisión de ajenos, por lo tanto es perfectamente lícito protegerla de aquellos riesgos que pueda correr en la esfera de las contrataciones. Este aspecto tendrá especial importancia en aquellos contratos en que para una de las partes sean decisivas ciertas cualidades personales del otro.

c) *Límites que tienen un fundamento económico*. A nuestro juicio, en este ítem pueden englobarse dos supuestos:

c.1. Los casos en que tiene lugar lo que la doctrina<sup>68</sup> denomina “coste de información”. Este “coste” es apreciable cuando la obtención de una información es resultado de una costosa investigación realizada por una de las partes. Cuando esto

---

<sup>68</sup> En este sentido, MORALES MORENO –tratando el tema del deber de colaboración en deshacer el error en que ha incurrido la otra parte- establece como un límite al deber de informar, el hecho de que haya sido necesario invertir recursos para conseguir dicha información. Señala este autor: “Aún dentro del ámbito de hechos relacionados con las presuposiciones del contrato pueden existir, justificadas restricciones al deber de información. Por ejemplo: cuando la información de que dispone un contratante no es fácilmente obtenible, supone una costosa investigación. Puede ser injusto en este caso imponerle comunicar (en contra de su interés) la información que para él ha supuesto un coste. (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El error en los contratos*, Editorial Ceura-Madrid, 1988, p. 231).

Similar es la opinión de VERDA Y BEAMONTE, quien estima que para efectos de determinar los límites o extensión de los deberes precontractuales de información deben considerarse necesariamente ciertos criterios fundamentalmente económicos. De este modo, distingue entre información costosa y no costosa; información que aumenta o disminuye el valor de los bienes; y aquellos costes de información simétricos y asimétricos. A su juicio “Si la información es costosa, esto es, ha sido adquirida, como consecuencia de un proceso de búsqueda deliberada que ha originado costes a quien lo realiza, parece que, en principio, ha de considerarse lícito que quien conoce el error del declarante guarde silencio y no le advierta de él. En el caso contrario, se estaría penalizando un comportamiento diligente en cuya incentivación existe un interés social”. Tampoco existe deber de informar cuando el error (que debiera ser revelado) “consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza y pone de manifiesto formas de uso que permiten incrementar la riqueza. En cambio, sí existe el deber de advertir del error, consistente en la ignorancia de una cualidad negativa que disminuye el valor de un bien (...) porque, en tal caso, el conocimiento del error, presupone una información carente de fuerza productiva significativa para la sociedad, no favorecedora de una distribución más eficiente de los recursos ni del incremento de la riqueza”. Por último, sostiene este autor: “si los costes son simétricos, esto es, iguales para ambas partes contratantes, no existe deber de información. Tal sucederá, normalmente, cuando el contrato se celebre entre dos personas con experiencia profesional o conocimientos técnicos en un determinado sector económico”. (VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “La reticencia en la formación del contrato”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, N° 3, 1998, pp. 197 y ss.).

ocurre, en principio no existe deber de entregar esta información. Si sólo una de ellas realiza inversión precisa para conseguirla, no es ilícito permitirle que se aproveche de sus beneficios si significa un aumento de valor de la cosa a que se refiere, pues se produciría una alteración en el principio de igualdad entre los contratantes<sup>69</sup>.

c.2. También cabe incluir los casos de transmisión de información, cuando ella se refiera a innovaciones tecnológicas, técnicas, y en general a datos amparados por el “secreto industrial”. Si existiera la obligación de informar sobre estos datos se correría el riesgo de afectar gravemente el funcionamiento de la competencia en el mercado, y además, se desincentivaría la inversión encaminada a mejorar o modernizar los productos. Es evidente que en este caso, el límite a la entrega de la información se justifica por razones económicas que serán determinantes, tanto para el emisor de la información como para el receptor.

d) *Límites derivados del deber de confidencialidad.* El ordenamiento jurídico español en materia de contratos, se rige por el principio de que la información entregada durante la etapa de las negociaciones, puede circular libremente entre los posibles contratantes y éstos a su vez pueden transmitirla a terceros o aprovecharse de ella para fines ajenos al contrato que se está negociando, sin que ello constituya una conducta sancionable.

Excepcionalmente, cuando las partes han entregado la información con carácter “confidencial”, ésta no puede divulgarse legítimamente sin lesionar los intereses de la parte contraria. El receptor no puede revelarla a un tercero ni puede utilizarla en beneficio propio, tanto si el contrato se celebra como si no se llega a celebrar.

Pero, hemos de dejar claro que no existe un deber general de confidencialidad de la información, pues se trata de una condición excepcional.

---

<sup>69</sup> En el Derecho contractual europeo, los PECL en su art. 4.107 apartado 3 (al regular el dolo), existe un catálogo no exhaustivo de situaciones o datos que deben ser considerados para determinar si existe o no violación del principio de buena fe. Es interesante destacar que en este punto, los PECL hacen expresa referencia al coste de información: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) **el coste de obtener dicha información**; (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

Para otorgarle el carácter “confidencial” a una información, es necesario que las partes declaren dicho carácter de forma expresa o que dicha confidencialidad resulte implícita o tácitamente de las circunstancias que rodean la negociación.

En este supuesto de “confidencialidad”, la parte emisora cumple con su *deber precontractual de información* entregando los datos y conocimientos necesarios para que la otra parte obtenga adecuadamente una visión de la realidad y forme correctamente su voluntad, pero a su vez, surge para el receptor de la información un *deber de reserva* respecto de los conocimientos que recibe. Este deber de *reserva* igualmente emana de la buena fe y constituye un límite al accionar de los contratantes<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> También apreciamos el reconocimiento de este “deber de confidencialidad” en algunos instrumentos del Derecho Europeo de Contratos. Así ocurre por ejemplo en los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, artículo 2:302: “*Quiebra de la confidencialidad. Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte*”.

Los PECL sancionan la violación del deber de confidencialidad en el art. 2:302 mediante el establecimiento de un resarcimiento integral mucho más amplia que la sola reparación del interés negativo o “interés en la confianza” que suele ser la regla general. De acuerdo con VALÉS DUQUE, se trata de una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados. Véase, VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 713-748, p. 748.

[Sobre el “resarcimiento integral” de la indemnización debida en estos casos, véase también, QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus (Dir.), PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> Luisa (Coord.), MÉNDEZ SERRANO, M<sup>a</sup> del Mar (Coord.), *Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho contractual español*, Editorial Atelier, Barcelona 2011, pp. 55-107, p. 85. Este autor aprovecha esta instancia para destacar la influencia de los PECL en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el Derecho español en esta materia].

Como vemos, los PECL son especialmente sancionatorios ante las conductas que infringen el *deber de confidencialidad* o de *reserva*. Así lo reconoce la doctrina al señalar que se trata de “una regla de restitución de beneficios que parece asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados y es aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño”. Véase, Díez-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Editorial Civitas, Madrid 2002, p. 200.

En el proyecto de *Código Europeo de Contratos*, el art. 8.2 establece una norma similar a la que acabamos de exponer respecto al deber de confidencialidad: “*Aquella de las partes que no respete este deber 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*”.

Por los motivos reseñados, es frecuente encontrarnos en la contratación moderna con los denominados “contratos o acuerdos de confidencialidad” (*Non-disclosure agreement* o 'NDA) cuyo objetivo principal es el de preservar el secreto de la información y/o datos de negocio de una empresa, cuando, por los motivos que sean, un tercero tenga que acceder a los mismos. El contrato de confidencialidad suele contener entre sus cláusulas, los elementos más importantes que no pueden faltar; como las partes a quienes afecta, la definición o detalle de aquel contenido que ha de calificarse como “confidencial”, excepciones a esta restricción, sanciones en caso de incumplimiento y el plazo a partir del cual las partes quedan exoneradas del cumplimiento de la confidencialidad. Es importante destacar que los contratos de confidencialidad son en su mayoría bilaterales, esto es, generan un vínculo obligatorio para ambas partes, las cuales quedan sometidas al contenido del acuerdo. Sin embargo, hay que tener en cuenta la existencia de acuerdos unilaterales, en los que sólo una de las partes se somete a las cláusulas del mismo y por lo tanto, queda exonerado de esta obligación, pudiendo utilizar la información que posee o que ha adquirido durante el proceso de contratación, de la forma más conveniente a sus intereses, sin que esta conducta acaree sanción alguna.

Es frecuente la aplicación de este tipo de acuerdos en el ámbito de los contratos previos a negociaciones entre empresas (por ejemplo, cuando se está estudiando una posible adquisición de una empresa) o antes de prestar servicios de *outsourcing*<sup>71</sup>. Normalmente en los casos en los que dos o más empresas, colaboran

---

Como vemos, esta norma es mucho más completa y señala con más detalle el alcance de la indemnización cuando se infringe el deber de confidencialidad respecto a la información recibida durante la etapa de negociación del contrato.

También existe una norma en el texto de los Principios UNIDROIT art. 2.1.16: “*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*”. Los Principios UNIDROIT sancionan la infracción al *deber de reserva* mediante una indemnización del interés negativo o de la *confianza*, aunque de acuerdo al tenor del art. 2.2.16 se prevé que el beneficio obtenido por la otra parte puede llegar a ser considerado en la determinación de la compensación debida.

<sup>71</sup> El contrato de *outsourcing* es un modelo de contrato mediante el cual se regula la subcontratación o externalización de servicios. Por tanto, es un contrato de subcontratación de determinados servicios u obras (también denominado "contrato de externalización" o “tercerización”) que consiste en la realización por parte de una empresa o profesional de los trabajos y funciones encomendados por la empresa que contrata. Este tipo de contrato constituye una técnica innovadora de administración que,

en un proyecto poniendo en común su *know-how*<sup>72</sup>, existe la posibilidad de que ambas partes firmen acuerdo de confidencialidad con el objeto de proteger la propiedad intelectual de cada parte implicada y son muy comunes en el campo de las tecnologías de la información.

Fuera del ámbito de la contratación netamente empresarial, podemos encontrar contratos de confidencialidad incluso en el ámbito laboral, entre empresarios y trabajadores. Si un trabajador es despedido, por ejemplo, quizá exista una cláusula en su contrato de trabajo que exija la firma de un acuerdo de confidencialidad antes de que el trabajador abandone la compañía. Y por otra parte también encontramos este deber de confidencialidad en el ejercicio de ciertas profesiones o áreas del conocimiento, como ocurre en el caso del secreto médico y el deber de confidencialidad en la atención sanitaria, en secreto profesional implícito en el ejercicio de la profesión de abogado o el deber de confidencialidad que existe en el ámbito del arbitraje comercial<sup>73</sup>.

---

como hemos dicho, consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles.

<sup>72</sup> El *know-how* es un término inglés que significa saber hacer o cómo hacer. Es relativo al conjunto de conocimientos, producto de la información, la experiencia y el aprendizaje, que no pueden ser protegidos por una patente por no constituir una invención en el sentido estricto del término, pero que son determinantes del éxito comercial de una empresa. Para su protección sólo cabe la fórmula del secreto.

<sup>73</sup> Puede verse; BERTRÁN, José María, “*Intimidación, confidencialidad y secreto*”, patrocinado por Fundación Ciencias de la Salud, Fundación para la Formación Organización Médica Colegial, Editorial Ergón, D.L, Madrid, 2005; DELGADO MARROQUÍN, María Teresa (Coord.), *Secreto profesional y confidencialidad en atención primaria*, Instituto Nacional de la Salud, Subdirección General de Coordinación Administrativa, Madrid 1999; FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Madrid, año 2009, vol.2, pp. 335-378; MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia de, *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2002.

## CAPÍTULO II.

### **EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.**

*¿Existe una obligación general de informar en el Derecho civil español?*

#### **II.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Antes de introducirnos al tema, nos parece necesario hacer hincapié en que el deber de precontractual de información presenta el problema de ser una materia que carece de uniformidad en la estructura del Código civil. No existen normas que regulen sus características, su estructura, ni mucho menos sus sanciones de una forma organizada. Por lo que nos encontramos ante una dispersión de normas y entonces ha sido la doctrina la que ha intentado recoger los casos o situaciones en que se encuentra presente el *deber precontractual de información* y organizarlas para objeto de facilitar su estudio.

Lo cierto es que esta dispersión en la materia tiene dos razones principales:

- Como sabemos, el tratamiento que daban los Códigos civiles decimonónicos a la etapa precontractual era mínima, limitándose mayormente a regular la formación del consentimiento por la concurrencia de la oferta y la demanda y restando importancia a las actuaciones de las partes con anterioridad a este momento. De ahí la importancia del trabajo de Ihering en la teoría del contrato.
- Al no existir mayor preocupación por esta etapa, tampoco existe un *deber general de información* previo durante la fase precontractual. Al menos no se encuentra consagrado *expresamente* en una disposición el Código civil. La doctrina ha debatido ampliamente sobre este punto.

Por ello, el tratamiento del deber precontractual de información no es uniforme y nos encontramos ante situaciones repartidas en diversas disposiciones del Código

civil. Además existe otra dificultad que se une al establecimiento de un *deber general de información*; la opinión comúnmente aceptada de que en materia contractual rige el principio de *auto información* entre las partes. A ello se puede agregar la existencia del *derecho a reserva o secreto* por parte de quién entrega la información, por lo que la determinación de una norma general resulta compleja.

Con todo, queremos dejar en claro que a nuestro parecer, el deber precontractual de información no requiere una norma expresa en el CC para tener aplicación general a los contratos porque, como hemos dicho anteriormente, el fundamento último de los deberes precontractuales es la buena fe en sentido objetivo consagrada en el art. 7.1 y 1258 del CC. Al ser la *buena fe* uno de los principios generales del Derecho, los deberes que ella impone a las partes durante la contratación (e inclusive, antes de la formación del consentimiento) son también *deberes generales* que si bien, en el caso del CC no encuentran una norma expresa que los consagre, se entienden subyacentes en todo caso y será la legislación especial quien se encargue de consagrarlos de forma expresa en sus disposiciones, cuando la normativa del CC no sea suficiente para proteger a la parte más débil de la contratación y garantizar la *igualdad entre las partes*, que fue uno de los principios que inspiraron al texto de 1889.

Esta es la situación existente en materia civil, porque sin duda en otras leyes especiales y sobre todo en materia de consumidores, el deber precontractual de información sí que posee una regulación propia y detallada.

En cuanto al tratamiento del deber de información en el Derecho civil español, nos encontramos con la sistematización que plantea GÓMEZ CALLE<sup>74</sup>, quien resume el ámbito de actuación del deber de información en los siguientes casos:

- a) El error y el dolo.
- b) Los contratos celebrados por menores que se hacen pasar por mayores de edad.

---

<sup>74</sup> Puede verse en detalle dicha sistematización en GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, pp. 28-70.

- c) La responsabilidad por vicios ocultos.
- d) La responsabilidad del vendedor de inmuebles.
- e) La responsabilidad por evicción.
- f) La nulidad contractual.
- g) La publicidad falsa o engañosa.

Una sistematización similar había sido ya planteada por ALONSO PÉREZ<sup>75</sup>, quien reconociendo la innegable aplicación de los principios generales del Derecho en el período precontractual, principalmente del principio de la protección de la buena fe, enumera los siguientes ejemplos directamente relacionados con el incumplimiento del deber de información en la etapa precontractual, y en que, a su juicio, tendría cabida la responsabilidad precontractual:

- a) El caso del vendedor que conoce los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifiesta al comprador. En este caso, además de las respectivas acciones redhibitoria y estimatoria, la actuación de mala fe *in contrahendo* otorga acción para reclamar los daños y perjuicios. (arts. 1486.2 y 1487 C.C).
- b) Si el vendedor no hace contar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente (art. 1483 C.C).
- c) El arrendador que incumple la obligación de entregar la cosa en condiciones de servir al uso a que se destina, si conoció los vicios o defectos y no los notificó al arrendatario (art. 1556 C.C).
- d) La responsabilidad que surge para el comodante en la hipótesis de no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada (art. 1752 C.C).
- e) Igualmente el caso del depositante, si ocasionó daños con mala fe al depositario por vicios conocidos de la cosa depositada (art. 1779 C.C).

---

<sup>75</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano, “La responsabilidad precontractual”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, 1971, pp. 916-929.

En la doctrina más moderna, CALLEJO RODRÍGUEZ<sup>76</sup> también se pronuncia sobre este punto, resumiendo el tratamiento del *deber precontractual de información* en el Código Civil español básicamente a tres casos:

- a) Tratamiento del dolo omisivo.
- b) Error, principalmente en cuanto a su requisito de *excusabilidad*.
- c) Vicios ocultos de la cosa vendida en materia de compraventa.

#### Tendencia actual.

Como hace notar De la Maza<sup>77</sup>, si bien existe un número importante de normas jurídicas de las cuales cabe deducir la existencia de un deber precontractual de información, en ningún caso se trata de una enumeración taxativa. Como ocurre siempre con el Derecho, éste puede sufrir modificaciones según las necesidades de la realidad social imperante, por lo tanto su ámbito de aplicación puede ser constantemente ampliado, modificado o reducido. Igualmente ocurre con el tratamiento del *deber precontractual de información*. Por mucho que afirmemos la existencia de un deber *general* de información, tampoco se trata de que exista una regulación rígida e inalterable.

Por el contrario, actualmente la tendencia en el ordenamiento jurídico español, es la incorporación de normas expresas relativas al *deber precontractual de información*, más allá de las que existen en el Derecho civil. Así como ocurre con algunas normas relativas al contrato de seguros, la normativa relativa a la contratación electrónica vía internet y las reglas pertinentes del TRLGDCU y del derecho de consumidores<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 47, 2003, pp. 9-63.

<sup>77</sup> MAZA GAZMURI, Iñigo de la, *Los límites del deber precontractual de información*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 51.

<sup>78</sup> En este trabajo nos limitaremos a estudiar brevemente la relación que existe entre el deber precontractual de información y las figuras de error y dolo como vicios del consentimiento. No revisaremos otras figuras propias del Derecho Civil español (como los vicios redhibitorios), pues estimamos que se aleja de los objetivos planteados inicialmente.

## II.2 DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y DOLO.

### II.2.1 CONCEPTO DE DOLO.

Comenzaremos este punto afirmando que si bien, el ordenamiento jurídico español no ha fijado expresamente el deber de información, sí que ha regulado detalladamente el silencio entre las partes que pretenden celebrar un contrato. Si no se diera importancia a este silencio o reticencia, la información que se ha callado una de las partes –incluso información esencial– sería irrelevante, con lo cual se estaría atentando contra el principio general de buena fe y de lealtad en los tratos, amparándose aquellos comportamientos deshonestos que sin duda afectarían la validez de los contratos.

Es aquí donde el *deber precontractual de información* adquiere relevancia jurídica, siendo tratado indirectamente en el CC a través de dos figuras propias de los vicios del consentimiento: el *error* y el *dolo*<sup>79</sup>. Veamos primeramente qué relación existe entre el deber de informar y el dolo.

De acuerdo con ALBALADEJO<sup>80</sup>, “hay dolo – se puede decir a tenor de nuestro Código civil- cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no se hubiese realizado”. Por su parte, O’CALLAGHAN<sup>81</sup> define al dolo como “el engaño causado maliciosamente por la otra parte contratante,

---

<sup>79</sup> Hacemos un breve paréntesis para señalar que, si bien, error, dolo, violencia, intimidación, han sido las tradicionales figuras del sistema de vicios del consentimiento del art. 1265 del CC civil español, hay doctrina más moderna que estima que esta enumeración debe extenderse más allá del CC. GARCÍA VICENTE, considera por ejemplo, que debe considerarse como vicios del consentimiento: el “terror ambiental” (por ejemplo aquellos contratos realizados bajo presión debido a un sistema político opresivo) y el “aprovechamiento de la situación de necesidad de la contraparte”, aun cuando no aparezcan expresamente en el Código Civil.

Destacamos este aspecto, ya que el objeto central de nuestro trabajo (el Reglamento CESL) contempla el aprovechamiento de un estado de necesidad como una de las causas de anulabilidad del contrato con consumidores. Quizás el CC en su propuesta de modernización debería seguir esta tendencia.

Véase GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al art. 1265 del CC” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, vol. 6, Editorial Aranzadi, 2013, pp. 9092-9098.

<sup>80</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I, Introducción y parte general*, 18ª Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, p. 568.

<sup>81</sup> O’CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho civil, Tomo II, Obligaciones y Contratos*, vol. 1º, Editorial Edersa, Madrid, 2001, p. 228.

engaño sugerido a un contratante, haciéndole creer lo que no existe (dolo positivo) u ocultando la realidad (dolo negativo).

Según LASARTE<sup>82</sup>, “actuar dolosamente (con dolo) significa tanto como malévola o maliciosamente, ya sea para captar la voluntad de otro, ya incumpliendo la obligación que se tiene contraída...”.

Este último concepto nos obliga a remitirnos necesariamente al ámbito de aplicación del dolo según la materia del Derecho civil de que se trate, ya que de ello dependerán principalmente sus efectos.

*En cuanto al campo de acción:*

- El dolo puede consistir directamente en una conducta voluntaria que causa daño a otro y en tal caso, actúa como criterio de imputación o como fuente de responsabilidad. Como sería el caso del incumplimiento doloso de una obligación ya contraída.
  
- El dolo puede acarrear sanciones, simplemente por constituir una conducta de mala fe. El C.C sanciona esta situación en algunos casos, por ejemplo: con la privación de los derechos hereditarios (arts. 674, 713, 756 nº 5 y 6 C.C) y en algunos casos con la extinción de la respectiva acción de anulación (art. 1314 C.C).
  
- El dolo puede constituir un vicio de la voluntad negocial. Este último es el que corresponde a nuestro objeto de estudio.

Como sabemos, la esencia del *dolo vicio* del consentimiento, está constituida por dos elementos básicos: el *elemento objetivo* (comportamiento) y el *elemento subjetivo* (*animus decipiendi*: el propósito de engañar para obtener así la declaración o al menos la conciencia de que ésta no se emitiría sin el engaño que conscientemente

---

<sup>82</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil. III Contratos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 28.

se lleva a cabo<sup>83</sup>). Una vez que ambos elementos están presentes, el dolo deben reunir los siguientes requisitos para viciar el consentimiento:

a) el comportamiento debe ser *grave* (art. 1270 C.C): esto es, que tenga la entidad suficiente para lograr inducir al otro contratante a prestar su declaración, o también, que sea de una magnitud tal que logre engañar a una persona que utiliza un cuidado normal y corriente en el manejo de sus asuntos.

b) el comportamiento debe ser realizado por *la otra parte contratante*, si se trata de un negocio bilateral.

c) el comportamiento doloso *debe provocar un error en el declarante que lo sufre*, quien confía en una realidad que es creada o mantenida por el otro contratante. Este error puede ser de cualquier clase y no es necesario que sea de aquellos que permiten impugnar la declaración por error. Sí así fuese, el engañado tiene la posibilidad de impugnar la declaración por error y a la vez por dolo. Así lo sostiene ALBALADEJO<sup>84</sup>.

d) el error que padece el declarante debe ser *determinante*, de tal forma que sea sin él, el sujeto que lo sufre no hubiese contratado o lo hubiese hecho en condiciones diferentes.

e) por último, para que un negocio pueda ser impugnado por dolo, es necesario que no exista *dolo recíproco o compensación de dolos*.

En resumen, para efectos de nuestro estudio, es necesario dejar en claro que se trata de un dolo que tiene lugar en las relaciones preliminares (*dolo in contrahendo*) y su relación con el deber de información precontractual se manifiesta en el ordenamiento jurídico español a través de dos figuras: el **dolo omisivo** y el **dolo bueno** (*dolus bonus*).

Veamos algunos aspectos de ellos en las siguientes líneas.

---

<sup>83</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y parte general*, 18ª Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2009 p. 572.

<sup>84</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Op. cit.* p. 573-574.

## II.2.2 DOLO OMISIVO.

### II.2.2.1 Dolo omisivo en el Derecho civil español.

La reticencia o dolo negativo no es una creación de la doctrina moderna ni mucho menos, pero su reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, de todas formas ha sido tardío<sup>85</sup>.

Si nos remitimos al concepto de dolo art. 1269 del CC, vemos que es necesario que una de las partes haya utilizado “palabras o maquinaciones insidiosas” para obtener la voluntad del otro contratante. El empleo por parte del legislador de estas expresiones parecía exigir una conducta “activa” por parte del contratante doloso, lo que llevó a la doctrina a discutir vivamente sobre si era posible admitir la conducta “omitiva” como vicio del consentimiento.

Actualmente, aquella discusión se encuentra superada, y tanto la doctrina<sup>86</sup> como la jurisprudencia<sup>87</sup> se han encargado de dar a las expresiones del art. 1269 un

---

<sup>85</sup> La cuestión del *dolo omisivo* o *negativo* ha sido vivamente discutida tanto en el Derecho europeo continental, como en el anglosajón. Así lo reconoce DÍEZ-PICAZO a propósito del estudio de la figura del dolo en los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Advierte el autor que en el Derecho francés, alemán, italiano y portugués se prevé la posibilidad de invocar el *dolo omisivo*, si como contrapartida existe un deber de revelar información. También reconoce que el Derecho anglosajón no establece un deber general de revelar datos o conocimientos, salvo en ciertos tipos especiales de contratos, por lo que la aplicación del *dolo omisivo* se encuentra mucho más limitada. De todas formas, tanto la doctrina como la jurisprudencia española han seguido la escuela francesa, admitiendo el dolo negativo en los casos en que el *silencio* pueda ser considerado como la maquinación o astucia que ha inducido a la otra parte a contratar. Véase, DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Editorial Civitas, Madrid 2002, p. 230.

Según DÍEZ-PICAZO, la sentencia que reconoce claramente la existencia del dolo negativo como vicio del consentimiento en el ordenamiento jurídico español, se remonta a 1981. (Sentencia del Tribunal Supremo, 26 octubre 1981 RJ 1981\4001).

<sup>86</sup> También comparten el criterio de que la simple ocultación o silencio en ciertos casos constituye dolo por tratarse de una “maquinación insidiosa”; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I, Introducción y parte general*, 18ª Edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, pp. 607-608; DÍAZ ALABART, Silvia, “La gravedad del dolo”, en *Actualidad Civil*, t. 2. Madrid 1987, p. 2637; LLOBET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 142; MORALES MORENO, Antonio, “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 591-684, p. 636; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho civil, Tomo II, Obligaciones y Contratos*, vol. 1º, Editorial Edersa, Madrid, 2001, p. 228; ROJO AJURIA, Luis, *El dolo en los contratos*, Editorial Civitas, Madrid 1994, pp. 255 y 256.

<sup>87</sup> La jurisprudencia sobre la materia es abundante, reiterándose la referencia a sentencias que han sentado precedente, citadas frecuentemente por la doctrina, como ocurre con la STS de 6 de junio de

sentido amplio, que incluye aquellas situaciones en que una de las partes actúa de forma insidiosa mediante su silencio o reticencia.

Así lo señala LASARTE<sup>88</sup>: “...el dolo puede consistir también en conductas pasivas o reticentes que, resultando a la postre engañosas, induzcan a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo en caso de habersele hecho saber cuánto, consciente y deliberadamente, le oculta la otra parte”. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO<sup>89</sup> observa que: “Al hablar el Código Civil de «palabras o maquinaciones» insidiosas parece que describe un comportamiento positivo y rechaza el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o circunstancias que, conocidas por él o debiendo serle conocidas, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Este dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar”.

Dice LACRUZ<sup>90</sup> que: “no cabe duda de que también la reticencia, esto es, las medias palabras, las afirmaciones inconcretas o inconcluyentes y las informaciones imprecisas o incompletas pueden considerarse, en ocasiones, como maquinación dolosa”.

En cuanto a la jurisprudencia, el *Tribunal Supremo* ha acogido la acepción amplia del concepto de dolo, dando cabida al silencio doloso o reticencia. Así por ej. la Sentencia de 26 de julio de 2002<sup>91</sup> desestimando el recurso de casación interpuesto

---

1953 (RJ 1953/1658), STS de 20 de enero de 1964 (RJ 1964/355) y STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001).

Pronunciamientos más recientes sobre el dolo reticente o negativo, recogiendo la doctrina de las anteriores, pueden verse las siguientes sentencias; STS de 26 de julio de 2002 (RJ 2002/8550), STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003/5631), STS de 19 de junio de 2006 (RJ 2006/3993) y STS de 24 de abril de 2009 (RJ 2009/3167).

<sup>88</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op. cit.* p. 29.

<sup>89</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 58.

<sup>90</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 4ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 366.

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2002, RJ 2002/8550.

contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la *Audiencia Provincial de Zaragoza* y recaída en juicio civil relativo al deber de declaración de riesgo por parte del tomador del seguro. En este caso, el Tribunal Supremo estimó que la información proporcionada por el tomador, en el caso, era insuficiente y constitutiva de una conducta dolosa hacia el asegurador, señalando en su considerando cuarto que: “el concepto de dolo que da el artículo 1269 del Código Civil, no sólo comprende la insidia directa e inductora sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (...), siendo esta segunda forma o modalidad de dolo a la que se refiere el inciso final del párrafo 3º del artículo 10 (de la Ley del Contrato de Seguro)”.

Existe jurisprudencia más reciente del *Tribunal Supremo* que comparte esta interpretación amplia del concepto de dolo del art. 1269 del C.C, como ocurre con la sentencia de 11 de julio de 2007<sup>92</sup> la que señala que: “el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2007, RJ 2007/5132.

<sup>93</sup> En el mismo sentido la sentencia del *Tribunal Supremo* de 26 de marzo de 2009<sup>93</sup>: “el dolo regulado en los artículos 1269 y 1270 del Código Civil exige, como reiteradamente ha señalado esta Sala (...) dos elementos: uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto puede consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio. (...) en cuanto vicio del consentimiento contractual, comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”. Este criterio ha sentado la base para el pronunciamiento de otros tribunales españoles, como es el caso de la *Audiencia Provincial de Madrid*, quién recientemente se ha pronunciado en sentencia de 11 de febrero de 2011<sup>93</sup>, sosteniendo que: “El dolo comprende no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

### II.2.2.2 Dolo omisivo y deber precontractual de información.

Partiendo de la base de que el *dolo omisivo* se encuentra plenamente aceptado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina española<sup>94</sup>, hemos de aclarar algunas ideas que nos permitan entender su relación con el *deber precontractual de informar*.

En esencia, el dolo omisivo se encuentra vinculado necesariamente a no ejecución intencionada de un deber de informar. La parte que comete dolo omisivo en la etapa de formación del contrato realiza una conducta negativa sancionable que puede plantearse en dos supuestos:

a).El *silencio*, que es la simple negativa a informar o;

b).La *reticencia*, entendida como afirmaciones inconcretas, imprecisas o incompletas que pueden conducir al error del otro contratante.

Para que estas conductas sean sancionables, es necesario que el ordenamiento jurídico otorgue valor a este silencio o reticencia dolosa, como decíamos al inicio de este apartado.

Según sostiene ALBALADEJO<sup>95</sup>, “el simple silencio, para constituir una conducta dolosa requiere la existencia, por la razón que sea, un deber de informar (así conforme a la buena fe o a las opiniones del tráfico)”<sup>96</sup>.

Pero, ¿qué ocurre si nos encontramos ante el caso de cumplimiento *parcial* del *deber de informar*? El mismo autor hace referencia a un importante factor que puede

---

<sup>94</sup> Puede verse; GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 41; MORALES MORENO, Antonio, “Comentario a los artículos 1266, 1269 y 1270”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º, Editorial Edersa, Madrid, 1993, pp. 210-440, p. 387; PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la contratación privada en torno al deber de informar en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 14 y 15.

<sup>95</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I, Introducción y parte general*, 17ª edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, p. 608. Comparte este criterio, reproduciendo las palabras de Albaladejo, LLOBET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 143.

<sup>96</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo respalda este argumento, sosteniendo que el dolo negativo o por omisión es admisible siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico. Véase STS, de 19 de julio 2006, RJ/2006/3993.

incidir en la existencia de dolo omisivo en este caso, cual es, el grado de franqueza que puede exigirse a los sujetos, de acuerdo con el negocio de que se trate. Por ejemplo, se exige mayor franqueza en la entrega de la información, en aquellos contratos en que prima la confianza entre las partes como sería el caso del mandato y de la sociedad. Por el contrario, la honestidad exigida será menor en aquellos casos en que se justifica una superior reserva para dejar en manos del interesado, la búsqueda de los datos que requiere, como es el caso de la compraventa o el arrendamiento.

Como vemos, aquí ALBALADEJO está haciendo referencia al derecho a reserva que tienen las partes en algunos casos en los que se considera legítima la reserva de cierta información, si las circunstancias lo requieren. No siempre la información debe entregarse en forma completa para evitar el dolo, pues podría irse en perjuicio de los intereses privados de los contratantes. Esta circunstancia se ha tratado en la doctrina dentro de los límites al deber precontractual de información que ha causado bastante discusión en la doctrina.

DÍEZ-PICAZO<sup>97</sup> comparte esta idea señalando el dolo omisivo encuentra su fundamento en una infracción al principio de buena fe por la vía del *incumplimiento del deber de informar*. El principio de buena fe obliga a informar de forma veraz de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse y que inducen a la otra parte a contratar, de tal forma que si esta obligación se incumple una de las partes obtendrá un beneficio injusto a través de la contratación impidiendo la correcta formación de la voluntad de la otra parte.

En definitiva, para que la violación del deber de información produzca los efectos jurídicos del *dolo omisivo*, es necesario que concurren los siguientes requisitos que han sido delimitados por la doctrina<sup>98</sup>, basándose en algunas resoluciones judiciales:

---

<sup>97</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2005, p. 58.

<sup>98</sup> Reproducimos en esta parte, los requisitos delimitados por CORRIPIO GIL-DELGADO, María Reyes, *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*, Publicación de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, p. 189.

- a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración comercial, utilizando para ello las maquinaciones adecuadas;
- b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin libertad natural y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra influencia insidiosa;
- c) Que dicha conducta sea determinante en la declaración;
- d) Que sea grave si se trata de anular el contrato;
- e) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

La doctrina hace énfasis en la necesidad de que exista una intención maliciosa<sup>99</sup> ya que como sabemos sólo se sanciona el llamado dolo malo (*dolus malus*). Sin embargo, hay quien sostiene que la violación de este deber genérico de informar es sancionable en algunas ocasiones por el ordenamiento jurídico aunque no implique “malicia” o “conducta insidiosa”, si la ocultación o inexactitud influyen de manera fundamental en la conformación típica del contrato respectivo<sup>100</sup>.

### II.2.3 DOLO BUENO.

El dolo bueno (*dolus bonus*) consiste normalmente en pequeños engaños o artificios que suelen ser comúnmente aceptados por su general conocimiento en el “tráfico jurídico”, ya sea en las negociaciones particulares o a través de la publicidad

---

<sup>99</sup> Si ésta no existiere, nos encontraríamos ante otra hipótesis por violación del deber de información: el error.

<sup>100</sup> Véase LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 4º Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 367. Si bien el autor expone como ejemplo la situación del asegurado, destacando que en este caso es éste quien debe proporcionar al asegurador la información correcta a efectos de poder establecer adecuadamente la prima y la eventual indemnización en el contrato de seguro, nos parece que el ejemplo es igualmente ilustrativo principalmente porque en ningún caso el objetivo del legislador ha sido que la parte contratante que se considera “débil” (el consumidor en este caso) quede libre de sus obligaciones derivadas de la buena fe, ya sea en este u otro tipo de contratos.

Como sostiene SÁNCHEZ CALERO, A todos los efectos, en aplicación de los criterios de reciprocidad, el predisponente puede y debe exigir ese mismo “buen obrar” en la otra parte. Y en virtud del tipo de contrato formalizado y de las circunstancias que puedan concurrir, las manifestaciones de esa buena fe serán diferentes: tal es el caso de la descripción del riesgo objeto del contrato de seguro, de forma completa y veraz por parte del asegurado (SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil II*, 25ª edición, Editorial McGraw-Hill, Madrid 2003, p. 397).

y se consideran actuaciones lícitas y corrientes que el interesado sabrá valorar en su justa medida<sup>101</sup>.

Como sostiene ALBALADEJO<sup>102</sup>, el dolo bueno consiste en “aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto que, si ciertamente tomados literalmente son engañosos, sin embargo, por ser corriente su uso en el comercio jurídico y sobrentenderse su verdadero alcance, no dan habitualmente lugar a engaño, y aun así, por excepción, lo dan, no permiten impugnar la declaración emitida por haberlos tomado en sentido riguroso, pues falta un verdadero comportamiento doloso”.

Por su parte DÍEZ-PICAZO<sup>103</sup> señala que lo distintivo del *dolus bonus* es que cualquier persona, por poca información que posea, puede reconocer fácilmente estas maniobras utilizadas principalmente en la propaganda o publicidad, y que son toleradas por la conciencia social y los usos.

Si bien, tradicionalmente su estudio se encuentra comprendido en materia de vicios del consentimiento, lo cierto es que el *dolus bonus* no constituye dolo propiamente tal y porque carece del elemento subjetivo esencial del *dolus malus*, cual es, la conducta insidiosa o *animus decipiendi*.

En consecuencia, el *dolus bonus*, por regla general, no vicia el consentimiento ya que se trata de conductas lícitas y perfectamente admisibles en las negociaciones. A pesar de ello, la tendencia actual es limitar cada vez más el campo de aplicación de este tipo de maniobras, ello en pro del fiel cumplimiento del principio de buena fe en la etapa precontractual.

---

<sup>101</sup> Según sostiene DE COSSIO Y CORRAL, la clásica distinción entre dolo malo y dolo bueno proviene de las fuentes jurídicas romanas, y pone de manifiesto que el dolo no era para los romanos una cosa necesariamente mala, sino que algunas veces lícita y aun recomendable: su sentido genérico no es otro que el de engaño, astucia y artificio. (DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 4).

<sup>102</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I, Introducción y parte general*, 17ª edición, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, p. 607.

<sup>103</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 59.

El hecho de que se excluya al dolo bueno de los tradicionales vicios del consentimiento del CC, no implica que no se trate igualmente de un engaño, cuyo objetivo principal es inducir a error. Es por ello que el *dolus bonus* tal como era entendido inicialmente por los civilistas (como actuaciones perfectamente lícitas dentro del tráfico jurídico y los usos del comercio) se ha visto cada vez más afectado a medida que aumenta la preocupación del legislador por la publicidad dirigida a los consumidores y usuarios (especialmente la fuerza obligatoria de esta publicidad) y la información que se les entrega en la etapa precontractual.

El *dolus bonus*, que había sido siempre una materia propia del Derecho civil, ha encontrado un progresivo y cuidadoso tratamiento en el derecho de consumidores gracias al principio de protección e información a los consumidores y usuarios que informa el ordenamiento jurídico español. Como dice GÓMEZ CALLE<sup>104</sup> “actualmente ya se cuenta con suficientes medios técnicos para presentar un producto del modo más seductor posible como para que, además, haya que tolerar como lícita la difusión de datos en alguna medida falsos o engañosos”.

La tendencia actual se resume en el propósito de reprimir este tipo de conductas engañosas, tendencia que puede advertirse tanto en las decisiones del Tribunal Supremo, como en la legislación, particularmente en materia de consumidores como veremos en lo sucesivo.

### **II.3 DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y ERROR.**

El error es entendido como una falsa representación de la realidad, ya sea como creencia equivocada o como ignorancia, en la cual se ha basado la decisión de contratar.

---

<sup>104</sup> GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 42.

### II.3.1 CONCEPTO DE ERROR.

Según ALBALADEJO<sup>105</sup> hay error vicio (por oposición al *error obstativo*), “cuando se forma una determinada voluntad (interna) sobre la base de una creencia inexacta”. Es decir, este tipo de error (*vicio*) es el que determina la formación de la voluntad.

Para CASTAN<sup>106</sup>, el error “es el conocimiento falso de una cosa o de un hecho y en su aplicación al contrato puede recaer sobre la *declaración* o sobre la formación o contenido de la *voluntad*”. Este último es el que Albaladejo denomina error *vicio* y es al que nos referimos en esta sección de nuestro trabajo. Y según DÍEZ-PICAZO<sup>107</sup>, el error “consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico”

El Derecho español se caracteriza por ser un sistema en que prima el respeto a lo pactado, procurando mantener el vínculo contractual todo lo posible. El legislador pretende con ello la estabilidad de los contratos y el ahorro de litigios innecesarios.

En la doctrina española ya lo dice DIEZ-PICAZO<sup>108</sup>: “Lo normal es estar a lo pactado, con todas sus consecuencias favorables o desfavorables y no utilizar la figura del error para lograr una desvinculación del contrato. Cada contratante debe soportar las consecuencias de las equivocaciones que haya podido padecer, salvo los casos en que, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico le otorgue alguna suerte de protección”.

---

<sup>105</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, t. I, Introducción y parte general*, 18º edición, Editorial Edisofer, Madrid 2009, p. 581.

<sup>106</sup> CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral, t. III, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 16º edición, Editorial Reus, Madrid 1992, p. 611.

<sup>107</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. I, Introducción, Teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 207.

<sup>108</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *ibidem*, p. 209.

El *error* como vicio del consentimiento está tratado en el CC como una excepción ya que lo normal es que no sea suficiente para romper el lazo jurídico que une a las partes.

En el Derecho civil español, ha sido la perspectiva *voluntarista*, desarrollada principalmente por la jurisprudencia, la que ha establecido los requisitos del error - que no vienen determinados en el Código Civil- y al mismo tiempo ha ido delimitando una serie de criterios (la conducta de las partes, la naturaleza misma de la información y otros factores) que permiten determinar en qué casos la información que ha faltado entre las partes puede considerarse esencial.

### **II.3.2 REQUISITOS DEL ERROR.**

Nos ha quedado claro que, para que el error sea suficiente para viciar el consentimiento debe tratarse de un error que tenga cierta relevancia. Para limitar su campo de acción, el legislador se asegura exigiendo en el art. 1266 CC la concurrencia de dos requisitos: *esencialidad* y *excusabilidad*.

#### **II.3.2.1 Esencialidad.**

Si analizamos solamente el texto del art. 1266 del CC, el error sería esencial cuando:

- recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato;
- recae sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, o
- recae sobre la otra parte contratante si la consideración de ella hubiere sido la causa principal del contrato (art. 1266.2).

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el error es *esencial* cuando “la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste”<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> STS de 17 de julio 2006, RJ 2006/6379.

Por su parte, la doctrina ha dedicado numerosos estudios a este requisito del error. ALBALADEJO<sup>110</sup> nos dice que el error será esencial cuando sea de tal índole que si no se hubiese padecido no se hubiese emitido la declaración. En otros términos, lo será cuando haya sido determinante de la declaración o cuando constituya el objeto principal de la misma.

DÍEZ-PICAZO<sup>111</sup> alude a la importancia que debe tener el error, señalando que “el error es esencial cuando recae sobre determinados datos del supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes, cuya falta de presencia impide alcanzar el resultado concreto que con el negocio se buscaba (...) El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio, y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición *sine qua non*), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quién o quiénes hayan dado lugar al negocio”.

#### Criterios para determinar la “esencialidad”.

Para saber si el error ha sido esencial, la doctrina ha elaborado dos criterios:

- *Subjetivo*: de acuerdo a este criterio, lo determinante serían los criterios de carácter psicológico, de tal manera que el error podrá viciar el consentimiento cuando fue de magnitud tal que pudo influir en la voluntad del *errans*.
  
- *Objetivo*: en este caso no basta con la influencia del error sobre la voluntad del sujeto, sino que es necesario que concurren otras circunstancias, como por ej.: que las cualidades de la persona o del objeto sean determinantes de acuerdo a los criterios que impone el tráfico en un momento dado o que impone el mismo contrato.

---

<sup>110</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, t. I, Introducción y parte general*, 18º edición, Editorial Edisofer, Madrid 2009, p. 583.

<sup>111</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, t. I, Introducción, Teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 213-214.

El ordenamiento jurídico español, como decíamos unas líneas atrás, ha seguido el criterio subjetivo<sup>112</sup>, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de matizar este criterio añadiendo otras exigencias más allá de la simple “influencia en la voluntad de quien comete el error”. Así por ejemplo, CASTRO BRAVO<sup>113</sup> destaca que el dato sobre el cual debe recaer el error debía poder considerarse también como la “base del negocio” para que fuese posible la anulabilidad del contrato, lo cual implica que no basta una mera afectación psicológica para que nos encontremos frente al error.

Se ha entendido entonces que no basta que el error haya viciado la voluntad del que lo sufre, sino que debe analizarse además como repercutió en la llamada *finalidad* del contrato o bien se ha afectado a la *causa* del mismo<sup>114</sup>.

### II.3.2.2 Excusabilidad.

Este requisito del error, ha sido delimitado principalmente a través de sentencias del Tribunal Supremo -pues el Código civil español no lo exige expresamente<sup>115</sup>- invocando los llamados principios de autorresponsabilidad y de

---

<sup>112</sup> Así lo reconoce Albaladejo, citando a autores como Gullon, (*El negocio jurídico*, 1969) y Alonso Pérez, (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, 1971). Ambos autores participan de esta teoría. Véase, ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.* p. 583, nota nº 11.

<sup>113</sup> Para más sobre esto, puede verse un estudio completo realizado por CASTRO y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 2002. También MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El error en los contratos*, Editorial Ceura, Madrid 1988; PIETROBON, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, traducción al español de Mariano Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1971.

<sup>114</sup> El Derecho alemán, por ejemplo, se decanta por el criterio objetivo. Prueba de ello es el texto del § 119 del BGB en que se deduce que el error debe haber sido determinante en la voluntad de quien lo padece, pero además debe serlo para una persona “razonable” [§ 119 “*Impugnabilidad debido al error.* (1) Toda persona que, al hacer una declaración de intenciones por error o una declaración no deseada, puede impugnar tal declaración, si se supone que con el conocimiento de la situación y con una valoración razonable del caso lo haría. (2) Como error sobre el contenido de la declaración se considera también un error en cuanto a las cualidades de la persona o cosas que se consideran también esenciales en el negocio”]. \*La traducción es mía.

Véase la interesante nota al pie en el trabajo de MAZA GAZMURI, Iñigo de la, *Los límites del deber precontractual de información*, Editorial Aranzadi, Navarra 2010, p. 278, nota (38) en que explica detenidamente el funcionamiento del error en el Derecho alemán.

<sup>115</sup> La exigibilidad de este requisito por parte de la jurisprudencia en ausencia de un texto expreso en el CC ha sido reconocida por DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 215 y también por ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.* p. 584.

buena fe consagrados en el art. 7 del CC. En numerosos fallos el máximo tribunal se repite el mismo criterio, al considerar que el error es *excusable* “esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la *excusabilidad* tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración”.

En doctrina, ALBALADEJO<sup>116</sup> se pronuncia en este punto diciendo que “es inexcusable el error en que habiendo observado una conducta razonable se podría haber evitado incurrir, de forma que si se ha caído en él, ha sido por culpa del que lo padece, que no guardó la diligencia que el caso exigía, con la que podría haberlo evitado”.

Dice DÍEZ-PICAZO<sup>117</sup> destaca que la función básica de este requisito es la de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. En estos casos, sostiene el autor, la protección se traslada a la otra parte contratante, que sí la merece por haberse fiado de la declaración.

#### *Criterios para delimitar la excusabilidad.*

En primer lugar, como hemos dicho anteriormente, la *excusabilidad* es un requisito formulado principalmente por la jurisprudencia, es esta misma quién se encarga de delimitar su procedencia, y lo hace utilizando dos criterios: la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible. Este concepto de “diligencia exigible” es el que plantea más dudas al momento de su aplicación. Además de esta “diligencia exigible” al momento de contratar, es

---

<sup>116</sup> ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.* p. 584.

<sup>117</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 216.

necesario analizar otros criterios que pueden servirnos para dilucidar el problema de la *excusabilidad* del error.

En segundo lugar, es importante saber cuál es el esfuerzo que ha hecho la parte que sufre el error, para salir de la ignorancia o para conocer la verdadera realidad. Para ello suele emplearse el canon del “buen padre de familia”, reconocido en diversas disposiciones del Código Civil español. En este punto son varios los factores que pueden conjugarse para determinar el nivel de diligencia que le es exigible a las partes, como por ejemplo, la actividad profesional que realizan, la importancia económica del negocio, si han sido asesoradas por un profesional en el proceso de contratación, su edad y experiencia, etc. Es decir, serán muy importantes las cualidades personales que rodean al *errans*.

Por último, la diligencia que se exige puede rebajarse<sup>118</sup> dependiendo de la conducta de la otra parte. Como sabemos, el principio general de buena fe impone a las partes un deber de lealtad en los tratos, y en la etapa precontractual, obliga a las partes a entregarse todos los datos necesarios para formarse una visión clara y honesta de la realidad evitando equívocos y engaños que puedan afectar al futuro contrato que van a celebrar.

De acuerdo a estas ideas, la información que fluye entre las partes debería ser en principio, verdadera y correcta y las partes no tendrían la obligación de desconfiar de ella realizando comprobaciones, salvo las que sean exigibles, de acuerdo a lo que acabamos de ver, respecto del criterio del “buen padre de familia”.

Por lo tanto la información que circula a través de consejos, datos, sugerencias o comentarios serán tomados en un principio como veraces por la parte que la recibe y si ésta comprueba que han sido realizadas sin intención de ocasionar daño pero

---

<sup>118</sup> Díez-Picazo parafraseando a Morales Moreno señala que, para apreciar la diligencia exigible a la víctima de error, es indispensable valorar la conducta de la otra parte. Este ha sido un criterio frecuentemente utilizado por el Tribunal Supremo en sus sentencias y debe dejarse en claro que para que sea aplicable, no es preciso que existan *maniobras fraudulentas*, pues en este caso nos encontraríamos en el terreno del dolo, ni tampoco es menester la presencia de una *especial culpa*, pues la conducta del contratante que ha errado no se valora necesariamente con criterios ético-jurídicos. Véase esta opinión en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, teoría del contrato*, 6ª edición, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2007, p. 216.

igualmente recaen sobre aspectos esenciales, el *errans* podrá reclamar el error para anular el contrato.

Si se logra probar que la información errada o inexacta ha sido entregada derechamente con ánimo de causar el error en la contraparte, no sólo podrá invocarse error, sino también dolo.

Aquí es donde podemos apreciar que ambas figuras *-error y dolo-* se encuentran conectadas necesariamente con el *deber precontractual de informar* entre las partes.

### **II.3.3 ERROR Y DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Queremos destacar algunos aspectos.

Es importante que tengamos claro que, si existe *deber de informar* de acuerdo a la buena fe objetiva y éste deber ha sido incumplido, no siempre nos encontraremos ante un error que vicie el consentimiento. La simple omisión de información no puede considerarse causa de error, pues como hemos dicho, el error en la declaración debe analizarse y debe reunir necesariamente los requisitos de *esencialidad* y *excusabilidad*.

Luego debemos tener en cuenta que la noción de error tal como era entendida en el tiempo de promulgación del Código civil español ha variado, pasando de una apreciación netamente subjetiva a otra marcadamente objetiva, en la que ya no se mira solamente la afección que ha sufrido el *errans*, sino que además se tienen en consideración una serie de otros factores que pueden influir en la formación errónea de su voluntad.

Hay cierta doctrina que viene haciéndose eco desde hace un par de décadas, según la cual, el error ha pasado de considerarse como un simple vicio de la voluntad para convertirse en una cuestión de reparto de ciertos riesgos de la información de que

dispone cada contratante<sup>119</sup>, por lo que se trata en definitiva de decidir si el riesgo del error debe ser soportado por la parte que lo sufre o no, y en este último caso este riesgo se traspasará a la parte contraria mediante la anulabilidad del contrato.

Existen casos en que este *riesgo de la información defectuosa* ya ha sido distribuido implícita o explícitamente en el contrato. MAZA GAZMURI<sup>120</sup> nos explica este aspecto, haciendo alusión a una comentada sentencia del Tribunal Supremo denominada el “caso Sorolla”. En este caso el Tribunal Supremo ha integrado el contrato mediante un uso del tráfico en el ámbito mercantil, sosteniendo que “los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance”<sup>121</sup>.

En estos casos, dice MAZA GAZMURI, es posible que el riesgo de la autenticidad de la pintura ya estuviese distribuido contractualmente, lo que no dejaría espacio para el error. Debemos entender entonces que, quien compre esta obra asume el riesgo de que no se trate de una obra auténtica, pues ni él ni el vendedor se encuentran en la posibilidad de comprobar la información de primera mano.

Más reciente es la sentencia del Tribunal Supremo que se ha pronunciado sobre este punto, diciendo que “el contrato es la fuente primera de distribución de cualquier riesgo, también del fracaso de las expectativas o de frustración de las presuposiciones que suelen acompañar su celebración y para que pueda debatirse la existencia del error éste debe concernir a hechos anteriores a la celebración del

---

<sup>119</sup> En la doctrina moderna; GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al artículo 1266” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código civil*, vol. 6, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, p. 9105.

<sup>120</sup> MAZA GAZMURI, Iñigo de la, *Los límites del deber precontractual de información*, Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2010, p. 298.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981, RJ 1981/3595.

contrato y no a hechos sucesivos a éste que propiamente deben distribuirse en razón de otras reglas”<sup>122</sup>.

Siguiendo esta doctrina de la *distribución del riesgo de la información defectuosa*, podríamos sostener que en aquellos casos en que no sea posible aplicar los criterios de *excusabilidad* del error, quedará siempre la posibilidad de alegar una distribución contractual de un riesgo de error en la información, pues existen situaciones en que es prácticamente imposible exigir a las partes la certeza total de la información que entregan y se entiende que ese margen de error, es asumido por ambos.

#### II.4 ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.

1) Si analizamos la regulación tradicional de los vicios del consentimiento en el Código civil español, nos encontramos con un sistema subjetivo que requiere la prueba de ciertos requisitos que permitan lograr la anulabilidad del contrato. Este criterio subjetivo tiene su fundamento en el principio de buena fe objetiva como rector de la conducta de las partes que desean contratar, aun cuando el Código Civil no lo diga textualmente.

2) En el sistema planteado por el CC, la información que se deben mutuamente las partes para formar su voluntad no tiene una regulación expresa. No existe un catálogo de criterios que permitan determinar, por ejemplo, el momento en que esa información debe ser entregada, cuándo se considera que una información es completa, que ocurre cuando esa información es falsa, incompleta o inexistente y cuál sería el sistema de sanciones en tales casos.

Por ello, como hemos visto, ha sido el trabajo de la doctrina y en gran parte de la jurisprudencia, la que ha ido delineando estos aspectos, dándole forma al *deber precontractual de información* a través de los tradicionales vicios del consentimiento, como son el error y el dolo. A través de estas dos figuras se ha dado vida a un deber

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004, RJ 2004/6900.

secundario de conducta (deber de informar) que emana de la *buena fe objetiva*, aunque no exista una disposición expresa del CC que así lo establezca.

3) En el fondo, tanto el dolo como el error se refieren a un defecto en la formación de la voluntad de los contratantes, defecto que se relaciona necesariamente con el flujo de información que circulará entre ellos desde el primer acercamiento. Aun cuando el CC no lo diga expresamente, la buena fe exige un comportamiento honesto en la entrega de la información al otro contratante, pues de lo contrario éste formará su voluntad de forma incorrecta y alejada de la realidad.

Error y dolo son figuras distintas, pero ambas apuntan al mismo objetivo: la integridad y veracidad de la información que recibe el otro contratante para formar su voluntad. Pero estimamos necesario dejar en claro que entre ambas existe una diferencia importante.

Para que podamos anular el contrato, el dolo debe ser grave, determinante y debe haber inducido al error del otro contratante, pero este error puede recaer sobre cualquier información, sea o no relevante. Sólo se exige que el dolo haya sido suficiente para inducir al error<sup>123</sup>.

En cambio para anular un contrato invocando el error, éste no puede recaer sobre cualquier información, sino que aquella que se considera *esencial o relevante* para formar la voluntad. Para estos efectos, se considera relevante toda aquella información que se entienda incorporada al contrato<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Nos afirmamos para ello en LACRUZ: “Es de notar que el dolo determinante o grave produce la nulidad del contrato cuando provoca cualquier error que induce a contratar. El ordenamiento no exige, en efecto, ninguna cualificación del error, parte de ser determinante de la contratación, esto es, la de ser esencial como consentimiento, por lo que el error provocado puede ser de cualquier tipo”. LACRUZ BERDEJO, J. L. [et. al], *Elementos de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Parte General. Teoría del contrato*, 5ª edición, Editorial Dykinson, Madrid 2011, p. 368. Igualmente lo dice COSSIO Y CORRAL respecto del error en los motivos, estimando que en la medida en que dicho error sea inducido dolosamente, es suficiente para solicitar la anulabilidad del contrato. COSSIO Y CORRAL, Alfonso de, *El dolo en el Derecho civil*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 187. También LLOBET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, p. 145.

<sup>124</sup> “La existencia del dolo permite extender el círculo de cualidades tomadas en consideración a la hora de ofrecer protección al que padece el vicio del consentimiento. En el error el criterio es el de la incorporación al contrato. En el dolo el criterio es el de la materia del propio engaño”, véase MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Comentarios al artículo 1269 y 1270 en ALBALADEJO, Manuel y ALABART, Silvia (Directores), Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-B, Editorial Edersa, Madrid 1993, p. 415

4) Sin duda, el *deber de información precontractual*, aunque no expresamente, ya había sido tratado en el Derecho civil desde muy antiguo a través de estas figuras, pero sólo a partir del siglo XIX, con el surgimiento de las doctrinas que realzan la importancia de la etapa precontractual y de los deberes que nacen en ella, ha recibido un tratamiento propio.

Y si bien, el *dolo* y el *error* han resultado ser eficientes guardianes de la voluntad exenta de vicios durante la contratación, tienen el inconveniente de que deben probarse por quien alega haberlos sufrido, con las dificultades que ello puede acarrear. Esto no sería problema si nos encontramos –nuevamente hacemos énfasis en esto- ante partes que negocian en igualdad de condiciones, de acuerdo al modelo que el CC consideró en la época en que fue creado.

Pero actualmente la situación es distinta, pues nos encontramos en muchos casos en que la contratación no se realiza en este plano de igualdad. El desarrollo de la industria y la tecnología a escalas antiguamente impensables, han significado un aumento de las operaciones mercantiles a nivel masivo y ante tal escenario el legislador se ha visto en la necesidad de intervenir para restablecer el equilibrio y así garantizar la voluntad real de los contratantes.

5) Una de estas formas de intervención consiste en la regulación detallada del *deber precontractual de informar*.

En consecuencia, muchos *deberes de información* encuentran hoy en día su fuente directa en la ley y son regulados con mayor frecuencia en textos especiales. Aquí es donde hemos observado un abandono de los antiguos criterios subjetivos del CC, para pasar a una especie de “objetivación” del *deber precontractual de informar* a través de una especie de catálogo que fija el nacimiento de aquel deber, cómo debe cumplirse, cuáles son sus límites y cuales las sanciones aplicables en caso de incumplimiento<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> Hay doctrina que incluso va más allá y observa que el nacimiento de los deberes de información nacidos tanto de la ley o de la buena fe objetiva ha trastocado el sistema codificado de vicios de la voluntad, incluso objetivando las nociones de *imputabilidad* (confianza provocada) en el error o en la reticencia dolosa. Dice GARCÍA VICENTE que “los deberes de información precontractual han modificado, objetivándolas, las nociones de reticencia dolosa y del error en el contrato. Esta

El objetivo perseguido en estos casos, es liberar al contratante más débil (comúnmente un consumidor) de la prueba que exigen los tradicionales criterios del CC y permitirle alegar un vicio en su voluntad sin tener que recurrir a la prueba de elementos subjetivos que resulta casi imposible en una contratación con grandes empresarios o multinacionales que son prácticamente desconocidos o que se encuentran en sitios muy lejanos lo que hace muy difícil atribuirles una intención cuando ni siquiera ha habido negociación individual.

En definitiva, ya no nos basta con estudiar los tradicionales vicios del consentimiento para determinar si se ha cumplido o no el deber de información o invocar el principio general de buena fe en los contratos, sino que tendremos que analizar primeramente el tipo de operación de que se trata y la calidad de los contratantes para ver si el legislador ha hecho alguna intervención especial en esta materia. Como hemos dicho, la regulación legal del *deber precontractual de información* se ha dado principalmente en materia de consumidores. A ello dedicaremos el siguiente capítulo.

---

modificación ha alcanzado su punto más alto cuando el legislador ha creado criterios objetivos de atribución del riesgo de una información defectuosa o inexistente, sin que, más que para ciertos efectos secundarios, valore la conducta (dolosa o negligente) de las partes (noción de excusabilidad en el error) (...). En materia de error es significativa la modalización del principio de responsabilidad negocial en razón de la profesionalidad de los contratantes en el sector económico del que se trate". Véase GARCÍA VICENTE, José Ramón, "Comentario al artículo 1266" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código civil*, vol. 6, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2013, pp. 9108-9109.



## **CAPÍTULO III.**

### **EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL.**

En este capítulo veremos los casos más representativos en que el propio legislador español (y no ya el principio general de buena fe) es quien impone el *deber precontractual de información*, y regula con especial detalle sus características principales y su sanción en caso de incumplimiento.

Todos estos casos se encuentran fuera de la normativa general del Código civil y pertenecen al Derecho especial de consumidores.

#### **III.1 ANTECEDENTES. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL DERECHO DE CONSUMO.**

##### **III.1.1 ORIGEN EUROPEO.**

La protección a los consumidores y usuarios no es originaria del Derecho español. Esta tendencia protectora tiene un fundamento europeo que aparece ya en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1958 (TCEE)<sup>126</sup> el que si bien, no contiene una expresa política de protección de los consumidores, si hace

---

<sup>126</sup> Así lo dice GUILLÉN, “Las disposiciones del Tratado CEE se limitan a establecer (...) el mecanismo de una comunidad económica, en el que no aparece formulada una carta de derechos fundamentales que pudiera constituir una base explícita para formular y poner en práctica un conjunto bien definido de derechos del consumidor, Aunque el preámbulo del Tratado CEE enumera entre sus objetivos esenciales “*la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos*”, no contiene un apartado concreto que promueva los intereses de los consumidores”. GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria. Bases constitucionales y actividad de la administración*, Editorial Civitas, Madrid 2002, p. 75. Este autor realiza un extenso análisis de la política comunitaria de protección de los consumidores como necesario antecedente de la regulación española de consumo.

algunas referencias indirectas a los intereses de estos individuos y a su comportamiento en el mercado<sup>127</sup>.

Luego, numerosos tratados han reconocido la política de protección al consumidor, así el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam (art. 153) y actualmente el Tratado de Lisboa (art. 6 bis), destacando que los Estados Miembros de la Unión deben dar protección a las relaciones de consumo.

Esta iniciativa de las autoridades europeas ha sido recogida gradualmente por los países de la UE y especialmente en el ordenamiento jurídico español a través de la Constitución Española de 1978 en su art. 51.

El legislador español materializó posteriormente la protección al consumidor, mediante la aprobación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984, que ya en su texto original consagraba expresamente el derecho básico a la información de los consumidores. Esta y otras leyes complementarias crearon todo este entramado jurídico en materia de consumo (ley de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, viajes combinados, responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos y otras), hasta concluir con la aprobación y publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 18 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta norma tuvo el evidente objetivo de sintetizar aquellas múltiples normas jurídicas que regulaban la relación de consumo.

### **III.1.2 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

Veamos brevemente como ha surgido el Derecho de consumo en España.

---

<sup>127</sup> Esta preocupación del legislador comunitario viene desde décadas, comenzando con la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, sobre el programa preliminar de la Comunidad Europea, para una política de protección e información de los consumidores. Luego, en el año 1981, se dicta la Resolución del Consejo de 19 de mayo, relativa al segundo programa para una política de protección e información de los consumidores. Luego la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, respecto a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores. Posteriormente, el art. 100 A del Acta Única Europea de 1 de julio de 1987 y la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor.

Con anterioridad a la Constitución Española de 1978, no existía una norma en el ordenamiento jurídico español que hiciera referencia expresa a la protección de los consumidores<sup>128</sup>. Hoy en día la situación es distinta ya que en el texto de la Constitución actual, dicha protección es considerada un principio rector de aquellas relaciones sociales que tienen que ver con los individuos comprendidos en la categoría de consumidores.

Así señala el art. 51. CE: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

En base a la norma constitucional que acabamos de citar y también a las Directivas comunitarias en esta materia, se ha creado y fomentado en el sistema español, toda una política de protección al consumidor basada en el principio *pro consummatore*<sup>129</sup> y concretada en el llamado Derecho de Consumo.

Bastante se ha discutido en la doctrina si éste Derecho de los consumidores constituye o no una disciplina propia<sup>130</sup>, ya que por sus propias características

---

<sup>128</sup> No obstante, anteriormente existió un cuerpo normativo que pretendió asegurar el respeto de la información completa, veraz y oportuna para los consumidores, todo ello en *cumplimiento de la buena fe informativa*. Se trata de la Ley 11/1964 que regulaba el Estatuto de la Publicidad, texto que fue considerado insuficiente en su finalidad protectora y que posteriormente fue derogado por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

<sup>129</sup> “El principio pro consumidor y su desarrollo legislativo presiden, junto a otras instituciones (...), la actuación de los agentes que concurren al mercado y la ordenación del propio mercado en aras de una competencia eficiente económica y socialmente. No en vano todo moderno Derecho de la competencia libre y leal, y su disciplina jurídico-pública y jurídico-privada, tienen como uno de sus objetivos cualificados la protección de los consumidores” véase MIRANDA SERRANO, Luis María y PANIAGUA ZURERA, Manuel, en MIRANDA SERRANO, Luis María; PAGADOR LÓPEZ, Javier (Coordinadores), *Derecho (privado) de los consumidores*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2012, p. 43.

<sup>130</sup> Sobre esto, puede verse, GARCÍA CANTERO, Gabriel “De nuevo sobre las relaciones entre el Derecho del consumo y el Derecho civil”, en *Actualidad civil*, N° 14, 2009, pp. 1605-1613; GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “El Derecho de consumo, ¿una disciplina autónoma?”, en *Estudios*

constituye un conjunto medianamente complejo de leyes y disposiciones reglamentarias que inciden de forma directa en otras disciplinas del Derecho, pero a su vez posee sus propias directrices, y mediante su desarrollo se ha fomentado una modernización de ciertos criterios tradicionales y la aparición de otros nuevos principios garantes del consentimiento libre y espontáneo, encargados de corregir ese desequilibrio que puede existir entre consumidores y empresarios<sup>131</sup>.

Dando cumplimiento al mandato del artículo 51 de la Constitución Española, la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, uno de los puntales clave en materia de protección de los consumidores, enumeró en su artículo 2.1 los derechos básicos de éstos, desarrollando en el capítulo IV el *derecho a la información*.

Actualmente, esta materia ha quedado resumida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha aprobado el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), el cual, a través de una disposición derogatoria única, ha dejado sin efecto a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 entre otras disposiciones.

---

*sobre consumo*, Nº 22, 1991, pp. 12-31; REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> José (Coordinadora), ABELLÁN TOLOSA, Luis [et al.] *Derecho privado de consumo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

<sup>131</sup> A nuestro juicio, el Derecho de consumidores no debería considerarse absolutamente separado de otras disciplinas del Derecho, pues si bien está conformado por un gran número de normas reguladoras no constituye en sí misma una disciplina autónoma debido a su carácter interdisciplinar, pero sobre todo a su innegable dependencia del Derecho civil sin el cual, desde luego, no puede subsistir. Su ámbito de aplicación material se remite principalmente a la regulación de la relación contractual con consumidores y en esta materia (oferta y aceptación, formación del consentimiento, obligaciones precontractuales, vicios del consentimiento, obligaciones que nacen del contrato y extinción de las mismas) se aplican plenamente las normas del Código civil español, salvo que exista una regulación especial distinta en las leyes especiales, la que prevalecerá en tal caso.

El Derecho de consumidores también posee influencias del Derecho mercantil, tributario, procesal e incluso penal. Sobre esta materia puede verse el interesante el trabajo realizado por ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “La integración del derecho de consumo contractual en el Código Civil, ¿una simple entelequia jurídica o algo más?”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coordinador) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Semblanzas. Derecho civil. Parte general*, vol. 1, 2002 pp. 137-152.

## III.2. NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL.

### III.2.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.

#### III.2.1.1 Noción de *consumidor informado*.

Como consecuencia de la gran importancia que adquiere cada día la información del consumidor y la dificultad de unificación de las legislaciones, surge el concepto de “consumidor normalmente informado”. Este concepto elaborado por la doctrina y principalmente por la jurisprudencia del tribunal europeo, se refiere a aquel consumidor que “habiendo recibido la información necesaria sobre los productos que desea conseguir, puede confiar en su propio discernimiento para proteger su salud y así evitar ser inducido a error”<sup>132</sup>.

Pero para llegar a configurar este consumidor “informado”, es necesario que disponga de la información proporcionada por el oferente. Con esta información que acompaña a la oferta ella y con los datos adquiridos en el mercado debe ser suficiente para que tome una decisión correcta, con independencia de los diversos factores que le pueden afectar, como su nivel cultural, conocimiento acerca de la realidad del mercado, conocimiento anterior del producto y de sus características, su anterior información sobre el productor y su responsabilidad para dar satisfacción a las exigencias que del consumo del producto se puedan derivar.

Es por ello que la *suficiencia* de la información está dirigida de manera abstracta a este consumidor normalmente informado o consumidor medio, que tenga un nivel de comprensión suficiente para absorber la información recibida y actuar libremente conforme a ella.

Si nos encontramos frente a un consumidor que no tiene la suficiente capacidad de comprensión y por lo tanto está por debajo este parámetro, el *deber*

---

<sup>132</sup> FERNÁNDEZ, Pascual Gimeno, *Derecho Privado de Consumo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 97.

*precontractual de información* será prácticamente ineficaz, atentando finalmente contra el principio general de buena fe.

### **III.2.1.2 Principio de auto información.**

El planteamiento del deber de *auto información* es insuficiente cuando existe un déficit de información a cargo del consumidor, lo que consecuentemente afectará su decisión contractual. Dice el autor, muchas veces el consumidor es un “profano” en su materia sobre que contrata y demás aspectos y particularidades del negocio<sup>133</sup>.

Exigir al consumidor que obtenga por sí mismo este tipo de información podría resultar demasiado costoso y por lo tanto dificultar la contratación e incluso hacerle desistir del negocio. Este coste de información se salva mediante el establecimiento por el legislador de un deber de cargo del empresario de entregar cierta información.

En conclusión, en este caso se invierte la regla general de *auto información* y entonces en materia de consumidores el deber de información que recae sobre el empresario es un deber genérico que sirve para solventar este déficit y garantizar la libre voluntad del consumidor.

El principio de auto información exige que el consumidor busque y posea algunos conocimientos básicos de la operación que desea realizar –porque a pesar del sistema de protección que existe en su favor, no es jurídicamente un incapaz y es su deber cuidar de sus propios intereses patrimoniales- no debemos olvidar que su conocimiento es el de un “profano”, que se encuentra en franca desventaja en relación a la magnitud de conocimientos, datos, informes, estudios, etc. que posee el empresario en la específica materia que rodea la respectiva contratación.

No porque el acreedor de la información sea un consumidor, debe asumir una actitud totalmente pasiva. Si bien el consumidor es considerado la “parte débil” de la relación contractual y tiene un carácter de “profano” en la materia sobre que contrata,

---

<sup>133</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos [et. al], *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, editorial Colex, Madrid 2011, p. 374.

en ningún caso se encuentra exento de su deber de auto información. No existe en ningún caso un derecho a permanecer en actitud pasiva: “Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre, profano, no ve sino la apariencia de las cosas”<sup>134</sup>.

### III.2.1.3 Principio de solidaridad.

Es innegable que las partes tienen intereses opuestos, y que en virtud del principio de auto información, cada uno asume su responsabilidad para informarse lo mejor posible con miras a una contratación y buscar su conveniencia, pero el principio de buena fe que informa al ordenamiento jurídico español y que inspira a los instrumentos del Derecho Europeo de Contratos hace posible esa “esperable consideración” entre las partes contratantes, que deben comportarse de forma leal y no como si se tratase de enemigos. Esto les obliga a cooperar en el logro de los objetivos inicialmente previstos por las partes, mediante un comportamiento correcto y honesto<sup>135</sup>.

Como la europeización del derecho privado está en pleno desarrollo, podría ser útil aquí describir “los principios fundamentales” como unos objetivos que el Derecho contractual europeo debería tener, es la *solidaridad* y la *responsabilidad social*.

---

<sup>134</sup> LE TOURNEAU, Philippe, “De l’allégement de l’ obligation de renseignements ou de conseil”, en *Recuell Dalloz-Sirey*, N° 14, 2 avril, Paris, 1987, p. 101, citado por RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *El deber precontractual de información*, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, Vol. 1, 2010, pp. 123-150, p. 129.

<sup>135</sup> Los PECL en su art. 1.202 siguen esta tendencia y reconocen el deber de cooperación: “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”. A juicio de DÍEZ-PICAZO, la idea de un deber de cooperación ya había sido recogida en la doctrina del Derecho europeo continental, una vez que ya había sido reconocida la existencia de otros deberes accesorios de las partes. Este deber de colaboración, tanto aquella que sea estrictamente necesaria, como a la que conviene en términos generales se determina de acuerdo a los unos de los negocios y a la buena fe. Véase DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del derecho europeo de contratos*, editorial Civitas, Madrid 2002, p. 158.

Dice OROZCO PARDO<sup>136</sup>, que “el Derecho privado debe también demandar un mínimo de solidaridad entre los miembros de la sociedad. Ejemplos de esta función pueden ser vistos en las previsiones sobre la buena fe. (...) Dentro del campo de las relaciones contractuales muchos piensan que la solidaridad es un principio fundamental”.

Podemos decir que la buena fe que subyace en los ordenamientos, exige una actitud de cooperación, y de esta forma las partes se ven obligadas a poner lo mejor de sí mismas, al servicio de sus intereses, pero también de los ajenos. Uno de los autores que ha relacionado a la buena fe con el deber de colaboración es el italiano BETTI<sup>137</sup>, pues a su juicio, aquel principio general implica necesariamente un “empeño de cooperación”, “espíritu de lealtad” y “actividad de cooperación” entre las partes.

#### **III.2.1.4 Deber precontractual de información en el Derecho de Consumo.**

El tratamiento del *deber precontractual de información* en materia de consumo, tiene su fundamento -más allá del respeto a la *buena fe* como principio general del ordenamiento jurídico- en el restablecimiento de la igualdad de las partes contratantes.

La contratación en materia de consumo se encuentra afectada por un evidente desequilibrio entre consumidores y empresarios, en el cual el consumidor aparece como la parte más débil por diversos factores: menor capacidad económica, desconocimiento técnico de los bienes o servicios ofrecidos a lo que se suma la complejidad de algunos productos, desconocimiento de las condiciones del mercado en que contrata, la abundancia de bienes con las mismas características, los diversos métodos de ventas, especialmente aquellos a los que se ha denominado “ventas agresivas”, como las realizadas fuera de los establecimientos mercantiles y los

---

<sup>136</sup> OROZCO PARDO, Guillermo, MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado”, en *Anales de Derecho*, N° 29, año 2011, pp. 115-160, p. 147.

<sup>137</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General de las obligaciones*, T. I, traducción de José Luis de los Mozos, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 110.

realizados a distancia y la consecuente imposibilidad de apreciar el producto en tiempo real, la mayor probabilidad de padecer error mediante el uso de técnicas persuasivas propias de la publicidad, etc.

Esta desigualdad característica es determinante en este tipo de contratación y por ello resulta tan importante el cumplimiento del deber de información para lograr un consentimiento realmente informado, sobretodo en estas materias en que se requieren mayores conocimientos técnicos.

Así, GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO<sup>138</sup> señalan que: “cuando, como sucede en los contratos con consumidores, los conocimientos de las partes en la etapa precontractual no son homogéneos por la distinta posición que ambas tienen respecto al acceso a la mentada información, de modo que el establecimiento de tal tipo de deberes pretende reequilibrar la original asimetría informativa. Como consecuencia de ello, en ciertos tipos de contratos las informaciones de la fase precontractual entran a formar parte del contrato y el incumplimiento de los deberes informativos se asimila en cierta medida al incumplimiento contractual”.

Es indispensable que el consumidor o usuario sepa lo que adquiere, cómo lo adquiere y para qué, porque como sabemos, frente a él, el empresario se halla en una posición privilegiada en cuanto al manejo de la información. Es muy difícil para un consumidor, distinguir, comparar y saber plenamente los riesgos que asume al contratar cada bien o servicio.

Además de lo anterior, debe tenerse presente la verdadera revolución que ha significado la contratación en masa a través de los medios electrónicos, que ha provocado una especial preocupación del legislador en la regulación del *deber de información precontractual* a los consumidores. La contratación por vía electrónica, si bien ofrece numerosas ventajas a los consumidores (como una mayor oferta de bienes y servicios o un mercado más competitivo) es al mismo tiempo una vía de contratación que puede posibilitar los fraudes y abusos.

---

<sup>138</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz y OTERO CRESPO, María, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, en *Revista In Dret para el anàlisi del Dret*, Barcelona, 2/2010, p. 29.

Es indispensable la confianza del consumidor para el pleno desarrollo del comercio tanto a nivel nacional como comunitario, por lo que resulta clave garantizar sus intereses tanto en la contratación real o presencial, como en la que se realiza por medios telemáticos de la misma forma que en la contratación real o presencial.

El logro de una igualdad efectiva de los contratantes tanto en la contratación presencial como a distancia, es el paso necesario para asegurar un consentimiento libre y espontáneo en este tipo de contratos.

La necesidad de una información veraz y detallada a que hacemos referencia, se incrementa en las contrataciones a distancia, puesto que el consumidor no puede comprobar físicamente o en persona el producto o servicio que ofrece el empresario, por lo que la posibilidad de que su consentimiento se encuentre viciado, es mucho mayor.

Por otro lado, es innegable que el régimen jurídico español en materia de consumo se encuentra determinado por la existencia de un sistema económico de *libertad de empresa*. Frente a este panorama, la obligación de informar sobre los productos y servicios corresponde, en principio, a los respectivos agentes económicos de producción y comercialización.

El deber de información que recae sobre el Estado tiene otros objetivos y se refiere principalmente a facilitar a los consumidores aquella información de que disponga por razón de su función de control administrativo de productos, servicios y precios, cuya divulgación es obligatoria. Así ocurre por ejemplo, con la información relativa a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, la toxicidad de los productos, etc.

Pero por regla general, la información que requiere el consumidor para formar correctamente su voluntad debe ser entregada por quien realiza la oferta de bienes y servicios en el mercado.

Como consecuencia de todos estos factores que venimos mencionando, el legislador tanto a nivel nacional como comunitario se ha preocupado de equilibrar

las posiciones de los consumidores y empresarios y lo ha hecho principalmente mediante el establecimiento de la obligación del comerciante o profesional a que, previamente a la perfección del contrato informe al consumidor, de la forma más clara, veraz y completa posible acerca de todo lo que implica la contratación: características del producto o servicio que el consumidor desea adquirir, contenido del contrato, condiciones generales de contratación y principalmente de sus derechos como consumidor.

Luego de estas consideraciones generales, creemos necesario hacer una referencia a aquellos sujetos que constituyen los elementos básicos para que exista una relación de consumo: consumidor (o usuario) y empresario (o profesional).

Veamos en las siguientes líneas, como ha tratado el legislador español estos conceptos y como han sido complementados y delineados por la doctrina especializada en esta materia.

### **III.2.2 NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONSUMO.**

El concepto de consumidor, ha sido una de las materias más vivamente discutidas en materia de consumo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española se han pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de lo difícil que resulta aplicar este concepto en los casos que se presentan en la práctica<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre los múltiples aspectos relevantes sobre la noción de consumidor, puede verse las extensas explicaciones de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007, (Comentario del artículo 3)* Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2009; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Comentario del art. 3 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Editorial Colex, Madrid 2011, pp. 103-154.

Anteriormente, durante la vigencia de la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios también existía debate acerca de la noción de consumidor. Véase por ej. ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 26-39; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coordinadores) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid 1992.

Seguendo a la doctrina mayoritaria, podemos afirmar que existen dos nociones generales acerca de lo que es (jurídicamente) un consumidor: la noción *abstracta* y *concreta*.

Según BERCOVITZ el consumidor *abstracto*<sup>140</sup>, “comprende a todos los ciudadanos en cuanto aspiran a una adecuada calidad de vida. En este sentido todos somos consumidores”. Como dice este autor, el consumidor no es aquí considerado solamente por su posición en el mercado para la satisfacción de sus necesidades privadas, sino desde un punto de vista colectivo, de ciudadanos que tienen necesidades que no pueden ser satisfechas por el mercado.

Esta noción es la que permite reconocer a los consumidores el derecho a la educación, información o derecho a asociarse.

Por otro lado, las nociones *concretas* de consumidor, son aquellas que permiten hacerles titulares de ciertos derechos reconocidos por las distintas normas jurídicas que regulan el consumo, atribuyéndoles derechos con carácter individual.

Es preciso que tengamos presente estas ideas, puesto que tienen directa relación con el tema central de nuestro estudio, pues la información precontractual que se dirige a los consumidores tiene un doble aspecto:

- Por un lado, el *deber* de informar de los bienes y servicios (y todos los demás aspectos involucrados en la contratación).
- El *derecho* a la información, consagrado a nivel constitucional y reiterado en el art. 8 del TRLGDCU.

Veamos cual es el concepto actualmente vigente en el TRLGDCU.

---

<sup>140</sup> Dice BERCOVITZ, que la noción de consumidor *abstracto* aparece ya en la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, que declara en su número 3 lo siguiente: “En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”. Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, “El concepto de consumidor” en AZPARREN LUCAS, Agustín, *Hacia un Código del Consumidor*, edición del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, pp. 17-35, p. 19.

### **Art. 3. Concepto general de consumidor y usuario.**

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Como vemos, el TRLGDCU mantiene la distinción entre *consumidores* y *usuarios*. A juicio de BERCOVITZ<sup>141</sup>, esta distinción es innecesaria y no hace más que inducir a la errada convicción de que ambas categorías realizan conductas distintas. A juicio del autor, esta distinción podría haberse evitado y así aprovechar la oportunidad para simplificar conceptos en esta materia de consumo.

Por otra parte, cabe destacar que este concepto de consumidor contenido en el art. 3 no es unívoco, pues en los libros III y IV encontramos una definición más amplia del mismo.<sup>142</sup>

A diferencia de la legislación anterior (Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios), no basta que el consumidor sea el “destinatario final” de

---

<sup>141</sup> Aun cuando Bercovitz reconoce que el legislador español en el Texto Refundido se encuentra condicionado por la redacción del art. 51 de la Constitución Española que reconoce expresamente la distinción entre *consumidores* y *usuarios*, destaca que el mismo legislador en numerosas disposiciones del TRLGDCU (y en toda la legislación de consumo) utiliza ambos conceptos como sinónimos mediante la conjunción “o” en vez de “y”. Además, agrega el autor, en muchas disposiciones del TRLGDCU sólo se menciona la expresión “consumidor” omitiéndose a los usuarios. El ejemplo más evidente de esta utilización indistinta por parte del legislador, es el uso del término “consumidor” para la regulación de los servicios relativos a los viajes combinados que se regulan en el art. 154.1, 161 y 162. Véase, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007, (Comentario del artículo 3)*, Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2009, p. 96.

Por el contrario, hay doctrina que sostiene la conveniencia de utilizar la expresión “usuario” de forma separada a la de “consumidor”. Así Alberto Bercovitz sostiene que esta distinción es acertada “desde el momento mismo en que se admite hoy con unanimidad que también han de ser protegidos como consumidores quienes adquieren o hacen uso de servicio proporcionados por los empresarios o por la Administración pública”. En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coordinadores) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid 1992, p. 26.

<sup>142</sup> En el Libro III que regula la responsabilidad del empresario por productos defectuosos, se equipara el concepto de consumidor al de “perjudicado” cualquier persona física o ciudadano que sea adquirente, que use o disfrute el producto defectuoso, como el que no lo adquiera, use o disfrute. En el Libro IV el consumidor puede ser cualquier persona física o jurídica: regula la responsabilidad empresarial del organizador y del detallista. En este caso el consumidor puede ser tanto el contratante principal del viaje combinado (persona física o jurídica), como el beneficiario o cesionario (personas físicas).

los productos o servicios, sino que es necesario que se destine el bien a una “actividad no profesional”, es decir de alguien que actúa al margen de su vida profesional<sup>143</sup>.

### ***Consumidor persona jurídica.***

A diferencia del legislador comunitario, el Derecho español mantiene la definición de consumidor incluyendo a las *personas jurídicas* que contemplaba la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De esta forma, se dice que el legislador español presenta una peculiaridad respecto de las Directivas<sup>144</sup>.

Esto ha levantado opiniones que critican severamente la redacción del TRLGDCU, puesto que la consideración de la persona jurídica como *consumidor* es como poco, discutible y este ha sido uno de los aspectos que presenta mayor debate doctrinario.

Para entender un poco el origen de la discusión es necesario abrir nuestra percepción más allá de lo meramente jurídico y considerar que estamos también ante una realidad económica, regulada por una propia disciplina que se rige por patrones distintos.

Nuestra economía imperante se basa en la existencia de personas que actúan libremente en un mercado que ofrece bienes y servicios ante una demanda fluctuante, de tal manera que es lógico pensar que este tipo de “seres” a quienes se dirige la

---

<sup>143</sup> Lo dice también Cámara Lapuente “el TR-LGDCU ha abandonado (...) la definición de consumidor contenida en el art. 1 de la originaria LGDCU 1984 a favor de una nueva noción legal proveniente de las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores. Con ello el concepto se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas”. Véase CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Comentario del art. 3 TR-LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Editorial Colex, Madrid 2011, pp. 103-154, p. 103.

<sup>144</sup> Directivas: 85/577/CEE de protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (art. 2); Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo (art. 1.2. a); Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 2); Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en los contratos a distancia (art. 2); Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (art. 1.2); Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico y servicios de la sociedad de la información (art. 2. e). En todas estas Directivas, sólo tiene carácter de consumidor, la persona “física”.

“oferta” de bienes y servicios, goza de una capacidad racional para decidir y lo hace de manera libre y coherente para la satisfacción de sus intereses.

Es por ello que los especialistas del área económica consideran -de acuerdo a estas definiciones que acabamos de exponer- que sólo podrían ser consumidores las personas *físicas*, ya que sólo ellas pueden “disfrutar” de los bienes o servicios adquiridos. Sólo ellas pueden sentir “incomodidad” y consecuentemente, “necesidad” de adquirir estos bienes o servicios para solucionar esta situación que les afecta.

No podrían serlo las personas *jurídicas*, porque no son capaces de experimentar la “utilidad” o “satisfacción” al adquirir los bienes de consumo. Por ello, para los especialistas en economía, *consumidor* es “la persona demandante y compradora de un determinado bien o servicio. El consumidor es quien con sus decisiones diarias de compra mueve la economía e influencia la asignación de recursos en la economía de libre mercado”<sup>145</sup>.

Para LOZANO<sup>146</sup> por ejemplo, el *consumidor* es “el sujeto económico que lleva a cabo la acción de consumir bienes finales y servicios”.

Estas ideas que acabamos de exponer, han sido plasmadas por el legislador comunitario en la redacción de las distintas Directivas sobre consumidores.

No obstante, el legislador español en el TRLGDCU se ha apartado de estos postulados tradicionales de la teoría económica y ha incluido también en su concepto de *consumidor*, a las personas jurídicas<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> ELOSÚA DE JUAN, Marcelino (Director), *Diccionario Empresarial Stanford*. Voz “Consumidor”, Editorial Empresarial, sexta edición, Madrid 1993, p. 80.

<sup>146</sup> LOZANO IRUESTE, José María, *Breve Diccionario de Economía*, Voz “consumidor”, Editorial Pirámide, Madrid 1994, p. 64.

<sup>147</sup> A pesar de que el texto del TRLGDCU es considerada actualmente como la norma generalmente aplicable a las relaciones de consumo, sabemos que hay leyes que no han sido incluidas en su texto y en las cuales podemos encontrar conceptos diferentes. Por ejemplo, la ley 2/2009 de 31 de marzo sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, sigue la línea marcada por el Texto Refundido, considerando como consumidor, tanto a las

La doctrina española no ha dudado en criticar esta decisión del legislador español. Así RAGA GIL<sup>148</sup> nos dice que la persona jurídica, si bien puede *demandar*, no puede *consumir*, puesto que se encuentra privada de la capacidad para *experimentar utilidad* de los bienes consumidos. Continúa diciendo que, “la persona jurídica puede manifestar sus objetivos mediante el objeto (s) social (es), e incluso puede desarrollar actividades al margen de su propio objeto social, pero de ahí a suponer que puede desarrollar actos de consumo de las mismas características que los que realizan los consumidores personas físicas, media un abismo (...) ¿Dónde está la capacidad de la persona jurídica, distinta a la de sus órganos de administración y gestión, para experimentar necesidades y para conocer la capacidad de los bienes para satisfacerlas?<sup>149</sup>”

Fuera ya de todo debate doctrinario, si admitimos en la legislación española a la persona jurídica como como *consumidor*, es necesario que cumpla con ciertos requisitos y el más importante de ellos es que no debe tener una actividad empresarial o profesional.

---

personas físicas como jurídicas. (Se trata de una disposición novedosa en cuanto afecta al sector del crédito en que el concepto de consumidor suele estar limitado a la persona física.

Precisando este aspecto, hay doctrina que sostiene que en principio no cabe considerar como consumidores a los empresarios o profesionales aunque actúen al contratar el crédito o préstamo hipotecario en un ámbito ajeno a su actividad propia. Véase CUENA CASAS, Matilde, “Comentario del término *consumidor*” en FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra (Directora), BLANCO CARRASCO, Marta, TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Rosa (Coordinadoras), *Derecho renovado del consumidor. Entre la Economía y el Derecho*, Editorial Dilex, Madrid, 2011, pp. 431- 433).

Pero en una línea diferente, la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, en su art. 1.2 define al consumidor como “la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”. Otro caso en que el legislador español sigue la tendencia marcada por el legislador comunitario, es la Ley 22/2007 de 11 de julio sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, la que sigue estimando como “consumidor” a las personas “físicas”.

<sup>148</sup> RAGA GIL, José, “La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor” en FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra (Dir.), TAPIA SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Rosa, BLANCO CARRASCO, Marta (Coords.), *Derecho renovado del consumidor. Entre la Economía y el Derecho*, Editorial Dilex, Madrid 2011, pp. 31-57, p. 37.

<sup>149</sup> Incluso el autor va más allá, sosteniendo que considerar a las personas jurídicas como *consumidores* obliga a invalidar toda la teoría de la demanda, que se basa, precisamente, en el comportamiento del consumidor y en la ley de la utilidad marginal decreciente de los bienes de consumo. Véase, RAGA GIL, José, “La información veraz, variable significativa en la elección del consumidor”, *Op. cit.* p. 38.

De esta forma, la persona jurídica *consumidor* no debe comercializar bienes o servicios en el mercado, a título oneroso o gratuito con fines de promoción u otros fines propios de una actividad empresarial. De lo contrario serían consideradas *empresarios*<sup>150</sup>.

### III.2.3 NOCIÓN DE EMPRESARIO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONSUMO.

Dice el TRLGDCU:

#### **Art. 4. Concepto de empresario.**

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.<sup>151</sup>

De acuerdo con BERCOVITZ<sup>152</sup>, al identificar al *empresario* con quien realiza una actividad propia de quien produce y/o suministra bienes o servicios al mercado, es innecesario extender explícitamente el concepto a la actividad profesional.

---

<sup>150</sup> A modo de ejemplo, la doctrina ha señalado el caso de las asociaciones, las cooperativas, las fundaciones y las comunidades de bienes no dedicadas a una actividad profesional. La doctrina española ha discutido vivamente este punto, pues es dudoso considerar a una de estas entidades como consumidor (incluyendo a las asociaciones de consumidores que el mismo TRLGDCU incluye), si luego adquieren bienes o servicios que luego reintroducen en el mercado. Como dice BERCOVITZ, para dilucidar esta cuestión, no basta sólo con saber si se trata de una institución “sin ánimo de lucro”, sino que además es necesario determinar si sigue manteniendo el carácter de consumidor aun cuando reintroduzca en el mercado, los bienes o servicios que haya adquirido previamente. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007, (Comentario del artículo 3)*, Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2009, p. 94. Este autor cita algunas sentencias de Audiencias Provinciales que si consideran consumidores a las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Sobre esta discusión también puede verse BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coordinadores) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid 1992, p. 41.

<sup>151</sup> Este concepto comprende, dentro de las definiciones del propio TRLGDCU:

- Al detallista y al organizador del art. 151.1 b) y c) en materia de viajes combinados.
- Al productor (fabricante, importador, proveedor o suministrador) del art. 138 en materia de responsabilidad por productos defectuosos.
- Al empresario de los contratos celebrados a distancia del art. 92.1.

<sup>152</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coordinadores) *Op. cit.* p. 101.

Según la doctrina más reconocida en esta materia, un *profesional* es quien obtiene una retribución o se gana la vida mediante una actividad que practica habitualmente y que consiste en la prestación de servicios. De esta forma, la actividad profesional queda incluida en la actividad empresarial siempre que no se realice dentro de una relación laboral (todo profesional es un empresario).

Son empresarios para el TRLGDCU aquellos que se dedican a desarrollar en el mercado una actividad industrial, comercial, agrícola, ganadera, de caza y pesca, los artesanos, los profesionales liberales<sup>153</sup>. Es decir, quienes participan del proceso productivo ingresando bienes o servicios al mercado que serán finalmente destinados al consumo<sup>154</sup>.

En resumen:

- La noción de *empresario* es bastante amplia a la luz del TRLGDCU.

Quedan incluidos en este concepto cualquier persona física o jurídica, como por ejemplo, un empresario individual, un profesional que ejerce libremente la profesión, una comunidad de bienes, una sociedad profesional, sociedad mercantil o no mercantil, fundación, asociación, entidad con personalidad jurídica, pues el único requisito es que aporte bienes o servicios al mercado con un ánimo de lucro, directo o indirecto.

En cuanto a las personas jurídicas, es claro que incluye a las del ámbito privado, pero el texto del TRLGDCU no deja dudas de que también se consideran

---

<sup>153</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Editorial Cizur-Menor Thomson-Aranzadi, Navarra 2013 pp. 125 y 131-132. El mismo autor ya había hecho referencia al concepto de empresario al comentar la antigua LGDCU, sosteniendo que puede considerarse como tal a “quien participe en cualquiera de las fases de producción y comercialización de bienes y servicios”. Esta idea sigue siendo aplicable de acuerdo al texto del TRLGDCU. Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coordinadores) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid 1992, p. 32.

<sup>154</sup> Un extenso análisis doctrinario del concepto de empresario recogido en el TRLGDCU puede verse en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Comentario del art. 4 TR-LGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Editorial Colex, Madrid 2011, pp. 154-169.

empresarios las del ámbito público, como ocurre con “Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes”<sup>155</sup>.

- Como hemos podido apreciar, es indispensable que este *empresario* se dedique a alguna actividad dedicada a producir bienes (muebles o inmuebles) o prestar servicios de todo tipo para ofrecerlos en el mercado. La lista de *servicios* es amplia y en ella la doctrina suele incluir diversas actividades enumeradas de forma dispersa a través del articulado del Texto Refundido<sup>156</sup>.

- Por último, es necesario que el *empresario* (una vez definido su concepto y su actividad) actúe dentro del marco de sus actividades profesionales. Para que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación del TRLGDCU es necesario que exista una relación de consumo y para ello es necesario que el vínculo que une al empresario con el consumidor se encuentre dentro de la actividad profesional de aquel. Se requiere que el *empresario* se presente como tal ante el consumidor excluyendo así, aquellas operaciones que tengan que ver con la esfera privada del *empresario*.

---

<sup>155</sup> Como dice el art. 80.1 TRLGDCU, pueden ser *empresario* las “Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes”. El mismo TRLGDCU en los arts. Sigüientes nos da algunos ejemplos: “empresas públicas o concesionarios de servicios públicos” (art. 81.1) y los “Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles” (art. 81.2).

<sup>156</sup> Pueden encontrarse en el TRLGDCU las siguientes actividades: la actividad comercial, los servicios financieros, la construcción y comercialización de viviendas, los servicios de transporte, de alojamiento y turísticos, el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos, suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, servicios de apuestas y loterías, suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente, servicios de alojamiento, de transporte, de comidas y esparcimiento, servicios jurídicos, ministro de gas y electricidad, servicios sanitarios, de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

## III.2.4 LA PUBLICIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.

### III.2.4.1 Nociones previas.

#### a) La publicidad como canal de la información.

Anteriormente en nuestro trabajo<sup>157</sup> al abordar la relación entre el *deber precontractual de información* y el *dolo* (especialmente el *dolus bonus*) en el Derecho civil, hemos anticipado ya que en materia de legislación publicitaria existe un delicado tratamiento de la información dirigida a los consumidores.

La publicidad, como mecanismo para transmitir información, es utilizada por los empresarios para realizar la oferta de sus productos y facilitar la contratación, pero a la vez puede emplearse ilícitamente para incitar a los destinatarios a prestar su consentimiento, utilizando prácticas que se acercan peligrosamente a la figura del *dolo*.

Para entender un poco como funciona el mecanismo de la publicidad, nos parece necesario hacer unas aclaraciones en cuanto a su naturaleza y su estrecha relación con la *información* y especialmente con el *deber de información*.

#### b) Concepto de publicidad.

Desde un punto de vista terminológico, se distingue entre la publicidad como cualidad de hacer público (modo de comunicación) y la publicidad como medio de divulgación de anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores o usuarios, etc. Jurídicamente la diferencia entre ambas categorías es muy importante, ya que la primera acepción de publicidad es producto de un *deber*, en cambio la segunda noción de publicidad supone ejercicio de un *derecho*<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Ver *supra* pp. 63 y ss.

<sup>158</sup> Así lo dice SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, “El nuevo derecho de la publicidad”, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.55. Para más sobre esta materia puede verse: CUESTA RUTE, José María de la, *Curso de derecho de la publicidad*, Ediciones Universidad de Navarra EUNSA, Pamplona 2002; LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J, *Derecho de la publicidad* (Coordinador), Editorial Civitas, Thomson Reuters, Madrid 2012; MARTÍNEZ PASTOR, Esther, “La publicidad ¿Derecho Fundamental o de Empresa? una perspectiva jurídico informativa”, *Revista Derecom*, N.º. 8, 2012, disponible *on line*: <http://www.derecom.com/numeros/articulo0608.html>; MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto de, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Editorial Iustel, Madrid 2005; RUIZ

Más específicamente, podríamos decir que la publicidad puede ser entendida de las siguientes maneras:<sup>159</sup>

- *Publicidad como cualidad de hacer público*, directamente vinculado con el *deber de información de determinados hechos, actos o informaciones de interés público*. Este tipo de publicidad no implica como tal la difusión, aunque a veces sea el instrumento para hacer público tales contenidos. A modo de ejemplo, suele citarse como ejemplo las sesiones parlamentarias y de las vistas judiciales abiertas al público (salvo excepciones) o la publicidad de las normas jurídicas.
- *Publicidad como modo específico de comunicación* (mensaje publicitario), como mensaje informativo discrecional con un carácter y fin persuasivo que se realiza y difunde de acuerdo a técnicas específicas. A modo de ejemplo encontramos la campaña electoral institucional, anuncios de la actividad comunicacional administrativa, anuncios de una determinada marca, producto, establecimiento o servicio comercial.

Dentro de este segundo concepto, es necesario aclarar que la publicidad entendida como mensaje publicitario puede tener una finalidad comercial o no:

El *Mensaje publicitario comercial*, se realiza por o por cuenta de sujetos que actúan en ejercicio de su libre voluntad, por tanto sin deber jurídico, como medio para promover la contratación de bienes o servicios, ya sea a corto o a largo plazo.

Este mensaje publicitario comercial incluye tanto, la *publicidad directa* (el mensaje publicitario referido a un producto que tiene como objeto único el aumento de ventas), como la *publicidad indirecta*, de retorno o social. Este último concepto es utilizado por DÍEZ PICAZO<sup>160</sup> entre otros para referirse a la *esponsorización* o

---

MUÑOZ, Miguel, “Derecho de la publicidad y globalización publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre consumo*, N° 79, 2006, pp. 89-118.

<sup>159</sup> Utilizamos en este punto la clara sistematización de la publicidad que realiza LÓPEZ GARCÍA, Mabel, *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*, editado por Eumed-net, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/librería> pp. 13-16.

<sup>160</sup> DÍEZ PICAZO, Luis, “El contrato de esponsorización”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo IV, año 1994, pp. 5-15.

patrocinio publicitario de carácter comercial. Aquí el mensaje publicitario va referido a sujetos y no a productos ya que el objetivo principal es mostrar al anunciante como parte integrada de la sociedad<sup>161</sup> a través del fomento de actividades o hechos de interés general con el objetivo de que dicha función sea socialmente reconocida incidiendo en un posterior beneficio.

Por su parte, el *mensaje publicitario no comercial*, se realiza por sujetos que no buscan ni siquiera indirectamente la promoción de un producto o servicio y su venta.

Puede estar realizada tanto por órganos públicos en el desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público como por entes privados en el ejercicio de actividades de patrocinio publicitario no comercial. A través de este mecanismo se difunde un mensaje referido a un sujeto a través del fomento de una determinada actividad de interés general con una finalidad inmaterial<sup>162</sup>.

### c) *Publicidad con mensaje comercial.*

Es ésta categoría la que se relaciona directamente con el *deber precontractual de información* y por lo tanto es utilizado por el legislador como mecanismo de protección de los consumidores.

Se trata de una *publicidad comercial*, que se caracteriza por contener la clara intención de provocar en el futuro consumidor, un acercamiento a la marca, producto, servicio o incluso a la misma empresa. Por lo tanto, este mensaje contiene información, pero además de eso, posee un carácter *persuasivo* y se ejecuta y difunde

---

<sup>161</sup> Así lo sostiene GARCÍA INDA, Agustín, “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas”, *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, nº69, 2002, p.22. Más sobre esta materia puede verse en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, *El patrocinio. Su régimen jurídico en España y en la CEE*, Editorial Bosch, Barcelona, 1991 y SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *op. Cit.* p.64.

<sup>162</sup> Para ejemplificar esta situación, se suele mencionar aquellos mensajes publicitarios que se difunden en eventos masivos, ya sea artísticos, culturales, deportivos, etc. a través de los cuales se enuncia que alguna institución de beneficencia ha participado como colaboradora. En este caso, la publicidad se realiza sobre la propia persona jurídica con la única finalidad del reconocimiento social.

de acuerdo a técnicas específicas (según se trate del área en que se comercialice el producto) para promover la contratación de bienes y servicios.

En consecuencia, para que la publicidad sea considerada *comercial* debe reunir dos elementos: el mensaje informativo y la persuasión.

El *mensaje informativo* (elemento objetivo) constituye el objeto o contenido de la comunicación publicitaria, sobre el cual inciden los sujetos que intervienen o participan en el proceso comunicativo.

La *persuasión* constituye el elemento subjetivo<sup>163</sup> que caracteriza a todos los mensajes publicitarios. Esta persuasión puede llevarse a cabo a través de la utilización de técnicas lingüísticas y psicológicas que influyen en mayor o menor medida en la decisión del receptor del mensaje<sup>164</sup>.

Como vemos, la publicidad ejerce en el consumidor una gran influencia que puede afectar al consentimiento contractual, por lo que, tanto la información contenida en el mensaje publicitario (elemento objetivo) como las técnicas de persuasión utilizadas (elemento subjetivo) son determinantes.

---

<sup>163</sup> Mucho han escrito los autores sobre el elemento subjetivo de la publicidad. Puede verse más en: ADAM, Jean-Michel, *La argumentación publicitaria: retórica del elogio y de la persuasión*, Editorial Cátedra, Madrid 2000; GRIJELMO, Álex, *La seducción de las palabras*, Editorial Punto de Lectura, Madrid 2005; NÚÑEZ CANSADO, María Ángeles, *Publicidad y retórica*, Tesis Doctoral Publicación de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2006; REYZÁBAL, María Victoria, *Didáctica de los discursos persuasivos: la publicidad y la propaganda*, Editorial La Muralla, Madrid 2002; ROIZ, Miguel, *Técnicas modernas de persuasión*, Editorial Pirámide, Madrid 1996.

<sup>164</sup> También es posible “persuadir” al consumidor mediante la utilización de técnicas artísticas que, de acuerdo a la doctrina, pueden dotar incluso a la publicidad del carácter de obra o creación artística. No sólo lo dice la doctrina, sino que también lo reconoce el ordenamiento jurídico español en el artículo 21 de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad, que señala que: “Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes”.

Este artículo (art. 23 en el texto primitivo de la ley) se renumera como art. 21 por el art. 2.2 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ley que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

d) *Publicidad y deber de información.*

Llegados a este punto, hemos de dejar en claro que, una cosa es la *información publicitaria* y otra distinta es el *deber de información publicitario* que recae sobre el empresario.

La *información* que transmite el emisor se refiere a las características del bien o servicio que ofrece. En la entrega de esta información es donde puede tener cabida legítimamente las que hemos llamado “técnicas persuasivas”, pues ayudan al empresario a promover la contratación de sus productos. No obstante, hay situaciones en que este elemento puede ser utilizado de forma ilícita como ocurre por ejemplo, con las denominadas “ventas abusivas”<sup>165</sup>.

Cosa distinta es el *deber de información* que la ley impone al emisor de la información para restablecer la igualdad entre los contratantes, con el objeto de que el consumidor tenga un conocimiento suficiente sobre las características esenciales del contrato que va a celebrar, de los derechos que tiene y todas las demás exigencias que el mismo legislador establece, todo ello con miras a lograr un consentimiento ausente de vicios<sup>166</sup>. Cabe señalar que este *deber de información* que recae sobre el emisor (vendedor-empresario) tiene como contrapartida necesaria, el llamado

---

<sup>165</sup> Bajo este concepto encuentran cabida muy variadas modalidades de venta: venta a pérdida, con descuento, rebajas, ventas de saldos, liquidaciones, ofertas señuelo, ventas con prima, regalos, sorteos, concursos, venta a distancia, venta a domicilio, venta en cadena o multinivel, *sweepstake* (el *sweepstake* es una especie de sorteo o rifa al azar, donde todos los participantes tienen la misma oportunidad de ganar).

MASSAGUER y PALAU hacen especial énfasis en el elemento de la persuasión en este tipo de ventas, ya que en ellas el empresario se vale de un conjunto de técnicas que atraen la atención de los consumidores hacia las prestaciones ofrecidas alterando o pudiendo alterar el proceso racional de toma de decisiones de mercado, bien mediante su inducción a error o bien mediante su sometimiento a una presión psicológica, influencia abusiva o a circunstancias que interfieren u obstaculizan la reflexión y decisión de compra.

Los autores se refieren en el Dictámen a las denominadas “prácticas comerciales” y especialmente a las que la doctrina ha venido a llamar “ventas abusivas”. Véase MASSAGUER, José y PALAU, Felipe, *Informe sobre: el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea*, informe emitido a petición del Instituto Nacional de Consumo, Barcelona, 2002, p. 1. El texto completo se encuentra disponible *on line* en <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/docs/DICTAMEN.pdf>

<sup>166</sup> MARTÍN GARCÍA, María del Lirio, “*La publicidad: su incidencia en la contratación*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p.38.

*derecho a la información de los consumidores*<sup>167</sup>, que se encuentra reconocido por el artículo 51 de la Constitución Española<sup>168</sup>.

Hasta este punto, hemos visto a grandes rasgos, como se configura la publicidad comercial (que es la que nos interesa), qué debemos entender por ella y cuáles son los elementos que la componen. En las siguientes líneas veremos que existe una cuidada regulación en materia de publicidad, tanto en la legislación europea como española, pues se trata de una materia que tiene directa relación con el principio de protección a los consumidores. Sin duda, se trata de una materia de extensa regulación dada su importancia.

Nosotros abordaremos la relación existente entre la publicidad comercial y el deber precontractual de información de acuerdo con el Derecho de consumo, para lo cual analizaremos las disposiciones pertinentes de la normativa de publicidad y del TRLGDCU.

### **III.2.4.2 PRINCIPIO DE VERACIDAD Y PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN CONTRACTUAL.**

Comencemos este apartado con una interrogante:

*¿Qué valor tiene la oferta, promoción y publicidad mediante la cual se transmite la información precontractual?<sup>169</sup> ¿Se trata de una información vinculante para el oferente?*

---

<sup>167</sup> Véase MORENO LUQUE CASARIEGO, Carmen, “El derecho a la información y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”, en *La Ley*, N° 2886, 1991.

<sup>168</sup> *Artículo 51.2. CP.* Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

El derecho a la información de los consumidores se encontraba también establecido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sus artículos 2.d) y 13. Actualmente en el art. 8 d) del Real Decreto 1/2007 TRLGDCU: *Artículo 8.* Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

<sup>169</sup> *Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.*

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y

Para intentar dar una respuesta, es necesario analizar el entramado de normas, que conforman tanto el TRLGDCU como de la LGP. Veamos que dice el TRLGDCU:

*Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.*

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

El art. 61 TRLGDCU recién citado contempla tres principios de gran importancia: el principio de veracidad, el principio de integración contractual y el de cláusula más favorable. Veamos con detalle estos principios.

*a) Principio de veracidad.*

El primer apartado es el que se relaciona directamente con el contenido del *deber precontractual de información* al usuario y consumidor. Es aquí donde el legislador exige que todas las declaraciones que se hagan sobre los productos o servicios sean veraces y correctas, lo que se conoce como *principio de veracidad* que rige la publicidad de bienes y servicios del mercado.

No sólo el TRLGDCU contempla este principio. También lo hace la Ley 34/1988 General de Publicidad no impone expresamente el contenido preciso y obligatorio de los mensajes publicitarios, pero sí que obliga a quienes opten por

---

usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

facilitar la información a ser rigurosamente veraces, por lo que una infracción en esta materia puede ser sancionada a través de la legislación relativa a la *publicidad engañosa* cuando sea suficiente para inducir a error a los destinatarios, configurando un tipo de *publicidad ilícita*<sup>170</sup>.

Esta *publicidad engañosa* cuando se dirige a los consumidores con el propósito de alterar su comportamiento económico, puede igualmente ser sancionada por constituir un acto de competencia desleal<sup>171</sup>.

A modo de definición, diremos que la *publicidad engañosa* es aquélla que de cualquier manera induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es por ello que la información precontractual ofrecida por el oferente es fundamental para saber si se respeta o no el *principio de veracidad*. En tal caso no sólo serán

---

<sup>170</sup> La Ley General de Publicidad al respecto señala en su artículo art. 3 señala que es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.
- c) La publicidad subliminal. Se define en el art. 4 LGP como aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Esta categoría de publicidad ilícita se desarrolla en el texto del art. 5 de la Ley 34/1988.
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

<sup>171</sup> A diferencia de lo que hace la Directiva 2006/114/CE, la Ley General de Publicidad no contiene un concepto de publicidad engañosa y sólo se limita a clasificarla dentro de los tipos de publicidad ilícita reputándola como un acto de competencia desleal. Por ello, es necesario recurrir a la Ley 3/1991 de competencia desleal que sí reconoce la publicidad engañosa entendida desde dos puntos de vista: como actos de engaño (Art. 5) y como omisiones engañosas. (art. 7).

[*Publicidad engañosa*: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor. (Art. 2 a) Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa].

precedentes las acciones de que dispone el consumidor desde el punto de vista civil, sino también las acciones que sancionan los actos de competencia desleal.

Si bien no pretendemos aquí ahondar en esta materia, estimamos necesario hacer referencia al espíritu unificador de la Ley 29/2009<sup>172</sup> por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta ley ha unido dos materias que se encuentran interconectadas: la publicidad ilícita (supuesto de publicidad engañosa) y la competencia desleal, de tal forma que las acciones para perseguir la *publicidad ilícita* son las mismas que se establecen con carácter general para perseguir los *actos de competencia desleal* contempladas en el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>173</sup>.

*a') Publicidad subliminal.*

Como hemos dicho, no entraremos en detalle en el estudio de la *publicidad engañosa* y su relación con la competencia desleal, pero sí queremos detenernos en una disposición que nos parece un avance en cuanto a la regulación del contenido del mensaje publicitario: el artículo 4<sup>174</sup> de la LGP.

Este artículo contiene actualmente la definición de la llamada *publicidad subliminal*, que a su vez constituye uno de los casos de *publicidad oculta*, y en consecuencia *ilícita* (art. 3 c) de la Ley 34/1988). Si bien, este tipo de publicidad no

---

<sup>172</sup> A través de ella se traspone al ordenamiento español la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (en adelante, “Directiva Prácticas Comerciales Desleales”) y también la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Además, introduce modificaciones al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

<sup>173</sup> Por mandato del art. 6 de la Ley General de Publicidad: “Artículo 6. *Acciones frente a la publicidad ilícita.*

1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”.

<sup>174</sup> Artículo modificado por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

se refiere directamente al contenido del mensaje (información precontractual) sí que tiene importancia en cuanto a su capacidad para influir en la voluntad del receptor del mensaje.

De acuerdo con el texto del art: “*Publicidad subliminal*. A los efectos de esta ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.<sup>175</sup>

Es interesante hacer mención a la publicidad subliminal, ya que se trata de una figura que se acerca a la clásica figura del Derecho civil que hemos estudiado como *dolo bueno*<sup>176</sup>.

Sin duda estas “técnicas de producción de estímulos” se encuentran en la frontera de la ilicitud, pues contienen un mensaje que de alguna manera se “infiltra” en el subconsciente del individuo-consumidor, que se ve impedido de percibir la información de manera clara y consiente.

Esta imposibilidad de “filtrar” la información a través de procedimientos críticos (que se hacen normalmente por los individuos al recibir el mensaje) ocurre principalmente por dos razones: la rapidez en la entrega de la información y por la muy frecuente técnica de disimular las formas en imágenes valiéndose de las distintas interpretaciones que esta imagen puede tener.

Como dice TATO PLAZA<sup>177</sup>: “En definitiva, bien podría afirmarse que la imposibilidad de percibir el mensaje a través de los sentidos—esto es, la imposibilidad

---

<sup>175</sup> Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 29/2009, la redacción del art. 4 era la siguiente: “Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir al error de sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”.

<sup>176</sup> *Vid. Supra* pp. 71.

<sup>177</sup> TATO PLAZA, Antxo, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, pp. 284-285.

de percibir el mensaje publicitario de forma consciente- es el rasgo que mejor define la publicidad subliminal”.

De esta manera, si bien la utilización de técnicas de persuasión no constituyen *dolo bueno* propiamente tal (en su concepto clásico de alabanzas legítimas para ensalzar las cualidades del producto), de todas formas hay que reconocer que actúan sobre la percepción del consumidor y pueden influir en sus decisiones, propiciando quizás el error y afectando finalmente la libre manifestación del consentimiento. Y si el consumidor padece error, a causa de la utilización intencionada de esta técnica con tal objetivo, podrá solicitar la anulabilidad del contrato celebrado, siguiendo el régimen tradicional de anulabilidad del CC, con todas las consecuencias que ello implica.

Incluso podríamos decir que la *publicidad subliminal* constituye una nueva técnica para inducir al error del contratante (consumidor) y es por ello que ha sido calificada como ilícita y más aún, de *acto de competencia desleal*.

*a") Infracción del principio de veracidad.*

Si se infringe el principio de veracidad consagrado en el art. 61.1 del TRLGDCU se concede a los consumidores unas acciones para lograr la legítima defensa de sus intereses. Tales acciones se encuentran consagradas en la Ley 34/1988 General de Publicidad y son: la acción de *cesación*<sup>178</sup>, mediante la cual se pretende

---

<sup>178</sup> La acción de *cesación* también tiene su consagración en el TRLGDCU:

*Artículo 53. Acciones de cesación.*

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

*Artículo 56. Imprescriptibilidad de las acciones de cesación.*

Las acciones de cesación previstas en este título son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

*Art. 19.2 Ley 7/1998.* No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años,

eliminar una determinada actividad publicitaria y la de *rectificación* de la publicidad ilícita, cuyo objetivo es la modificación de una determinada actividad publicitaria en aquellos aspectos en que sea considerada ilícita).

*b) Principio de integración contractual.*

El segundo apartado del art. 61 declara el *carácter vinculante* de la oferta, promoción o publicidad (se deduce de la expresión “serán exigibles”). Se trata de una disposición que permite la *integración* del contenido de los contratos con consumidores, lo que tiene mucha importancia cuando la información precontractual entregada por el oferente es insuficiente.

Como sabemos, la integración en Derecho de contratos es la actividad que tiene por objeto suplir y completar las llamadas “lagunas”, aquellas situaciones imprevistas o sencillamente no contempladas pero que requieren ser resueltas por estar comprendidas dentro de los efectos del negocio. No se trata de una simple interpretación pues muchas veces se atribuirá al contrato, efectos que no resultarían de la mera interpretación<sup>179</sup>. Este principio también es desarrollado en el TRLGDCU en el art. 65:

---

computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

<sup>179</sup> Directamente relacionado con esta materia, se encuentra el *principio de conformidad* del contrato, que juega un papel muy importante en cuanto al “régimen de garantías” que ofrece el legislador de consumo en favor de los consumidores. De esta forma, el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. El TRLGDCU contempla algunas acciones derivadas de la falta de conformidad, pero cabe decir que su ejercicio es incompatible con las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Los artículos más importantes en esta materia son los siguientes:

*Artículo 114. TRLGDCU. Principios generales.* El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

*Artículo 117. TRLGDCU. Incompatibilidad de acciones.* El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

*Artículo 65. Integración del contrato.*

Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

En consecuencia, si el empresario o profesional no ha cumplido correctamente con su deber precontractual de información el consumidor puede exigir la integración del contrato a su favor, de la siguiente manera:

- Solicitar que se hagan efectivas las condiciones que el empresario haya señalado en la oferta o publicidad, aun cuando éstas no estén indicadas en el contrato. En este caso el empresario ofrece unas condiciones precontractuales que han llevado al consumidor a contratar, pero luego pretende no incluirlas en el contrato.
  
- Solicitar que se hagan efectivas las condiciones que corresponderían al contrato de acuerdo a la *buena fe objetiva* y que el empresario ha omitido en la información precontractual<sup>180</sup>.

De esta forma, el consumidor que se ve afectado por un incumplimiento de los *deberes precontractuales de información* por parte del empresario, puede utilizar las herramientas que le proporciona el legislador para desvincularse de un contrato que no es acorde a sus intereses o le afecta negativamente. Pero no sólo tiene esta opción, sino que también puede optar por exigir el cumplimiento del mismo de acuerdo con las condiciones inicialmente ofrecidas en el mensaje publicitario (oferta) o la debida integración del mismo a su favor, de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

---

<sup>180</sup> Sobre esto puede verse SÁNCHEZ GÓMEZ, A. “Título III. Contratos celebrados a distancia”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi Thomson Cizur-Menor, Navarra, pp. 1181-1329.

### III.3. TRATAMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007 (TRLGDCU)<sup>181</sup>.

#### III.3.1 NOCIONES PREVIAS.

El Real Decreto 1/2007 es una de las normas más importantes en materia de Derecho de consumo y nace con el objetivo de cumplir con la delegación legislativa contenida en la disposición final 5ª de la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Se trata de un texto bastante extenso, que reúne diversas leyes que afectan en mayor o menor medida a la contratación con consumidores, ordenadas de manera sistemática con el fin de realizar una recopilación lo más actualizada posible de las disposiciones más importantes aplicables en esta materia.

Mucho se ha escrito acerca de su contenido, cuestionándose principalmente su coherencia, ya que ha incluido algunas leyes y sin razones aparentes ha excluido otras. Uno de los puntos más sensibles sobre los que ha recaído la discusión, consiste en determinar si el legislador ha cumplido con la refundición dentro de los límites propios de una delegación legislativa o si se ha excedido en esta tarea<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras leyes complementarias. Puede consultarse su texto completo en: [www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf)

<sup>182</sup> Para mayor información sobre estos aspectos, véase BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, “Comentario al nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N.º 70, 2009, pp. 5-46; CARRASCO PERERA, Ángel, “Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición” en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, N.º 1, 2008, págs. 2215-2225. Especialmente éste último cuando dice que “el propósito de toda refundición (mayor facilidad en el manejo de las normas preexistentes) queda diluido por el ingente material normativo que queda fuera de la refundición y por la ausencia de límites a desarrollos posteriores” (*op. Cit.* p.2218).

Pero sin duda es un texto que ha servido para lograr un cierto grado de orden, siguiendo el ejemplo de otros países en que el Derecho del consumo se encuentra regulado en un solo texto o Código de consumo.

Por ello, destacamos el aspecto positivo de este texto, siguiendo a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO<sup>183</sup>, quien sostiene que “el Texto Refundido supone una simplificación, aunque sea parcial, de nuestra *jungla legislativa* en materia de consumo, que debe ser valorada positivamente. Además hay que apreciar el cuidado que se ha tenido en la redacción de sus diversos preceptos. Es muestra de un conocimiento y un respeto a la dogmática jurídica, utilizada con mayor rigor que el que ha venido siendo habitual a la hora de legislar en la materia”.

Otro de los avances que reconoce la doctrina<sup>184</sup> al TRLGDCU es haber plasmado el valor vinculante de la publicidad, de tal manera que su contenido es de carácter obligatorio y permite al consumidor exigir su cumplimiento. Este aspecto es importante para efectos del tratamiento de la *información precontractual* sobre lo que ahondaremos más adelante.

Para los efectos de nuestro trabajo, es importante destacar que el Texto Refundido presta especial atención al derecho a la información y al deber de información precontractual en su articulado, teniendo como base el art. 8<sup>185</sup>

### III.3.2 DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL TRLGDCU.

El *deber precontractual de información* ha sido tratado en el Texto Refundido en diversas disposiciones, todas ellas dispersas a través de su articulado. Con el

---

<sup>183</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2009, p. 73.

<sup>184</sup> GUILLÉN CATALÁN, Raquel, *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2010, p. 25.

<sup>185</sup> Art. 8 “*Derechos básicos de los consumidores y usuarios*. letra d): “La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”.

objeto de realizar una exposición ordenada, veremos a continuación las disposiciones dedicadas a esta materia, según el orden en que aparecen según la estructura del TRLGDCU<sup>186</sup>.

### **III.3.2.1 Información precontractual en el Libro I TRLGDCU (*Disposiciones generales*).**

#### **a) Art. 8.**

En primer lugar, nos encontramos con el art. 8 d), contempla como derecho básico de los consumidores y usuarios “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. Según se desprende del texto del art. 8 y de su ubicación, se trata de uno de los derechos básicos de los consumidores, que traerá como contrapartida, la necesaria exigencia de un “deber de información” a cargo del empresario o profesional.

#### **b) Art. 12.**

La importancia de la información dirigida a consumidores, también es patente en las normas relativas a la “Protección de la salud y seguridad”, específicamente en el art. 12<sup>187</sup> que se preocupa de la información que han de recibir los consumidores y

---

<sup>186</sup> A los artículos que aquí exponemos, también podemos agregar, debido a su importancia para los consumidores, el artículo 12:

*“Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de bienes o servicios.*

1. Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación.

2. Los productos químicos y todos los artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación”.

Si bien nos encontramos frente a una obligación de información que recae sobre el empresario o productor y que debe entregarse previamente a la contratación, no se refiere a las condiciones propias de la contratación. Se trata más bien de una obligación que impone el legislador (administración) en su rol de garante de la seguridad y salubridad pública. Generalmente esta información será entregada mediante la publicidad/propaganda o etiquetado del producto a modo de advertencia para el consumidor.

<sup>187</sup> *Artículo 12. Información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios.*

1. Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación.

usuarios de bienes o servicios sobre los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible, en función de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que vayan destinados, conforme a lo previsto en el art. 18 (precepto que se refiere al etiquetado y presentación de los bienes y servicios)<sup>188</sup>.

**c) Art. 17.**

Por último, en el Libro I encontramos el art. 17<sup>189</sup> que establece la obligación de los poderes públicos de fomentar la formación y educación de los consumidores y usuarios, al efecto de asegurar que éstos dispongan de una información precisa que les permita ejercer eficazmente sus derechos. Asimismo, los poderes públicos tienen la obligación de velar para que se entregue a los consumidores, una información comprensible para el adecuado uso y consumo de bienes y servicios.

---

2. Los productos químicos y todos los artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación.

<sup>188</sup> *Artículo 18. Etiquetado y presentación de los bienes y servicios.*

1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente:

a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.

c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes:

a) Nombre y dirección completa del productor.

b) Naturaleza, composición y finalidad.

c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsible.

3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado.

4. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar.

<sup>189</sup> El apartado segundo del mencionado artículo 17, impone a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, la obligación de dedicar espacios y programas no publicitarios a la información y educación con consumidores. En tales programas se deberá facilitar la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

### **III.3.2.2 Información precontractual en el Libro II del TRLGDCU (*Contratos y garantías*).**

#### **a) Art. 60. Información precontractual general para todo contrato con consumidores.**

En primer lugar nos encontramos con el art. 60. Se trata de una norma aplicable a todo contrato celebrado con consumidores, que regula de forma bastante detallada y completa, como ha de cumplirse la obligación que recae sobre el empresario. Se aplica cualquiera sea el objeto del contrato y el modo en que se haya celebrado,

Esta disposición sirve de aplicación supletoria para todos aquellos contratos que tengan una regulación especial, ya sea en el mismo Texto Refundido o en otras leyes especiales de consumo. Por ello, ahondaremos un poco más en el análisis de su contenido. Veamos el texto del artículo.

#### *Artículo 60. Información previa al contrato.*

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.
2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:
  - a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.
  - b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.
  - c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.
  - d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

- e) Garantías ofrecidas.
  - f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.
  - g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.
3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

El artículo 60 regula una obligación precontractual y establece el deber del empresario de lograr que el consumidor quede perfectamente informado del negocio que va a realizar, garantizando así, su libre voluntad para contratar. Si bien la intención del legislador es unificar esta materia, mediante el establecimiento de un “régimen común” para los deberes de información precontractuales, este propósito no se cumple del todo, si consideramos que, dentro del propio texto del TRLGDCU como en otras leyes especiales relativas a la contratación con consumidores existe una regulación propia del *deber precontractual de información*, unas con mayor detalle que otras, generando más que alguna confusión<sup>190</sup>.

Ya hemos advertido anteriormente al iniciar el presente capítulo, que en el Derecho de consumo el legislador persigue garantizar la libertad de la decisión del consumidor al momento de contratar, restableciendo la igualdad que parece verse afectada entre las partes en este tipo de contrataciones<sup>191</sup>.

El legislador persigue a través de estas exigencias que el consumidor sea plenamente consciente de la operación que realiza y analice si el negocio que celebra le conviene o no a sus intereses, disponiendo de un tiempo prudente para reflexionar

---

<sup>190</sup> Algunos de estos ejemplos de leyes sobre las cuales no ahondaremos: RD 515/1989, de 21 de abril, que protege al consumidor en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda, Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, Ley 43/2007 de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio. Sobre las leyes más importantes en materia de consumo y el tratamiento del deber de información, véase el Anexo III de este trabajo.

<sup>191</sup> En este punto utilizamos parte del estudio de los deberes precontractuales de información que realiza J.R GARCÍA VICENTE. Puede verse con mayor detalle acerca del fundamento de los deberes de información, su contenido, cualidades, GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al art. 60 del TRLGDCU” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007*, Editorial Thomson-Reuters, Navarra 2009, pp. 765-780.

tranquilamente sobre ello. Es por ello que la información necesariamente debe ser “previa” para que el consumidor tenga el tiempo suficiente para realizar un juicio de valor, ya que muchas veces no sólo se verá afectado en el aspecto económico sino también el jurídico, afectándole inevitablemente el régimen al que se somete el contrato. He aquí una de los más importantes motivos que justifican la existencia de estos deberes a cargo del empresario oferente.

El legislador también se ha encargado de señalar los requisitos de la información y por ello las ha regulado desde una doble perspectiva en el art. 60<sup>192</sup>:

*- Contenido de la información.*

La información que recibe el consumidor debe reunir los caracteres de veracidad, suficiencia y relevancia. Con todo, aunque no lo diga expresamente el texto del art. 60, el contenido de la información debe respetar el principio general de buena fe en materia de contratos.

*- Forma de proporcionar la información.*

La información debe ser facilitada al consumidor de forma clara, comprensible, gratuita y adaptada a las circunstancias. Esto último quiere decir que el formato en que se presenta la información no ha de ser único, sino que puede variar según el contrato que se celebra.

Todos estos requisitos que acabamos de señalar, suelen repetirse más o menos de forma similar en los textos de diversas leyes que regulan las relaciones de consumo, siguiendo el patrón de la norma general establecida en el TRLGDCU.

A través de una información detallada e impuesta con carácter imperativo se pretende advertir al consumidor sobre la importancia del compromiso que asume o sobre aquellos aspectos relevantes de la contratación que pueden sobrevenir una vez que ha dado su aceptación.

Podemos decir entonces que, estas exigencias para el empresario constituyen a la vez una “advertencia” al consumidor de la operación que va a realizar y sus implicancias. De esta forma tendrá un conocimiento detallado de las cualidades o fines para los que sirve o puede servir el objeto o servicio que contrata, lo que le permite comparar y sopesar las distintas ofertas existentes en el mercado, optando finalmente por la que estime más conveniente.

Es más, indirectamente, la exigencia de una información detallada y previa al consumidor favorece la sana competencia entre las empresas oferentes de bienes y servicios.

#### **b) Art. 97. Información precontractual en los contratos celebrados a distancia.**

Dentro del libro II del TRLGDCU encontramos una regulación específica el *deber precontractual de información* en los artículos 97 y 98, que regulan los contratos celebrados a distancia.

Para que estemos frente a un contrato a distancia, es necesario que éste se celebre en el marco de una actividad empresarial y se caracteriza porque no existe presencia física simultánea de los contratantes.

Además, es necesario que, tanto la oferta como la aceptación se realicen exclusivamente a través de cualquier técnica de comunicación a distancia dentro de un sistema de contratación que debe necesariamente ser organizado por el empresario.

El Texto Refundido, en el art. 62, enumera a modo de ejemplo, diversas técnicas de comunicación a distancia, tales como: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas normalizadas; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audiotexto; la radio; el teléfono con imagen; el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax y la televisión.

Sin duda, uno de los contratos a distancia más utilizados actualmente es el contrato de comercio electrónico y específicamente, la contratación por internet. En este tipo de contratos, el deber precontractual de información se encuentra específicamente regulado a través de normas especiales, todas ellas complementadas por las normas del Texto Refundido que estudiamos en este apartado, por tratarse de disposiciones generales<sup>193</sup>.

Veamos que dice el TRLGDCU en cuanto a la información precontractual de este tipo de contratos.

*Artículo 97. Información precontractual.*

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además:

- a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- b) Las características esenciales del bien o servicio.
- c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102.
- e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.
- f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad.

---

<sup>193</sup> En este trabajo no profundizaremos en el estudio de la contratación electrónica, sin embargo realizamos una exposición breve y ordenada del tratamiento del deber precontractual de información en las disposiciones más relevantes de la Ley 34/2002 (LSSICE). Para ello, véase el Anexo III de este trabajo.

Para mayor detalle la formación del consentimiento y la etapa precontractual de este tipo de contratos en CLEMENTE MEORO, Mario, *La protección del consumidor en los contratos electrónicos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Rodolfo, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en internet*, Editorial Bosch, Barcelona 2001; ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona 2009; ISAZA JARAMILLO, Natalia, *El contrato celebrado por vía electrónica con consumidores y usuarios en el sistema jurídico español*, Trabajo de Fin de Máster en Derecho Privado [inédito- calificación M.H], Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2012; MATEU DE ROS, Rafael, CENDOYA MÉNDEZ, Juan Manuel (Coords.), *Derecho de internet: contratación electrónica y firma digital*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2000; PINOCHET OLAVE, Ruperto, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Editorial Pons, Madrid 2001.

- g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

Como vemos, se trata de una norma que complementa al anterior art. 60, pues sus exigencias son adicionales a las allí previstas.

- *Contenido de la información.* El mismo encabezado del art. 97 señala los requisitos que debe reunir la información; veraz y suficiente, clara e inequívoca<sup>194</sup>. El art. 97 a diferencia del art. 60, sí que exige expresamente que la información debe respetar la buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

- *Forma de la información.* Ésta debe ser entregada con la antelación necesaria (previa o coetánea al momento de contratar), mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado.

A estas exigencias generales, el legislador suma todas aquellas que son propias de una contratación de estas características [apartado 1 del art. 97, letras a)-h)].

### **c) Art. 112. No información del derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial.**

#### *Artículo 111. Documentación del contrato y del derecho de desistimiento.*

1. El contrato o la oferta contractual incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de desistimiento e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor y usuario. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.
2. El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor y usuario,

---

<sup>194</sup> Si bien el art. 97 ha incorporado en su texto el contenido del derogado art. 40 de la LOCM, ha suprimido la exigencia de *eficacia* de la información. Quizás el legislador ha considerado que se trata de una mención innecesaria pues la eficacia de la información es abarcado por el requisito de *claridad*, no obstante, en el art. 18 que se refiere a la información sobre las características esenciales de los productos y servicios puestos a disposición de los consumidores, sí que exige el carácter eficaz de la información.

una referencia clara, comprensible y precisa al derecho de éste a desistir del contrato y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

3. Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por su cuenta, entregará al consumidor y usuario uno de los ejemplares y el documento de desistimiento.

Como vemos, en este tipo de contratos se exige que toda la información precontractual debe ser documentada por escrito y en dos ejemplares. Uno de los aspectos más importantes de esta información es la constancia del *derecho de desistimiento* en favor del consumidor.

*Artículo 112. Consecuencias del incumplimiento.*

El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos por los artículos 69.1 y 111 podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario.

En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

Tanto la falta de documentación del contrato como la omisión de la información sobre el derecho de desistimiento son sancionadas con la anulabilidad del contrato a instancia del consumidor. Así lo dice el art. 112<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> El derecho de desistimiento se encuentra regulado en el TRLGDCU de forma general para todos los contratos en los arts. 68-79 y el incumplimiento del empresario del deber de información y documentación se regula y sanciona en el art. 71.3.

Pero los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil tienen una regulación especial sobre este punto en el art. 112 del TRLGDCU, sancionando el incumplimiento del deber de información con una sanción de anulabilidad del contrato. Esta disposición no hace más que reproducir el texto del art. 4 de la ley 26/91 (que es la que traspone al Ordenamiento jurídico español la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales).

Tanto la doctrina y la jurisprudencia española han estimado que se trata de una anulabilidad o nulidad relativa, pues aun cuando no está contemplada en las causales del art. 1.301 del CC hay una analogía con los vicios del consentimiento. Se trata entonces de una anulabilidad atípica por incumplimiento de un deber legal y no de una nulidad radical o absoluta por infracción de un requerimiento de forma, aun cuando existen sentencias del Tribunal Supremo que han estimado este caso como una nulidad absoluta de pleno derecho.

En cuanto al plazo de ejercicio de esta acción, ha sido uno de los puntos más debatidos en la doctrina puesto que aparece como una acción en principio imprescriptible.

Para mayor detalle sobre este y otros aspectos véase TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, "Derecho Privado Comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 16, N° 42, 2012, pp. 543-571.

#### **d) Art. 114 y 115. Garantías y Servicios de Posventa<sup>196</sup>.**

Por último, dentro del Libro II del TRLGDCU, encontramos las normas relativas a las Garantías y Servicios de Posventa.

##### *Artículo 114. Principios generales.*

El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

El legislador establece aquí un principio general de protección al consumidor. Si bien no menciona expresamente el deber de información, este se encuentra implícito en la contratación con consumidores. De tal manera que, para que exista conformidad del producto con los términos del contrato, es necesario que la información que ha entregado previamente el empresario sea correcta, veraz y se adecúe a la oferta que realiza, lo cual exige un adecuado y oportuno cumplimiento del deber precontractual de información.

Otra importante norma relacionada con el deber de información, es el art. 125<sup>197</sup> que regula la “garantía adicional”. Si bien, se trata de unas condiciones

---

Queremos hacer presente que esta misma sanción de anulabilidad por falta de información al consumidor de su derecho de desistimiento se observa en la Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009, específicamente en su art. 1.265.7.

Por oposición, la nueva Directiva sobre los Derechos de los Consumidores (2011/83/UE) que pretende establecer una heterogeneidad en la regulación nacional de la sanción por falta de informar acerca del derecho de desistimiento, elimina la posibilidad de que el consumidor pueda demandar la anulabilidad del contrato.

De esta forma, la única sanción por falta de información en estos casos, será la prórroga del plazo para desistir hasta un máximo de doce meses a contar de la expiración del período inicial de desistimiento que será siempre de catorce días, tanto para los contratos celebrados a distancia como para aquellos celebrados fuera de establecimiento mercantil (ya que como sabemos, la Directiva [2011/83/UE] pretende establecer un régimen único para ambos tipos de contrato).

De acuerdo con TOMÁS MARTÍNEZ, esta solución podría resultar aplicable a todo contrato de compraventa y de servicios relacionados con consumidores –aunque no se realice a distancia- si prospera la aprobación del Reglamento CESL. V. TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, *ibidem*, p. 570.

<sup>196</sup> El TRLGDCU ha derogado la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de los Bienes de Consumo.

<sup>197</sup> *Artículo 125. Garantía comercial adicional.*

ofrecidas al consumidor de forma voluntaria, es obligatoria para quien figura como garante y las condiciones en que se obliga, son aquellas que figuran “en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad”.

Sin duda es importante que la información sobre la garantía sea entregada correctamente y de forma previa a la celebración del contrato cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos que establece el legislador, pues, estimamos que si bien la garantía adicional constituye una ventaja ostensible para el consumidor, también es cierto que a través de una información incorrecta acerca de la garantía o redactada en términos oscuros o imprecisos puede lograr de forma ilícita, la voluntad del consumidor.

### **III.3.2.3 Información precontractual en el Libro IV del TRLGDCU (*Viajes combinados*<sup>198</sup>).**

Comenzamos este apartado diciendo que a partir de la entrada en vigencia del Texto Refundido, los viajes combinados carecen de una regulación propia en una ley especial<sup>199</sup>.

- 
1. La garantía comercial es aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.
  2. La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada.
  3. La garantía expresará necesariamente:
    - a) El bien o servicio sobre el que recaiga la garantía.
    - b) El nombre y dirección del garante.
    - c) Que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato.
    - d) Los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía.
    - e) El plazo de duración de la garantía y su alcance territorial.
    - f) Las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario.
  4. La acción para reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial adicional prescribirá a los seis meses desde la finalización del plazo de garantía.

<sup>198</sup> “El contrato de viaje combinado es el que tiene por objeto (...) los servicios mínimos que debe comprender el viaje y que junto con el transporte y/o alojamiento abarca también aquellos otros servicios turísticos no accesorios de éstos que constituyen una parte significativa del viaje combinado” [art. 151.1 a) TRLGDCU].

<sup>199</sup> El contrato de viaje combinado se regulaba anteriormente en la Ley 21/1995, de 6 de julio. Actualmente su regulación se encuentra en el Libro IV entre los arts. 150 y 165.

Comencemos por un concepto:

“*El contrato de viaje combinado es el que tiene por objeto (...) los servicios mínimos que debe comprender el viaje y que junto con el transporte y/o alojamiento abarca también aquellos otros servicios turísticos no accesorios de éstos que constituyen una parte significativa del viaje combinado*” (art. 151.1 a) TRLGDCU).

Este tipo de contrato se caracteriza porque no existe una relación directa entre el consumidor y los prestadores de servicios, sino que la relación contractual es llevada con el *organizador* o con el *detallista*<sup>200</sup>. Se trata de una negociación en el que el servicio no es prestado por la misma persona que contrató con el usuario, sino por otra.

De esta forma, la posibilidad de que surjan dificultades es mayor que en otro tipo de contratos porque la sensación de inseguridad crece al encontrarse el usuario lejos de su domicilio y tener que tratar con obligados directos y obligados formales, que suelen ser distintos. El consumidor no saber exactamente quién prestará el servicio y con quién tratar si existe un problema durante el viaje. Es por ello que en esta materia se justifica una mayor protección del consumidor<sup>201</sup>.

Veamos las exigencias informativas impuestas por el legislador en este caso.

---

<sup>200</sup> *Concepto de organizador y detallista.* (art. 151.1 b) y c) del TRLGDCU).

- *Organizador*: la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista.

- *Detallista*: la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador.

- *Consumidor* o *usuario*, por su parte, es cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario.

<sup>201</sup> Para más sobre esta materia, puede verse BOTANA GARCÍA, Gemma, RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Editorial Graw Hill, Madrid, 1999. También las siguientes monografías: GÓMEZ CALLE, Esther, *El contrato de viaje combinado*, Editorial Civitas, Madrid 1998; HAZA DÍAZ, Pilar de la, *El contrato de viaje combinado : La responsabilidad de las agencias de viajes*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997; LEÓN ARCE, Alicia de, *Contratos de consumo intracomunitarios : (adquisición de vivienda y viajes combinados)*, prólogo Luis Díez-Picazo, Editorial Eurolex, Madrid, 1995; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *El contrato de viaje combinado: antecedentes, derecho comparado, estudio normativo y jurisprudencial*, publicación de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999.

*Artículo 152. Programa y oferta de viajes combinados.*

1. El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores y usuarios un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara, comprensible y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto.
- e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.
- f) Precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe.
- g) El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.
- h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de anulación.
- i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.
- j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.
- k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

Como vemos, la deber de informar recae sobre el *detallista* u *organizador*, quién se encuentra en la obligación de poner siempre a disposición de los consumidores la información que detalla la ley.

- En cuanto al *contenido*, el legislador se ha encargado de regular detalladamente el contenido mínimo de información que debe entregarse a los consumidores, exigiendo que ésta debe ser *clara, precisa y comprensible*. Esta información será válida mientras no sea modificada, pues no existe un plazo mínimo de vigencia de la información entregada.

- En cuanto a la *forma*, el Texto Refundido dice expresamente que la información (que en este caso se identifica con la *oferta*) debe entregarse por escrito en un “programa” o “folleto informativo”. Queda claro que la entrega de la información no puede hacerse mediante cualquier formato.

Tal es la importancia de la información en este tipo de contratos, que el TRLGDCU señala a modo de sanción, que la información contenida en “programa-oferta” será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado, salvo que concurren las siguientes circunstancias mencionadas en el art. 153 del TRLGDCU; que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta o que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

### **III.3.3 SISTEMA DE SANCIONES QUE CONTEMPLA EL TRLGDCU ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.**

La cuestión clave consiste en preguntarnos: *¿qué opciones que tiene el consumidor ante el incumplimiento de los deberes precontractuales de información por parte del empresario?*

Hemos visto que el TRLGDCU no contempla sanciones específicas ante la falta de información o ante una entrega incorrecta de ella.

Sólo observamos la existencia de una sanción expresa, en los casos en que el empresario no ha informado previamente al consumidor de su derecho de desistimiento del contrato, no ha *confirmado* por escrito (u otro medio) la información precontractual o no ha formalizado el contrato o la oferta en los términos ofrecidos.

La simple falta de información, de alguna de las especificaciones que establece el TRLGDCU a lo largo de su articulado queda prácticamente sin sanción expresa. Ello no quiere decir sin embargo que el consumidor quede en la indefensión, ya que si no ha recibido correcta y oportunamente la información precontractual, tiene a nuestro las siguientes posibilidades:

### **III.3.3.1 Optar por la utilización de las normas de consumo del TRLGDCU (debidamente adecuadas para cada caso).**

- a) Sistema sancionatorio del art. 46 y ss. del TRLGDCU, esto es, valerse de las llamadas “infracciones de consumo”, específicamente el art. 49 n) que constituye una cláusula general.
- b) Régimen de cumplimiento contractual en las condiciones ofrecidas en base al principio de integración contractual de la oferta publicitaria, con la limitación de que sólo alcance a la *publicidad informativa* y no a las exageraciones publicitarias exageradas (Art. 61 TRLGDCU).

El consumidor puede entonces exigir una “responsabilidad” del empresario que no informa correctamente a los consumidores o puede optar por exigir el cumplimiento contractual.

### **III.3.3.2 Optar por la utilización del Derecho común cuando sea procedente según el caso.**

Gracias al art. 78 TRLGDCU, puede aplicarse las disposiciones del Código Civil en materia de contratos y en tal caso el consumidor puede elegir entre las siguientes opciones:

- a) *Anulabilidad del contrato* a través del sistema de vicios del consentimiento (error y dolo) Arts. 1265 y 1266 del CC.

b) *Anulabilidad de la cláusula contractual* discrepante con el contenido publicitario (condiciones generales de contratación).

c) Por último si el consumidor prefiere insistir en el contrato, tiene la posibilidad de optar por el *régimen de incumplimiento contractual*. Basándonos en el principio de “integración contractual” que establece el propio TRLGDCU, que de alguna forma ya se encuentra consagrado en el Derecho civil (art. 1258 CC) el consumidor podría solicitar: cumplimiento contractual en las condiciones ofrecidas o resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios en base al art. 1101 y 1124 del CC.

### II.3.3.3 Cuadro esquemático de sanciones.

Veamos el siguiente esquema y más abajo una explicación más detallada de las distintas disposiciones que en él aparecen.

Normativa de consumo española.	Artículo	Sanción
TRLGDCU	Art. 60. <i>Información precontractual general.</i>	Infracción de consumo (Art. 49).
		Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato (Art. 61).
		Ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento, si éste derecho no ha sido debidamente informado. (Art. 71).
		Régimen general de nulidad o resolución del contrato (art. 78).
TRLGDCU	Art. 97. <i>Contratos celebrados a distancia.</i>	Infracción de consumo (art. 49).
		Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato (Art. 61).
		Ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento, si este

		derecho no ha sido debidamente informado (Art. 71).
		Régimen general de nulidad o resolución del contrato (art. 78).
TRLGDCU	Art. 110-112. <i>Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.</i>	Infracción de consumo (Art. 49).
		Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato (Art. 61).
		Nulidad a instancia del consumidor, por falta de información adecuada sobre el derecho de desistimiento (art. 112).
TRLGDCU	Art. 152. <i>Contrato de viajes combinados.</i>	Infracción de consumo (Art. 49).
		Vinculación contractual de la oferta (Art. 153).
		Régimen general de nulidad o resolución del contrato (art. 78).

**a) Infracción de consumo. Art. 49.**

*Artículo 49. Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*

1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

e) El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales.

k) En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma y disposiciones que la desarrollen.

2. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios en la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil:

a) El incumplimiento del régimen establecido en materia de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

b) El incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario, de los plazos de ejecución y de devolución de cantidades abonadas, el envío, con pretensión de cobro, de envíos no solicitados por el consumidor y usuario el uso de técnicas de comunicación que requieran el consentimiento expreso previo o la falta de oposición del consumidor y usuario, cuando no concurra la circunstancia correspondiente.

Si la falta de información al consumidor puede considerarse como una infracción de consumo, puede ser calificadas como leves, graves o muy graves, sin perjuicio que las infracciones del apartado 2 del art. 49 (relativas a la contratación a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil) siempre serán consideradas graves, e incluso muy graves si existe reiteración de la conducta o si el volumen de la facturación realizada a que se refiere la infracción sea superior a 601.012,10 euros (Art. 50)<sup>202</sup>.

**b) Ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento por no haberse informado correctamente acerca de él (Art. 71).**

El régimen que establece el TRLGDCU para el ejercicio del derecho de desistimiento es el siguiente:

---

<sup>202</sup> Las sanciones en caso de infracción de consumo son las siguientes:

*Multa (Art. 51).*

- a) Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros.
- b) Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción.
- c) Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción. En este último caso la Administración pública competente podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años.

*Sanciones accesorias (Art. 52).*

- a) El decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor y usuario.
- b) La publicidad de las sanciones impuestas, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa, así como los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas naturales o jurídicas responsables y la índole y naturaleza de las infracciones, siempre que concurra riesgo para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción.

- Si el empresario ha cumplido con su obligación de información y documentación establecido en el art. 69.1, el plazo para ejercer el desistimiento es de siete días hábiles y contados desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios.
  - Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios.
  - Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento (7 días hábiles).
- d) Nulidad a instancia del consumidor, por falta de información adecuada sobre el derecho de desistimiento (art. 112).

El TRLGDCU al regular los contratos fuera de establecimientos mercantiles, establece un régimen especial sancionatorio en caso de haberse incumplido con la información del art. 69.1 y art. 111.

- Art. 69.1: falta de información precontractual correcta acerca del derecho de desistimiento.
- Art. 111: el contrato o la oferta contractual no han sido formalizados por escrito en doble ejemplar, acompañados de un documento de desistimiento, fechados y firmados de puño y letra por el consumidor y usuario.

A diferencia de los casos anteriores en que esta falta de información oportuna y correcta sobre el derecho desistimiento es sancionada con la ampliación (en favor del consumidor) del plazo para ejercer este derecho, en este caso el legislador establece directamente una sanción de *nulidad* del contrato.

Entendemos que se trata de un caso de *anulabilidad*, pues debe ser declarada a instancia exclusiva del consumidor o usuario, salvo que el incumplimiento sea suyo, pues en tal caso puede solicitarla el empresario.

**d) Vinculación contractual de la oferta en los contratos de viajes combinados (Art. 153).**

Tratándose de los contratos de viajes combinados, el legislador ha establecido expresamente el principio de integración contractual de la oferta. Dice la norma:

*Artículo 153. Carácter vinculante del programa oferta.*

La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador y el detallista del viaje combinado, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor y usuario antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta.
- b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

**e) Integración de la oferta, promoción y publicidad en los contratos en general (Art. 61).**

*Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.*

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

f) Régimen general de nulidad o resolución del contrato, además de una indemnización de perjuicios (vía civil).

*Artículo 78. Acciones de nulidad o resolución.*

La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho.

#### **III.4 ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.**

1. Como sabemos, el TRLGDCU tiene un marcado propósito armonizador del Derecho de Consumo español, y así queda reflejado en su estructura, que contiene unas disposiciones generales aplicables a todos los contratos con consumidores y otras disposiciones particulares que regulan algunos contratos en especial que antiguamente contaban con una regulación propia en otras leyes de consumo.

2. El propósito unificador del Texto Refundido también se aprecia en la materia que nos interesa: el deber precontractual de información. Más allá de si dicho propósito se haya conseguido o no en otras materias, en el ámbito del deber precontractual de información el TRLGDCU pretende dar uniformidad principalmente a través del art. 60, que establece las características y requisitos de la información como norma aplicable de forma general a todos los contratos de consumo.

3. En consecuencia, además del establecimiento de una norma general (art. 60), el Texto Refundido regula la información destinada a los consumidores en múltiples disposiciones especiales aplicables según el tipo de contrato de que se trate (viajes combinados, contratación a distancia). Ellas se encuentran diseminadas a través de los distintos capítulos del TRLGDCU.

4. En este capítulo hemos estudiado básicamente el TRLGDCU pero sabemos que el Derecho de Consumo español es mucho más amplio y está integrado por una larga lista normativa donde sin duda, el deber precontractual de información también tiene una regulación propia. Por lo que no debe pensarse que en materia de consumo, la

única norma que regula el deber precontractual de información es el Texto Refundido.

5. El problema es que esta multiplicidad de normas puede dificultar su aplicación práctica, pues se producen muchas veces superposición de disposiciones sobre la misma materia. No obstante, aplicando el criterio de especialidad, debemos entender que las normas generales del Texto Refundido que hemos analizado, tienen aplicación supletoria y pueden servir para complementar los vacíos de otras leyes, como ocurre en el caso de la LSSICE.

6. Lo cierto es que los deberes precontractuales de información no han sido tratados siempre de la misma forma ni con la misma intensidad. Dentro del Derecho de consumidores podemos encontrar una regulación propia de tales deberes con mucho detalle, como ocurre en el art. 60, 96 y 97 del TRLGDCU, pero también hay menciones a la información precontractual dentro de las normas de publicidad a través de las llamadas “ofertas vinculantes” o incluso en “folletos” informativos. En algunas ocasiones encontramos en otras el propio legislador impone la difusión de cierta información (genérica) que si bien puede no estar relacionada directamente con el contrato, contribuye a reforzar las garantías de una contratación futura.

7. No obstante el propósito unificador y la importancia que el legislador (TRLGDCU) le ha dado al deber precontractual de información y al derecho de los consumidores de ser debidamente informados, no se aprecia en su texto un debido sistema de sanciones ante la infracción de estos deberes. No queremos decir con esto que los remedios no existan, sino que, para saber cuáles han de aplicarse, debemos realizar un análisis interpretativo de diversas normas del Texto Refundido, lo que no resulta precisamente sencillo.

8. La falta de claridad en cuanto a las sanciones aplicables, puede perjudicar al consumidor, quien ante la complejidad de las soluciones planteadas por el TRLGDCU, probablemente recurrirá a las soluciones más tradicionales (de anulabilidad o resolución del contrato del CC) aun cuando las sanciones del TRLGDCU le sean más beneficiosas.

9. Reiteramos que el propósito unificador del TRLGDCU es loable pero no del todo efectiva, puesto que igualmente nos encontraremos con una materia difusa y dispersa en distintas leyes especiales, ya estén o no contenidas en el texto del Real Decreto. Las normas son diversas y aunque apuntan básicamente al mismo objetivo (la información completa del consumidor para garantizar la igualdad en la contratación), suelen provocar más de una confusión al momento de su aplicación.



## CAPITULO IV

### **EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN ALGUNOS INSTRUMENTOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.**

#### **IV.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.**

1. El Derecho, como todo fenómeno social está en constante desarrollo para lograr una plena adecuación a las necesidades de la realidad del territorio y sociedad en que se aplica. Este constante esfuerzo de actualización tiene por objeto, principalmente, lograr una real eficacia de las normas jurídicas, más allá de la simple vigencia en tiempo y espacio.

2. La propia naturaleza de la actividad comercial y del tráfico económico importa el necesario acercamiento de las naciones y mercados. Gracias al desarrollo progresivo de los medios de transporte y de comunicación, es cada vez más frecuente que las relaciones jurídicas surjan entre personas -físicas o jurídicas- de distintos países, sometidas en razón de su nacionalidad o residencia a la vigencia de distintos ordenamientos jurídicos. Esta situación genera indudables problemas, como por ejemplo, la determinación de la competencia jurisdiccional o la elección del derecho aplicable.

Esta situación de “multivigencia” legal es una de las características que mejor definen la situación actual de los países pertenecientes a la Unión Europea y la doctrina jurídica (civil, mercantil, de derecho internacional privado), los órganos legislativos y políticos de la UE han enfocado sus esfuerzos para encontrar alguna solución equitativa y realmente aplicable, que simplifique las relaciones comerciales y favorezca el libre intercambio.

3. Los intentos de lograr una solución a este entramado de normas jurídicas, tienen en común el esfuerzo por lograr la unificación de los distintos ordenamientos jurídicos internos de los países miembros. Las opciones van desde la aprobación de

instrumentos de *Soft Law* en forma de “Principios” que inspiren a los Derechos nacionales, hasta soluciones más radicales como la aprobación de un instrumento universal para los Estados en forma de “Código”. Ésta última opción ha tenido un fuerte impulso en los últimos años.

4. Si echamos un vistazo a la historia del Derecho europeo, es necesario remontarnos hasta el año 1966 para encontrar uno de los primeros atisbos de la *tendencia unificadora* en el seno de las ONU, año en el cual nace la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)<sup>203</sup>.

Fruto del trabajo de la UNCITRAL, se aprueba en Viena en el año 1980, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, en Viena 1980<sup>204</sup>. Hemos de tener presente que la Convención de Viena no es un instrumento propiamente europeo, pero es considerado como el principal modelo para la elaboración de los futuros instrumentos de unificación que han sucedido con el tiempo dentro de la UE.

Uno de los proyectos europeos más exitosos, es el trabajo realizado por la *Comisión Lando* (Comisión sobre Derecho contractual europeo), con sede en Copenhague y presidida por el profesor Ole Lando. Esta Comisión comenzó sus estudios en 1982 y si bien tuvo como base principalmente el texto de la Convención de Viena de 1980, propone un sistema más amplio de aplicación ya que no se limita sólo al contrato de compraventa, sino que formula un sistema completo sobre unos *Principios Generales del Derecho Europeo de Contratos*.

---

<sup>203</sup> En inglés, *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law* (CNUDMI) fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 con el objeto de promover la armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

Actualmente la UNCITRAL constituye el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, cuya función principal es la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial, su modernización y armonización. Puede visitarse el sitio *web* oficial en español: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html)

<sup>204</sup> *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG). La versión actualizada (2011) en español se encuentra disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

5. Posteriormente fueron presentadas en el seno de la UE algunas tentativas de unificación en forma de instrumentos vinculantes, ya sea como convenciones internacionales o proyectos legislativos supranacionales. En muchos casos quedaron sin aplicación práctica por la escasa ratificación o derechamente por no ser aprobados.

Este “rechazo” a la idea de un instrumento vinculante causó un fuerte impacto entre los juristas y orientó en definitiva su trabajo hacia la creación de un proyecto no legislativo de armonización del derecho de los contratos. A partir de 1971 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>205</sup> comenzó a trabajar en esta tarea. El Instituto creó un grupo de trabajo integrado por representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo y producto de este trabajo se publican finalmente en Roma en 1994, los llamados *Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales*, los cuales han sido reformulados y su última versión oficial es del año 2009<sup>206</sup>.

Estos principios constituyen el reflejo de las reglas comunes mayoritariamente presentes en los ordenamientos del mundo, válidos para las distintas tradiciones jurídicas o condiciones socioeconómicas de los países a los que pudieran ser aplicados.

Al tener el carácter de instrumento *no vinculante*, los Principios UNIDROIT no necesitaron la aprobación de los gobiernos y su aplicación ha quedado a expensas de su capacidad de persuasión, pues sólo resulta aplicable si las partes así lo establecen de común acuerdo o si su aplicación resulta subsidiaria de otros textos internacionales.

---

<sup>205</sup> The *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), también llamado Estatuto de Roma. La página *web* oficial del Instituto se encuentra disponible en inglés y francés: <http://www.unidroit.org/>. El Instituto tiene sede en Roma.

<sup>206</sup> Sobre esta versión de los *Principios UNIDROIT* se ha realizado un *Proyecto de Viabilidad* a instancias de la Comisión Europea, publicado en el año 2011. Nos referiremos con más detalle a este instrumento más adelante al tratar el deber de información.

Se trata de unos principios de carácter *informador* que sin duda han servido de modelo para la elaboración de una futura legislación supranacional dentro de la UE.

6. En 1990 se celebra el Congreso de juristas en la ciudad de Pavía, en el cual se debatieron las bases necesarias para la elaboración de un futuro *Código Europeo de Contratos*. Durante la realización de este trabajo se puso de manifiesto la necesidad de una normativa única para el mercado único europeo, pero también se las grandes dificultades de concretar un “Código” único. A pesar de ello, se han expuesto fuertes razones para considerar que la unificación es necesaria, y sobretodo, posible, ya que los ordenamientos jurídicos nacionales de la Unión Europea poseen importantes denominadores en común entre los que destaca el principio de *buena fe* y de *autonomía de la voluntad* como rectores del Derecho civil contractual y la innegable raíz de influencia romana y romanística de los principales sistemas de Derecho privado europeo.

La discusión sobre un Código Europeo se ha basado principalmente en el texto del Libro IV del Código Civil italiano, por estimarse que se trata de un texto suficientemente desarrollado, de creación más o menos reciente dentro de la historia jurídica europea y que representa una propuesta intermedia entre el sistema francés y la tradición pandectística alemana que constituyen las bases del sistema jurídico europeo occidental.

7. El principio general de *buena fe* y el principio de *libertad de contratación* se erigen como las principales bases del Derecho privado europeo. No obstante, este principio de *libertad de contratación* se ve limitado en algunos instrumentos europeos mediante la imposición de límites o restricciones, ya sea para proteger a las partes implicadas<sup>207</sup> o para regular su contenido si se considera que el poder de contratación de las partes es desigual.

---

<sup>207</sup> Así por ejemplo, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), contiene un Capítulo dedicado por entero a regular la “no-discriminación” entre las partes que contratan. Este principio ha sido uno de los principales inspiradores del texto. Véase Libro II, Cap. 2, arts. 2:101-2:105.

Por su parte, el principio general de *buena fe* se encuentra consagrado en cada uno de los instrumentos de *Soft Law* que veremos a continuación y como sabemos, dicho principio constituye el fundamento último del *deber precontractual de información*, por lo que se trata de materias que siempre se encuentran vinculadas. Antes de tratar propiamente el *deber precontractual de información*, haremos referencia a la buena fe según como es entendida en cada texto, pues muchas veces encontraremos en ella, la solución a algunas situaciones que no tienen una regulación expresa.

8. En resumen, en las siguientes páginas analizaremos brevemente los antecedentes de los principales instrumentos de *Soft Law* y del *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* para comprender su estructura y la regulación que proponen. Como hemos podido apreciar, todos estos instrumentos se encuentran vinculados, inmersos en el proceso de *unificación* del Derecho europeo de contratos (civil en general) que viene haciendo muchos años como resultado del trabajo académico, político y legislativo y cada uno ha servido de inspiración para los trabajos posteriores.

Llegados a este punto, podremos estudiar el tratamiento del *deber precontractual de información* en estos instrumentos, realizando un análisis comparativo de las normas más importantes de cada texto.

## **IV.2 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (*Principles of European Contract Law-PECL*).**

### **IV.2.1 ANTECEDENTES.**

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*PECL*) son el resultado del largo trabajo de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, conocida como

*Comisión Lando*<sup>208</sup>, integrada por múltiples juristas pertenecientes a países de la UE<sup>209</sup>.

Los miembros y redactores de la Comisión han evitado en todo momento hablar de un “código”, y así puede comprobarse en el propio texto de los Principios. La ausencia de esta intención codificadora no significa en ningún caso ausencia de reglas (*rules* como las denomina el texto). Lo que ocurre es que no se trata de “principios” en el sentido que normalmente se utiliza la palabra para referirse a los principios generales del derecho como enunciados o postulados, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter abstracto, sino como dice DÍEZ-PICAZO<sup>210</sup>, se trata más bien de “normas de características generales y en este sentido como opuestas a normas concretas o casuísticas”.

### **Aplicación de los PECL.**

Los PECL se aplican a todos los contratos celebrados entre particulares, sea uno de ellos consumidor o no y también a los contratos mercantiles<sup>211</sup>.

De acuerdo al art. 1:101 de los PECL, la aplicación de éstos tiene lugar en tres supuestos:

---

<sup>208</sup> La *Comisión Lando* -que debe su nombre a su presidente, el jurista danés Ole Lando-, comenzó su labor en los años 70' con la financiación inicial de las instituciones europeas y ha elaborado y publicado en tres partes, los denominados “Principios de Derecho Contractual Europeo”. La III y última parte fue aprobada en la reunión de la Comisión en Copenhague celebrada entre los días 5 y 11 de febrero de 2001, año en que la *Comisión Lando* fue disuelta oficialmente. *Vid.* VAQUER ALOY, Antoni, “La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, 4: pp. 1603-1615.

<sup>209</sup> Véase mayor detalle acerca de los “Principios de Derecho Contractual Europeo” en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel “Los principios Lando” en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, *Derecho privado europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 151-182.

<sup>210</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, editorial Civitas, Madrid 2002, p. 79.

<sup>211</sup> Sobre esta amplitud del criterio subjetivo de aplicación de los PECL, GONZALEZ PACANOWSKA señala que “el camino seguido ha sido el de generalizar ciertas normas nacidas en el ámbito específico de la protección de los consumidores (...) de modo que lo que en su día fue concebida como una norma dirigida a grupos cualificados por el legislador a partir de su consideración como parte débil, deviene regla general”. Véase GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel, “Los Principios Lando” en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Dir.) *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, p. 162.

- cuando las partes hayan convenido incorporarlos a sus contratos o que tales contratos se rijan por ellos. Esto les concede el carácter de normas de *Soft Law*.
- pueden también ser aplicados cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, por la *lex mercatoria* o hayan utilizado cualquier forma análoga.
- finalmente también se aplican por defecto, cuando las parte no hayan escogido ningún sistema de normas jurídicas para regir su contrato.

#### **IV.2.2 DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS.**

En primer lugar, cabe señalar que los PECL no contemplan expresamente el deber precontractual de información dentro de sus disposiciones. Esto no significa que no exista el deber de las partes de informarse mutuamente en la etapa precontractual, pues como hemos visto detalladamente en otras partes de nuestro trabajo, la obligación de información deriva del principio general de buena fe y también ha sido reconocida a través de las figuras de error y dolo en el Derecho civil<sup>212</sup>.

Tanto el principio general de buena fe, como los vicios del consentimiento se encuentran consagrados expresamente en los artículos de los PECL por lo que podemos valernos de ellos para encontrar soluciones en caso de incumplimiento<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Lo mismo ocurre en el Derecho interno español. Ya hemos visto que el deber precontractual de información no tiene una consagración expresa en el Código Civil por lo que la doctrina ha estudiado esta materia mediante su relación con las figuras de los vicios del consentimiento. Véase el capítulo II de este trabajo, *Vid. supra* p. 59 y ss.

<sup>213</sup> Artículo 1:201: Buena fe contractual.

(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

#### IV.2.2.1 El error.

Al igual que ocurre en el CC español, el error se encuentra vinculado a la falta o equivocada información. Veamos que dice el precepto respectivo.

*Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho*<sup>214</sup>.

(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

- (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,
  - (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
  - (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
- (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:

- (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
- (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

A juicio de DÍEZ-PICAZO<sup>215</sup>, la regulación del error en los PECL se caracteriza por ser bastante restrictiva, pues sólo vicia el consentimiento los que

---

<sup>214</sup> Nos parece pertinente agregar en cada cita de los artículos que realizamos en este apartado, la versión inglesa que es la versión original de los principios del Derecho Europeo de Contratos.

*Article 4:103: Fundamental Mistake as to Facts or Law.*

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

- (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
  - (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
  - (iii) the other party made the same mistake, and
- (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

- (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or
- (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.

<sup>215</sup> Los *Principios Europeos del Derecho de contratos* permiten no obstante, la “conservación del contrato” aun cuando concurren las causas de error que enunciamos, dando a las partes la oportunidad de sanear el vicio. DÍEZ-PICAZO afirma que este tipo de regulación del error en los PECL se asemeja

señala el art. 4:103, dejando fuera cualquier otra clase de error, por considerarse insuficientes para invalidar el contrato. Los errores de hecho o de derecho que vician el consentimiento son:

1. Error inducido por la información de la otra parte.
2. Error reconocido o reconocible,
3. Error común.

El error *reconocido* o *reconocible* merece algún comentario parte, pues se encuentra directamente relacionado con el principio general de *buena fe*.

*¿Cómo sabemos si la parte que posee la información debe entregarla y sacar al otro de su error?*

---

a los supuestos de aplicación de cláusula *rebus sic stantibus* en el mismo texto, en los que se observa también una conjugación de los principios de *buena fe*, *autorresponsabilidad* y el *principio de conservación del contrato*. Éste último se encuentra recogido en el art. 4:105.

*Artículo 4:105: Adaptación del contrato.*

- (1) Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error. La otra parte debe indicar su voluntad de cumplir o ejecutar dicho cumplimiento sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que ésta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella.
- (2) Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto.
- (3) Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error.

*Article 4:105: Adaptation of Contract.*

- (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.
- (2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.
- (3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred.

Véase, DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, editorial Civitas, Madrid 2002, p. 226-227.

A nuestro parecer, no existe una respuesta única, pues siempre será necesario analizar las condiciones especiales de cada contratación, lo cual nos enfrenta a situaciones muy variables. Siempre será conveniente recurrir al principio de buena fe para determinar si la parte ha cumplido o no con su deber de corrección durante las negociaciones, pero no es una tarea fácil pues como sabemos, el deber de información no es un deber absoluto y la omisión de ciertos conocimientos en determinadas circunstancias o la abstención de informar puede ser completamente legítima.

No olvidemos que uno de los postulados principales del deber de información es que la *omisión* en la entrega de los conocimientos o datos relativos a la contratación debe ser *ilícita*. Si la omisión respeta las exigencias de la buena fe o no se encuentra tipificada por el legislador, no hay error que permita anular el contrato<sup>216</sup>.

Sobra decir que de acuerdo a los PECL, el error debe ser *sustancial* para invalidar el contrato [art. 4:103 b)], esto es, que sea tan grave que si la parte que lo sufre hubiese conocido la realidad, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en términos muy distintos.

#### *Excepción.*

Por último, el artículo 4:103.2 establece que, aun cuando se reúnan todos los requisitos del error, éste no será suficiente para anular el contrato en los siguientes casos:

- si el error es inexcusable para la parte que lo sufre, o
- si ésta hubiera asumido el riesgo o deba recaer sobre ella según las circunstancias del contrato.

---

<sup>216</sup> En los Principios UNIDROIT el art. 3.5 1. a) encontramos una norma similar. Para determinar si existe o no deber de entregar información, este precepto hace referencia expresa a lo que denomina “criterios comerciales razonables de lealtad”, criterios que finalmente no son más que especificaciones de la *buena fe* en los contratos de comercio.

Aquí vemos como los PECL reconocen la doctrina de la “distribución de riesgos” en materia de error que hemos mencionado en el primer capítulo de nuestro trabajo<sup>217</sup>.

Por otra parte, si una de las partes comete una inexactitud en la forma de expresar la información o en el medio de transmisión, se considera que ha cometido un error que pesa sobre su cargo y en tal caso se aplicará lo visto en el artículo 4:103 (es decir, se tratará de un error que permite anular el contrato).

#### **IV.2.2.2 El dolo.**

Ya hemos hablado extensamente del dolo en parte de nuestro trabajo<sup>218</sup> y hemos dicho que el deber precontractual de información ha sido tradicionalmente reconocido en los ordenamientos jurídicos nacionales (como ocurre con el español) a través de la figura del *dolo omisivo* y del *dolo bueno*. Veamos que al respecto el texto de los Principios Europeos del Derecho de Contratos.

*Artículo 4:107: Dolo*<sup>219</sup>.

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

---

<sup>217</sup> *Vid supra pp. 73 y ss.*

<sup>218</sup> *Vid. Supra p. 59 y ss.*

<sup>219</sup> *Article 4:107: Fraud.*

(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

(a) whether the party had special expertise;

(b) the cost to it of acquiring the relevant information;

(c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and

(d) the apparent importance of the information to the other party.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

- (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
- (b) el coste de obtener dicha información;
- (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
- (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

Como vemos, los PECL no hablan directamente de dolo, sino de “fraude” y mediante él se sanciona la conducta maliciosa o engañosa durante la etapa precontractual (dolo *in contrahendo*) permitiendo la anulación del contrato.

### **Requisitos del dolo.**

En términos generales, y de acuerdo a la tradicional doctrina civilista, sabemos que para que el dolo vicie el consentimiento, es necesario que reúna las siguientes condiciones:

1. Debe ser un dolo *causante*, esto es, que haya motivado a contratar a la parte que lo padece.
2. La falsa representación de la realidad debe corresponder al “propósito de engañar”, o a una “maquinación fraudulenta”.
3. Debe recaer sobre elementos esenciales o sustanciales del contrato.
4. El dolo debe ser obra de la parte contratante y no de un tercero, pues en tal caso sólo dará lugar a una indemnización de perjuicios.

Uno de los aspectos más destacables de los PECL es que -de manera relativamente novedosa dentro del contexto europeo- reconocen expresamente la conexión entre el *deber precontractual de información* y el *dolo omisivo*<sup>220</sup>. Así, el art. 4:107 establece dos supuestos en que la omisión de información constituye dolo:

---

<sup>220</sup> Decimos “novedosa” puesto que en muchos Códigos del Derecho europeo continental e instrumentos de Derecho europeo no existe regulación autónoma del *dolo omisivo*. Es lo que ocurre en el Código civil español, según hemos visto en su momento, al tratar la muy discutida cuestión doctrinaria de si realmente existe el *dolo omisivo* o *negativo* a falta de una disposición legal en el Código civil que lo consagre, destacando el aporte de la jurisprudencia española para dilucidar esta cuestión. También hemos llegado a la conclusión de que esta discusión se encuentra plenamente

- Si se ha omitido información que de acuerdo a las exigencias de la buena fe y lealtad contractual debió ser entregada oportunamente a la otra parte contratante, o
- Si esa omisión se realiza con el determinado propósito de engañar al otro.

Esta es la regla general: existe *dolo omisivo* si de acuerdo a la *buena fe*, existía la obligación de salir de la pasividad entregando la información necesaria para que la otra parte formara correctamente su voluntad (figura similar al error reconocible que hemos visto líneas atrás).

Nuevamente la pregunta ¿cómo sabemos si debe entregarse o no la información precontractual?

El mismo art. 4:107 de los PECL tipifica de manera no exhaustiva algunos criterios que nos permitirán esclarecer si se ha respetado o no el principio de *buena fe* en la entrega de información y en consecuencia, si ha existido dolo o no. Tales factores son; la pericia de las partes, el coste de la información, la diligencia de las partes para obtener por sí mismas los conocimientos necesarios.

Estas menciones también constituyen una novedad en la regulación del *deber precontractual de información* puesto que estos criterios habían sido considerados comúnmente por la doctrina.

En definitiva, al igual que lo hemos hecho en materia de error, destacamos que la *buena fe* no siempre exige la entrega total y absoluta de información. Hay casos en que la omisión se encuentra perfectamente amparada y en tal caso la conducta no puede considerarse maliciosa.

---

superada actualmente, considerándose al *dolo omisivo* como una categoría existente en aquellos casos en que el silencio puede ser considerado como maquinación o astucia. Por todo ello es que puede considerarse que los PECL reportan un avance, con una expresa referencia al *dolo omisivo*, dando muestras de la superación de la discusión antes mencionada.

### **IV.2.3. SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

De acuerdo a lo que hemos visto, para sancionar la falta de información precontractual tenemos dos vías:

#### **IV.2.3.1 Anulabilidad del contrato por error o dolo.**

En el caso de error se deben invocar las causales del art. 4:103 y de dolo, reunir los requisitos del art. 4:107.

#### **IV.2.3.2 Indemnización de los daños y perjuicios.**

Se trata de perjuicios sufridos por la infracción del deber precontractual de informar, por constituir parte de una negociación contraria a la buena fe todo ello conforme al art. 2:103. En todo caso se tratará de una indemnización del “interés negativo”.

Se trata de una indemnización del *interés negativo* o de la *confianza*, el que comprende los gastos ocasionados por la negociación, así como a ser compensado por las pérdidas de oportunidad de concluir el contrato con otros posibles contratantes. Se excluye, por tanto, el *interés positivo*, esto es, la reclamación de los beneficios que la víctima hubiera reportado del contrato, sin perjuicio de que las partes libremente pueden haber convenido que en caso de ruptura contraria a la buena fe, surja el derecho a exigir el cumplimiento.

También puede solicitarse indemnización de perjuicios en el caso de *información incorrecta*, incluso cuando esa información no cause un error esencial.

Se trata de una especial indemnización contemplada en el art. 4:106, que dispone lo siguiente:

*Artículo 4:106: Información incorrecta.*

Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del artículo 4:117, incluso cuando la

información no haya provocado un error esencial en el sentido del artículo 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta.<sup>221</sup>

En este caso, será necesario que la información incorrecta no haya provocado un *error sustancial*, pues si lo ha provocado en tal caso se aplicará el art. 4:103.

Tampoco debe tratarse de una información incorrecta que ha causado *dolo*, pues como dice DÍEZ-PICAZO<sup>222</sup> “en términos generales, si no existe dolo, una información inexacta no debe producir ninguna consecuencia especial y es un riesgo de la parte que ha recibido dicha información”.

En resumen. Para que este artículo tenga aplicación y la parte que sufre una información inexacta pueda obtener de todas formas una indemnización es necesario que se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que una de las partes contrate en base a la confianza que le ha suscitado la información *inexacta* que le ha sido entregada por la otra parte. Reiteramos la necesidad de que dicha información no debe ser causante de dolo ni de error sustancial que den lugar a la anulabilidad.
2. Es necesario que quien entrega la información *inexacta* haya obrado razonable y diligentemente, conforme a los criterios que impone la buena

---

<sup>221</sup> Artículo 4:117: *Daños y perjuicios*.

(1) La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.

(2) La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114, puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.

(3) Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9.

<sup>222</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, editorial Civitas, Madrid 2002, p. 228.

fe, de forma que piense en todo momento que la información que entrega es correcta.

#### **IV.2.4 ALGUNAS CONCLUSIONES BREVES.**

- Los Principios Europeos del Derecho de Contratos constituyen reglas de aplicación general a todos los contratos celebrados dentro de la Unión Europea siempre que las partes pacten de una u otra forma su aplicación e incluso en subsidio de su voluntad.

- Su aplicación procede con independencia de si uno de los contratantes tiene o no la calidad de consumidor ni se hace mención a ello en ninguna de sus disposiciones.

- En cuanto a los *deberes precontractuales de información*, el texto de los Principios no contiene una regulación expresa de los no obstante sus normas consagran expresamente la protección al principio de buena fe contractual.

- Gracias al art. 2.103, podemos incluir el caso de incumplimiento del deber precontractual de informar como un supuesto de “mala fe”. Esto nos permitiría solicitar una indemnización por el perjuicio sufrido a causa de la falta de información o información incompleta o errónea.

- La norma recién citada contiene la única regla que podemos encontrar en los PECL que se refiere directamente a la “responsabilidad precontractual”, dando cabida a los postulados de la teoría de Ihering sobre la culpa *in contrahendo*, pues permite solicitar una indemnización por un comportamiento que ocurre cuando aún el contrato no ha sido concluido.

- Por otra parte, también podemos utilizar el sistema de los vicios del consentimiento y lograr la anulabilidad del contrato mediante unas disposiciones bastante similares a las del CC español.

- Los PECL presentan algunas diferencias respecto al sistema español de anulabilidad. Una de ellas es la expresa regulación del dolo omisivo y su manifiesta relación con el deber precontractual de informar.

- Por otro lado, los PECL regulan aquellas situaciones de información inexacta cuando no ésta no llega a constituir error esencial ni dolo. Si bien la información inexacta no es suficiente para anular el contrato, los PECL han querido también sancionar este descuido, con el fin de incentivar a las partes a ser diligentes en la entrega de información en la etapa previa a la celebración del contrato. Esta figura no se observa en el CC español.

### **IV.3 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT<sup>223</sup>.**

#### **IV.3.1 ANTECEDENTES.**

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado más conocido por la sigla UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) es una organización intergubernamental con sede en Roma (Italia) que surgió en 1926 de la mano de la extinta Sociedad de Naciones (antecesora de la ONU) y que actualmente cuenta con 63 Estados miembros.

Esta organización fue refundada en 1940 con el objetivo de estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el Derecho Privado y en particular, el Derecho Mercantil entre naciones, para lo cual ha adoptado diversos instrumentos normativos uniformes, principios y reglas para alcanzar dicho objetivo.

Durante la 90ª reunión de su Consejo de Gobierno, que se celebró el 10 de mayo de 2011, el Instituto aprobó la tercera edición de sus Principios UNIDROIT (2010).

---

<sup>223</sup> Esta corresponde a la actual versión de los Principios Unidroit (*Principles of International Commercial Contracts*), que cuenta con 211 artículos, distribuidos en 12 capítulos, y que puede consultarse en inglés, italiano y francés. La traducción oficial al español también se encuentra disponible en la *web* oficial del Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

Esta nueva versión de los Principios UNIDROIT aumentó el número de artículos hasta 211 y contempla de forma novedosa una Tabla de Correspondencia de los artículos de las tres ediciones<sup>224</sup>. Además contiene nuevas disposiciones con respecto a las versiones de 1994 y del 2004, especialmente en materia de restitución, ilegalidad, condiciones y pluralidad de acreedores y deudores.

### **Aplicación.**

Su ámbito de aplicación son los contratos mercantiles internacionales, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a estos, incluso tratándose de contratos nacionales. También pueden ser utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los Principios no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales.

Si bien los Principios es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se excluyen expresamente a aquellas operaciones denominadas *de consumo*, entendiéndose por tales según el comentario al preámbulo contenido en los Principios las que son celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión. Esta exclusión se justifica porque los Principios Unidroit pretenden evitar la interferencia con las leyes imperativas protectoras de la parte “más débil” que existen en cada Derecho interno.

En definitiva, los *Principios Unidroit* constituyen el marco de referencia para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de Derecho uniforme o de Derecho nacional, y su aplicación tiene lugar en tres casos:

- cuando las partes lo acuerden expresamente,
- cuando acuerden que su contrato se rija por los Principios Generales del Derecho o por la *lex mercatoria* y por último,

---

<sup>224</sup> En los artículos que utilizamos en este apartado al tratar la *buena fe* en las actuaciones previas a la contratación y los *deberes precontractuales de información*, no apreciamos ningún cambio importante en la redacción de las normas, sólo en la numeración, como veremos más adelante.

- por defecto, cuando no han elegido el Derecho aplicable al contrato.

#### **IV.3.2. DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Los *Principios Unidroit*, al igual que los *PECL* no contienen una regulación específica sobre el deber precontractual de información y se limitan a sancionar de forma genérica las “conductas de mala fe” durante toda la negociación, especialmente las actuaciones contrarias a la lealtad contractual en la etapa precontractual.

En caso de actuación de mala fe, se impone a la parte responsable la obligación de indemnizar el *interés negativo* a la parte que ha sido víctima de esta conducta ilícita.

Por otra parte, en caso de error y dolo causado por incumplimiento del deber precontractual de información, se permite la anulabilidad del contrato.

Como decimos, estos Principios no hacen referencia alguna en sus disposiciones al deber precontractual de informar, pero dejan a salvo la posibilidad de recurrir al fundamento último de estos deberes: el principio general de *buena fe*. De tal manera que aunque no lo diga expresamente en su texto, se atenta contra la *buena fe* si de acuerdo con ella existía la obligación de entregar la información para que la contratación se realice en términos de igualdad y se asegure un consentimiento libre de vicios.

Recordemos que la *buena fe* tampoco impone un deber *absoluto* de informar, por lo que en ocasiones callar ciertos conocimientos es legítimo dentro de las condiciones normales de una contratación comercial.

#### **IV.3.3 SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Como hemos adelantado, tenemos aquí dos vías para lograr una sanción por incumplimiento al deber de información en la etapa precontractual.

#### **IV.3.3.1 Infracción de la buena fe.**

El 2.1.15 en su apartado 2 sanciona las conductas contrarias a la buena fe que allí describe, con la obligación de indemnizar los daños causados a la otra parte. Si una de las partes no informa correcta y oportunamente a la otra cuando debía hacerlo (según las exigencias de la buena fe) comete una conducta de “mala fe” perfectamente sancionable.

Se trata de una indemnización del *interés negativo* o de la *confianza*, que como hemos dicho anteriormente, abarca todos aquellos gastos ocasionados por la negociación además de una compensación por haber perdido la oportunidad de concluir el contrato con otros posibles contratantes o de celebrar otros contratos.

Para que proceda esta solución (indemnización de perjuicios), es necesario que el contrato no se hubiese celebrado, ya que para incluir el *incumplimiento del deber precontractual de informar* dentro de los supuestos de *mala fe* del art 2.1.15 apartado 3, es necesario que se trate de supuestos “similares” a los que allí se mencionan y el factor común en este caso es que, si bien se ha producido un daño como consecuencia de la actuación de mala fe, el contrato no ha llegado a concluirse.

#### **IV.3.3.2 Anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento e indemnización de perjuicios.**

Si el contrato ha sido finalmente celebrado y una de las partes no ha sido debidamente informada e igualmente celebra el contrato, nos encontramos con la conocida interrelación entre el *deber de información* y *el error*, como vicio del consentimiento, error que puede ser causado culposa o dolosamente. Esta última circunstancia evidencia –al igual que ocurre en los PECL- la indirecta relación entre el *dolo* y el *deber de información*<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> Para que el error vicie el consentimiento debe ser sustancial (si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas), puede recaer tanto sobre los hechos como el Derecho y de acuerdo al art. 3.2.2, era conocido de la otra parte:  
*Artículo 3.2.2 Error determinante.*

De acuerdo con la normativa de los *Principios Unidroit*, en ambos casos (error y dolo) se aplicaría entonces el art. 3.2.16<sup>226</sup>.

*Artículo 3.2.16. (Daños y perjuicios)*

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los *daños* y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Se trata de una *lex specialis* respecto al art. 2.1.15, ya que a diferencia de éste, el art. 3.2.16 no hace referencia expresa a la actuación de *mala fe* en términos genéricos y su aplicación se encuentra limitada exclusivamente para los supuestos de error y dolo en la fase precontractual.

De los términos del precepto se extrae que la indemnización procede aun cuando la parte que ha sufrido el vicio no solicite la anulación del contrato o incluso cuando esta anulación sea técnicamente imposible. En consecuencia:

- La indemnización se debe siempre, con independencia de si el contrato es anulado o no.
- Los daños a indemnizar, son distintos e independientes de los que derivan del incumplimiento del contrato, pues sólo comprende el *interés negativo*, que

---

1. (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial. Aquí es donde puede apreciarse la relación entre la falta de información y su influencia en el error del otro contratante. Nos remitimos en esta parte a los comentarios realizados al tratar el error en los *PECL* (art. 4:103).

<sup>226</sup> Ya había advertido la doctrina inglesa, que los supuestos de error o dolo debían excluirse de los supuestos contemplados en el art. 2.1.15, señalando que estos casos tienen una regla especial y una indemnización propia en el art. 3.18. Véase, KLEINHEISTERKAMP, Jan, “Art. 2.1.15, Art. 2.1.16” en VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford University Press, Oxford 2009, p. 303 y también HUBER, Peter, “Art. 3.18” en VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 483-487.

El estudio y comentario realizado por estos autores al art. 3.18, actualmente (de acuerdo a la nueva numeración 2010 de los *Principios Unidroit* 2010) debe entenderse referido al art. 3.2.16 cuyo texto es idéntico y reproducimos en estas páginas.

pone a la parte dañada en la misma posición en la que estaría si el contrato no se hubiera llegado a celebrar. Podrían aquí incluirse también el coste de las oportunidades perdidas de otras negociaciones.

Si se tratara de una reparación de los daños causados por incumplimiento contractual, la indemnización sería completa y recaería sobre el *interés positivo*, abarcando tanto los daños patrimoniales como no patrimoniales<sup>227</sup>.

#### IV.4 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (*Código de Pavía*)<sup>228</sup>.

##### IV.4.1 ANTECEDENTES.

El Código Europeo de Contratos es un proyecto que lleva más de veinte años de elaboración en la Academia de Pavía, presidida por el profesor Giuseppe Gandolfi e

---

<sup>227</sup> Artículo 7.4.2. *Reparación integral*.

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

<sup>228</sup> La versión francesa del *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* es la versión oficial. De ésta se han realizado varias ediciones, pero la más completa de acuerdo a la doctrina, es la que puede encontrarse en GANDOLFI, Giuseppe, (Coordinador) *Code europeen des contrats: avant-projet. Codice europeo dei contratti: progetto preliminare*, editorial Giuffrè, Milan 2002.

Los artículos del *Anteproyecto* que citamos en este apartado corresponden a la traducción española que se ha hecho sobre la francesa. Esta versión ha estado a cargo de José Luis de los Mozos y de Agustín Luna Serrano y puede consultarse en la obra antes citada, entre las páginas 807 a 907 y a través de la *web* en la página oficial de la Academia de Iusprivatistas Europeos: <http://www.accademiagiuristieuropei.it/>

Esta misma traducción había sido ya publicada en España y puede consultarse en MOZOS, José Luis de los, LUNA SERRANO, Agustín, Traducción española del Código Europeo de Contratos, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, fascículo 4, año 2001, p. 713 y ss. También puede consultarse la traducción de GARCÍA CANTERO, Gabriel, “La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 44, 2002, pp. 299-306.

Una traducción española, bastante más reciente del *Anteproyecto* puede encontrarse en ROGEL VIDE, Carlos, *Código europeo de contratos. Libro I. De los contratos en general; Libro II, Título I: De la compraventa*, Editorial Reus, Madrid 2009. En esta edición, la traducción está a cargo del profesor J.L. de los Mozos y revisada por el prof. Rogel Vide.

integrada por académicos de distintas disciplinas jurídicas y magistrados de diversos países del mundo.

El objetivo del proyecto es facilitar un conjunto unitario de soluciones relativas a los contratos y a su régimen jurídico en el siglo XXI, prestando especial atención a la contratación con consumidores e incorporando arquetipos de las principales culturas jurídicas, incluida la anglosajona.

Para lograr este objetivo, la Academia ha partido del texto del Código civil italiano, que como hemos dicho, reúne la tradición jurídica del derecho francés y alemán y además ha tomado en consideración el proyecto británico llamado *The Contract Code* de Mc Gregor<sup>229</sup> (quién también fue integrante de la Academia de Pavía). También se han tenido en consideración el Código civil portugués, el español, el suizo de las obligaciones, el holandés, el de Québec, los americanos y cuantos otros han podido aportar a dar solución a los problemas de la contratación actual. Tampoco ha de olvidarse que se ha tenido presente como inspiración, el texto de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de 1980.

En cuanto a los tratos preliminares, el texto del *Anteproyecto* ha dado un énfasis especial al sentido y alcance de los criterios que rigen el comportamiento recíproco entre las partes de acuerdo a los dictados de la *buena fe objetiva*.

Sabemos, según hemos dejado claro a lo largo de este estudio, que la obligación de actuar de *buena fe* durante la etapa precontractual da lugar a una serie de deberes, a los que denominamos *deberes secundarios de conducta*. No importa de qué manera hayan sido fijados por el legislador de turno, si a través de una enumeración exhaustiva o a través de normas generales, si lo incorpora o no en su ordenamiento jurídico interno a través de un Código o una ley particular. Lo importante es que todos ellos tendrán siempre un fundamento único: el respeto al *principio general de buena fe*, en sentido *objetivo*, principio que obliga a comportarse con lealtad durante toda la etapa de negociación, hasta su finalización.

---

<sup>229</sup> Véase Anexo IV de este trabajo.

Con respecto a la contratación con consumidores, el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* ha recogido las modernas tendencias de los ordenamientos positivos, prestando especial atención a las particulares circunstancias de este tipo de contratación. Nos encontramos con normas especiales que regulan el *deber de información* en estos casos y que recogen la noción de *consumidor* que ha venido siendo habitual en la doctrina y la legislación de los países europeos.

#### IV.4.2. DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN<sup>230</sup>.

El Anteproyecto regula los *tratos preliminares* en el Libro I, Título II, sección 1ª entre los artículos 6 a 10<sup>231</sup>. En cuanto a los deberes precontractuales, el texto del Código regula sólo dos: el “deber de corrección” (art. 6), que no es más que el establecimiento expreso del respeto a la *buena fe* durante las negociaciones, y el “deber de información” en el art. 7<sup>232</sup>.

El deber de información que establece el Anteproyecto es un deber genérico existente en todo tipo de contratos. Su regulación en materia de consumidores se encuentra en otra disposición (art.9).

De esta forma, el *Anteproyecto* viene a incorporar al Derecho de contratos un deber que antiguamente no tenía regulación en los textos positivos nacionales, deber que deriva de la *buena fe* y que siempre ha sido uno de los principios informadores del Derecho europeo.

---

<sup>230</sup> Sobre este tema véase el trabajo de LUNA SERRANO, Agustín, “El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos”, en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 51, N°. 1, 2003, págs. 307-316.

<sup>231</sup> Durante las discusiones en la Academia de Pavía, los juristas ingleses hicieron notar la innecesaria regulación de los tratos preliminares y de la teoría de la *culpa in contrahendo*. Aún así, ha prevalecido el criterio de la mayoría de los académicos quienes eran unánimes en la necesidad de regular esta materia. Así lo dice MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, “El deber de información precontractual” en *Código Europeo de Contratos, vol. I, Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Editorial Dykinson, Madrid 2003, p. 165.

<sup>232</sup> Una visión resumida de los artículos 6 a 10 a propósito de la eventual “responsabilidad precontractual” puede verse en VIGURI PEREA, Agustín, “Análisis de derecho comparado sobre la culpa in contrahendo”, en ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (Ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 88 y s.

La norma no estuvo exenta de discusión durante su estudio en la Academia, pues se discutió vivamente cual sería el modelo a seguir para plasmar un deber basado en el principio de buena fe<sup>233</sup>.

*Artículo 7. Deber de información.*

1. 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 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.
2. En caso de omisión de información o 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 4º del art.

---

<sup>233</sup> Hubo autores que creían conveniente seguir la redacción del art. 227 del Código civil portugués cuyo texto es el siguiente:

“Artigo 227º. (Culpa na formação dos contratos)

1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º.”

[1. Artículo 227º. (Culpa en la formación de los contratos)

1. Quién negocia con otros para la conclusión de un contrato debe, tanto en los tratos preliminares como en la formación del mismo, proceder de acuerdo con las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente se ha causado a la otra parte.

2. La responsabilidad prescribe en los términos del artículo 498º]\*

También existían partidarios de establecer una norma similar a la del art. 1337 del C.c. italiano. Esta fue la postura de los juristas españoles como García Cantero y De los Mozos.

*Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale.* Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

[Art. 1337 Las negociaciones y la responsabilidad precontractual.

Las partes en el desarrollo de las negociaciones y la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe]\*

\*(La traducción es de la autora).

Vemos como las propuestas principales se basaban en textos que se limitan a reafirmar el deber general de comportarse de acuerdo a la buena fe en la etapa de las negociaciones previas, pero que no hacen referencia directa al *deber precontractual de informar*. Esta omisión era común en los Códigos decimonónicos que no regulaban expresamente la etapa precontractual y las actuaciones de las partes durante este período sólo estaban sujetas al principio general de buena fe. El estudio profundo y la consecuente regulación de los deberes precontractuales de conducta es relativamente reciente en el Derecho europeo.

Finalmente la idea que prosperó en el texto del *Anteproyecto* fue la de Ghestin, quien propuso el establecimiento expreso del deber de informar durante la etapa preliminar del contrato. Puede verse más sobre esta discusión en GANDOLFI, Giuseppe, (Coordinador) *Code europeen des contrats: avant-projet. Codice europeo dei contratti: progetto preliminare*, editorial Giuffrè, Milan 2002, pp. 133-135.

6. Si el contrato ha sido concluido, quedará 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 apartado primero viene a delimitar el “contenido” del deber de información. Se trata de un enunciado de carácter general que establece algunas “pautas” que sirven de guía para las partes, pues como sabemos, el contenido integrante de esta información está determinado por una multiplicidad de factores que pueden variar de acuerdo al caso concreto que se nos presenta y sobre lo cual nos hemos referido con más detalle en este trabajo.

Cuando hablamos de contratación internacional europea, debemos tener especial consideración de los factores que afectan este tipo de operaciones. Si bien, debe siempre respetarse la pauta que impone el principio de *buena fe* en las negociaciones, al tratarse de una contratación transnacional, el contenido al *deber precontractual de información* tendrá algunas características propias, distintas a las de una contratación nacional. Por ejemplo: la veracidad de los datos sobre la identidad de las partes al encontrarse en países distintos, la seguridad del medio a través del que se contrata (medios telemáticos), las peculiaridades de la legislación aplicable a la operación, las circunstancias que difícilmente pueden ser conocidas por el destinatario de la información aun cuando se informe adecuadamente, los costes adicionales por encontrarse afectas las operaciones a sistemas tributarios distintos, etc.

Por ello, el *Anteproyecto* se encarga de regular expresamente el deber de información y lo hace de una forma genérica, pues el texto del art. 7 es aplicable a la contratación entre particulares y también a la que realizan las empresas entre sí, con independencia de la naturaleza del contrato respectivo.

#### IV.4.3 SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.

##### IV.4.3.1 Contrato entre particulares.

a) **Si el contrato no ha sido concluido o resulta tachado de nulidad**, la parte que ha obrado contra la buena fe responde ante la otra en la forma prevista en el art. 6.4<sup>234</sup>. Es decir, responde de los gastos efectivos realizados por la parte afectada y de la pérdida de oportunidades que supuso la negociación inconclusa. Se trata de una indemnización del interés negativo.

b) **Si el contrato ha sido concluido**, la víctima de este proceder injusto, puede optar entre, solicitar una indemnización por el perjuicio sufrido, la impugnación del contrato alegando haber padecido *error* o derechamente desvincularse del contrato. Tenemos entonces tres supuestos:

##### b.1 Mantenimiento del contrato con indemnización por el perjuicio sufrido.

Esta es una solución que opta por mantener la vigencia del contrato, sin perjuicio de que se repare a la víctima, aquel menoscabo económico que ha sufrido por la conducta de la otra parte. Mantener el contrato, no obsta a este tipo de reparación.

---

<sup>234</sup> *Artículo 6.*

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 la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.

2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.

3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ellos se prevé una eventual conclusión, la parte que suscita 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.

4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos 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 causadas por los tratos pendientes.

Vemos como el apartado cuarto establece la sanción: una indemnización de los daños que sufre la parte víctima del comportamiento contrario a la buena fe. Esta indemnización se limita al llamado *interés negativo*, pues sólo comprende los gastos efectivamente por la parte defraudada realizados con miras a la contratación y las posibles ventajas de otras ocasiones similares que ha perdido encontrarse envuelta en unas negociaciones carentes de sentido o que han sido interrumpidas de forma ilícita.

No se trata de una solución novedosa. En el Derecho civil español existen por ejemplo, casos de errores relevantes o sustanciales en los que el mantenimiento del negocio no impide la reclamación de una indemnización. Tales son por ejemplo, los casos de saneamiento de la evicción y de los defectos ocultos de la cosa vendida contemplados en los arts. 1483, 1486, y 1460.2 del Código civil español<sup>235</sup>.

### Sanción.

Dice el precepto que la víctima puede optar por reclamar una indemnización, respecto de la cual existe una clara diferencia con la indemnización establecida en el art. 7.1 que establece el criterio del “interés negativo”.

En el caso del art 7.2, este caso la medida de la indemnización está dada por el llamada “interés positivo” o de “cumplimiento”. Se trata de reparar a la víctima en lo que habría obtenido del contrato, de no haber mediado la conducta ilícita de la parte contraria y en su determinación, el tribunal deberá tener especialmente en cuenta los criterios de *equidad*<sup>236</sup>.

### **b2. Anulabilidad del contrato por error.**

El *error* a que se refiere el *Anteproyecto*, debe ser necesariamente un error de *mala fe*, pues éste es el que vicia el consentimiento debido a una acción u omisión, culpable o dolosa de parte de uno de los contratantes.

Pero también es posible que nos encontremos frente a un error que no se debe a la *mala fe* del declarante, ya que puede haber entregado una información errónea o incompleta sin existir *culpa* de su parte. En este punto, compartimos la afirmación de

---

<sup>235</sup> En la doctrina española se refiere con especial detalle a estas situaciones, GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 206.

<sup>236</sup> Según sostiene, Martínez Vázquez de Castro, el *Anteproyecto* ha seguido en esta parte el criterio de los arts. 26.2 y 39.2 del Código de Obligaciones suizo. Véase MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO Luis, “El deber de información precontractual” en *Código Europeo de Contratos, vol. I, Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Editorial Dykinson, Madrid 2003, p. 173.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO<sup>237</sup> al sostener que será la *buena fe* “la que determine, en los concretos tratos preliminares, cuando debía y cuando no debía dar esa información”.

Hemos dejado claro anteriormente, que no existe un deber absoluto de entregar información en materia contractual más allá de las exigencias propias de la buena fe o de la ley, ya que de lo contrario podría atentarse contra los intereses particulares de aquella parte que ha obtenido una información valiosa o costosa y que se vería perjudicada al entregarla.

#### Sanción.

En caso de que se haya omitido la información o ésta haya sido errónea, la sanción prevista es la *anulabilidad* del contrato, además de la indemnización correspondiente por los perjuicios sufridos. Es curioso que el precepto no haga referencia al *dolo*, por lo cual cabe preguntarnos si es posible invocarlo para lograr la anulación del contrato.

Es innegable que el dolo y el error en materia civil están estrechamente vinculados, en tanto que el dolo es la consecuencia de haber inducido a un error a la otra parte, provocando con ello un desvío de su voluntad real con respecto a su voluntad declarada.

Hemos visto que la doctrina española considera al dolo como uno de los principales casos en que el Derecho civil sanciona las conductas “precontractuales” y específicamente el *deber precontractual de información*. El dolo es una figura propia del Derecho civil clásico, heredero de una larga tradición civilista que viene desde tiempo del Derecho romano, siendo una de las categorías que abarcan los estudios doctrinarios más profundos y detallados. Nosotros hemos hecho referencia a él en su momento, al tratar la regulación del deber de información en el Derecho civil español.

---

<sup>237</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.* p. 169.

No obstante lo que acabamos de exponer, en el *Anteproyecto* el dolo no es tratado como categoría autónoma, no es mencionado de forma expresa y no tiene un sistema de sanciones. Sólo se refiere a él de forma indirecta en dos preceptos:

- El artículo 7.2, como acabamos de ver, contiene una frase que nos evoca al concepto de dolo: “declaración falsa o reticente”.
- El art. 151.1 b), que se refiere a los contratos que padecen *error* (tampoco sanciona expresamente a los contratos afectados por dolo). En dicho precepto hace referencia a la “declaración engañosa” o “actitud reticente injustificada de la otra parte”.

Como vemos, existen referencias al dolo, más concretamente al *dolo omisivo* o *reticencia*. Volvemos aquí a hacer énfasis en la importancia de la relación que existe entre el *dolo omisivo* y los *deberes precontractuales de información*, puesto que la actitud pasiva de no entregar ciertos conocimientos o la abstención de sacar a la contraparte del error que padece, pudiendo hacerlo, constituyen uno de los supuestos básicos de la llamada teoría de la responsabilidad civil precontractual.

En definitiva, el *Anteproyecto* no menciona expresamente al dolo, pero sin duda se puede invocar el art. 7.2 que hace referencia al error para anular el contrato. Si bien pareciera que sólo puede invocarse el dolo omisivo (debido a las expresiones empleadas en el precepto), entendemos que para evitar problemas, aunque sea víctima de dolo, podría alegarse directamente el *error*, pues como hemos dicho, debe tratarse de un error de *mala fe* y en consecuencia la conducta dolosa de la parte contraria estará implícita.

En cuanto a la indemnización, es necesario aclarar que la indemnización solo procede si se trata de un error de *mala fe*. En caso contrario, la parte que los sufre sólo tendrá la acción de anulabilidad pero no podrá reclamar la reparación.

GÓMEZ CALLE<sup>238</sup> se refiere a este supuesto señalando que si una de las partes aporta a la otra datos incorrectos, que él mismo tenía por ciertos, sin que hubiese motivo alguno para dudar de su veracidad, si los mismos dan lugar a un error esencial en la otra parte, que confía en ellas, la misma podrá anular el contrato por error imputable a quien aportó los datos, aunque en éste no hubiese culpa; en este caso, para apreciar la relevancia del *error* basta con el dato objetivo de la información incorrecta, en la que justificadamente confía quien la recibió; en cambio, a efectos de la responsabilidad, hubiera sido necesario la culpa, lo que faltaría aquí.

La titularidad de la acción de anulabilidad subsiste siempre, pero la acción de perjuicios sólo procede en caso de existir un comportamiento *culposo* por parte del que omitió la información o la entregó errada o de forma reticente. Se trata de acciones independientes.

### **b3. Desvinculación del contrato.**

Esta posibilidad está contemplada en el art. 7.2 cuando señala que si el contrato ha sido concluido, la parte que obra contra la buena fe *se ve obligada a restituir la suma recibida*.

La doctrina plantea dudas acerca del origen de esta solución, que carece de comentarios más profundos durante la discusión del art. 7.2. Al parecer la idea parece ser influencia del Derecho alemán<sup>239</sup>. La legitimidad de la llamada *desvinculación contractual* ha sido analizada por GARCÍA RUBIO<sup>240</sup> en su estudio de la jurisprudencia alemán. Señala la autora que “de no mediar la actitud culposa del responsable quizás no se hubiere procedido a la celebración del contrato, por tanto la

---

<sup>238</sup> GÓMEZ CALLE, Esther, Los deberes precontractuales de información, Editorial La Ley, Madrid, 1994, p. 32.

<sup>239</sup> Así lo sostiene ASUA GONZALEZ, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, publicación Universidad del País Vasco, Bilbao 1989, p. 186.

<sup>240</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, *op. Cit.*, p. 237.

parte defraudada puede liberarse del vínculo contractual con fundamento en la *culpa in contrahendo*, obteniendo la devolución de lo pagado más los intereses”.

Es una solución bastante novedosa, pero que no ha tenido una aceptación unánime por parte de la doctrina. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO<sup>241</sup> por ejemplo, estima que se trata de una solución extraña y que no parece viable en el Derecho español, fuera de los supuestos de *nulidad* o *anulabilidad* del contrato.

#### **Plazos para ejercitar la acción de indemnización del art. 6 y 7.**

Tanto la indemnización contemplada en el art. 6 y 7, se encuentran sujetas al plazo general que establece el *Anteproyecto*, ya que dichas disposiciones no contemplan un plazo especial: “*El plazo de prescripción es de diez años para todo derecho o acción previstos en el presente Código, a menos que sea indicado un plazo diferente para las diversas situaciones*” (art. 134.8).

El plazo para impugnar el contrato y solicitar la anulación es de tres años, de acuerdo al art. 148.5: “*La anulación del contrato está sometida al plazo de prescripción de tres años. Este período corre a partir del día en que ha cesado la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se ha descubierto el error, y, en los otros casos, a contar del día de la conclusión del contrato*”.

En consecuencia, si nos encontramos en los supuestos del art. 7.1 el perjudicado no ejerce la acción de anulabilidad dentro de dicho plazo, el contrato se transforma en válido, pero subsiste su acción de resarcimiento en el plazo señalado en el art. 134.8.

#### **IV.4.3.2 Contratos de consumo.**

En este caso procede la siguiente disposición:

##### *Artículo 9*

1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a éste último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el art. 159.

---

<sup>241</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *op. cit.* p. 173, nota 43.

2. En el presente código se entiende por consumidor la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales.

3. La falta de comunicación prevista en el apartado 1 de este artículo producirá las consecuencias previstas en el artículo 159, a cargo del comerciante y a favor del consumidor.

De acuerdo con el art. 159<sup>242</sup>, la sanción para el comerciante es la posibilidad de *resolver* el contrato por no haber sido oportunamente informado de su derecho de desistimiento.

#### **I.4.4 ALGUNAS CONCLUSIONES BREVES.**

El texto del *Anteproyecto* regula detalladamente el deber de información precontractual otorgándole al igual que el DCFR una consagración expresa, pero a diferencia de aquél, sus normas sólo son aplicables a la contratación entre particulares.

En caso de incumplimiento del deber de información nos encontramos ante un variado panorama de soluciones, dentro de las cuales destaca la posibilidad de desvincularse del contrato. Quizás se trate de una reminiscencia del *Código Mc*

---

<sup>242</sup> Art. 159 Resolución efectuada por un consumidor.

1. En el supuesto previsto por el artículo 9, el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de opinión tiene derecho a resolver el contrato o su oferta contractual, enviando a la contraparte, o al sujeto que ha negociado, una declaración escrita en la que se limite a indicar su intención de desistir del contrato o de su oferta.

2. La mencionada declaración, a la que se aplica el artículo 21, debe enviarse en la forma y en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias, en función de si el consumidor ha sido, o no, plena y exactamente informado de su derecho a desistir. Estos plazos comienzan a contarse a partir de las fechas indicadas por las disposiciones en cuestión.

3. Cuando la declaración a que se refiere el apartado primero de este artículo se conoce o se reputa conocida por su destinatario, las partes se liberan de sus respectivas obligaciones, a excepción de lo que prevé el apartado 4 del presente artículo, dejando a salvo el derecho del consumidor a que se le indemnice el perjuicio que la cosa entregada le ha ocasionado conforme a los artículos 162 y siguientes. Esta disposición no impide la aplicación de ninguna de las disposiciones comunitarias, ni de las vigentes en los Estados miembros de la Unión europea, que impongan sanciones específicas al comerciante que no ha informado plena y exactamente al consumidor de su derecho a desistir.

4. El consumidor debe restituir a la contraparte las cosas que le han sido entregadas en cumplimiento del contrato resuelto, conforme disponen las citadas disposiciones comunitarias. En los plazos y del modo previsto por estas últimas, la contraparte debe restituir al consumidor las cantidades que éste ha pagado.

5. El consumidor no puede renunciar a su derecho a resolver el contrato o su oferta contractual, y cualquier pacto contrario a las disposiciones que figuran en el presente artículo y en el artículo 9 es nulo conforme al apartado 1. a) del artículo 140.

*Gregor* pues no apreciamos antecedente similar en los textos del Derecho Europeo de Contratos, ni en el Código Civil español.

Finalmente, se trata de un texto que consagra expresamente la relación entre la información precontractual y el error como causa de anulabilidad de los contratos y si bien, como hemos dicho, no menciona expresamente al dolo, ello no quiere decir que no pueda invocarse como causa de vicio del consentimiento para invalidar los efectos del contrato.

#### **IV.5 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA. (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)<sup>243</sup>.**

##### **IV.5.1 ANTECEDENTES.**

El *Draft Common Frame of Reference*<sup>244</sup> es un trabajo de naturaleza esencialmente académica realizado por los juristas pertenecientes al *Acquis Group* y al *Study Group on a European Civil Code*. Ambos grupos de estudio asumen la tarea de elaborar un *Marco Común de Referencia* (DCFR) relativo al Derecho contractual

---

<sup>243</sup> Utilizamos la versión oficial en español del Marco Común de Referencia que puede consultarse en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (Coordinadores), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia* editorial Atelier, Barcelona, 2012.

La versión oficial en inglés, puede verse en VON BAR, Christian; SCHULTE-NÖLKE, Hans; BEALE, Hugh [et al.], *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Full edition*, editorial Sellier European Law publication, Munich, 2009. No obstante existe la versión posterior del DCFR del año 2011, correspondiente al *Estudio de Viabilidad*.

<sup>244</sup> Para mayor información acerca del alcance del DCFR, puede consultarse LEIBLE, STEFAN, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato en favor de un instrumento opcional”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario, PÉREZ ALVAREZ, María del Pilar, (Coord.), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008, pp. 221-249. En la misma obra puede verse también SCHULZE, Reiner, “Estado actual de los debates sobre el Marco común de Referencia”, pp. 407-428 y 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 véase VAQUER ALOY, Antoni, “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, *Derecho privado europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 239-265.

europeo, a iniciativa de la Comisión Europea dentro del denominado “Plan de acción para un Derecho Contractual Europeo más coherente” (enero de 2003)<sup>245</sup>.

Este plan tenía como objetivo primordial la elaboración de un modelo de base para el establecimiento de un Derecho contractual unificado a nivel europeo. Y desde finales del año 2001<sup>246</sup>, el legislador europeo advierte la insuficiencia de regular los distintos tipos de contratos utilizando Directivas y Reglamentos parcializados, ya que estos no lograban entregar un sistema unitario que garantizara la seguridad jurídica y al mismo tiempo fomentara las operaciones transfronterizas. Se estimó que la vía de las Directivas ya se había agotado y era momento de probar nuevas opciones, optando por una regulación unificadora, sistemática y completa que pudiese servir también como modelo a los derechos internos de los Estados miembros de la UE.

El trabajo de los juristas para crear este Marco Común de Referencia, consistió básicamente en el estudio comparado de los distintos sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE, estudio que ha sido complementado con la normativa primaria y secundaria del Acervo comunitario existente (*Acquis Communautaire*) y con otros trabajos académicos que también han contribuido en la búsqueda de la anhelada armonización y/o unificación del Derecho Contractual europeo, como es el caso de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)*. Estos últimos constituyen sin duda, el modelo en el cual se ha inspirado la mayor parte del texto del DCFR.

Como hemos adelantado, el propósito que la Comisión encargaba en el año 2003 a esta red de juristas era la creación de un *Marco Común de Referencia* que recogiera principios, terminología y reglas modelo comunes del Derecho contractual europeo existentes hasta la fecha, con el objeto de simplificar el acervo comunitario existente y garantizar la coherencia del acervo futuro, logrando la unificación en la terminología de los conceptos fundamentales. Estos planteamientos constituirían en

---

<sup>245</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo sobre un *Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción* [COM (2003) 68 final, de 12.2.2003]. Aquí se sugería la creación de una red de expertos que se encargarían los trabajos preparatorios del Marco Común de Referencia.

<sup>246</sup> [COM (2001) 398 final, de 11.7.2001].

definitiva la base de un futuro *instrumento facultativo*<sup>247</sup> en el ámbito del Derecho contractual europeo.

Como resultado del intenso trabajo de los juristas integrantes de ambos grupos, surge en el año 2009 la primera versión del *Marco Común de Referencia* y el año 2011 a una revisión del mismo denominado *Estudio de viabilidad (Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law)*<sup>248</sup>.

Aunque es cierto que el texto del DCFR es muy similar al PECL y a los Principios UNIDROIT, pero a diferencia de ellos, se encuentra marcado por un fuerte carácter proteccionista, ya que sus normas de consumo son de carácter *imperativo* y no pueden ser objeto de pactos convencionales para modificarlas.

En definitiva, como dice SÁNCHEZ LORENZO, si bien el DCFR no es un instrumento vinculante para los Estados miembros de la UE, cuando menos constituye “una especie de regulación modelo del Derecho contractual en la que los legisladores nacionales podrían inspirarse como *ratio scripta* al hilo de las revisiones del Derecho contractual nacional”<sup>249</sup>.

#### **IV.5.2. DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

El Marco Común de Referencia, a diferencia de los PECL y Principios UNIDROIT, regula detalladamente los deberes precontractuales de información. El interés por la fase preparatoria del contrato por parte de los académicos que han elaborado el DCFR es visible en el número de preceptos relativos a los *deberes*

---

<sup>247</sup> Este trabajo, *Draft Common Frame of Reference* (2009) y su posterior *Estudio de viabilidad* (2011) constituyen el antecedente directo del Reglamento sobre una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European Sales Law*), que analizaremos más adelante.

<sup>248</sup> El *Estudio de viabilidad* es el antecedente directo del Reglamento CESL sobre una Normativa Común de Compraventa Europea, por lo que puede verse mayor detalle acerca del DCFR en el Cap. IV de nuestro trabajo. *Véase supra* p. 178 y ss.

<sup>249</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso, “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: “Soft laws versus Hard Laws” o “Comisión contra Parlamento”, en DÍAZ ROMERO ÁRBOL, María, PÉREZ ÁLVAREZ ÁRBOL, María del Pilar (Coordinadoras), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro: (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008, pp. 377-405.

*precontractuales* a los que, bajo la rúbrica *Marketing and precontractual duties*, se dedica prácticamente la totalidad del Capítulo 3 del Libro II.

Este capítulo 3, ha sido dividido en cinco secciones, relativas a: los deberes de información, el deber de prevenir errores inducidos, los deberes de negociación y confidencialidad, los bienes y servicios no solicitados y a la indemnización debida por la violación de los deberes previstos en el mismo capítulo<sup>250</sup>.

Nosotros haremos referencia exclusivamente al tratamiento del *deber precontractual de información* dentro del DCFR. Veamos que dice la norma.

*Artículo II.-3:101 (I) Obligación de entregar información sobre los bienes, otros activos y servicios.*

(1) Antes de la celebración de un contrato para el suministro de mercancías, otros bienes o servicios de una empresa a otra persona, la empresa tiene la obligación de revelar a dicha persona la información relativa a las mercancías, otros bienes o servicios a ser suministrados de la forma en que la otra persona puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y rendimiento que sería normal bajo las circunstancias.

(2) En la apreciación de la información que la otra persona pueda razonablemente esperar, el criterio que ha de aplicarse, si la otra persona es también una empresa, es si el hecho de no proporcionar la información se desviaría de buenas prácticas comerciales.

#### **IV.5.3 CARACTERÍSTICAS DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Como vemos, el deber de información es recogido tanto en el supuesto de contratación con consumidores, como en el de contratos entre empresas. Se trata de

---

<sup>250</sup> Para el análisis de las normas del Capítulo 3 que nos interesan en esta parte del trabajo, hemos tenido en cuenta las aportaciones de los académicos realizadas en la versión comentada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, preparada por el Study Group on a European Civil Code y el *Acquis Group*, disponible *on line* en su versión inglesa: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf), específicamente las páginas 245-267.

una regulación pensada en el contrato entre *profesional (business)* y “otra persona” (un consumidor). No se encuentran incluidas las negociaciones entre particulares<sup>251</sup>.

a) Llama la atención que en la detallada regulación del deber precontractual, se haga referencia a las *expectativas* razonables o a lo que *razonablemente pueda esperar* en la entrega de la información, y también al criterio de las *buenas prácticas comerciales* (que también es recogido en los Principios UNIDROIT al regular el deber de informar), pero no se haga mención alguna al principio general de *buena fe*, que es sobradamente conocido como el fundamento último de la entrega de la información entre los individuos que desean celebrar un contrato<sup>252</sup>.

b) Respecto a la obtención de la información, el DCFR se basa en el principio de *auto información*, de tal manera que cabe esperar que cada parte de un contrato asuma la responsabilidad de obtener la información fáctica y jurídica necesaria antes de prestar su consentimiento.

c) No existe un principio general de alcance general que exija la revelación completa de toda la información relevante. Tampoco apreciamos este principio en los PECL ni en los Principios UNIDROIT (Al igual que ocurre en la legislación civil interna española).

d) Como acabamos de ver, el art. II. 3: 101 se centra en los casos en que el proveedor de bienes, otros activos o servicios se encuentra en posesión de

---

<sup>251</sup> Algunos comentarios acerca de los sujetos de la relación contractual y la noción de *business* y *consumer*, en la regulación del deber de información en el DCFR, en ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de, “Lealtad en el período precontractual. La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, p. 178.

<sup>252</sup> II. – 3:101: *Duty to disclose information about goods, other assets and services.*

(1) *Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business 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.*

Esta norma parece tener su origen en el art. 2:201 de los *Principios Acquis*, en los cuales se aprecia claramente la relación entre la buena fe y las llamadas “expectativas legítimas” y los límites que tiene el deber de información.

información sobre la calidad y el rendimiento de los bienes, otros activos o servicios, cuya divulgación “razonablemente se puede esperar de la otra parte”.

No se trata de que divulgue toda la información que pueda tener sobre los bienes o servicios, pero sí debe entregar aquella que:

- sea relevante para evaluar la calidad y el rendimiento del producto ofrecido, y
- que la otra parte puede esperar razonablemente recibir.

Tampoco se puede “esperar razonablemente” que el proveedor entregue una información que no tiene ni debe tener, pero si la posee, debe ser divulgada para evitar posibles problemas en la celebración del contrato.

e) El deber de información impuesto por el presente artículo es un deber limitado en dos aspectos:

- la obligación de entregar la información sólo se impone a las empresas o profesionales, es decir, sólo ellas pueden ser el sujeto pasivo de la obligación.
- la materia objeto de contrato debe ser necesariamente el suministro de bienes, otros activos o servicios a otra persona y en consecuencia, no se aplica a otros tipos de contratos.

f) Es importante determinar si se satisface o no el criterio de las "razonables expectativas". ¿Cuándo resulta razonable esperar la entrega de la información? Para ello, es indispensable conocer la *calidad del destinatario*, de tal manera que:

- Si el otro contratante es un consumidor, se aplica el criterio de los "estándares normales de calidad y rendimiento" [Art. II-3:101 (1) 1].
- Si la otra parte es también una empresa, la norma es menos estricta y utiliza el criterio de la "grave desviación de las buenas prácticas comerciales"[Art. II-3:101 (1) 2].

#### **IV.5.4 REGLAS ESPECIALES DE LA INFORMACIÓN DIRIGIDA A CONSUMIDORES.**

El DCFR establece requisitos específicos para la información que debe entregarse a los consumidores, principalmente destaca la exigencia al empresario o

profesional de no proporcionar “información engañosa” y cumplir una serie de condiciones que aseguren que los datos o conocimientos llegarán al consumidor de manera correcta de acuerdo a sus “legítimas expectativas”.

*Art. II. - 3:102: Reglas específicas para las empresas que comercializan a los consumidores.*

(1) Cuando una empresa comercializa bienes, otros activos o servicios con un consumidor, la empresa tiene el deber de no dar información engañosa. La información es engañosa si se tergiversa u omite hechos importantes que el consumidor medio podría legítimamente esperar para tomar una decisión informada sobre la conveniencia de continuar hacia la conclusión de un contrato. En la evaluación de lo que un consumidor medio podría legítimamente recibir, es preciso tener en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado.

(2) Cuando una empresa utiliza una comunicación comercial que da la impresión a los consumidores que contiene toda la información necesaria para tomar una decisión sobre la celebración de un contrato, la empresa tiene la obligación de garantizar que la comunicación, de hecho, contiene toda la información relevante. En caso de que no resulte evidente por el contexto de la comunicación comercial, la información que debe proporcionarse comprende:

(a) las principales características de las mercancías, otros bienes o servicios, la identidad y la dirección, en su caso, de la empresa, el precio, y cualquier derecho disponible de desistimiento;

(b) las peculiaridades relacionadas con el pago, entrega y funcionamiento, y el tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional, y

(c) el idioma que se utiliza para las comunicaciones entre las partes después de la celebración del contrato, si éste no es el lenguaje de la comunicación comercial.

(3) El deber de información en virtud del presente artículo no se cumple a menos que toda la información que se ha proporcionado en la misma lengua<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> *II. - 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 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

En el art. II.3:103, se establece una regla para regular la información en los casos en que el consumidor se encuentra en una situación particular de desventaja<sup>254</sup> y en los artículos siguientes, el DCFR se encarga de regular la contratación a distancia<sup>255</sup> y la formación del consentimiento a través de medios electrónicos<sup>256</sup>.

---

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.

<sup>254</sup> II-3:103: *Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage.*

- (1) In the case of transactions 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 rights 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 information on the right to withdrawal).
- (2) Where more specific information duties are provided for specific situations, these take precedence over the general information duty under paragraph (1).
- (3) The business bears the burden of proof that it has provided the information required by this Article.

<sup>255</sup> II.-3:104: *Information duties in real time distance communication.*

- (1) When initiating real time distance communication with a consumer, a business has a duty to provide at the outset explicit information on its name and the commercial purpose of the contact.
- (2) Real time distance communication means direct and immediate communication of such a type that one party can interrupt the other in the course of the communication. It includes telephone and electronic means such as voice over internet protocol and internet related chat, but does not include communication by electronic mail.
- (3) The business bears the burden of proof that the consumer has received the information required under paragraph (1).
- (4) If a business has failed to comply with the duty under paragraph (1) and a contract has been concluded as a result of the communication, the other party has a right to withdraw from the contract by giving notice to the business within the period specified in II.-5:103 (Withdrawal period).
- (5) A business is liable to the consumer for any loss caused by a breach of the duty under paragraph (1).

<sup>256</sup> II.-3:105: *Formation by electronic means.*

- (1) If a contract is to be concluded by electronic means and without individual communication, a business has a duty to provide information about the following matters before the other party makes or accepts an offer:
  - (a) the technical steps to be taken in order to conclude the contract;
  - (b) whether or not a contract document will be filed by the business and whether it will be accessible;
  - (c) the technical means for identifying and correcting input errors before the other party makes or accepts an offer;
  - (d) the languages offered for the conclusion of the contract;

Por su parte, el *art. II.3:106*<sup>257</sup> es una importante herramienta para garantizar el cumplimiento del *deber precontractual de información* respecto al consumidor, y que refleja la importancia que el DCFR le otorga a esta obligación.

El art. II.3:106 se encarga de establecer aquellas situaciones en que se entiende que la obligación de informar por parte del empresario no ha sido satisfecha por no cumplir con las exigencias que señala la misma norma, aplicándose todas las consecuencias jurídicas que señalaremos a continuación.

Tales exigencias son:

a) la *claridad y precisión* en la entrega de la información, mediante el empleo de términos claros y comprensibles que no induzcan al consumidor a un conocimiento errado. Si bien, el principio de *auto información* exige que el consumidor busque y posea algunos conocimientos básicos de la operación que desea realizar –porque a pesar del sistema de protección que existe en su favor, no es jurídicamente un incapaz y es su deber cuidar de sus propios intereses patrimoniales– no debemos olvidar que su conocimiento es el de un “profano”, que se encuentra en franca desventaja en relación a la magnitud de conocimientos, datos, informes, estudios, etc. que posee el empresario en la específica materia que rodea la respectiva contratación.

---

(e) any contract terms used.

(2) The business has a duty to ensure that the contract terms referred to in paragraph (1)(e) are available in textual form.

(3) If a business has failed to comply with the duty under paragraph (1) and a contract has been concluded in the circumstances there stated, the other party has a right to withdraw from the contract by giving notice to the business within the period specified in II.–5:103 (Withdrawal period).

(4) A business is liable to the consumer for any loss caused by a breach of the duty under paragraph (1).

<sup>257</sup> *II.–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 price, the address and identity of the business with which the consumer is transacting, the terms of the contract, 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 information on the right to withdraw).

b) la utilización de un *soporte duradero* u otra forma particular para entregar la información, cuando la particular forma de contratación así lo requiera.

c) si se trata de una contratación a distancia, la información debe contener menciones sobre las *principales características* de las mercancías, otros bienes o servicios a ser suministrados, el precio, la dirección y la identidad de la empresa con la que el consumidor está tramitando, los términos del contrato, los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes, así como cualquier disposición vías de recurso, según proceda en cada caso particular, se deben confirmar en forma de texto en un soporte duradero en el momento de la celebración del contrato, y

d) por último, la obligación de informar al consumidor sobre su *derecho de desistimiento* en la forma adecuada (en el sentido de II.-5: 104).

#### **IV.5.5 SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR.**

El sistema de sanciones frente al incumplimiento de los deberes precontractuales de informar, ha sido considerado particularmente novedoso por los autores.

Veamos que dice el texto del DCFR<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> II. - 3:109: *Remedios por incumplimiento de las obligaciones de información.*

(1) Si una empresa tiene el deber en el punto II. - 3:103 (Deber de proporcionar información al contratar con un consumidor que se encuentra en desventaja en particular) de proporcionar información al consumidor antes de la celebración de un contrato del que el consumidor tiene el derecho de desistimiento, el plazo para ejercer este derecho no se inicia hasta que se ha facilitado dicha información. Independientemente de ello, el derecho de los lapsos de abstinencia después de un año desde el momento de la celebración del contrato.

(2) Si una empresa ha dejado de cumplir con cualquier obligación impuesta por los artículos precedentes de esta Sección y el contrato ha sido celebrado, se entienden incorporadas al negocio las obligaciones que en virtud del contrato la otra parte espera razonablemente sean incorporadas, como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. Las sanciones previstas en el Libro III, Capítulo 3 se aplican a falta de cumplimiento de estas obligaciones.

(3) Ya sea que se perfeccione o no el contrato, la empresa que ha dejado de cumplir con cualquier obligación impuesta por los artículos precedentes de esta Sección es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte de la transacción por dicho incumplimiento. Este párrafo no se aplica en la medida en que exista una sanción por el incumplimiento de una obligación contractual en virtud del párrafo anterior.

(4) Las sanciones previstas en el presente artículo se entienden sin perjuicio de los recursos que pueden estar disponibles en el punto II. - 7:201 (error).

(5) En las relaciones entre una empresa y un consumidor, las partes no podrán, en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación del presente artículo o exceptuar o modificar sus efectos.

### **Características del sistema sancionatorio.**

1. Si el consumidor se encuentra en una clara situación de desventaja y existiendo en su favor un *derecho de desistimiento*, el incumplimiento de los deberes de información por parte del profesional se sanciona con una suspensión del plazo para ejercitar dicho derecho a desistir, de tal manera que su plazo no comenzará a correr hasta que la información haya sido efectivamente suministrada. Para efectos de seguridad jurídica, el art. II.3:103 finaliza diciendo que de cualquier manera este derecho de desistimiento caducará de cualquier manera transcurrido un año desde la contratación.

2. De acuerdo al art. II. 3:109.2., si el contrato se ha efectivamente celebrado y el profesional o empresario no ha cumplido con los deberes de información exigidos, sin distinguirse el tipo de información en que ha fallado, el profesional queda obligado por el contrato a todo lo que la otra parte hubiera podido “razonablemente esperar” (concretamente, la *prestación* que espera recibir a cambio) como consecuencia de la ausencia o defecto de la información. En consecuencia, el contenido del contrato queda integrado, no sólo por el estricto acuerdo de las partes, sino también por las legítimas expectativas de la parte que ha visto violados su derecho a ser legítimamente informado.

En este sentido, nos atrevemos a decir que el deber de información actúa a modo de garantía, de forma similar a los casos de *integración de la oferta contractual al texto del contrato* por incumplimiento del deber de informar.

3. La regulación ha llegado más allá, estableciendo que el acreedor de los deberes de información incumplidos tiene a su disposición todos los remedios derivados del “incumplimiento de las obligaciones”. Esto parece otorgar a los deberes precontractuales el carácter de verdaderas obligaciones (por oposición a los simples *deberes de conducta*), que recibirán un tratamiento propio de la naturaleza contractual.

4. De acuerdo al art. II.3:109.3, con independencia de si el contrato se ha celebrado o no, el profesional que ha incumplido sus deberes de información es responsable de los perjuicios causados a la otra parte en la transacción, derivados de

tal incumplimiento. De esta forma se establece una reparación del *interés negativo* o *interés en la confianza*, sin perjuicio de que este remedio pueda concurrir perfectamente con la posibilidad de exigir el cumplimiento (*interés positivo*) en los términos esperados por el afectado a falta de información en caso de que el contrato se haya llegado finalmente a celebrar.

5. En cuanto a la relación del deber de información y los vicios del consentimiento (específicamente la relación entre el *deber de información* y el *error*), se puede recurrir a la solución prevista en el art. II.7:201<sup>259</sup>.

6. Por último el DCFR declara expresamente en el art. II.3:109 apartado 5 que en las relaciones entre empresarios y consumidores las partes no pueden excluir la aplicación de los remedios previstos, derogarlos o modificar sus efectos, en perjuicio del consumidor.

Se trata de una disposición que viene a consagrar la *imperatividad* de las normas relativas a la contratación con consumidores, puesto que no se admitiría la validez de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad derivada de la ausencia o defectuosa información en la etapa precontractual. Pero ¿qué ocurre si se trata de relaciones entre profesionales o empresas? En este caso, estimamos que las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad sí tendrán validez, pues están excluidas de este ámbito excepcional de la protección a la parte más débil de la contratación, como ocurre en el caso de los consumidores. Por tanto este tipo de operaciones se somete a las reglas civiles generales del Derecho de la contratación.

---

<sup>259</sup> El llegar al punto del *error*, la doctrina aclara que el sistema de remedios por incumplimiento del deber de información propuesto por el DCFR tiene una doble vertiente. Por un lado tiene el propio sistema de incumplimiento (que serían todas las otras sanciones que señala el art. II.3:109) y por otro, utiliza también el sistema de invalidez por error. Para utilizar el primero, el supuesto necesario es la “falta de conformidad”, esto es, que la información haya sido omitida o se a falsa, provocando con ello una lesión en la legítima expectativa del que espera una prestación distinta a la que recibirá. Por otro lado, para usar el sistema de sanción propio del error, el supuesto consiste en que dicho error sea “relevante”. Y en sede de *error*, se estima que el DCFR constituye un avance respecto a los PECL pues al señalar como presupuesto de error relevante, la “falta de información” ha facilitado la conexión entre dos materias que siempre han estado ligadas pero que no gozaban de un tratamiento conjunto. Véase más detalle de este planteamiento en BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coordinadora), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la Compraventa de octubre de 2011*, Editorial Aranzadi, Navarra 2012, pp. 181-207, p. 203.

#### IV.5.6 ALGUNAS CONCLUSIONES BREVES.

Como vemos, el DCFR a diferencia de otros instrumentos de *Soft Law* como los PECL y los *Principios Unidroit*, no se limita sólo a establecer un deber genérico de actuar de buena fe en las relaciones precontractuales, para evitar posibles responsabilidades.

Si bien ha utilizado normas generales para regular el deber precontractual de información en las relaciones de consumo y de contratación entre empresas, la regulación ha ido más allá estableciendo deberes de información “específicos” para ciertos tipos de contratos, como ocurre en los contratos de “seguridad personal” (art. IV-G 4:103) o en los contratos de “agencia, franquicia y distribución” (art. IV G-2:101).

Tampoco nos vemos en la necesidad de recurrir a las figuras de error y dolo para demostrar la importancia que tiene informar correcta y completamente a la parte contraria de los conocimientos necesarios para que su voluntad finalmente no se encuentre viciada. El incumplimiento del deber precontractual de información tiene una sanción propia independiente de la anulabilidad del contrato por causa de error y dolo.

De forma más novedosa –y también moderna- contempla una regulación detallada del deber precontractual de información, repartida en varios artículos, marcada por un carácter fuertemente proteccionista del consumidor.

A nuestro juicio, la propuesta de este texto resulta mucho más acorde con las tendencias que marcan actualmente la contratación en el Derecho europeo, pues contiene una regulación expresa de un deber que antes no tenía ninguna consagración legal en los ordenamientos jurídicos nacionales y junto a ello, reconoce indirectamente el fenómeno de la contratación masiva y transfronteriza, asegurando

una mayor protección a quienes representan a la parte más débil de la contratación por medio de un deber precontractual de información perfectamente regulado<sup>260</sup>.

#### IV.6 CONSIDERACIONES FINALES.

##### 1. *Importancia del Soft Law europeo comunitario.*

Es indudable que los instrumentos de *Soft Law* (tales como los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, los *Principios UNIDROIT*, el *Draft Common Frame of Reference* y también la *Convención de Viena* de 1980 aunque ésta sea propiamente un instrumento de *Hard Law*) constituyen un aspecto relevante en el Derecho contractual europeo actual<sup>261</sup>.

Como es sabido, el sistema jurídico de la Unión Europea se estructura en base a unos órganos legislativos que se encuentran fuertemente influenciados por órganos de representación política, para asegurar que las normas jurídicas sean producto de un proceso totalmente democrático. Pero sabemos también que no sólo se compone de disposiciones jurídicas obligatorias sino que muchas otras fuentes tienen valor suficiente para influir en la modificación o modernización del ordenamiento jurídico de los países miembros.

En la estructura del *Acquis Communautaire* debe considerarse el *Derecho originario* y el *Derecho derivado*, pero no debe olvidarse que el llamado “Derecho complementario” también forma parte del Acervo y está integrado por la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia europea. Dentro de esta

---

<sup>260</sup> No obstante, esta regulación del deber de información hemos encontrado autores que critican la técnica utilizada por el DCFR por considerarla demasiado compleja, lo que no hace más que dificultar su sistemática. *Vid.* MORENO QUESADA, Antonio, José, “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus (Director), PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> Luisa, MÉNDEZ SERRANO, M<sup>a</sup> del Mar (Coordinadoras), *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, editorial Atelier, Barcelona 2011, p. 87.

<sup>261</sup> Sobre este tema puede verse también ALONSO GARCÍA, R, “El *Soft Law* Comunitario” en *Revista de Administración Pública*, N<sup>o</sup> 154, enero-abril 2001, p. 63 y ss.

estructura sólo poseen fuerza obligatoria los *Reglamentos*, las *Directivas* y las *Decisiones*, no así los dictámenes y recomendaciones<sup>262</sup>.

Por su parte el *Soft Law* carece de fuerza vinculante, pero igualmente forma parte del ordenamiento jurídico comunitario con un valor considerable, y por ello en nuestro trabajo estimamos necesario referirnos a los textos más importantes en materia de contratos.

Llegados a este punto, queremos destacar la influencia del del *Soft Law* en el proceso de *unificación* del *Derecho europeo de Contratos*. Esta técnica se ha utilizado por los Estados miembros de la UE desde los años 80', tanto para interpretar el *Hard Law* existente, como para emprender el proceso de *unificación* que mencionamos y los antecedentes demuestran que el *Soft Law* ha tenido mayor aceptación que otros trabajos que pretendían imponerse mediante fuerza vinculante, pues se trata de textos que carecen de "imperatividad", basando su aceptación en el reconocimiento o autoridad científica de quienes lo elaboran<sup>263</sup>.

Esta especial característica le ha permitido al *Soft Law* constituir una buena vía de comunicación entre los Estados de la UE y la ha llevado a convertirse en una de las principales fuentes del Derecho común europeo<sup>264</sup>. Prueba de ello es que sus

---

<sup>262</sup> Por ejemplo, el valor de las *Recomendaciones* ha sido reconocido por primera vez en el llamado *leading case GRIMALDI (C-322/88)* de 13 de diciembre de 1989, en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) declaró que las recomendaciones, como otros actos no vinculantes, a pesar de la dicción del artículo 249 TEC, "no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos". El texto completo de la sentencia puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988CJ0322:EN:HTML>

<sup>263</sup> Este carácter de autoridad científica en que basa su reconocimiento el *Soft Law* ha sido ampliamente reconocido por la doctrina. Entre ellos puede verse, ROCA GUILLAMÓN, Juan, "Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos", en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, p. 33. Disponible on line: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>

<sup>264</sup> No forma parte de nuestro trabajo, pero queremos hacer referencia a una técnica voluntaria utilizada actualmente dentro de la UE que consiste en la adopción de los llamados *Códigos de Conducta*. Estos carecen de fuerza imperativa y representan más bien un compromiso político que fija pautas de comportamiento de una determinada materia. También cabe mencionar los pactos informales entre Estados o entre representantes políticos similares a los *gentlemen's agreements*. Sobre los *Códigos de Conducta* en distintas materias puede verse; DÍAZ, David, "Códigos De Conducta" en *Revista Cinco Días*, Mar 29, Madrid 2010, disponible en: [www.ucm.es/cisne.sim.ucm.es/BUCEM/checkip.php?/docview/89143059?accountid=14514](http://www.ucm.es/cisne.sim.ucm.es/BUCEM/checkip.php?/docview/89143059?accountid=14514); MONROY ANTÓN, Antonio J, LÓPEZ JIMÉNEZ, David, "El comercio electrónico de calidad

textos constituyen la principal fuente del *Anteproyecto del Código Europeo de Contratos*.

## **2. Buena fe y deber precontractual de información.**

Desde la perspectiva de los trabajos doctrinales sobre Derecho europeo de los contratos que hemos analizado, la *buena fe* (*Good Faith*) no responde a una definición que pueda aplicarse a una conducta determinada, sino que actúa como principio que engloba y fundamenta todas las obligaciones que pueden exigirse a las partes contractuales, incluso aunque no haya una norma de derecho positivo que ordene tal comportamiento<sup>265</sup>.

Los instrumentos de *Soft Law* y el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* reconocen el principio general de buena fe como rector de las conductas de las partes y lo mencionan con especial atención en la etapa precontractual.

También nos encontramos con la concurrencia de otros criterios que son utilizados a modo de complemento, como ocurre con la “lealtad en los negocios comerciales”, “buenas prácticas de comercio”, “la confianza legítima esperada” y otros que hemos visto en su momento. Lo cierto es que todos ellos entrañan la misma idea de protección a la lealtad, la corrección y la honestidad en las contrataciones.

---

compromisos empresariales asumidos en beneficio del consumidor”, en *Innovar. Revista de ciencias administrativas y sociales*, vol. 23, Nº 47 enero-marzo 2013, pp. 40-52; RAMOS FERNÁNDEZ, Fernando, “Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria”, en *Zer: Revista de estudios de comunicación. Komunikazio ikasketen aldizkaria*, Nº. 11, 2001, disponible en: <http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer11-09-ramos.pdf>; TOVAR, Aparicio, VALDÉS DE LA VEGA, Berta, “Sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas un análisis europeo comparado” en *Cuadernos de relaciones laborales, ejemplar dedicado a la responsabilidad social empresarial en Europa y las corporaciones transnacionales* vol. 27, Nº 1, 2009, pp. 53-75.

En el ámbito europeo puede verse *El código europeo de buena conducta administrativa. El defensor del pueblo europeo*, edición de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 2005.

<sup>265</sup> Sobre la buena fe en el derecho europeo, véase, VAQUER ALOY, Antoni, “Farewell to Windscheid? Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, en *European Review of Private Law*, Nº 4, año 2009, p. 508 y ss. y LANDO, Ole, “Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law? en *European Review of Private Law*, Nº 15, año 2007, pp. 841-853.

### 3. *Infracción del deber precontractual de información.*

Los Principios UNIDROIT y los PECL le regulan de forma indirecta mediante su inclusión entre los supuestos sancionables de *mala fe* o entre las normas de validez de los contratos, específicamente en la regulación que hacen del error y del dolo. No contienen una regulación especial para el deber precontractual de información.

Por oposición, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y el *Anteproyecto de Pavía*, regulan detalladamente la obligación de informar que recae sobre las partes en la etapa de formación del contrato.

Cuando no encontramos normas específicas que se refieran al deber de información en la etapa precontractual, la situación similar a la que existe actualmente en el Derecho civil español, que se caracteriza por la ausencia de una categoría propia de deberes precontractuales, por lo que su reconocimiento y regulación se logra a través de del principio general de *buena fe* en los casos en que procede entregar esta información y a través de algunas figuras aisladas en el Código civil, principalmente el *error* y el *dolo omisivo*.

En consecuencia, si el deber de información precontractual no tiene una sanción específica en los instrumentos europeos de derecho de contratos, de todas formas podemos lograr su reconocimiento mediante la utilización de las figuras de vicios del consentimiento y lograr la anulación del contrato<sup>266</sup>. Todo ello sin perjuicio

---

<sup>266</sup> Respecto de la anulabilidad, queremos hacer mención a un aspecto que nos ha llamado la atención y nos parece conveniente hacer un comentario sobre la “anulabilidad” de los contratos, para comprender la lógica que han seguido estos textos.

Si analizamos el Derecho comparado europeo, podemos encontrar dos modelos diferentes de nulidad del contrato. Por un lado nos encontramos con el llamado “modelo francés” -seguido principalmente por países como Italia y España- en el cual, la “anulabilidad” del contrato solo es posible recurriendo al órgano judicial. Por otra parte, existe el “modelo alemán” y de los países del “Common Law” en los que se considera suficiente para “anular” el contrato un acto de notificación.

Los Principios UNIDROIT y los PECL, así como el DCFR siguen este segundo modelo. Se trata de un sistema de autotutela que, no excluye necesariamente la posibilidad de recurrir a un proceso judicial, pero entendiendo que la sentencia que dicte el juez no será constitutiva sino declarativa de la nulidad del contrato.

Hay autores que sostienen que este modelo de anulación extrajudicial del contrato es el que plantea actualmente mayor interés. Prueba de ella es que es recogido en los instrumentos europeos de *Soft Law* y también en los Estados Unidos de América. Sobre estos aspectos, *Vid.* JEREZ DELGADO, Carmen, “Causas y procedimiento de anulación de los contratos en el Derecho Norteamericano y su reflejo en el Derecho Privado Europeo: el valor de la autotutela. Contract’s avoidance in United States

de las varias normas que hemos visto, que contemplan una indemnización del “interés negativo” en caso de conductas contrarias a la buena fe dentro de la etapa precontractual, dentro de las cuales se incluye la omisión de información.

#### **4. Indemnización del interés negativo.**

Normalmente los instrumentos europeos sancionan la producción de daños o perjuicios ocasionados por defectos en la información con una indemnización del *interés negativo*. Se trata de una consecuencia general por el incumplimiento de los deberes precontractuales de información, por haberse roto la *confianza* en las negociaciones.

#### **5. Influencia de los instrumentos de Soft Law en la jurisprudencia española.**

No nos detendremos especialmente en este punto, ya que no constituye el objeto de nuestro trabajo, pero nos parece necesario dejar en claro que los instrumentos que analizamos no sólo tienen una influencia en la doctrina, sino también en el ámbito académico con vistas a la modernización de las leyes internas de cada Estado miembro de la UE, propiciando un lento proceso de armonización jurídica en el ámbito contractual.

Y desde luego que existen casos, en la experiencia española en que los tribunales ha recurrido a estos instrumentos en los casos de vacío legal<sup>267</sup>.

---

Law” en *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho procesal y Arbitraje*, N°1, año 2009, disponible *on line* en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1093.pdf>

También en España se ha dejado ver la influencia del sistema “alemán” de anulabilidad de los contratos en la propuesta de modificación del Código civil. JEREZ DELGADO reconociendo que hasta el momento el Código civil español no se pronuncia expresamente en esta materia, sostiene que “la interpretación que mayoritariamente realiza nuestra doctrina sigue el modelo francés en este punto. Sin embargo, este modelo se está cuestionando hoy por influencia del citado soft law, hasta el punto de que la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia (Boletín de Información, Año LXIII, enero-2009) apuesta por el modelo germánico y anglosajón de anulación extrajudicial del contrato: el texto del proyectado nuevo artículo 1305 CC es el siguiente, «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde./También podrá oponerse mediante excepción frente a la demanda de cumplimiento y en este caso no será de aplicación el plazo previsto en el artículo anterior»”. Véase JEREZ DELGADO, Carmen, *Op. Cit.* p. 5 y ss.

<sup>267</sup> Sobre la influencia del *Soft Law* en la jurisprudencia, puede verse el análisis que realiza de diversas sentencias del Tribunal Supremo y otros Tribunales españoles que citan las normas del PECL, DCFR y en alguna ocasión el Libro Verde. ROCA GUILLAMON, Juan, “Armonización, unificación y

## 6. Reconocimiento del Derecho de consumidores.

Los Principios Unidroit y la Convención de Viena de 1980, no consideran la calidad de *consumidor* como elemento determinante de la aplicación de sus normas. De hecho los Principios Unidroit han estado marcados por su intención de excluir las relaciones de consumo. De igual forma, los PECL no se pronuncian sobre este tipo de relaciones.

Por el contrario, el Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) es el único texto en que encontramos una regulación de las relaciones *business to consumer*, con un novedoso y detallado tratamiento del *deber precontractual de información* en este tipo de operaciones para garantizar la igualdad en la capacidad de contratación.

Como ha podido apreciarse, es a este instrumento al que hemos prestado mayor atención, ya que se trata del antecedente directo del Reglamento CESL que veremos a continuación.

---

modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, p. 36-38. Disponible *on* *line*: <http://www.derehocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>

También MORENO QUESADA, Antonio, José, “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus (Director), PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> Luisa, MÉNDEZ SERRANO, M<sup>a</sup> del Mar (Coords.), *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Editorial Atelier, Barcelona 2011, pp; VAQUER ALOY, Antoni, “El "Soft law" europeo en la jurisprudencia española doce casos”, *Ars Iuris Salmanticensis (AIS) Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, N<sup>o</sup>. 1, 2013, pp. 93-115.

PECL	UNIDROIT	DCFR	CÓDIGO DE PAVÍA
<p>a) Anulabilidad del contrato invocando Error: art. 4:103 Dolo: art. 4:107</p>	<p>a) Anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento. (art. 3.2.16)</p> <p>Error + Dolo</p> <p>Indemnización de perjuicios</p>	<p>a) No información del derecho de desistimiento.</p> <p>Suspensión del plazo de desistimiento. (hasta que suministra la información con el límite de un año)</p> <p>Art. II - 3:109</p>	<p>a) Contrato no concluido o tachado de nulidad.</p> <p>Indemnización del interés negativo.</p> <p>Art. 6.4</p>
<p>b) Indemnización de daños y perjuicios por infracción de la buena fe contractual. (<i>Interés negativo</i>)</p> <p>Art.. 2:301</p>	<p>b) Mantienen el contrato que ccc o dolo.</p> <p>Indemnización de perjuicios Art. 3.2.16</p>	<p>b) No información en general.</p> <p>Integración contractual: (acuerdo + legítimas expectativas).</p> <p>Art. II - 3:109 (2)</p>	<p>b) Contrato concluido:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mantenimiento del contrato con indemnización de perjuicios.</li> <li>+ Art. 7.1 = Indemnización del <i>interés positivo</i></li> </ul>
<p>c) Indemnización daños y perjuicios por información <i>incorrecta</i> (siempre que no exista error ni dolo)</p> <p>Art. 4:106</p>	<p>c) Indemnización de daños y perjuicios por conducta contraria a la buena fe.</p> <p>Art. 2.1.15 ap. 2</p>	<p>c) Todos los remedios derivados del incumplimiento de la obligación. (eventual resolución contractual)</p> <p>Art. II - 3:109 (2)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Anulabilidad por error de mala fe (o dolo).</li> <li>+ Indemnización de perjuicios. <i>interés positivo</i>.</li> </ul>
	<p>d) Anulabilidad por error.</p> <p>Art. II - 7:201</p>	<p>d) Art. II - 3:109 (3)</p> <p>Se haya celebrado o no el contrato, el profesional responde siempre de los perjuicios causados por falta de información (<i>interés negativo</i>).</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Desvinculación del contrato.</li> </ul> <p>Art. 7.2. Sanción que afecta a la parte que obra contra la buena fe.</p>



## CAPÍTULO V

### **EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL)<sup>268</sup>.**

#### **V.1. ANTECEDENTES.**

*Del Marco Común de Referencia (DCFR) a la propuesta del Reglamento CESL.*

Hace bastante tiempo que el legislador comunitario se ha preocupado por la modernización y armonización del Derecho de consumidores y conjuntamente, del Derecho de contratos. Materias que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, se encuentran íntimamente relacionadas.

Este proceso de modernización comienza con la **Comunicación sobre Derecho contractual europeo (2001)**<sup>269</sup> presentada por la Comisión Europea enviada. En este documento ya se advierte la intención de concretar ciertos cambios importantes en las materias que mencionamos.

Veamos cuales eran las principales propuestas que planteaba la Comunicación.

- En primer lugar, existían voces partidarias de una total inactividad de la Comunidad Europea respecto a las nuevas materias de consumo y contratos.
- También se planteó la creación de unos *principios* que facilitarían la unificación y al mismo tiempo, mejorarían la normativa existente, iniciativa que se rechazó por existir proyectos anteriores similares.

---

<sup>268</sup> Referencia Reglamento CESL: COM/2011/635 final – 2011/0284 (COD). Fecha de presentación al Parlamento Europeo: 11.10.2011. Puede consultarse el texto completo de la propuesta de Reglamento, así como sus enmiendas y estado actual en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0301+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>269</sup> [COM (2001) 398 final - Diario Oficial 255 de 13.9.2001]. Puede consultarse la versión completa en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/;jsessionid=jJMVTf6GQgJBMdywvNkRvH8vmygWNQLVyyqXChpWlp2pLGRhC8gQ0!2033771341?uri=CELEX:52001DC0398>

- El reemplazo de las legislaciones nacionales por un Derecho de Contratos europeo obligatorio fue rechazado, ya que esta solución podría desincentivar a la actividad de aquellos comerciantes que no quisieran soportar los costes de operaciones transfronterizas.
- Por último se plantea la idea de crear una Directiva de *mínimos* en materia de Derecho contractual, que como sabemos es un instrumento de carácter obligatorio, específicamente diseñado para regular temas puntuales que requieran una regulación común. Pero esta propuesta tampoco se estimó suficiente para lograr la seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesarios para reducir los costes de transacciones transfronterizas.

Todas estas ideas planteadas en la **Comunicación sobre Derecho contractual europeo** sentaron las bases de un trabajo arduo y continuo en el seno de la Comisión y el Parlamento Europeo, que derivó en la adopción del llamado **Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para los consumidores y empresas (2010)**<sup>270</sup>.

Este *Libro Verde* al igual que la anterior *Comunicación*, también contenía una serie de propuestas de regulación de la materia de contratos con especial énfasis en la contratación con consumidores. De entre todas estas propuestas, se desecharon de plano aquellas “meramente doctrinales” así como también se rechazó la adopción de normas vinculantes como un *Reglamento* o un *Código Europeo*<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM(2010) 348 final - no publicado en el Diario Oficial]. Puede consultarse la versión completa en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52010DC0348>

<sup>271</sup> Los propósitos fundamentales del Libro Verde pueden resumirse básicamente en dos:

- Eliminar las diferencias más importantes entre las legislaciones de los Estados miembros, para facilitar el tráfico comercial entre las empresas.
- Responder al mandato de avanzar en la política de protección de los consumidores y usuarios en los países de la Unión Europea (propósito que como hemos visto, preocupaba a la Comisión Europea desde hace mucho tiempo).

Dice la doctrina que probablemente el camino más fácil para lograr estos objetivos era la adopción de algunos de los instrumentos jurídicos que generalmente se utilizan, como por ejemplo, la adopción de una *Directiva de derecho europeo de contratos* o un *Reglamento* sobre esta materia, considerando que a esa fecha ya se encontraba en proceso de elaboración el llamado *Anteproyecto de un futuro Código Europeo de Contratos* en la Academia de Pavía. El *Anteproyecto* podría servir de modelo para estos efectos.

Finalmente la Comisión optó por realizar una nueva revisión y edición del *Marco Común de Referencia (DCFR)* a partir del texto existente dando lugar al *Estudio de viabilidad*<sup>272</sup>.

#### **ESTUDIO DE VIABILIDAD.**

En junio de 2010, la Comisión Europea elabora el *Libro verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores*<sup>273</sup>, que dentro de sus múltiples objetivos encomienda a un grupo de veinte expertos de Derecho civil y Derecho contractual europeo, la elaboración de una nueva propuesta de Marco Común de Referencia que se pudiera implementar como *instrumento opcional* utilizando como modelo el propio DCFR, el acervo comunitario y otros trabajos de investigación<sup>274</sup>. Se trataba en definitiva de realizar una recopilación de las normas del DCFR que tuvieran relación con el Derecho contractual, para reestructurarlas y completarlas.

Este trabajo dio lugar finalmente al *Estudio de Viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo (Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law)*, publicado por la Comisión Europea el 3 de mayo de 2011<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> *Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos (Feasibility Study)* en su versión del 19 de agosto de 2011.

*Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law. A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (2011) disponible on line:  
[ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf)

<sup>273</sup> COM [2010] 348 final, de 1.7.2010].

<sup>274</sup> El *Libro Verde* contemplaba múltiples opciones que iban desde la promulgación de un Código civil europeo plenamente normativo, hasta la publicación del DCFR como un conjunto de principios que puedan *informar* a las legislaciones nacionales o pactos contractuales. Volveremos con más detalle sobre este punto al indagar sobre los antecedentes del *Reglamento sobre una normativa Común de Compraventa Europea (CESL)*.

<sup>275</sup> Esta nueva revisión del DCFR corresponde al *Feasibility Study on a future initiative on European Contract Law. A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (2011) disponible on line:  
[ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf). Se trata de un texto de 189 artículos que recoge las normas de Derecho de contratos de mayor relevancia práctica en las operaciones contractuales transfronterizas. GÓMEZ POMAR, enuncia los presupuestos básicos de este *Estudio de Viabilidad*, de la siguiente forma:

Tal vez estos objetivos podrían haberse logrado mediante la adopción de algunos de los instrumentos jurídicos disponibles como una Directiva o un Reglamento, pero como hemos dicho, el legislador comunitario desde el año 2001, ha estimado que es necesario emprender nuevos caminos en esta materia y probar nuevas técnicas de regulación en aquellas materias de Derecho contractual que la normativa comunitaria no ha podido solucionar de manera eficiente.

- 
- Debía ser un instrumento opcional para las partes –añadido a los Derechos contractuales nacionales– dentro de su ámbito de aplicación.
  - Debía cubrir el ciclo completo de la vida del contrato.
  - No debía articularse en parte general y parte especial, sino constituir una regulación tendencialmente autónoma e idealmente autocontenida de los tipos contractuales incluidos en su ámbito de aplicación.
  - Debía abordar los tipos contractuales más relevantes en las transacciones económicas transnacionales entre empresas y consumidores y, en menor medida, entre empresas.
  - Debía ser aplicable tanto a los contratos transfronterizos como a los puramente nacionales.
  - Debía inspirarse en el DCFR, pero no podía ser una simple depuración de sus normas.
  - Debía asegurar un nivel elevado de protección del consumidor. Con este fin se redactaron dos cuestionarios –todavía no publicados– que comparaban las normas recogidas en el texto con los Derechos contractuales nacionales, y de los cuales resultaba, al menos inicialmente y de modo global, que en la comparación entre el futuro texto europeo y los derechos nacionales existentes, el europeo salía muy bien parado en cuanto a la intensidad de la protección contractual del consumidor dentro de su ámbito de aplicación.
  - Debía adaptarse a los consensos entre el Consejo y el Parlamento Europeos en los contenidos de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, Directiva 2011/83/UE), especialmente en lo que hacía referencia al derecho de desistimiento y a los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento.

Sobre éste y otros puntos relativos al origen y desarrollo del DCFR en el Plan de Acción y el Libro Verde de la Comisión Europea, véase GÓMEZ POMAR, Fernando, GILI SALDAÑA, Marian, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos” en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona enero 2012, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/872\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf), pp. 4-8.

Por ello, finalmente ha optado por establecer un instrumento que en un principio se previó como “de carácter opcional”<sup>276</sup>, pero que es básicamente una nueva edición del anterior DCFR asimilándose más bien a un Código de contratos<sup>277</sup>.

Este *Estudio de Viabilidad* sin duda constituye un nuevo instrumento de *Soft Law* de carácter *no-vinculante*<sup>278</sup>, pero ello en ningún caso le resta valor, sino que por el contrario, mantiene la esencia unificadora del DCFR que sirve como inspiración para los legisladores nacionales y como modelo a nuevos proyectos futuros dentro del ámbito europeo. En palabras de ROCA GUILLAMON<sup>279</sup> este texto constituye,

---

<sup>276</sup> Sobre el carácter opcional del DCFR véase: PALAO MORENO, Guillermo, “El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado”, en BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, (Coordinador) [et. al] *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia 2011, p. 1922. Aquí el autor señala que el sistema opcional, además de ser lo más completo y autosuficiente posible, debería contar con normas materiales no sólo dispositivas, sino también imperativas, así como incorporar por ej., una norma de conflicto especializada de aplicación preferente frente a los Reglamentos Roma I y Roma II.

Hay autores que por el contrario, estiman que el carácter opcional no ha sido la mejor elección y estiman que sería preferible contar con un instrumento legislativo de tipo *Hard Law*, como sería un Reglamento. Así lo dice VAQUER ALOY, Antoni (op. Cit) p. 62. A juicio de ROCA GUILLAMÓN, el texto del DCFR debería ser aprobado como un *Reglamento* ya que su aplicación práctica ha sido positiva y además su influencia se ha dejado ver en algunas propuestas de modificación y en normas de derecho interno de los países miembros de la UE. Véase ROCA GUILLAMÓN, Juan, "Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)", en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, p. 48. Documento disponible *on line*: <http://www.derehocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>.

<sup>277</sup> Mientras la nueva versión del DCFR estaba siendo elaborada, de forma paralela se encontraba en trámite la Directiva de los Derechos de los Consumidores 83/2011/CEE, lo que demuestra que el sistema normativo europeo sigue marcado por una dualidad de regulaciones y el legislador comunitario, ha debido recurrir igualmente a la tradicional técnica de las Directivas para regular ciertas materias que requieren unificación.

De acuerdo con VAQUER ALOY, esta tramitación paralela es un claro ejemplo de trabajo innecesario del legislador europeo, que pone en evidencia las debilidades del sistema. Para más, véase VAQUER ALOY, “Marco General del nuevo Derecho de contratos”, en BOCH CAPDEVILLA (Coordinador), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, editorial Bosch, Barcelona 2012, p. 38.

<sup>278</sup> “La idea que ha gobernado en la elaboración del Proyecto de Marco Común de Referencia era el proponer un “instrumento opcional” a nivel europeo, sin pretender imponer una codificación forzada del Derecho contractual europeo. Así, por ejemplo, las partes, en el momento de concluir un contrato, tendrían la posibilidad de optar por la aplicación de las reglas contenidas en este instrumento en vez de seguir las prescripciones estrictas del Derecho internacional privado (...) Pese a que esta configuración como “instrumento opcional” era la idea inicial, lo cierto es que la propuesta actual guarda muchas similitudes con un Código civil”. Véase GROTHE, Helmut, “The Common Frame of Reference for European Private Law”, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Nº 2, año 2, 2012, pp. 29-44, p. 30.

<sup>279</sup> ROCA GUILLAMÓN, Juan, "Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)", en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, p. 42.

“un vehículo para la mejora del Derecho Comunitario, respaldado por algún tipo de acto legislativo o, en un paso más, como una recomendación a los Estados miembros para sustituir sus propios derechos nacionales por un Derecho contractual uniforme”.

Sin duda, el aporte del DCFR para el desarrollo de los derechos nacionales de los Estados miembros de la UE es innegable. Se trata de un estudio profundo realizado a lo largo de muchos años por investigadores, que permite apreciar las similitudes y diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, y que ha ido recogido las últimas tendencias en la regulación del Derecho patrimonial en Europa, por lo que puede decirse que es uno de los instrumentos más actualizados y completos en esta materia<sup>280</sup>.

Incluso plantea algunas soluciones bastante novedosas, como veremos al tratar el *deber precontractual de información*.

Este nuevo texto-borrador del DCFR no tiene carácter vinculante y sin duda viene a formar parte del *Soft Law* europeo, pero constituye como dice ROCA GUILLAMON<sup>281</sup> “un vehículo para la mejora del Derecho Comunitario, (...) como una recomendación a los Estados miembros para sustituir sus propios derechos nacionales por un Derecho contractual uniforme”.

El nuevo texto del DCFR como hemos visto anteriormente en nuestro trabajo<sup>282</sup> es similar al del los PECL y a los Principios UNIDROIT, aunque tiene un carácter

---

Documento disponible *on line*:

<http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>.

<sup>280</sup> La influencia del DCFR es tal, que no es de extrañar su aplicación por la jurisprudencia de los países miembros y su influencia en las legislaciones nacionales, ya que muchas de sus reglas no son más que una depuración de criterios doctrinales o jurisprudenciales ya asentados en materia de responsabilidad precontractual, solidaridad presunta, conformidad de la prestación, garantías independientes, configuración del trust, y otros. Véase la opinión de VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María, *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español*, editorial Bosch, Barcelona 2011

<sup>281</sup> ROCA GUILLAMÓN, Juan, “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, p. 42. Puede consultarse el texto completo *on line*: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>

<sup>282</sup> Ver *supra*. p. 178 y ss.

mucho más proteccionista del consumidor, lo que puede apreciarse en el establecimiento de un entramado de normas de carácter imperativo en materia de contratos. De esta manera, el nuevo texto del DCFR ha conectado ambas materias otorgándole un mayor poder de convicción evitando que el texto quede en una mera declaración de principios.

Un hecho que nos parece importante mencionar, es que la tramitación de esta nueva versión del DCFR se realizó de forma paralela a la de la nueva **Directiva de los Derechos de los Consumidores 83/2011/CEE** de 25 de octubre<sup>283</sup>. Esta tramitación paralela demuestra que el sistema normativo europeo sigue estando marcado por una multiplicidad quizás innecesaria de regulaciones. A juicio de la doctrina<sup>284</sup>, este aspecto demuestra claramente las debilidades del sistema jurídico europeo en materia de consumo.

Se ha dicho en la doctrina<sup>285</sup> que el nuevo texto del DCFR debió ser aprobado como un *Reglamento* (evitando la adopción de una nueva *Directiva*) ya que su aplicación práctica ha sido positiva y su influencia se ha dejado ver en algunas propuestas de modificación y en normas de derecho interno de los países miembros de la UE. Era preferible contar con un instrumento legislativo de tipo *Hard Law*.

Pero finalmente, al igual que ocurre con las “recomendaciones” y los “documentos doctrinales” el nuevo texto del DCFR no constituye un instrumento decisivo para la unificación, pues carece del carácter de “instrumento electivo” para los destinatarios, como ocurre con el Reglamento CESL<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Puede verse el texto completo de la Directiva en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:ES:PDF>

<sup>284</sup> Así lo dice por ejemplo VAQUER ALOY, “Marco General del nuevo Derecho de contratos”, en BOCH CAPDEVILLA (Coord.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Editorial Bosch, Barcelona 2012, p. 38.

<sup>285</sup> En favor también de la adopción de un Reglamento, VAQUER ALOY, Antoni, *op. cit.*, p. 62.

<sup>286</sup> PALAO MORENO señala sobre este punto que el llamado “sistema opcional” al tiempo de ser lo más completo y autosuficiente posible, debería contar con normas materiales no sólo dispositivas, sino también imperativas, así como incorporar una norma de conflicto especializada, de aplicación preferente frente a los Reglamentos Roma I y Roma II. (Véase, PALAO MORENO, Guillermo, “El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho

### V.1.1 ELABORACIÓN DEL PROYECTO DEL REGLAMENTO CESL.

En octubre de 2011, la Comisión Europea publica el proyecto de **Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)**.

Este proyecto es el fruto de una estrategia que viene desde el año 2010 (*Agenda Digital para Europa*<sup>287</sup>) impulsada por la vicepresidenta de la Comisión Viviane Reding, en el ámbito del Derecho Europeo de los contratos.

Puede parecer que se trata de una propuesta novedosa, pero nada más lejos de la realidad.

Como hemos visto en los párrafos anteriores, este proyecto no es más que la culminación de un proceso que se había iniciado con la **Comunicación sobre Derecho contractual europeo (2001)** de la cual deriva en definitiva la aprobación del **Marco Común de Referencia-DCFR (2009- y su revisión del año 2011)**, instrumento que ha servido como modelo para los legisladores y órganos judiciales nacionales y europeos, pero que en definitiva sólo constituía un conjunto de principios y normas modelo no vinculantes.

Como consecuencia de lo anterior, el año 2010 se propone a través de la Agenda Digital, la aprobación de un instrumento opcional de Derecho contractual, para salvar esta falta de obligatoriedad de que adolece el DCFR, complementar a la nueva Directiva de consumidores que en definitiva fue aprobada en año siguiente (2011) y atenuar un poco la diversidad de normas que se generarían en materia de contratos de consumo<sup>288</sup>.

---

Internacional Privado”, en BLASCO (Coord.) [et. al] *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 1922.

<sup>287</sup> Bruselas, [19.5.2010 COM (2010) 245 final]. Puede consultarse el texto completo en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF>

<sup>288</sup> Una de las tareas más difíciles a que se enfrentan los expertos encargados de llevar a cabo las acciones que propone la *Agenda Digital* es la elección de la “naturaleza jurídica” del instrumento que va a regir las relaciones contractuales entre consumidores y empresarios para el fomento de un mercado interior. Las propuestas fueron las siguientes:

a) Publicación en el sitio de internet de la Comisión, de normas modelo no vinculantes en materia de Derecho de contratos que pudieran ser utilizadas en el mercado único.  
b) Elaboración de una caja de herramientas por los legisladores europeos actuales y futuros.

## V.1.2 OBJETIVOS DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CESL.

El Reglamento CESL cumple con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen en el Derecho comunitario y pretende básicamente unificar dos materias que se encuentran interconectadas pero sobre la que hay multiplicidad de normas que dificultan su aplicación: el Derecho de consumo y el Derecho de contratos.

Se trata una normativa *opcional*, ya que en ningún caso el legislador comunitario pretende suprimir los derechos nacionales. Algunos autores le han calificado como un “segundo régimen nacional” por oposición a lo que sería un instrumento de “régimen 28”<sup>289</sup>. Al decir de VALPUESTA GASTAMINZA, se trata de una *unificación no obligatoria*, pero que si se elige, puede resultar bastante efectiva.

- 
- c) La adopción de una Recomendación de la Comisión que incentivara a los Estados miembro a incluir en sus legislaciones nacionales un instrumento de Derecho contractual europeo.
  - d) La creación por Reglamento de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales.
  - e) La armonización de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante una Directiva de la Unión Europea.
  - f) La armonización máxima de las legislaciones nacionales sobre Derecho de contratos mediante un Reglamento de la Unión Europea.
  - g) La creación mediante un Reglamento de un Código Civil europeo completo que sustituyera todas las normas nacionales en materia de contratos.

Estas opciones fueron sometidas a consulta pública, y de las 320 respuestas recibidas, la opción mayoritaria fue la de la adopción de un instrumento optativo de Derecho contractual europeo. Posteriormente se designó a un grupo de expertos en Derecho civil y especialmente contractual para elaborar esta propuesta de instrumento opcional, trabajo que finalmente fue presentado en mayo de 2011 bajo el nombre *Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo*, que fue presentado finalmente en octubre del mismo año, tras consulta pública y que fue aprobado prácticamente en su integridad, salvo algunas modificaciones.

Véase con más detalle las acciones propuestas en la *Agenda Digital*:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF>

<sup>289</sup> La oposición del “segundo régimen nacional” / “régimen 28” fue vivamente discutida en el seno de la elaboración del Proyecto de Reglamento CESL. Uno de los autores que mejor resume las diversas cuestiones planteadas es FERNANDES MASIÁ que realiza una exposición bastante clara en esta materia. A su juicio, quienes apoyaban al Reglamento como “régimen 28” basaban sus argumentos en el Derecho aplicable a los contratos y en concreto en el sistema de Derecho Internacional privado de la UE con las soluciones previstas en el Reglamento Roma I (RRI), especialmente en base a su considerando nº 14, que permite a las partes optar por otro instrumento jurídico que establezca normas de Derecho material de los contratos. Si junto a ello entendemos que de acuerdo al art. 3 del RRI la elección de la ley aplicable al contrato ha de considerarse siempre como la elección de una ley estatal, sería necesario que el Reglamento CESL estableciera expresamente que se trata de un derecho más, equiparable a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y que las partes al optar por él, están optando por un derecho nacional válidamente como lo exige el art. 3 RRI.

La finalidad del instrumento es bastante clara; pretende mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, estableciendo para ello un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual (la normativa común de compraventa europea).

Estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados cuando así lo acuerden las partes contratantes.

Una de las principales ventajas de este Reglamento es que otorga a los comerciantes contar con un conjunto común de normas y utilizar las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas, con la consiguiente reducción de costes innecesarios.

Sin duda uno de los aspectos más destacables es el establecimiento de un completo sistema de normas destinadas a garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, de mejorar su confianza en el mercado interior y de animarlos a realizar compras transfronterizas.

Sin duda, uno de los objetivos centrales, junto con el fomento del mercado interior de la UE es entregar a los destinatarios (empresarios y consumidores) un alto nivel de seguridad jurídica en las transacciones.

---

Por su parte, la elección de un derecho opcional no es nueva ni tan novedosa como parece ya que en la Propuesta del RRI se permitía la posibilidad de que las partes pudieran elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos reconocidos a escala internacional o comunitaria (art. 3.2, apartado 1º). Con esta norma, se pretendía que las partes pudiesen elegir directamente reglas tales como los Principios Unidroit o los PECL. Sin embargo esta idea fue duramente criticada por atribuírsele falta de seguridad jurídica y de legitimación democrática. Finalmente la idea no tuvo frutos en el texto definitivo del RRI. (*Véase con más detalle la completa exposición que realiza FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "Optando por la normativa común de compraventa europea", Revista electrónica de estudios internacionales, N.º. 23, 2012, p. 11-21).*

3. Finalmente la propuesta del Reglamento CESL como un régimen 28 fue descartada y el proyecto definitivo se presentó como un "segundo régimen nacional". Así se señala expresamente en el considerando nº9.

### V.1.3 ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO CESL.

La propuesta CESL, consta de un texto de Reglamento y dos anexos.

a) REGLAMENTO. Si bien tiene su antecedente directo en el *Estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo*, el texto del Reglamento CESL es totalmente nuevo y no se basa en ningún estudio académico previo. Consta de 16 artículos en los cuales se fija básicamente la aplicación territorial, material y personal del Reglamento CESL y lo más importante, la forma en que las partes pueden someterse a él.

b) El ANEXO I. Consta de 186 artículos y establece lo que podríamos llamar el articulado o contenido material de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL). A través de él, se ha fijado un régimen jurídico común europeo para los contratos de compraventa y los servicios auxiliares a la compraventa, regulando cada etapa del contrato de forma minuciosa.

Uno de los aspectos que nos parece más destacables es que, sin ser el objetivo principal, el Reglamento establece una pequeña “teoría general del contrato”. Si bien en principio parece regular ciertos contratos (compraventa y los servicios relacionados), gran parte de sus disposiciones serían aplicables a cualquier contrato y otras muchas también se refieren a cuestiones más bien generales como; indemnización de perjuicios e intereses, la obligación de restitución, y las reglas sobre prescripción. (arts. 159 a 186).

Estas disposiciones que pueden extrapolarse con carácter general son producto reminiscencias de otros muchos estudios anteriores que han pretendido sentar las bases de una teoría general de obligaciones y contratos a nivel europeo<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Nos parece conveniente en este punto destacar que el proceso de unificación también se ha notado en otros ámbitos del Derecho de contratos, como es el caso de la responsabilidad civil. El llamado grupo Tilburg o *European Group on Tort Law*, ha publicado los llamados *Principles of European Tort Law* (2005). La versión oficial de este texto se encuentra en inglés, pero puede consultarse una traducción del mismo en MARTÍN-CASALS, Miquel, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, editorial Aranzadi - Cizur Menor, Navarra 2008. De este mismo autor puede verse un artículo sobre la elaboración de este proyecto europeo, MARTÍN-CASALS, Miquel, “El European Group on Tort Law y la elaboración de unos Principios europeos del derecho de la

Sin duda, el *deber precontractual de información* ha sido abordado por el texto de la normativa, de manera minuciosa y detallada según el tipo de contrato de que se trate y estableciendo además un régimen expreso de sanciones como veremos más adelante.

c) El ANEXO II. Se trata de un texto bastante breve que contiene una ficha informativa estándar que debe ser entregada por los empresarios a los consumidores y PYMES antes de la celebración del contrato. Si es entregada después, el contrato no surte efectos hasta que el consumidor no la tenga en su poder y haya aceptado las condiciones que allí se indican.

La importancia de esta ficha estándar radica en lo siguiente:

- En primer lugar, se informa al consumidor que el contrato queda bajo el régimen de la *normativa común de compraventa europea*, siempre y cuando manifieste expresamente su consentimiento al respecto.
- Se informa de sus derechos básicos, tanto antes de firmar el contrato (deber de ser correctamente informado sobre todos los aspectos del contrato) como después de firmar el contrato (derecho de desistimiento, derechos en caso de productos defectuosos y protección frente a las cláusulas abusivas).
- Se le informa que estos derechos no son exhaustivos, para lo cual se le recomienda el acceso al texto completo del Reglamento CESL mediante la inclusión de un *link* que debe ser proporcionado por el empresario.

#### **V.1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

##### **V.1.4.1 Ámbito subjetivo de aplicación.**

En primer lugar, es necesario que las partes opten válidamente por la aplicación del Reglamento CESL y esta opción debe constar en el contrato respectivo, sistema que se conoce como *opting-in*. Dice el art. 9 del Reglamento que “la elección de la normativa común de compraventa europea solo es válida si el consumidor expresa su consentimiento mediante una declaración explícita independiente de la declaración

---

responsabilidad civil (Grupo de Tilburg-Viena o Spier-Koziol), en CAMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho privado europeo*, editorial Colex, Madrid 2003, pp. 217-226.

por la que se acuerda celebrar el contrato”. Entendemos que la declaración del consumidor debe ser distinta, aunque se realice en el mismo documento, aunque nada obsta a que se trate de un documento aparte.

En cuanto a las partes del contrato, debe tratarse necesariamente de una relación entre un empresario y un consumidor o entre una PYME<sup>291</sup> y empresa no PYME.

El texto del Reglamento, pretende regular de forma única los contratos entre empresas con consumidores sin distinguir entre lo *civil* y lo *mercantil*. Por ello, la Comisión Europea al presentar el proyecto, hacía énfasis en que esta normativa es un conjunto completo de normas imperativas de protección a los consumidores, que se encuentra plenamente armonizada y que pretende excluir otro régimen una vez que se ha optado por ella.

Este espíritu proteccionista ha quedado reflejado en el considerando nº 12 de la Propuesta de Reglamento CESL que señala:

“habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto completo de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por consiguiente, el artículo 6 apartado 2 del Reglamento (CE) nº. 593/2008, que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección de los consumidores en los Estados miembros, no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común de compraventa europea”.

También vemos este propósito unificador y proteccionista en el art. 11 del texto del Reglamento: “cuando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa

---

<sup>291</sup> *Artículo 7 Partes del contrato.*

1. Solo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante. Cuando todas las partes del contrato sean comerciantes, la normativa común de compraventa europea podrá utilizarse si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa («PYME»).

2. A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que (a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país.

común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán exclusivamente por dicha normativa”.

#### **V.1.4.2 Ámbito territorial de aplicación.**

Para que el Reglamento CESL resulte aplicable, debe tratarse necesariamente de negocios transfronterizos, excluyendo las negociaciones entre individuos que se encuentren dentro del territorio de un mismo país de la UE. Veamos que dice el Reglamento al respecto.

De acuerdo con el art. 4 del Reglamento, para determinar si un contrato constituye un contrato transfronterizo, debe estarse al momento en que se acuerde la utilización de la normativa común de compraventa europea y los criterios para determinar si estamos o no ante un contrato de estas características son los siguientes:

**a) Contrato entre empresas.** En este caso el contrato es transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro.

Para saber cuál es la residencia habitual de empresas y otros organismos, constituidos o no en sociedades, debe considerarse el lugar en que se encuentra su administración central y si el comerciante es una persona física, su residencia habitual será el lugar en el que ejerce su actividad principal.

También puede ocurrir que el contrato se celebre por medio de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento de un comerciante y en tal caso se considerará residencia habitual de este el lugar en que esté situado dicha sucursal, agencia u establecimiento.

**b) Contrato entre empresario y consumidor.** El contrato es transfronterizo si se cumplen dos requisitos:

- la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual; y
- al menos uno de dichos países es un Estado miembro.

Por lo tanto es perfectamente posible la aplicación del *Reglamento CESL*, aun cuando una de las partes se encuentra fuera del territorio de la UE (por ejemplo, si tiene su residencia habitual en un país de la UE pero se encuentra temporalmente fuera de ella).

Como hemos dicho anteriormente, este instrumento ha sido concebido como un “segundo Derecho nacional” dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados de la UE por lo que es necesario determinar previamente que la ley aplicable al contrato respectivo, sea la ley de un Estado miembro (*lex contractus*), para lo cual resulta plenamente aplicable el Reglamento Roma I (RRI)<sup>292</sup>.

Es necesario aclarar que, si bien, el Reglamento CESL contiene normas que nos ayudan a aclarar en qué casos nos encontramos frente a un contrato “transfronterizo”, esto no significa que haya sus disposiciones hayan alterado la determinación del Derecho aplicable a los contratos.

El Reglamento CESL no contiene normas de conflicto ni pretende determinar el Derecho aplicable pues para todos los efectos es un “régimen alternativo nacional”

---

<sup>292</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, [Reglamento Roma I (RRI)]. Este ha sustituido a partir de su entrada en vigor (24 de julio de 2008) al antiguo Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [CRoma 1980].

Puede verse el texto completo del RRI en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>

Para ver con mayor detalle los antecedentes, su entrada en vigencia y las novedades del régimen de aplicación del Reglamento Roma I, puede verse: FORNER DELAYGUA, Joaquim-J, “La ley aplicable a los contratos internacionales” en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.) *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 51- 84; DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B, RODRÍGUEZ BENOT, A, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, M A (Coords.), “Hacia un Derecho conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año N° 13, N° 33, 2009, pp. 784-786; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, “El ‘Reglamento Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ¿Cuánto ha cambiado del Convenio de Roma de 1980?” en *La Ley*, N° 6957, 30 de mayo de 2008; LEIBLÉ, Stefan. “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006; QUINONES ESCÁMEZ, Ana. “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’ de 15.12.2005” en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 367, julio 2006.

que cobrará eficacia una vez que el conflicto de leyes ya se haya solucionado mediante el Reglamento Roma I<sup>293</sup>.

Si de acuerdo con el RRI, el Derecho aplicable corresponde a un Estado miembro, podrá optarse por el Reglamento CESL que para estos efectos, repetimos, es un Derecho nacional y es aquí cuando esta elección resultará válida y tendrá aplicación.

En definitiva, si estamos frente a contratos transfronterizos, deberemos utilizar las normas del RRI para saber si el derecho aplicable al contrato es la ley de un Estado miembro. Una vez fijado esto, las partes tendrán la posibilidad (dentro de dicho ordenamiento jurídico nacional) de optar entre un “primer régimen jurídico nacional” o bien un “régimen jurídico secundario” (CESL) que será idéntico para todos los Estados de la UE.

---

<sup>293</sup> Nos parece necesario explicar brevemente cómo funciona el régimen para determinar la ley aplicable al contrato según el Reglamento Roma I.

Este instrumento comienza estableciendo regímenes distintos en cuanto al Derecho aplicable. Para nuestros efectos, comencemos por distinguir si —existiendo una relación de consumo— estamos frente a un consumidor *activo* (con activo queremos decir que ha elegido la ley aplicable a su contrato. En este caso en el que se aplicaría el régimen general del RRI establecido en los arts. 3 y el *principio de autonomía de la voluntad*).

Si por el contrario, el consumidor es *pasivo*, se aplicaría el artículo 6 que contempla un régimen especial de acuerdo con el principio de *mayor favorabilidad* en su favor.

Debe tenerse presente que el RRI permite la autonomía de la voluntad para elegir la legislación aplicable, con la limitación de que la elección no podrá acarrear para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual. En consecuencia, nos encontramos entonces ante dos posibles situaciones:

a) Que las partes hagan la elección de ley aplicable: esta ley elegida por las partes sólo va a tener efectos en los aspectos en que sea *más favorable al consumidor* en comparación con la ley de residencia habitual de aquel. En este caso, si existiendo un consumidor, las partes deciden someterse al Reglamento CESL de forma expresa, el artículo 6.2 del RRI deja de tener aplicación en estos casos, porque se considera el instrumento de mayor protección que existe.

b) Si no ha existido autonomía de la voluntad, la ley aplicable al contrato será la ley del país en que el consumidor tenga su *residencia habitual* (art. 6.1 RRI).

A nuestro juicio, la conclusión es la siguiente: en los contratos transfronterizos, el Reglamento CESL sólo tendrá aplicación cuando los consumidores hayan manifestado su voluntad de regirse por él, con lo cual es necesario un comportamiento activo del consumidor.

Aquellos consumidores que permanezcan en la pasividad o que una vez informados acerca de la existencia del Reglamento CESL a través de la ficha informativa estándar no manifieste su aprobación, serán sometido a la legislación correspondiente a su residencia habitual, que corresponderá a la legislación nacional puesto que el Reglamento CESL requiere una voluntad expresa de someterse a él para ser aplicable.

Cosa distinta es que, una vez que se ha optado por el Reglamento CESL no resulta aplicable el art. 6.2 del Reglamento Roma I<sup>294</sup>. Esta norma contiene un régimen especial de protección para los contratos con consumidores, estableciendo que la elección de ley realizada (en caso de que el consumidor realice una elección de ley aplicable al contrato) sólo será efectiva en los aspectos más favorables, manteniéndose en todo caso la protección que le proporcionen aquellas disposiciones imperativas que resultarían aplicables de no haber realizado dicha elección, es decir, la ley correspondiente a su residencia habitual.

Esta norma quedaría sin aplicación pues el Reglamento CESL constituye el instrumento que representa el más alto nivel de protección para los consumidores dentro del territorio de la UE, y al ser un “segundo derecho nacional” idéntico en cada país en ningún caso la legislación nacional va a resultar más favorable al consumidor, cualquiera sea su residencia habitual dentro de la UE. De esta forma, el

---

<sup>294</sup> *Artículo 6 Contratos de consumo.*

1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

3. Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4.

4. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual;

b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (1);

c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;

d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero;

e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h).

Reglamento CESL se aplicaría en su integridad, salvo aquellas que quieran introducir las partes en su contrato (excluyendo obviamente, las disposiciones imperativas de su texto).

#### **V.1.4.3 Ámbito material de aplicación.**

El contrato debe entrar dentro del ámbito de aplicación del Reglamento CESL. De acuerdo con el art. 5 del Reglamento texto de la Normativa Común de Compraventa quedan incluidos los siguientes.

*Artículo 5 Contratos para los que se puede recurrir a la normativa común de compraventa europea.*

Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular:

- a) los contratos de compraventa;
- b) los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no;
- c) los contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no.

#### **a) Compraventa.**

La definición es dada por el artículo 2. (k) del Reglamento en el que se incluye, además de la compraventa clásica, “el suministro de bienes que se deban fabricar o producir”.

*“contrato de compraventa”*: todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los

contratos que impliquen de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública<sup>295</sup>.

El Reglamento especifica aún más su aplicación mediante una definición adicional de la compraventa:

“*contrato de compraventa de bienes de consumo*”: un contrato de compraventa, en el que el vendedor es un comerciante y el comprador es un consumidor;

#### **b) Contrato de suministro de contenidos digitales.**

Por “contenidos digitales” se entienden los “datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; los contenidos digitales que permiten personalizar equipos o programas informáticos existentes”. Existen algunas exclusiones enumeradas en el art. 2 (j) del Reglamento<sup>296</sup>.

Lo importante es que el *formato* sea digital, no el *contenido* de ese formato.

#### **c) Contrato de servicios relacionados.**

De acuerdo con el art. 2 m) del Reglamento, se trata de “cualquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud de contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de

---

<sup>295</sup> Este concepto dista bastante del que contempla el art. 1445 del CC español, que dice: “Por contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

El concepto del Reglamento CESL es mucho más amplio y parece contener incluso el contrato de promesa y alguna de las figuras que describe se asemeja más a la figura de los contratos “atípicos”.

<sup>296</sup> *Art. 2 j).*

i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea;  
ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica;  
iii) los servicios sanitarios electrónicos;  
iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados;  
v) los juegos de azar;  
vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios.

servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales<sup>297</sup>.

Si bien se trata de una regulación de los *contratos de servicios relacionados* (con la compraventa o con el suministro de contenidos digitales) hay doctrina que se decanta por su aplicación a todo contrato de “arrendamiento de servicios” en general<sup>298</sup>.

#### **d) Contratos excluidos del Reglamento CESL.**

Se excluyen de la aplicación del Reglamento los contratos mixtos y los contratos

- *Los contratos mixtos.* Aquellos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados a tenor del artículo 5.

- *Los contratos de crédito de consumo.*

Tampoco se aplica la normativa común de compraventa europea a los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que el primero concede o se compromete a conceder al segundo un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar.

Sin embargo, si se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación.

Como vemos, en este caso lo que constituye la excepción es el objeto del contrato (dinero) y no las modalidades de pago de los bienes o servicios contratados.

---

<sup>297</sup> Se excluyen de esta regulación algunos servicios que podrían encajar en el ámbito material pero que constituyen contratos diversos con regulación propia. Los servicios de transporte, de formación, de apoyo a las telecomunicaciones y financieros.

<sup>298</sup> Así lo dice VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL): un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 5, N°. 1, 2013, pp. 199-216, p. 212.

## V.2 EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN EN EL REGLAMENTO CESL.

### V.2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS.

Sin duda, la información precontractual es una materia esencial dentro del texto del Reglamento, ya que evidentemente se le ha dado más importancia que en otros textos europeos y su regulación parece, de momento, bastante completa.

El texto de la Normativa Común de Compraventa Europea (Anexo I del Reglamento CESL) dedica diecisiete artículos a la *información precontractual*, sentando las bases de un sistema que pretende regular la compraventa transfronteriza de manera integral, durante todas sus etapas, hasta su completa ejecución. Este instrumento pretende fijar un régimen propio o podríamos decir, un pequeño sistema de “Derecho civil de compraventa” sin que se escape ningún detalle de las etapas del contrato, principalmente, la etapa precontractual, que normalmente carece de una regulación expresa en las legislaciones nacionales. En ese sentido, podemos decir que constituye un claro avance.

El texto de la normativa consagra un capítulo completo a la regulación del deber precontractual de información, siguiendo la siguiente estructura<sup>299</sup>:

---

<sup>299</sup> La Normativa Común de Compraventa Europea recoge prácticamente la misma estructura y contenido de los deberes de información precontractual que planteaba el *Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos (Feasibility Study)* en su versión del 19 de agosto de 2011, que como hemos dicho es la base y antecedente principal de este proyecto. Ambos trabajos aprobados con sólo unos meses de diferencia, presentan un texto prácticamente idéntico, con algunos cambios en la numeración de los artículos. Un examen detallado de las disposiciones relativas al deber precontractual de información, puede verse en el trabajo de JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de obligaciones”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 738, julio-agosto, pp. 2253-2328.

## **Parte II. Carácter vinculante de un contrato**

### ***Capítulo 2 Información precontractual.***

Sección 1. Información precontractual que el comerciante debe facilitar al consumidor (art. 13-22).

Sección 2. Información precontractual que debe facilitar el comerciante que trate con otro comerciante (art. 23).

Sección 3. Contratos celebrados por medios electrónicos (art. 24-27).

Sección 4. Deber de garantizar la corrección de la información facilitada (art. 28).

Sección 5. Remedios en caso de incumplimiento de los deberes de información (art. 29).

Antes de entrar a repasar las principales disposiciones que tratan el deber de información, queremos detenernos en la importancia del texto del art. 9 del Reglamento, ya que resulta esencial para entender el funcionamiento del sistema propuesto.

Hemos hablado antes -al ver los criterios de aplicación del Reglamento- de la necesidad de que exista un consentimiento expreso del consumidor para que el contrato de compraventa quede sometido a esta normativa. Pues bien, en dicho art. 9 del Reglamento aparece la primera obligación de información precontractual:

*“Art. 9. Ficha informativa estándar en los contratos entre un comerciante y un consumidor.*

1. Además de los deberes de información precontractual establecidos en la normativa común de compraventa europea, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, aquel deberá alertar a este, antes del acuerdo, acerca de la intención de aplicar dicha normativa, facilitándole de forma ostensible la ficha informativa del anexo II”.

Si bien la Normativa Común de Compraventa Europea es un texto marcadamente proteccionista del consumidor, este artículo 9 es un garante de su voluntad libre, pues impide que el empresario pueda valerse de las disposiciones del Reglamento CESL sin haber informado debidamente al consumidor de su intención

de aplicarlo por medio de una “nota informativa” que será *standard* para este tipo de contratos<sup>300</sup>.

Si se trata de un contrato se celebra por teléfono, o por otros medios que imposibilitan la entrega de la nota informativa, o si simplemente por olvido o fallo del empresario no hubiese sido entregada oportunamente al consumidor, éste no se encuentra vinculado por el acuerdo hasta que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el consumidor reciba la confirmación del art. 8.2<sup>301</sup>
- Que el consumidor reciba la nota informativa (conjuntamente con lo anterior),  
y
- Que el consumidor manifieste expresamente su intención de someterse al uso del Reglamento CESL.

Como vemos, el artículo 9 sólo exige la entrega de la “nota informativa” en los contratos entre empresas con consumidores, excluyéndose la contratación con PYMES.

Si la nota informativa se entrega en forma electrónica, debe contener un *hyperlink* o una indicación de un sitio web donde el consumidor pueda conseguir el texto íntegro del Reglamento CESL.

En este artículo vemos la importancia que se ha dado al tratamiento de las operaciones a través de medios electrónicos (páginas *web*, contrato por teléfono o por otros medios telemáticos) que sin duda constituirán un gran porcentaje de las compraventas que quedarán sometidas a la aplicación del Reglamento, pues

---

<sup>300</sup> Véase el Anexo II de este trabajo.

<sup>301</sup> *Artículo 8 Acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea.*

1. La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes. La existencia de dicho acuerdo y su validez se determinarán con arreglo a los apartados 2 y 3 del presente artículo y al artículo 9, así como a las disposiciones pertinentes de la normativa común de compraventa europea.

2. En la relaciones entre un comerciante y un consumidor, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea solo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato. El comerciante deberá facilitar al consumidor una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero.

3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor no se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea parcialmente, sino únicamente en su integridad.

precisamente son aquellos los principales canales del comercio transfronterizo. Por ello se da tanta importancia a este tipo de contratos, tanto es así que el *deber precontractual de información* en este tipo de contratos (a distancia o fuera de establecimiento comercial) se regula de forma separada a otros contratos.

Veamos ahora el detalle de la normativa.

## **V.2.2 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL DE UN COMERCIANTE AL CONSUMIDOR.**

Cuando el contrato se celebre entre empresas y consumidores, debemos distinguir si se trata de un contrato a distancia o fuera de establecimiento comercial o de otro tipo de contrato.

Aun así, en ambos casos, debe tenerse presente que la carga de la prueba de haber facilitado la información requerida que veremos a continuación recaerá siempre en el comerciante (art. 21) y que las normas que regulan el deber de información precontractual contempladas en esta sección del Reglamento CESL son de naturaleza imperativa, ya que las partes no podrán excluir su aplicación, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor (art. 22).

Aquí nuevamente podemos apreciar el carácter proteccionista del consumidor que inspira al texto del Reglamento CESL.

### **V.2.2.1 Si el contrato es a distancia o fuera de establecimiento comercial.**

Para todos los efectos, el Reglamento define en su art. 2 (que contiene una serie de conceptos importantes) ambos tipos de contratos.

Por con “contrato a distancia”, debe entenderse todo contrato entre el comerciante y el consumidor en el marco de un régimen organizado de compraventa a distancia celebrado sin la presencia física simultánea del consumidor y del comerciante o en el caso de que este sea una persona jurídica, una persona física que lo represente, por medio del uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento.

Es contrato es contrato celebrado fuera del establecimiento comercial<sup>302</sup> siempre que se celebre entre un comerciante y un consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

- Se celebre con la presencia física simultánea del consumidor y del comerciante o, cuando este sea una persona jurídica, una persona física que lo represente, en un lugar que no sea el establecimiento comercial del comerciante, o celebrado sobre la base de una oferta presentada por el consumidor en las mismas circunstancias; o
- Se celebre en el establecimiento comercial del comerciante o por cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento comercial del comerciante, con la presencia física simultánea del consumidor y del comerciante o, cuando este sea una persona jurídica, una persona física que represente al comerciante; o
- Se celebre durante una excursión organizada por el comerciante o, cuando este sea una persona jurídica, una persona física que lo represente con el fin o al efecto de promover y vender bienes o suministrar contenidos digitales o prestar servicios relacionados al consumidor;

#### **a) Información precontractual.**

De acuerdo con lo que establece el art. 13.1<sup>303</sup>, el comerciante debe proporcionar al consumidor la información detallada del contrato de manera clara y comprensible.

---

<sup>302</sup> El Reglamento define en su art. 2 r) lo que debe entenderse por establecimiento comercial: “establecimiento comercial”: i) toda instalación de venta al por menor inmueble en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o ii) toda instalación de venta al por menor mueble, en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual.

<sup>303</sup> *Artículo. 13.1.*

- (a) las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados que se hayan de suministrar, en la medida adecuada al medio de comunicación y a los propios bienes, contenidos digitales o servicios relacionados;
- (b) el precio total y las cargas y costes adicionales, de conformidad con el artículo 14;
- (c) la identidad y la dirección del comerciante, de conformidad con el artículo 15;
- (d) las cláusulas contractuales, de conformidad con el artículo 16;
- (e) los derechos de desistimiento, de conformidad con el artículo 17;
- (f) cuando proceda, la existencia y las condiciones de la asistencia posventa del comerciante al cliente, los servicios posventa, las garantías comerciales y el sistema de tratamiento de las reclamaciones;

Remarcando el carácter precontractual, el texto agrega que dicha información debe ser proporcionada “antes” de que se celebre el contrato o el consumidor quede vinculado por cualquier oferta.

La información proporcionada por el empresario de la forma antes descrita [salvo las direcciones exigidas en el apartado 1, letra c)] formará parte integrante del contrato y no puede ser modificada salvo acuerdo expreso de las partes.

Vemos aquí, una manifestación del *principio de integridad contractual* que estudiamos al ver el deber de información en el TRLGDCU, de acuerdo con el cual, la información contenida en la oferta y/o publicidad formaba parte integrante del contrato aunque luego no estuviese contemplada en el texto final del mismo contrato.

En cuanto a la forma de proporcionar la información, si se trata de un *contrato a distancia*, la información debe facilitarse al consumidor o se pondrá a su disposición, de una forma que sea apropiada a los medios de comunicación a distancia utilizados, siempre en términos claros y comprensibles (el texto hace hincapié en este requisito) y si es facilitada en un soporte duradero, será legible.

En caso de que sea un *contrato celebrado fuera del establecimiento comercial*, la información precontractual debe necesariamente facilitarse en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero e igual que en el caso anterior, será legible y estará redactada en términos claros y comprensibles.

#### **b) Excepciones al deber de información.**

Todos estos requisitos de información no serán exigibles en los siguientes casos:

---

(g) cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo alternativo de resolución de litigios al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo;

(h) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; y

(i) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente de los contenidos digitales con los equipos y programas informáticos conocidos por el comerciante o que quepa esperar que este pueda conocer.

- a) los contratos de suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes del hogar de consumo corriente, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor;
- b) los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas;
- c) los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial si el precio o, cuando se celebren múltiples contratos al mismo tiempo, el precio total de los contratos no excede de 50 EUR o una suma equivalente en la moneda acordada para el precio del contrato.

La exclusión de este tipo de contratos no es de iniciativa propia del Reglamento CESL, sino que concuerda perfectamente con las Directivas europeas que han regulado tanto los contratos a distancia como fuera de establecimiento comercial.<sup>304</sup> Como vemos, estas excepciones se refieren a contratos normalmente de inmediata ejecución o de mínima cuantía.

---

<sup>304</sup> Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos.

*Art. 3.2 La presente Directiva no se aplicará:*

- a) a los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles.  
Los contratos relativos a la entrega de bienes y a su incorporación en los bienes inmuebles o los contratos relativos a la reparación de bienes inmuebles entrarán en el campo de aplicación de la presente Directiva ;
- b) a los contratos relativos a la entrega de productos alimenticios , de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados por distribuidores que realicen viajes frecuentes y regulares ;
- c) a los contratos referentes al suministro de bienes o servicios , siempre que se cumplan los tres criterios siguientes :
  - i) que el contrato se celebre sobre la base de un catálogo de un comerciante que el consumidor haya tenido la ocasión de consultar en ausencia del representante del comerciante ;
  - ii) que se haya previsto una continuidad de contacto entre el representante del comerciante y el consumidor en lo referente a dicha transacción o cualquier transacción posterior ;
  - iii) que el catálogo y el contrato expresen claramente al consumidor su derecho a devolver los bienes al proveedor en un plazo mínimo de siete días , a partir de la fecha de la recepción , o a rescindir el contrato durante dicho período sin ninguna obligación , si no pensare ocuparse razonablemente de los bienes ;
- d) a los contratos de seguro ;
- e) a los contratos relativos a los valores muebles.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

*Art. 3. Exenciones.*

- 2. Los artículos 4, 5, 6 y el apartado 1 del artículo 7 no se aplicarán:

### c) Información especial.

Una de las menciones más importantes que debe hacer el empresario en favor del consumidor, es la del *precio*<sup>305</sup> del bien o servicio. Además, deberá informar tan pronto como sea posible, del coste de usar el medio de comunicación a distancia para la celebración del contrato, si este coste se calcula de forma distinta a la tarifa básica.

Si no informa oportunamente acerca de recargos y costes adicionales, el texto del art. 14<sup>306</sup> le sanciona estableciendo a favor del consumidor la exención del pago de dichos costes. Vemos aquí, una sanción por falta de información precontractual.

- 
- a los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros bienes del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o en su lugar de trabajo por distribuidores que realicen visitas frecuentes y regulares;
  - a los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto; excepcionalmente en el caso de las actividades de esparcimiento al aire libre, el suministrador puede reservarse el derecho de no aplicar el apartado 2 del artículo 7 en circunstancias específicas.

<sup>305</sup> La indicación del precio en los contratos de consumo, es sin duda uno de los elementos esenciales del contrato, por lo que el Reglamento se destaca su importancia dentro de las menciones que debe proporcionar el empresario al consumidor. En el Derecho español de consumo, por ejemplo, el precio y su desglose es una exigencia general dentro de la información precontractual contemplada en el art. 60 del TRLGDCU y cuya omisión puede acarrear una sanción administrativa de consumo para el oferente e incluso la anulabilidad del contrato por falta de información sustancial conforme a las normas del CC (causa de *error*) además de la correspondiente indemnización de perjuicios. Véase el art. 49.1 e) del Texto Refundido:

*Artículo 49. Infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios.*

1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

e) El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales.

<sup>306</sup> *Artículo 14 Información sobre el precio y las cargas y costes adicionales*

1. La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra b), deberá incluir:

(a) el precio total de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados, incluidos los impuestos, o, cuando los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados sean de tal naturaleza que el precio no pueda calcularse razonablemente de antemano, la forma en que se calculará el precio; y

(b) cuando proceda, todas las cargas adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro coste o, si no pueden calcularse razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichas cargas y costes adicionales.

2. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio total incluirá el precio total por periodo de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total deberá incluir el precio mensual total. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el precio total, se indicará la forma en que se ha de determinar el precio.

3. Cuando proceda, el comerciante deberá informar al consumidor del coste que supone la utilización del medio de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.

Por su parte el art. 15<sup>307</sup> establece detalladamente la información relativa a la identidad del comerciante y el 16<sup>308</sup> sobre las cláusulas contractuales.

### **V.2.2.2 Otro tipo de contratos (si el contrato no se celebra a distancia o fuera de establecimiento comercial).**

La regulación aquí se encuentra en el art. 20, que reitera el deber del empresario de facilitar al consumidor, de forma clara, comprensible y antes de que se celebre el contrato o el consumidor quede vinculado por cualquier oferta, la información más importante del contrato, a menos, que esta información resulte evidente por el contexto (art. 20.1)<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> *Artículo 15 Información sobre la identidad y la dirección del comerciante.*

La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra c), deberá incluir:

- a) la identidad del comerciante, como su nombre comercial;
- b) la dirección geográfica del establecimiento comercial del comerciante;
- c) el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del comerciante, cuando se disponga de ellos, con objeto de que el consumidor pueda ponerse en contacto rápidamente y comunicarse con él de forma eficaz;
- d) cuando proceda, la identidad y la dirección geográfica de cualquier otro comerciante por cuya cuenta actúe el comerciante; y
- e) si es diferente de la dirección facilitada en virtud de la letras b) y d) del presente artículo, la dirección geográfica del comerciante y, cuando proceda, la del comerciante por cuya cuenta actúe, donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones.

<sup>308</sup> *Artículo 16 Información sobre las cláusulas contractuales.*

La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra d), deberá incluir:

- a) las modalidades de pago, entrega de los bienes, suministro de los contenidos digitales o prestación de los servicios relacionados y el plazo en el que el comerciante se compromete a entregar los bienes, suministrar los contenidos digitales o ejecutar la prestación de los servicios relacionados;
- b) cuando proceda, la duración del contrato y la duración mínima de las obligaciones del consumidor o, si el contrato es de duración indeterminada o de reconducción automática, las condiciones de resolución del contrato; y
- c) cuando proceda, la existencia de la obligación de que el consumidor pague o aporte un depósito u otras garantías financieras a solicitud del comerciante, así como sus condiciones; y
- d) cuando proceda, la existencia de códigos de conducta pertinentes y cómo pueden obtenerse ejemplares de los mismos.

<sup>309</sup> *Art. 20.1 Obligación de facilitar información en la celebración de contratos distintos de los contratos*

*a distancia y fuera del establecimiento comercial.*

- (a) las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados que se hayan de suministrar, en la medida adecuada al medio de comunicación y a los propios bienes, contenidos digitales o servicios relacionados;
- (b) el precio total y las cargas y costes adicionales, de conformidad con el artículo 14, apartado 1;
- (c) la identidad del comerciante, por ejemplo su nombre comercial, la dirección geográfica en la que esté establecido y su número de teléfono;
- (d) las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 16, letras a) y b);

A modo de excepción, la información precontractual no se exige en aquellos contratos que conlleven transacciones cotidianas y que son ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración. Se trata de contratos que se cumplen inmediatamente una vez celebrados.

### **V.2.3 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL DE UN COMERCIANTE A OTRO COMERCIANTE.**

Como sabemos, el Reglamento CESL no sólo regula la contratación con consumidores, sino también entre empresas, siempre que una de ellas sea PYME. En este caso, también se establecen deberes precontractuales de información, pero en este caso ellos recaen en el “suministrador” de bienes o servicios. Veamos que dice la norma.

De acuerdo con el art. 23, nos encontramos ante tres supuestos:

- contrato de compraventa.
- contrato de suministro de contenidos digitales.
- contrato de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante.

En todos estos casos, el proveedor tendrá la obligación de revelar (siempre antes de la celebración del contrato) por cualquier medio adecuado al otro comerciante cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que tuviera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte.

Pero, de acuerdo con este apartado primero del art. 23, ¿cómo sabemos si el suministrador debe revelar información o no?

---

(e) cuando proceda, la existencia y las condiciones de los servicios posventa, las garantías comerciales y el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante;

(f) cuando proceda, la funcionalidad, incluidas las medidas técnicas aplicables de protección de los contenidos digitales; y

(g) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente de los contenidos digitales con los equipos y programas informáticos conocidos por el comerciante o que quepa esperar que este pueda conocer.

Para ello, el mismo art. 23 nos entrega ciertas pautas o criterios que nos ayudarán a determinar si pesa realmente sobre el suministrador, esta obligación de entregar información. El texto no es taxativo, pero aun así enumera algunas circunstancias que deben tenerse en cuenta, como por ej.: si el suministrador tenía conocimientos especializado en la materia; el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; la naturaleza de la información; la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión<sup>310</sup>.

Estos criterios que se enumeran allí, a nuestro juicio, no hacen más que concretar el principio de buena fe en materia contractual que, como hemos visto, ha sido muchas veces reconocido en instrumentos europeos de Derecho de contratos. De todas formas nos parece un avance que el texto del Reglamento CESL los enuncie expresamente a modo de “pautas” pues sin duda pueden servir para la resolución de eventuales disputas en esta materia.

#### **V.2.4 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.**

Según acabamos de ver, la Normativa Común de Compraventa Europea ha querido diferenciar claramente los deberes de informar que surgen en la contratación con consumidores de aquellas propios de la contratación entre comerciantes (siempre que uno de ellos sea una PYME)<sup>311</sup>. Más allá de esta distinción, existen ciertos requisitos especiales de información que resultan aplicables cualesquiera sean las partes del contrato, cuando se celebre a través de “medios electrónicos”.

---

<sup>310</sup> Estos criterios ya habían sido enumerados de modo ejemplificativo en los PECL, para la determinación de la existencia del *dolo omisivo* por falta de información precontractual en el art. 4:107 y también el DCFR art. II-3:101 que regula la información precontractual haciendo especial énfasis en que la entrega de dicha información debe hacerse en la forma que la otra persona pueda “razonablemente esperar”, teniendo en cuenta los estándares de calidad y rendimiento normal bajo las circunstancias y especialmente en la consideración de las buenas prácticas comerciales, si la otra parte es también una empresa.

<sup>311</sup> En este sentido, el Reglamento CESL ha seguido la tendencia del DCFR. Véase el capítulo IV de este trabajo, p. 178 y ss.

Hemos dicho antes que la contratación transfronteriza existe básicamente gracias al desarrollo de los medios electrónicos de comunicación, por lo tanto, no es de extrañar que el Reglamento CESL demuestre una mayor preocupación cuando el contrato se celebra por aquella vía, exigiendo informaciones adicionales y complementarias. Veamos algunos de los requisitos más importantes.

La información adicional por tratarse de un contrato celebrado por medio electrónico se encuentra regulada en los arts. 24 y 25.

Según dice el art. 24, si el comerciante facilite los medios para la celebración de un contrato y dichos medios que sean electrónicos no supongan el intercambio exclusivo de mensajes electrónicos u otro tipo de comunicación individual, el comerciante deberá poner a disposición de la otra parte medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles para detectar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte presente o acepte una oferta.

Además, el comerciante deberá acusar recibo por vía electrónica y sin demora indebida de la oferta o la aceptación enviada por la otra parte.

La información recaerá básicamente sobre las siguientes materias antes de que la otra parte presente o acepte una oferta:

- los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato
- si el comerciante va a registrar o no el documento contractual
- si este va a ser accesible
- los medios técnicos para detectar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte presente o acepte una oferta
- las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato
- las cláusulas contractuales.

Por otra parte, si el contrato (a distancia celebrado por medios electrónicos) obliga al consumidor a realizar un pago, el comerciante deberá poner en

conocimiento del consumidor la información precontractual<sup>312</sup> de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido.

El comerciante deberá indicar de modo claro y legible en el sitio web de su empresa, a más tardar al inicio del proceso de pedido, si se aplica alguna restricción en cuanto a la entrega y cuáles son los medios de pago aceptados.

Es deber del comerciante velar por que el consumidor, al efectuar su pedido, sepa claramente que el hecho de efectuar el pedido acarrea una obligación de pago.

Dice el art. 25.2 “Cuando la realización de un pedido se haga activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación inequívoca similar que indique que la realización del pedido implica la obligación de efectuar un pago al comerciante. Cuando el comerciante no haya cumplido lo dispuesto en el presente apartado, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido”.

Por último, destacar que nuevamente la Normativa del Reglamento CESL establece que la prueba de haberse cumplido o no con el deber de información en los *contratos celebrados por vía electrónica* recae sobre el comerciante y agrega que los artículos recién citados constituyen normas imperativas que no pueden ser alteradas por las partes en detrimento del consumidor (art. 26 y 27).

#### **V.2.5 RÉGIMEN DE SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

Uno de los aspectos más novedosos del Reglamento CESL es la clara mención a un sistema de sanciones por incumplimiento del deber precontractual de información. En este punto se ha seguido sin lugar a dudas, el texto del Marco Común de Referencia y su *Estudio de Viabilidad*.

---

<sup>312</sup> Se trata de la información requerida por el artículo 13, apartado 1, letra a), el artículo 14, apartados 1 y 2, y el artículo 16, letra b).

A diferencia de otros instrumentos de Derecho Europeo de Contratos y de muchos ordenamientos jurídicos internos de los países de la UE, el Reglamento CESL ha regulado detalladamente la información precontractual y junto con ello, establece cuales son las consecuencias de su inobservancia, de tal manera que no es necesario hacer una interpretación extensiva de las clásicas figuras del Derecho civil (como ocurre en el CC español) o descifrar un entramado complejo de disposiciones (caso del TRLGDCU) para saber que ocurre con el contrato y con los daños generados a la parte que no ha sido debidamente informada.

El texto del Reglamento es escueto pero preciso. Se trata de otra norma imperativa, pues dice expresamente que las partes no pueden excluir su aplicación ni introducir excepciones que vayan en desmedro de los derechos del consumidor. Veamos.

#### **V.2.5.1 Indemnización de perjuicios.**

En primer lugar, y de forma bastante novedosa, el art. 29 señala que la infracción de cualquier deber de información impuesto en este capítulo (cap. 2. *Información precontractual*) y que haya generado daño, hará responsable al infractor de las pérdidas sufridas como consecuencia de su incumplimiento.

Esto sin duda constituye un avance, ya que a diferencia del CC español o del TRLGDCU, nos encontramos entonces ante una expresa mención la *responsabilidad precontractual* que genera el incumplimiento del deber de informar debida y oportunamente, de tal manera que la parte perjudicada podrá utilizar estas normas para perseguir una debida indemnización, siempre que se cumplan los demás supuestos propios de la responsabilidad civil.

#### **V.2.5.2 Exención de pago.**

Cuando el comerciante no cumpla los requisitos de información sobre cargas u otros costes adicionales contemplados en el artículo 14, o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el artículo 17, apartado 2, el consumidor no deberá abonar dichos costes adicionales.

Se trata de una sanción al comerciante negligente que no informa debidamente al consumidor (fuera del precio de la transacción) y tal descuido es sancionado con la exención de pago en favor del consumidor. Recordemos que esta norma sólo es de aplicación a los contratos celebrados entre comerciantes (empresas) y consumidores, excluyéndose la contratación con PYMES.

### V.2.5.3 Desistimiento.

Dice el art. 29.3 que los remedios contemplados en él (indemnización de daños) se entenderán sin perjuicio de cualquier remedio que pudiera estar disponible en virtud del artículo 42, apartado 2, y los artículos 48 o 49.

De acuerdo con el art. 42 del Reglamento CESL el *desistimiento* es un derecho exclusivo del consumidor, que no requiere expresión de causa (desistimiento *ad nutum*) ni trae aparejado ningún coste para él. Eso sí, es necesario que se trate de un contrato ha sido celebrado a distancia o fuera establecimiento comercial siempre que en este último caso, el precio del contrato (o contratos si fuesen varios) exceda de 50 euros o equivalente en la moneda acordada.

El plazo para el ejercicio de este derecho es de catorce días<sup>313</sup> y los efectos del desistimiento consisten básicamente en la extinción de la obligación de ejecutar

---

<sup>313</sup> Este plazo de catorce días coincide con el plazo que establece la nueva Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento comercial.

*Forma de computar el plazo de desistimiento en la Normativa Común de Compraventa Europea.* Se trata de *catorce días* contados a partir de:

- (a) el día de la entrega de los bienes al consumidor en el caso de los contratos de compraventa, incluidos aquellos en virtud de los cuales el vendedor también acuerda prestar servicios relacionados;
- (b) el día de la entrega al consumidor del último de los artículos, cuando se trate de contratos para la venta de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado, incluidos aquellos en virtud de los cuales el vendedor también acuerda prestar servicios relacionados;
- (c) el día de la entrega al consumidor del último componente o pieza en el caso de un contrato en el que los bienes están compuestos por múltiples componentes o piezas, incluidos aquellos en virtud de los cuales el vendedor también acuerda prestar servicios relacionados;
- (d) el día de la entrega al consumidor del primero de los artículos cuando se trate de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, incluidos aquellos en virtud de los cuales el vendedor también acuerda prestar servicios relacionados;
- (e) el día de la celebración del contrato, en el caso de contratos de servicios relacionados que se celebren después de la entrega de los bienes;

el contrato (para ambas partes) o de celebrarlo (cuando la oferta ha sido del consumidor), pero no acarrea por sí mismo la reparación de los daños eventualmente ocasionados al consumidor por falta de información precontractual. En tal caso el perjudicado deberá solicitar esta reparación conforme al art. 29.1 del Reglamento CESL.

En consecuencia, el desistimiento no obsta a la solicitud de una indemnización de los daños sufridos por falta de información precontractual.

#### V.2.5.4 Anulabilidad<sup>314</sup>.

##### a) Error

En cuanto al *error*, el art. 48<sup>315</sup> dice que “una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de Derecho en el momento de su celebración si la otra

---

(f) el día de la entrega al consumidor del soporte material de conformidad con la letra a), en el caso de contratos de suministro de contenidos digitales, cuando los contenidos digitales se suministren en un soporte material;

(g) el día en que se celebre el contrato, cuando los contenidos digitales no se suministren en un soporte material, el día en que se celebre el contrato.

2. Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información contemplada en el artículo 17, apartado 1, el plazo de desistimiento concluirá:

(a) al cabo de un año desde la expiración del plazo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el apartado 1; o

(b) si el comerciante ha facilitado al consumidor la información requerida en el plazo de un año desde que finalizó el plazo de desistimiento determinado de conformidad con el apartado 1, a los catorce días de la fecha en que el consumidor reciba la información.

<sup>314</sup> Véase *Supra* p. 59 y ss. sobre el régimen de anulabilidad por error y dolo en el Derecho civil español.

<sup>315</sup> Artículo 48 Error

1. Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de Derecho en el momento de su celebración si:

(a) la otra parte sabía o podía esperarse que supiera que la víctima del error, si no hubiera existido dicho error, no hubiera celebrado el contrato, o solamente lo hubiera celebrado en condiciones sustancialmente diferentes; y

(b) la otra parte:

i) provocó el error;

ii) es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con alguna de sus deberes en materia de información precontractual conforme a lo dispuesto en el capítulo 2, secciones 1 a 4;

iii) sabía o cabía esperar que supiera de la existencia del error y es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas, al no comunicar la información pertinente, siempre y cuando la buena fe contractual hubiera exigido que la parte concedora del error la comunicara; o

iv) incurrió en el mismo error.

2. Una parte no podrá anular el contrato por error si dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o, atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo de error.

parte “es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con alguna de sus deberes en materia de información precontractual conforme a lo dispuesto en el capítulo 2, secciones 1 a 4”.

Como vemos, el consumidor o el otro comerciante perjudicados por la infracción de los deberes de información precontractual, puede demandar la anulación del contrato por causa de error. A diferencia de otros textos que regulan los vicios del consentimiento, el Reglamento CESL establece expresamente y sin lugar a dudas, que la infracción a los deberes de informar que el mismo regula en su sección 2, constituyen error suficiente para viciar la voluntad del perjudicado.

Agrega además que cualquier inexactitud a la hora de formular o transmitir una declaración se considerará un error de la persona que haya realizado o enviado la declaración. Con ello refuerza la idea de la necesidad de cumplir con el principio de veracidad, oportunidad y claridad en la información que se entrega, principios que, como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo, inspiran toda la legislación de consumo española, especialmente en el TRLGDCU.

## **b) Dolo.**

En cuanto al *dolo* el art. 49<sup>316</sup> señala en su apartado 1 que “Una parte podrá anular un contrato cuando la otra la haya inducido a celebrarlo mediante una

---

3. Cualquier inexactitud a la hora de formular o transmitir una declaración se considerará un error de la persona que haya realizado o enviado la declaración.

<sup>316</sup> Artículo 49 Dolo.

1. Una parte podrá anular un contrato cuando la otra la haya inducido a celebrarlo mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o porque le haya ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme a los principios de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual.

2. Una declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa, o temerariamente en cuanto a su condición de verdadera o falsa, y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error.

3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, deberá atenderse a todas las circunstancias, entre ellas:

- (a) si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia;
- (b) el coste que supone para la parte obtener la información pertinente;
- (c) la facilidad con la que la otra parte podría haber obtenido la información por otros medios;
- (d) la naturaleza de la información;
- (e) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte; y
- (f) en los contratos entre comerciantes, las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión.

declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o porque le haya ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme a los principios de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual”.

Otra vez el texto del Reglamento nos deja claro que la falta de *información precontractual* en cuanto deber, es constitutiva de dolo y vicia por tanto el consentimiento.

Para saber si la omisión de información es ilícita por contraria a la buena fe, es necesario estudiar las circunstancias que han rodeado a la contratación, pues como sabemos, el deber precontractual de información no es “absoluto”. Ya lo hemos dicho anteriormente y hacemos hincapié en este punto<sup>317</sup>.

#### Reglas comunes a error y dolo.

Lo interesante del régimen de *error y dolo* que contempla el Reglamento CESL es la forma en que se realiza la anulación del contrato. Se trata una forma bastante novedosa, en comparación con la regulación que contempla el CC.

De acuerdo con el art. art. 52, la anulación se efectuará mediante notificación a la otra parte, notificación que solo será efectiva si se realiza dentro del plazo correspondiente, contado desde que la parte que anula el contrato haya tenido conocimiento de las circunstancias relevantes o se encuentre en situación de actuar libremente. Si se trata de error, el plazo para notificar la anulación es de seis meses y si de dolo, un año.

En cuando a los efectos de la anulación, la regla general es que si el contrato es susceptible de ser anulado, siempre será considerado válido hasta el momento de su anulación, pero a partir de allí, se declarará nulo con efecto retroactivo. En este aspecto, el Reglamento sigue las tradicionales reglas de los sistemas codificados de Derecho civil y también en cuanto a la posibilidad de solicitar una nulidad *parcial*

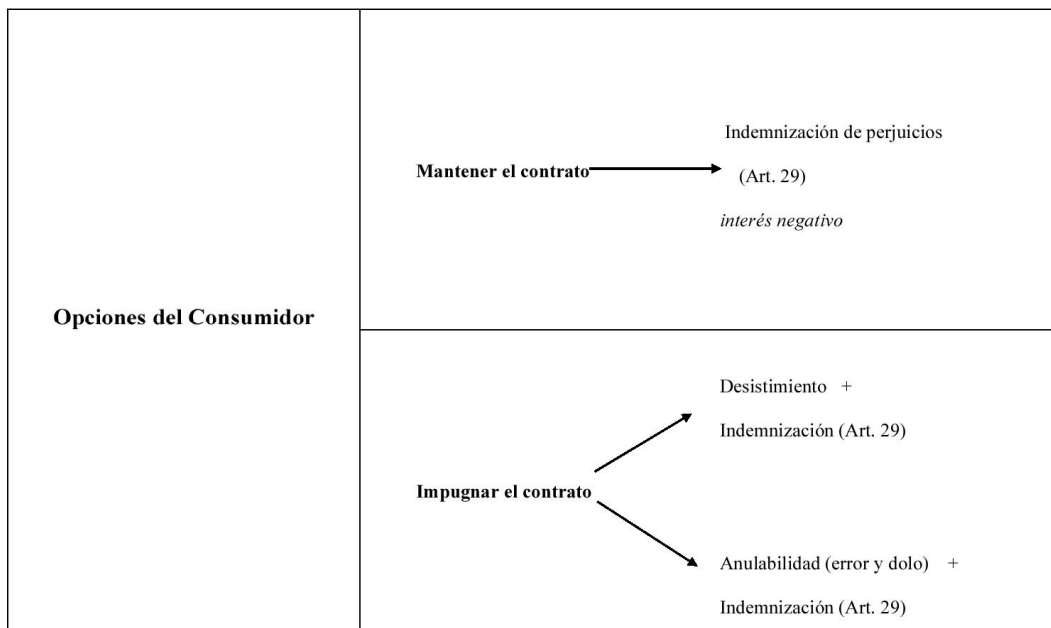
---

<sup>317</sup> Una norma similar a la del Reglamento CESL la encontramos en el art. 4:107 de los PECL que regula el dolo. En este artículo también se exige que la omisión sea contraria a la buena fe para viciar el consentimiento, pues cabe la posibilidad de que la omisión sea perfectamente lícita.

cuando la causa de anulación afecta solamente a determinadas cláusulas del contrato. Así, puede subsistir el resto del contrato, salvo que no sea viable en sí mismo.

Otro aspecto importante, es el relativo a la reparación de daños y perjuicios ocasionados por el error y el dolo. El Reglamento establece en su art. 55 en favor de la parte que esté legitimada para anular el contrato, el derecho a solicitar a la otra parte una indemnización por cualquier pérdida sufrida a consecuencia del error o dolo, siempre que esta otra parte supiese o quepa esperar que supiese las circunstancias relevantes.

### V.2.5.5 Cuadro esquemático de sanciones.



Llegados a este punto, podemos hacer un resumen de las opciones que el consumidor que ha sido perjudicad por el incumplimiento del *deber precontractual de información* cuando ha realizado una compraventa (contrato de suministro o de servicio relacionado) transfronteriza:

#### a) Normativa Común de Compraventa Europea (Reglamento CESL).

Nos encontramos en el caso en que el consumidor declara expresamente su voluntad de que el contrato se someta a esta normativa. Si así lo hiciere, el Reglamento CESL se aplicará como segundo derecho nacional, excluyendo cualquier otra norma de Derecho interno, ya sea de consumo o de Derecho común.

Las opciones que entrega la Normativa Común de Compraventa Europea, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, son las siguientes:

- optar por *mantener* el contrato, solicitando sólo la reparación de los perjuicios sufridos conforme al art. 29.1.
- optar por el *desistimiento* del contrato, además de la reparación de perjuicios conforme al art. 29.1

- optar por la *anulación* del contrato por error y dolo, además de la reparación de perjuicios conforme al art. 55.

Claramente, se abre un gran abanico de opciones se abrirá en favor del consumidor (o de la empresa PYME), si ha optado legítimamente por la aplicación del Reglamento CESL al contrato.

Pero hemos de volver a recalcar que, para valerse del Reglamento debe haber sido debidamente informado de esta opción y de las consecuencias de optar por este instrumento. Ahora bien, si no hubiese sido así, pero el consumidor (o la empresa PYME) igualmente desea sujetarse a la normativa del Reglamento CESL, puede confirmar posteriormente su decisión y regirse por sus normas si estima que le son convenientes.

Una vez sometida al Reglamento CESL, la parte perjudicada por la falta de *información precontractual* tendrá entonces que barajar las opciones posibles según mejor convenga a sus intereses y principalmente dependerá de las pruebas que posea, de la cuantía del negocio y de otros factores que deberán apreciarse en cada negociación.

Nos parece que las soluciones que otorga el Reglamento son bastante adecuadas, con un carácter estricto, marcado por la imperatividad de algunas de sus normas en favor del consumidor, especialmente aquellas que se relacionan con el deber de información.

## b) Legislación nacional<sup>318</sup>.

Si el consumidor no ha manifestado su voluntad de someterse a la Normativa Común de Compraventa Europea, o si siendo informado con posterioridad de que va a aplicarse este instrumento, el consumidor no preste su conformidad con ello, se aplicará la legislación nacional (que haya pactado o la que corresponda a su residencia habitual), de Consumo en primer lugar por tratarse de un Derecho especial y el Derecho común de forma supletoria.

En consecuencia, en ningún caso puede estimarse que el carácter proteccionista del Reglamento CESL pueda desincentivar la contratación, puesto que el consumidor siempre se verá respaldado por las normas imperativas del Derecho interno. Las legislaciones nacionales –en el caso español el CC y el TRLGDCU y otras leyes de consumo- también otorgan una amplia gama de opciones para no dejar en la indefensión al consumidor que no ha sido debidamente informado, como hemos visto detalladamente en este trabajo.

---

<sup>318</sup> El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (C.M. 30/05/2014), dedica un capítulo del Libro IV, a la regulación de los *deberes en la fase preparatoria del contrato*. Veamos:

*Artículo 412-1. Deber de confidencialidad.*

Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que con este carácter 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.

*Artículo 412-2. Responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato.*

1. 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 hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo.

2. 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.

Como vemos, el deber precontractual de información no es regulado de forma directa, sino que se hace mención a la “confidencialidad” de la información, que como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, constituye uno de los límites de la obligación de informar (*Vid. Supra pp. y ss.*).

En cuanto a la responsabilidad precontractual, el Anteproyecto no hace más que reiterar el principio de libertad en las negociaciones, que permite a las partes romperlas en cualquier momento, sin que sea obligatorio celebrar el contrato. Este principio es claro, pero encuentra su límite en el principio general de buena fe, que impide iniciar o continuar negociaciones contrarias a ella. Si es así, debe responderse de los daños y perjuicios, tan como en el caso de cualquier otra conducta de mala fe.

### **b.1) Derecho de consumo español.**

Hemos visto todas las herramientas que entrega el Derecho de consumo español en el capítulo III de este trabajo<sup>319</sup>.

### **b.2) Derecho civil español.**

De manera supletoria, por mandato del propio TRLGDCU, el consumidor puede recurrir a las normas del Derecho común. Ante tal escenario, las herramientas que tiene el consumidor en caso de incumplimiento del deber de información son las siguientes:

#### **- Mantener el contrato.**

Solicitando (independientemente de si el contrato se anula o no por existir un vicio del consentimiento) una *indemnización* de los perjuicios causados por actos contrarios al principio general de buena fe durante la etapa precontractual. En tal caso se trata de perseguir una responsabilidad por *culpa in contrahendo*, responsabilidad que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia española ha catalogado como extracontractual o aquiliana.

#### **- Privar de efectos al contrato.**

- Demandando la *anulabilidad* del contrato por concurrir un vicio del consentimiento (error o dolo) y juntamente con ello, la indemnización de los perjuicios sufridos.
- Solicitando la *resolución* del contrato por incumplimiento de una obligación contractual. Es posible que el consumidor se valga del régimen del art. 1.124 del CC para privar de efectos al contrato. De acuerdo con esta norma, tendría derecho a solicitar el cumplimiento forzoso de la obligación (de informar) o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Pero, *¿Se puede considerar el deber de información como una obligación contractual?*

---

<sup>319</sup> Véase *supra*. p. 87 y ss.

La resolución del contrato por incumplimiento del deber de informar es un tema que ha sido discutido entre algunos autores de la doctrina española<sup>320</sup> y algunos de ellos llegan a la conclusión de que, para que la resolución resulte procedente, debemos entender que se trata de una obligación principal o al menos, de una obligación accesoria que influye directamente en la finalidad del contrato.

Si las partes han superado la etapa formativa del contrato y el consentimiento se ha formado libre de vicios (error, violencia, dolo), el contrato podría quedar resuelto por el incumplimiento de una obligación propia de la etapa precontractual. Para algunos autores, este deber integra uno más amplio como es el de “colaboración entre las partes” y su existencia garantiza la correcta ejecución contractual más allá de la perfección del contrato<sup>321</sup>.

A mi parecer, la obligación de información, en la contratación con consumidores que se encuentran en desventaja o que esperan obtener del comerciante una información veraz, transparente y clara, puede llegar a constituir una obligación principal puesto que si ella no se cumple, se afecta el objeto mismo del contrato. No puede haber igualdad en la contratación y de esta forma, la contratación pierde su sentido inicial.

---

<sup>320</sup> Véase CABALLERO LOZANO, J.M, “La protección del consumidor en la venta fuera de establecimiento mercantil a través de la nulidad del contrato” en *Diario La Ley*, 28 octubre de 1994; y principalmente ALVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 118-122 considera la posibilidad de aplicar la resolución por incumplimiento de la obligación de informar.

<sup>321</sup> Principalmente STIGLITZ sostiene que el deber de informar responde en esencia a unos principios morales mucho más amplios como son, la lealtad, la honestidad en el obrar, la cooperación, el auxilio y la protección del débil o vulnerable (ésta última consideración nos parece interesante, ya que se ha convertido en uno de los fundamentos más claros de la existencia del deber precontractual de información, especialmente en materia de consumidores). Estos principios morales, según explica el autor, son simples directivas con sustento ético que, al aparecer ante el Derecho como deberes positivos, accesorios a las obligaciones principales del contrato, constituyen finalmente deberes jurídicos con carácter secundario. STIGLITZ, Rubén, “La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo” en *Estudios sobre consumo*, Editorial Instituto Nacional de Consumo, Madrid, julio 1997, N° 42, pp. 43-54, p. 45.

La posibilidad de *resolver* el contrato por falta de información se encontraba presente en el DCFR y es extraño que el Reglamento CESL no lo haya seguido en este punto<sup>322</sup>.

El DCFR dice:

Art. II. - 3:109: *Remedios por incumplimiento de las obligaciones de información.*

(2) Si una empresa ha dejado de cumplir con cualquier obligación impuesta por los artículos precedentes de esta Sección y el contrato ha sido celebrado, se entienden incorporadas al negocio las obligaciones que en virtud del contrato la otra parte espera razonablemente sean incorporadas, como consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. Las sanciones previstas en el Libro III, Capítulo 3 se aplican a falta de cumplimiento de estas obligaciones.

Como consecuencia, se establece que el acreedor de los deberes de información incumplidos tiene a su disposición todos los remedios derivados del “incumplimiento de las obligaciones”. Esto parece otorgar a los deberes precontractuales el carácter de verdaderas obligaciones (por oposición a los simples *deberes de conducta*), que recibirán un tratamiento propio de la naturaleza contractual<sup>323</sup>.

Esta última posibilidad de solicitar la resolución del contrato nos parece interesante y mucho más conveniente que la de utilizar el régimen de anulabilidad por vicios del consentimiento, principalmente por dos motivos: el plazo de prescripción de la acción es sólo de 4 años y la prueba del error y el dolo

---

<sup>322</sup> En el Derecho español, han contemplado la resolución como sanción por falta de información precontractual, la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias en su art. 10.2 (esta ley se encuentra derogada por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; en el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en su art. 2.

<sup>323</sup> El carácter contractual del incumplimiento de la obligación de informar, parece quedar claro en el comentario hecho por los académicos en la discusión de esta norma: “Paragraph (2) reflects the general idea that information available in the pre-contractual context can have a bearing on the substance of a contract. Thus, if a contract has been concluded, failure to provide the required pre-contractual information, or to use the correct form, can affect the substance of the obligations assumed under the contract, and may result in the non-performance of contractual obligations”.

(principalmente de sus elementos subjetivos de imputación) es bastante difícil para un consumidor que negocia con un empresario que –por lo general- no conoce personalmente, debido al tipo de contratación en masa a través de medios electrónicos o automatizados.

### **V.3 BREVES CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.**

- Ya desde la segunda década de los años 80' el interés del legislador comunitario se ha centrado en la armonización del Derecho de consumo y el Derecho de contratos en el marco de la Unión Europea.

- En el año 2001, mediante la Comunicación sobre Derecho contractual europeo comienza una etapa de sucesivos trabajos académicos y políticos que procuran lograr la anhelada heterogeneidad en materia de contratos y de consumo.

- Como resultado de estos trabajos – principalmente gracias a la iniciativa *Libro verde* y *Agenda Digital* para Europa-, se realiza en el año 2009 una revisión del Marco Común de Referencia denominada *Estudio de viabilidad* (2011).

- Cabe señalar que este *Estudio de viabilidad* se elaboró de forma paralela a la tramitación de la Directiva 2011/83/UE sobre Derechos de los consumidores. Esto a juicio de la doctrina ha demostrado las carencias de un sistema europeo que presenta serias dificultades al momento de lograr la unificación de las materias más importantes, que siempre han sido reguladas de manera sectorial.

- El *Estudio de viabilidad* constituye la base y antecedente directo del Reglamento CESL para la creación de una Normativa Común de Compraventa Europea. Son instrumentos separados sólo por meses en cuanto a su aprobación y presentan una redacción casi idéntica.

- A su vez, el Reglamento CESL y la Directiva 2011/83/UE contienen una regulación similar de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial. A pesar de la mencionada “tramitación paralela” ambos

textos han logrado coincidir en sus disposiciones más importantes relativas a los derechos de los consumidores.

- El Reglamento CESL se ha elaborado en base al contrato de compraventa, que constituye el paradigma de los contratos a través de los que se realiza el intercambio o comercio de bienes y servicio, tanto en los mercados nacionales como en el mercado interior de la UE.

- Las disposiciones del Reglamento CESL sobre el contrato de compraventa son bastante extensas de los contratos en particular y su regulación contiene cuestiones generales que son perfectamente aplicables por analogía a otros contratos.

- La Normativa Común de Compraventa Europea posee un marcado carácter proteccionista del consumidor y muchas de sus disposiciones son imperativas, convirtiéndose en el régimen que otorga mayor protección a los consumidores dentro de la UE.

- Uno de los aspectos en que se refleja esta protección al consumidor es en la regulación cuidadosa y detallada del deber precontractual de información -aun cuando hay normas que también se aplican cuando el destinatario de la información es una PYME- y en un ordenado sistema de sanciones para el caso de incumplimiento de la entrega de la información.

- La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea es “opcional”, lo cual quiere decir que su aplicación depende de la voluntad expresa de las partes y en caso de no optar por ella, siempre estarán los consumidores protegidos por las normas imperativas de la ley de su residencia habitual (de acuerdo con el Reglamento Roma I).

- Nos parece que la regulación del deber de información ha sido mejorada en relación con el texto del Marco Común de Referencia (que ya era bastante extenso en este punto). Las normas son mucho más claras, distinguiéndose claramente el tipo de contratación, el destinatario de la información y las particularidades que han de

tenerse en cuenta en la contratación electrónica que tiene una gran importancia en las ventas transfronterizas.

- Estimamos que el Reglamento CESL es un marcado acierto en materia de contratos, especialmente por lo que representa esa minuciosa regulación de todos y cada uno de los aspectos que comprende la información precontractual, una materia que hace no muchos años, era prácticamente ignorada, hoy se convierte en uno de los pilares de este moderno instrumento sobre contratación transfronteriza.

## CONCLUSIONES

- El período precontractual era una materia que prácticamente era ignorada por los autores y las legislaciones nacionales. Como consecuencia de ello, la información que se deben las partes durante esta etapa no se encontraba regulada y su incumplimiento no tenía una sanción expresa en la legislación positiva.
- Gracias a la teoría de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* propuesta por Ihering -que a su vez recogió importantes elementos del Derecho romano- se comienza a aceptar que los hechos ilícitos ocurridos durante la etapa precontractual merecen ser sancionados y pueden generar responsabilidad civil.
- Dentro de los supuestos de la teoría de la *culpa in contrahendo* se encuentra el incumplimiento del *deber precontractual de información*. Poco a poco la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países que han seguido esta teoría, han reconocido la importancia de esta obligación atribuyéndole incluso sanciones expresas para el caso de incumplimiento. Gradualmente esta tendencia ha sido recogida por el legislador europeo y también por algunas las legislaciones nacionales.
- En el caso del Derecho español, el tratamiento del *deber precontractual de información* tiene dos grandes vertientes, según si la contratación es entre particulares o si se trata de contratación de consumo. En el primer caso se aplican las disposiciones del Código civil, que no contempla expresamente el deber de información mediante una regulación sistemática de él, ni señala sanciones para el caso de incumplimiento. En el Derecho civil el *deber precontractual de información* tiene su fundamento en el principio general de buena fe, de tal manera que aunque no tenga un reconocimiento expreso en el texto en la legislación siempre puede considerarse que la falta de información o una información inexacta o insuficiente vicia el consentimiento contractual y puede dar lugar a una indemnización de perjuicios, que la doctrina española ha catalogado como extracontractual o *aquiliana*. Esta es la solución para la contratación entre particulares.

- En la contratación con consumidores, la legislación española también ha tratado el deber precontractual de información en diversas disposiciones. La norma más importante en este materia –el TRLGDCU-, regula con mucho detalle los requisitos de la información precontractual en distintas disposiciones de su texto, pero el sistema de sanciones que contempla en caso de incumplimiento nos parece bastante complejo y poco ordenado, con normas que pueden generar confusión. El sistema propuesto no es claro, pero al menos el mismo TRLGDCU deja a salvo al consumidor, la posibilidad de recurrir a las soluciones del Código civil.

- En el marco europeo, el reconocimiento del deber precontractual de información ha coincidido con una época de cambios en materia de contratos y de Derecho de consumo, en que se ha fomentado la creación de un mercado único en que el legislador comunitario se ve en la necesidad de establecer unas normas mínimas de protección para el consumidor.

- Ante el escenario de un *mercado único interior* una de las principales herramientas que el legislador comunitario ha utilizado para lograr esta protección efectiva de la parte más débil de la contratación, es el establecimiento de un deber precontractual de información cuya infracción puede derivar en la resolución, anulabilidad del contrato, ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento y otras diversas sanciones.

- No obstante lo anterior, las soluciones propuestas por el legislador europeo – principalmente Directivas- no han resultado del todo eficaces y continúa existiendo una multiplicidad de normas nacionales con distintas regulaciones. Estas diferencias entre cada sistema nacional acarrea dificultades y costes adicionales a las operaciones transfronterizas. Por ello, el legislador comunitario propone la adopción del Reglamento sobre una Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) que constituye un “segundo Derecho nacional”, y cuya aplicación es opcional.

- El Reglamento CESL tiene como antecedente directo al Marco Común de Referencia Europea (específicamente el Estudio de Viabilidad de 2011) pero recoge además opiniones de la doctrina europea, trabajos de los académicos más reconocidos de la UE, y se basa en anteriores proyectos legislativos, respetando los

principios de acervo comunitario en materia de contratos. Si bien se trata de un texto innovador en cuanto a su redacción y estructura, no puede negarse que viene fuertemente inspirado en trabajos que ya hace tiempo buscan la unificación europea en materia de contratos y de Derecho de consumo.

- En el Reglamento CESL, el deber precontractual de información tiene un papel fundamental, lo cual se evidencia en una regulación extensa y detallada y un sistema de soluciones bastante efectivo, según hemos visto detalladamente en nuestro trabajo.

- A nuestro parecer, el Reglamento CESL constituye el último esfuerzo del legislador comunitario por unificar el Derecho europeo de contratos y el Derecho de consumo. A su vez representa la materialización –a nivel europeo- de la doctrina de la *culpa in contrahendo* que proponía Ihering a principios del siglo XX. Decimos “a nivel europeo”, porque en los Derechos nacionales ya se advierten cambios que reconocen esta teoría elaborada por la doctrina y desarrollada por la jurisprudencia. Así es el caso del BGB alemán luego de la reforma del derecho de obligaciones del año 2002 y en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español de 2009, en que se da mucha importancia a la etapa precontractual, los deberes de información y la contratación a través de medios electrónicos.

- Consideramos que es conveniente, en las ventas transfronterizas con consumidores, optar por el Reglamento CESL, pues el deber precontractual de información es una de las herramientas principales de este instrumento para garantizar la igualdad en la contratación. En comparación con el Derecho nacional español (Código civil y TRLGDCU), las soluciones son similares aunque con algunos aspectos mucho más favorables al consumidor.

- A nuestro juicio, este reglamento representa el reconocimiento de la etapa precontractual que era prácticamente ignorada por las legislaciones nacionales y que poco a poco ha despertado el interés de la doctrina para llegar a consagrarse como un período que puede ser determinante para la existencia del contrato. Si bien como hemos dicho, el *deber precontractual de información* tiene su fundamento en el principio general de buena fe, siempre es bueno que tenga una consagración expresa,

que se regule detalladamente sus requisitos y que las sanciones sean claras y principalmente efectivas. Nosotros creemos que este instrumento europeo cumple con estos requisitos y -al menos en esta materia- resulta conveniente su aprobación y entrada en vigor.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **A**

**ALBALADEJO**, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 18ª ed., Editorial Edisofer, Madrid, 2009.

**ALBIEZ DOHRMANN**, Klaus Jochen (Dir.), **PALAZÓN GARRIDO**, Mª Luisa (Coord.), **MÉNDEZ SERRANO**, Mª del Mar (Coord.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.

**ALONSO GARCÍA**, Ricardo, “El *Soft Law* Comunitario” en *Revista de Administración Pública*, Nº 154, enero-abril 2001, p. 63 y ss.

**ALONSO PÉREZ**, María Teresa, “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2009, disponible *on line* en: [http://www.indret.com/pdf/914\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/914_es.pdf)

**ALVAREZ**, María del Pilar, (Coord.), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008.

**ÁNGEL YAGÜEZ**, Ricardo de, “Lealtad en el período precontractual. La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, p. 178.

**ÁNGEL YAGÜEZ**, Ricardo de, “Lealtad en el período precontractual. La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, pp. 247-286.

**ARNAU RAVENTÓS**, Lidia, “El plazo para desistir en los contratos con consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 1, 2011, pp. 157-196.

**ARROYO APARICIO**, Alicia, “Los consumidores ante los contratos a distancia”, *Revista de Derecho UNED*, nº 6, 2010, pp. 41-96.

**ARROYO I AMAYUELAS**, Esther, “Textos básicos del Derecho privado europeo, Acquis communautaire y Derecho civil futuro” en ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (Coords.) *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 639-664.

**ASUA GONZALEZ**, Clara Isabel, *La culpa in contrahendo : (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, publicación Universidad del País Vasco, Bilbao 1989, p. 186.

## **B**

**BASOZABAL ARRUE**, Xabier, “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coordinadora), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la Compraventa de octubre de 2011*, editorial Aranzadi, Navarra 2012, pp. 181-207, p. 203.

- “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 2, 2009, pp. 647-711.

- *Futuros para particulares*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

**BELUCHE RINCÓN**, Iris, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

**BETTI**, Emilio, *Teoría general de las obligaciones. Traducción y notas de Derecho español por José Luis De los Mozos*, Tomo V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1968-1970.

**BOSCH CAPDEVILA**, Esteve (Dir.), *Nuevas perspectivas de Derecho contractual*, Editorial Bosch, Barcelona 2012.

## C

**CALLEJO RODRIGUEZ**, Carmen, “El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de consumo”, *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 47, 2003, pp. 9-63.

**CAMACHO PEREIRA**, Consuelo, “Comparativa de la regulación de la integración de la publicidad en el contrato con consumidores, en el TRLGDCU y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2012, 28 pp., disponible *on line* en: <http://www.indret.com/pdf/935.es.pdf>

**CÁMARA LAPUENTE**, Sergio, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa; planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Editorial Colex, Madrid 2003, pp. 47-106.

**CÁMARA LAPUENTE**, Sergio (Dir.), **ARROYO I AMAYUELAS**, Esther (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la Compraventa de octubre de 2011*, Editorial Aranzadi, Navarra 2012.

**CARRASCO CARRASCAL**, Antonio José, “El contrato de compraventa: el derecho de desistimiento desde la perspectiva del comprador como consumidor”, Tesis de grado, publicación de la Universidad de Valladolid, 2013.

**CASTRESANA HERRERO**, Amelia, “Las definiciones de la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 5, Nº. 1, 2013, pp. 103-124.

**CUBIDES CAMACHO**, Jorge, “Los deberes de la buena fe contractual” en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, pp. 247-286.

## D

**DE LA MAZA GAZMURI**, Iñigo, “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 37, 2011, pp. 115-135.

- “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 34, 2010, pp. 75-99.
- *Los límites del deber precontractual de información*, editorial Civitas-Thomson Reuters (Cizur Menor) Navarra, 2010.

**DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B, RODRÍGUEZ BENOT, A, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, M A** (Coords.), “Hacia un Derecho conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año Nº 13, Nº 33, 2009, pp. 784-786.

**DÍAZ, David**, “Códigos de conducta” en *Revista Cinco Días*, Mar 29, Madrid 2010, disponible en: [www.ucm.es/cisne.sim.ucm.es/BUCM/checkip.php?/docview/89143059?accountid=14514](http://www.ucm.es/cisne.sim.ucm.es/BUCM/checkip.php?/docview/89143059?accountid=14514)

**DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, Antonio Manuel**, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, editorial Civitas, Madrid 2002.

**DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil. Vol. II, 9ª ed.*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

**DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar**, “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2009, disponible on line en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018516>

## E

**EBERS, Martin**, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, *Revista InDret*, Barcelona, enero 2012, disponible on line: [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf)

**ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando, OLARIU, Ozana**, “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Revista InDret*, Barcelona, enero 2013, disponible on line: <http://www.indret.com/pdf/949.pdf>

## F

**FENOY PICÓN**, Nieves, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, nº 1, 2010, pp. 47-136.

**FERNÁNDEZ MASIÁ**, Enrique, “Optando por la normativa común de compraventa europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº. 23, 2012, p. 11-21.

**FORNER DELAYGUA**, Joaquim-J, “La ley aplicable a los contratos internacionales” en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.) *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 51- 84.

## G

**GANDOLFI**, Giuseppe, (Coord.) *Code europeen des contrats: avant-projet. Codice europeo dei contratti: progetto preliminare*, Editorial Giuffrè, Milano 2002, pp. 133-135.

**GARCÍA CANTERO**, Gabriel, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, editorial Reus, Madrid 2010, pp. 95-114.

- “La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Nº 44, 2002, pp. 299-306.

**GARCÍA RUBIO**, María Paz, La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del Derecho de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, nº 4, 2010, pp. 1621-1642.

- *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid 1991, p. 206.

**GARCÍA RUBIO**, María Paz, **OTERO CRESPO**, Marta, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *Revista InDret*, Barcelona, abril 2010, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/731\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf)

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ**, Francisco José, “El ‘Reglamento Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ¿Cuánto ha cambiado del Convenio de Roma de 1980?” en *La Ley*, N° 6957, 30 de mayo de 2008.

**GÓMEZ CALLE**, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, 1994, p. 32.

**GÓMEZ GÁLLIGO**, Francisco Javier., “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, editorial Bosch, Barcelona 2009, p. 525-547.

**GÓMEZ POMAR**, Fernando, **GILI SALDAÑA**, Marian, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos” en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona enero 2012, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/872\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf)., pp. 4-8.

**GONZÁLEZ CARRASCO**, Carmen, “SENTENCIA de 15 de MARZO de 2010. Compraventa de vivienda sobre plano. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Proyecto de ejecución contradicho por la memoria de calidades incorporada al contrato. Requisitos del carácter vinculante de la información precontractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 85, 2011, pp. 323-337.

**GONZÁLEZ PACANOWSKA**, Isabel “Los principios Lando” en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve, *Derecho privado europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 151-182.

**GROTHER**, Helmut, “The Common Frame of Reference for European Private Law”, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, N° 2, año 2, 2012, pp. 29-44, p. 30.

**GRUNDMANN**, Stefan, “Costs and benefits of an optional European sales law (CESL)”, *Common market law review* (Ejemplar dedicado a *Chicago Conference*), vol. 50, N° Extra 1 (Especial), 2013, pp. 225-242.

## H

**HUBER**, Peter, “Art. 3.18” en VOGENAUER, Stefan, KLEINHEISTERKAMP, Jan (Eds.) *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford University Press, Oxford 2009, pp. 483-487.

## I

**ILLESCAS ORTIZ**, Rafael, **PERALES VISCASILLAS**, María del Pilar, “El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación”, *Derecho de los negocios*, año N° 23, 2012, pp. 9-19.

**INFANTE RUIZ**, Francisco José, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 3, 2009, disponible *on line* en: [http://www.indret.com/pdf/534\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf).

**INFANTE RUIZ**, Francisco José, **OLIVA BLÁZQUEZ**, Francisco, “Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°. 3, 2009, disponible *on line* en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3018485>

## J

**JEREZ DELGADO**, Carmen, “Causas y procedimiento de anulación de los contratos en el Derecho Norteamericano y su reflejo en el Derecho Privado Europeo: el valor de la autotutela. Contract’s avoidance in United States Law” en *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho procesal y Arbitraje*, N°1, año 2009, disponible *on line* en: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA1093.pdf>

**JIMÉNEZ MUÑOZ**, Francisco Javier, “Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de obligaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 738, julio-agosto 2013, pp. 2253-2328.

## K

**KLEINHEISTERKAMP**, Jan, “Art. 2.1.15, Art. 2.1.16” en **VOGENAUER**, Stefan, **KLEINHEISTERKAMP**, Jan (Eds.) *Comentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford University Press, Oxford 2009, p. 303.

## L

**LANDO**, Ole, “Is Good Faith an Over-arching General Clause in the Principles of European Contract Law? en *European Review of Private Law*, Nº 15, año 2007, pp. 841-853.

**LEIBLE**, Stefan, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato en favor de un instrumento opcional”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario, PÉREZ ALVAREZ, María del Pilar, (Coord.), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008, pp. 221-249.

- “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006.

**LLOBET I AGUADO**, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, editorial Marcial Pons, Madrid 1996.

**LUNA SERRANO**, Agustín, “El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos”, en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 51/1, enero-junio 2003, pp. 307-316.

## M

**MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS**, Jerónimo, **BECERRIL ATIENZA**, Belén (Coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, tomo III, Sistema institucional y procedimientos decisorios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

**MAGNUS**, Ulrich, “La reforma del Derecho alemán de daños”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, Barcelona, abril, 2003, disponible en [http://www.indret.com/pdf/127\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/127_es.pdf)

**MARTÍN-CASALS**, Miquel, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, editorial Aranzadi - Cizur Menor, Navarra 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-Koziol), en CAMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho privado europeo*, editorial Colex, Madrid 2003, pp. 217-226.

**MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ**, Carlos [et. al], *Curso de Derecho civil (II), Derecho de obligaciones*, editorial Colex, Madrid 2011.

- “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, en *Anuario de Derecho Civil*, 47-1, 1994, pp. 31-90.

**MARTÍNEZ ESPÍN**, Pascual, “Incidencia de la directiva 83/2011 en otras Directivas de contratos con consumidores no armonizadas ni derogadas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°1, 2012, pp.95-107.

**MARTINEZ ORTEGA**, Juan Carlos (Coord.), *La compraventa y los contratos preparatorios*, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona 2011.

**MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO**, Luis, “El deber de información precontractual”, en CABALLERO, José María, DE LA CUESTA, José María, VATTIER Carlos (Dirs.), *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. 1, Editorial Dykinson, Madrid 2003, pp. 159-174.

**McGREGOR**, Harvey, “The Contract Code. Story, style and contents”, en *A l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, vol. 2, 2004, pp. 931-938.

**MENDOZA LOSANA**, Ana Isabel, “Información precontractual en la Directiva 2011/83. Novedades, exigencias y carencias”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°1, 2012, pp. 22-28.

**MONROY ANTÓN**, Antonio, **LÓPEZ JIMÉNEZ**, David, “El comercio electrónico de calidad: compromisos empresariales asumidos en beneficio del consumidor”, en *Innovar. Revista de ciencias administrativas y sociales*, vol. 23, N° 47, enero-marzo 2013, pp. 40-52.

**MORALES MORENO**, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones*, Editorial Aranzadi, Navarra 2006.

**MORENO QUESADA**, Antonio, José, “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus (Dir.), PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> Luisa, MÉNDEZ SERRANO, M<sup>a</sup> del Mar (Coords.), *Derecho privado Europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Editorial Atelier, Barcelona 2011.

**MOZOS**, José Luis de los, **LUNA SERRANO**, Agustín, “Academia de iusprivatistas europeos de Pavía. Código Europeo de Contratos (Traducción española del Código Europeo de Contratos)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, fascículo 4, año 2001, p. 713-804.

**MOZOS**, José Luis de los, “Responsabilidad en los 'tratos preparatorios' del contrato” en **MOZOS**, José Luis de los, *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*”, Publicación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 177-179.

- “Responsabilidad en los 'tratos preparatorios' del contrato” en **ÁNGEL YAGÜEZ**, Ricardo de [et. al.] *Estudios de responsabilidad civil: en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Editorial Dykinson, Madrid 2001, pp. 165-186.

## N

**NAVAS NAVARRO**, Susana, “El resarcimiento de daños en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)”, en *Actualidad civil*, Nº 4, 2000, págs. 1235-1262.

## O

**ORDOQUI CASTILLA**, Gustavo, *Buena fe en los contratos*, Editorial Reus, Madrid 2011.

**OROZCO PARDO**, Guillermo, **MORENO NAVARRETE**, Miguel Ángel, “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho privado”, en *Anales de derecho*, Nº 29, 2011, pp. 115-160.

## P

**PALAO MORENO**, Guillermo, “El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional Privado”, en **BLASCO** (Coord.) [et. al.] *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 1922.

**PANIZA FULLANA**, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Editorial Comares, Granada, 2003.

**PANTALEÓN PRIETO**, Fernando, “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 3, 2011, pp. 897-929.

**PICATOSTE BOBILLO**, Julio, “El derecho de información en la contratación con consumidores (1)”, *Actualidad Civil*, Nº 4, 2011.

## Q

**QUESADA SÁNCHEZ**, Antonio José, “Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato” en **ALBIEZ DOHRMANN**, Klaus (Dir.), **PALAZÓN GARRIDO**, M<sup>a</sup> Luisa, **MÉNDEZ SERRANO**, M<sup>a</sup> del Mar (Coord.), *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, editorial Atelier, Barcelona 2011, pp. 55-107, p. 84.

**QUIÑONES ESCÁMEZ**, Ana, “Buena fe y lealtad contractual” en **SÁNCHEZ LORENZO**, Sixto Alfonso (Coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Editorial Aranzadi, 2013, pp. 935-998.

- “Hacia un Derecho contractual europeo”, *Revista InDret*, julio 2008, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/558\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/558_es.pdf)
- “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’ de 15.12.2005” en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 367, julio 2006.

**QUIÑONEZ ESCÁMEZ**, Ana, **BATALLA TRILLA**, Ana, “Un paso inevitable en la armonización del Derecho contractual europeo: la elaboración de un Derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior” en **ESPIAU ESPIAU**, Santiago, **VAQUER ALOY**, Antoni (Eds.) *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 617-628.

## R

**RALUCA STROIE**, Iuliana, “Deberes de información en los contratos de permuta financiera. Un recorrido por la jurisprudencia civil de 2012”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 5, 2013, pp. 124-151.

**RAMOS FERNÁNDEZ**, Fernando, “Autorregulación, mediación y consulta previa: la nueva frontera de la ética publicitaria”, *Zer: Revista de estudios de comunicación. Komunikazio ikasketen aldizkaria*, Nº 11, 2001, disponible en: <http://www.ehu.es/zer/hemeroteca/pdfs/zer11-09-ramos.pdf>

**REDING**, Viviane, “Por qué necesita Europa un Derecho contractual europeo opcional” (Traducción del original en alemán de Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo), *Revista Indret*, abril 2011, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/824\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf)

**RENGIFO GARCÍA**, Ernesto, “El deber precontractual de información”, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, pp. 123-150.

**ROSA**, Esteban de la, **OLARIU**, Ozana, “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo. Nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Nº1, 2012, disponible *on line*: <http://www.indret.com/pdf/949.pdf>

**ROCA GUILLAMÓN**, Juan, “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Zaragoza 16-17 Noviembre 2012, disponible *on line*: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC%202012%20Ponencia%20JROCA.pdf>

**ROGEL VIDE**, Carlos, *Código europeo de contratos. Libro I. De los contratos en general; Libro II, Título I: De la compraventa*, editorial Reus, Madrid 2009.

## S

**SABORIDO SÁNCHEZ**, Paloma, “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español”, *Indret*:

*Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2013, disponible *on line* en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4122323>.

**SALVADOR CODERCH**, Pablo, “Un código civil de mínimos. [Recensión a Ugo Mattei, *The European Codification Process. Cut and Paste*. Kluwer Law International. The Hague, London-New York, 2003]”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, 2013, disponible *on line* en: [http://www.indret.com/pdf/267\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/267_es.pdf)

**SÁNCHEZ GÓMEZ**, Amelia, “Capítulo II. Información precontractual y contratos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.) *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Editorial Aranzadi-Thomson, Navarra 2009, pp. 1239-1284.

**SÁNCHEZ LORENZO**, Sixto Alfonso, “La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *Anuario español de derecho internacional privado*, N° 11, 2011, pp. 35-60.

- “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: soft law versus hard law o Comisión contra Parlamento”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario, PÉREZ ALVAREZ, María del Pilar, (Coords.), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008, pp. 377-405.

**SCHERMAIER**, Martin Josef, “Error, falsa representación y deberes precontractuales de información. La tradición del civil law”, *Revista de Derecho Privado*, N° 23, julio-diciembre 2012, pp. 65-88.

**SCHULTZE**, Reiner, **ZIMMERMANN**, Reinhard, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, traducción y edición de Esther Arroyo I Amayuelas, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, pp. 449-490.

**SCHULZE**, Reiner, “Estado actual de los debates sobre el Marco común de Referencia”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario, PÉREZ ALVAREZ, María del Pilar, (Coords.), *Derecho privado europeo, estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Editorial Thomson-Civitas, Navarra 2008, pp. 407-428.

- “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, N° 1, 2006, pp. 29-58.

- “El Derecho contractual europeo y sus textos básicos” en ESPIAU ESPIAU, Santiago, VAQUER ALOY, Antoni (Coords.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 629-638.

**SOLARTE RODRÍGUEZ**, Arturo, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Revista Vniversitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia*, N° 108, 2004, pp. 281-315.

**SOLER MATUTES**, Pere, “La fase previa a la contratación o fase precontractual. El deber de información” en SOLER MATUTES, Pedro, PIATTINI VELTHUIS, Mario (Dirs.) e Ilustre Colegio Oficial de Ingeniería en Informática de Cataluña, *Manual de gestión y contratación informática : Comentarios, Jurisprudencia actualizada, Formularios de contratos comentados y Modelos Oficiales del COEIC*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra 2006, pp. 341-384.

## T

**TOMÁS MARTÍNEZ**, Gema, “Derecho Privado Comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 16, N° 42, 2012, pp. 543-571.

**TOVAR**, Aparicio, **VALDÉS DE LA VEGA**, Berta, “Sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas. Un análisis europeo comparado”, *Cuadernos de relaciones laborales*, (ejemplar dedicado a la responsabilidad social empresarial en Europa y las corporaciones transnacionales), vol. 27, N° 1, 2009, pp. 53-75.

## V

**VALES DUQUE**, Pablo, *La responsabilidad precontractual*, Editorial Reus, Madrid 2012.

**VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL): un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, N° 1, 2013, pp. 199-216.

- *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y derecho español*, Editorial Bosch, Barcelona 2011.

**VAQUER ALOY**, Antoni, **BOSCH CAPDEVILA**, Esteve, **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**, María Paz (Coords.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012.

**VAQUER ALOY**, Antoni, “El "Soft law" europeo en la jurisprudencia española. Doce casos”, *Ars Iuris Salmanticensis (AIS) Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, Nº. 1, 2013, pp. 93-115.

- “Marco General del nuevo Derecho de contratos”, en **BOSCH CAPDEVILLA** (Coordinador), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, editorial Bosch, Barcelona 2012, p. 38.
- “El Marco Común de Referencia”, en **BOSCH CAPDEVILLA**, Esteve (Dir.), *Derecho privado europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Editorial Bosch, Barcelona 2009, pp. 239-265.
- “Farewell to Windscheid? Legal concepts present and absent from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, en *European Review of Private Law*, Nº 4, año 2009, p. 508 y ss.
- *La tercera parte de los principios de Derecho europeo contractual europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.
- “La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, 4: pp. 1603-1615.

**VATTIER**, Carlos, **CUESTA**, José María de la, **CABALLERO**, José María, (Directores), *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, editorial Dykinson, Madrid 2003, p. 43-128.

**VERDERA IZQUIERDO**, Beatriz, “La interpretación de los contratos a partir de los principios contractuales europeos” en **ESPIAU ESPIAU**, Santiago, **VAQUER ALOY**, Antoni (Coords.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 245-260.

**VIGURI PEREA**, Agustín, “Análisis de derecho comparado sobre la culpa in contrahendo”, en **ESPIAU ESPIAU**, Santiago, **VAQUER ALOY**, Antoni (Eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo. [Bases of a European Contract Law]*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

**VON BAR**, Christian; **SCHULTE-NÖLKE**, Hans; **BEALE**, Hugh [et al.], *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). Full edition*, editorial Sellier European Law publication, Munich, 2009.

## **Y**

**YZQUIERDO TOLSADA**, Mariano, “Reflexiones varias sobre el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaboradas desde el Derecho español”, *Revista Jurídica*, N° 5, 2002, pp. 13-31.

## ANEXO I

### LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL)

\* Este Anexo contiene la Parte II Capítulo 2 de la Normativa Común de Compraventa Europea, relativa a la *Información precontractual*.





COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 11.10.2011  
COM(2011) 635 final

2011/0284 (COD)

Propuesta de

**REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO**

**relativo a una normativa común de compraventa europea**

{SEC(2011) 1165 final}

{SEC(2011) 1166 final}

## Parte II Carácter vinculante de un contrato

### Capítulo 2 Información precontractual

#### SECCIÓN 1 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL QUE EL COMERCIANTE DEBE FACILITAR AL CONSUMIDOR

##### *Artículo 13*

##### *Deber de facilitar información al celebrar contratos a distancia o fuera del establecimiento comercial*

1. Cuando un comerciante celebre un contrato a distancia o fuera del establecimiento comercial tendrá el deber de facilitar al consumidor la siguiente información, de forma clara y comprensible, antes de que se celebre el contrato o el consumidor quede vinculado por cualquier oferta:
  - (a) las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados que se hayan de suministrar, en la medida adecuada al medio de comunicación y a los propios bienes, contenidos digitales o servicios relacionados;
  - (b) el precio total y las cargas y costes adicionales, de conformidad con el artículo 14;
  - (c) la identidad y la dirección del comerciante, de conformidad con el artículo 15;
  - (d) las cláusulas contractuales, de conformidad con el artículo 16;
  - (e) los derechos de desistimiento, de conformidad con el artículo 17;
  - (f) cuando proceda, la existencia y las condiciones de la asistencia posventa del comerciante al cliente, los servicios posventa, las garantías comerciales y el sistema de tratamiento de las reclamaciones;
  - (g) cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo alternativo de resolución de litigios al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo;
  - (h) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; y
  - (i) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente de los contenidos digitales con los equipos y programas informáticos conocidos por el comerciante o que quepa esperar que este pueda conocer.

2. La información facilitada, excepto las direcciones exigidas en el apartado 1, letra c), formará parte integrante del contrato y no se modificará salvo disposición expresa en contrario de las partes.
3. En un contrato a distancia, la información requerida en este artículo:
  - (a) se facilitará al consumidor o se pondrá a su disposición de forma apropiada a los medios de comunicación a distancia utilizados;
  - (b) estará redactada en términos claros y comprensibles; y
  - (c) en la medida en que se facilite en un soporte duradero, será legible.
4. En un contrato celebrado fuera del establecimiento comercial, la información requerida en este artículo:
  - (a) se facilitará en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero; y
  - (b) será legible y estará redactada en términos claros y comprensibles.
5. El presente artículo no se aplicará a:
  - (a) los contratos de suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes del hogar de consumo corriente, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor;
  - (b) los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas;
  - (c) los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial si el precio o, cuando se celebren múltiples contratos al mismo tiempo, el precio total de los contratos no excede de 50 EUR o una suma equivalente en la moneda acordada para el precio del contrato.

#### *Artículo 14*

#### ***Información sobre el precio y las cargas y costes adicionales***

1. La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra b), deberá incluir:
  - (a) el precio total de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados, incluidos los impuestos, o, cuando los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados sean de tal naturaleza que el precio no pueda calcularse razonablemente de antemano, la forma en que se calculará el precio; y
  - (b) cuando proceda, todas las cargas adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro coste o, si no pueden calcularse razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichas cargas y costes adicionales.

2. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio total incluirá el precio total por periodo de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total deberá incluir el precio mensual total. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el precio total, se indicará la forma en que se ha de determinar el precio.
3. Cuando proceda, el comerciante deberá informar al consumidor del coste que supone la utilización del medio de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.

#### *Artículo 15*

#### ***Información sobre la identidad y la dirección del comerciante***

La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra c), deberá incluir:

- a) la identidad del comerciante, como su nombre comercial;
- b) la dirección geográfica del establecimiento comercial del comerciante;
- c) el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del comerciante, cuando se disponga de ellos, con objeto de que el consumidor pueda ponerse en contacto rápidamente y comunicarse con él de forma eficaz;
- d) cuando proceda, la identidad y la dirección geográfica de cualquier otro comerciante por cuya cuenta actúe el comerciante; y
- e) si es diferente de la dirección facilitada en virtud de la letras b) y d) del presente artículo, la dirección geográfica del comerciante y, cuando proceda, la del comerciante por cuya cuenta actúe, donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones.

#### *Artículo 16*

#### ***Información sobre las cláusulas contractuales***

La información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra d), deberá incluir:

- a) las modalidades de pago, entrega de los bienes, suministro de los contenidos digitales o prestación de los servicios relacionados y el plazo en el que el comerciante se compromete a entregar los bienes, suministrar los contenidos digitales o ejecutar la prestación de los servicios relacionados;
- b) cuando proceda, la duración del contrato y la duración mínima de las obligaciones del consumidor o, si el contrato es de duración indeterminada o de reconducción automática, las condiciones de resolución del contrato; y
- c) cuando proceda, la existencia de la obligación de que el consumidor pague o aporte un depósito u otras garantías financieras a solicitud del comerciante, así como sus condiciones; y

- d) cuando proceda, la existencia de códigos de conducta pertinentes y cómo pueden obtenerse ejemplares de los mismos.

#### *Artículo 17*

#### ***Información sobre los derechos de desistimiento en la celebración de contratos a distancia o fuera del establecimiento comercial***

1. Cuando el consumidor tenga un derecho de desistimiento en virtud del capítulo 4, la información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra e), incluirá las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho de conformidad con el apéndice 1, así como el modelo de formulario de desistimiento establecido en el apéndice 2.
2. Cuando proceda, la información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra e), incluirá la indicación de que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento si los bienes, por su propia naturaleza, no pueden devolverse normalmente por correo.
3. Cuando el consumidor pueda ejercer el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud para que la prestación de los servicios relacionados dé comienzo durante el plazo de desistimiento, la información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra e), incluirá la indicación de que, en tal caso, el consumidor deberá abonar al comerciante la cantidad contemplada en el artículo 45, apartado 5.
4. El deber de facilitar la información requerida en los apartados 1, 2 y 3 podrá cumplirse facilitando al consumidor el modelo de instrucciones sobre el desistimiento establecido en el apéndice 1. Se considerará que el comerciante cumple estos requisitos de información siempre que haya facilitado al consumidor dichas instrucciones correctamente cumplimentadas.
5. Cuando no se prevea un derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 40, apartado 2, letras c) a i), y apartado 3, la información que deberá facilitarse en virtud del artículo 13, apartado 1, letra e), incluirá una declaración de que al consumidor no le asiste un derecho de desistimiento o, cuando proceda, las circunstancias en las que el consumidor pierde el derecho de desistimiento.

#### *Artículo 18*

#### ***Contratos celebrados fuera del establecimiento comercial: otros requisitos de información y confirmación***

1. El comerciante deberá facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del contrato, incluida, cuando proceda, la confirmación del consentimiento del consumidor y de la aceptación por su parte como prevé el artículo 40, apartado 3, letra d), en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente.

2. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios relacionados dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 42, apartado 2, el comerciante deberá exigir que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

#### *Artículo 19*

#### ***Contratos a distancia: información adicional y otros requisitos***

1. Cuando el comerciante llame por teléfono al consumidor con la intención de celebrar un contrato a distancia, deberá, al inicio de la conversación con el consumidor, revelar su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de la misma.
2. Si el contrato a distancia se celebra a través de un medio de comunicación a distancia en el que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el comerciante facilitará en ese medio específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información contemplada en el apartado 3 del presente artículo. El comerciante deberá facilitar al consumidor las demás informaciones contempladas en el artículo 13 de una manera apropiada con arreglo al artículo 13, apartado 3.
3. La información requerida en virtud del apartado 2 será la siguiente:
  - (a) las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados, tal como se exige en el artículo 13, apartado 1, letra a);
  - (b) la identidad del comerciante, tal como se exige en el artículo 15, letra a);
  - (c) el precio total, con la inclusión de todos los elementos contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), y el artículo 14, apartados 1 y 2;
  - (d) el derecho de desistimiento; y
  - (e) cuando proceda, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indeterminada, las condiciones de resolución contempladas en el artículo 16, letra b).
4. Un contrato a distancia celebrado por teléfono solo será válido si el consumidor ha firmado la oferta o ha enviado su consentimiento escrito indicando estar de acuerdo en celebrar un contrato. El comerciante debe facilitar al consumidor una confirmación de ese acuerdo en un soporte duradero.
5. El comerciante deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado, incluida, cuando proceda, la confirmación del consentimiento del consumidor y de la aceptación por su parte contemplada en el artículo 40, apartado 3, letra d), y toda la información contemplada en el artículo 13, en un soporte duradero. El comerciante deberá facilitar dicha información en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del suministro de los soportes digitales o de la prestación del servicio relacionado, salvo si la información ya ha sido facilitada al consumidor en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia.

6. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios relacionados dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 42, apartado 2, el comerciante deberá exigir que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

#### *Artículo 20*

#### ***Obligación de facilitar información en la celebración de contratos distintos de los contratos a distancia y fuera del establecimiento comercial***

1. En los contratos distintos de los contratos a distancia y fuera del establecimiento comercial, el comerciante tendrá la obligación de facilitar al consumidor, de forma clara y comprensible, antes de que se celebre el contrato o el consumidor quede vinculado por cualquier oferta, la siguiente información, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto:
  - (a) las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados que se hayan de suministrar, en la medida adecuada al medio de comunicación y a los propios bienes, contenidos digitales o servicios relacionados;
  - (b) el precio total y las cargas y costes adicionales, de conformidad con el artículo 14, apartado 1;
  - (c) la identidad del comerciante, por ejemplo su nombre comercial, la dirección geográfica en la que esté establecido y su número de teléfono;
  - (d) las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 16, letras a) y b);
  - (e) cuando proceda, la existencia y las condiciones de los servicios posventa, las garantías comerciales y el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante;
  - (f) cuando proceda, la funcionalidad, incluidas las medidas técnicas aplicables de protección de los contenidos digitales; y
  - (g) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente de los contenidos digitales con los equipos y programas informáticos conocidos por el comerciante o que quepa esperar que este pueda conocer.
2. El presente artículo no se aplicará a los contratos que conlleven transacciones cotidianas y que son ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración.

#### *Artículo 21*

#### ***Carga de la prueba***

La carga de la prueba de haber facilitado la información requerida en la presente sección recaerá en el comerciante.

*Artículo 22*  
**Naturaleza imperativa**

Las partes no podrán excluir la aplicación de la presente sección, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

**SECCIÓN 2 INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL QUE DEBE FACILITAR EL  
COMERCIANTE QUE TRATE CON OTRO COMERCIANTE**

*Artículo 23*  
*Deber de revelar información sobre los bienes y servicios relacionados*

1. Antes de la celebración de un contrato de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante, el proveedor tendrá la obligación de revelar por cualquier medio adecuado al otro comerciante cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que tuviera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte.
2. Para determinar si el apartado 1 exige que el suministrador revele cualquier información, deberán considerarse todas las circunstancias y, en especial:
  - (a) si el suministrador tenía conocimientos especializado en la materia;
  - (b) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente;
  - (c) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios;
  - (d) la naturaleza de la información;
  - (e) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y
  - f) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión.

**SECCIÓN 3: CONTRATOS CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS**

*Artículo 24*  
***Deberes adicionales de facilitar información en los contratos a distancia celebrados por  
medios electrónicos***

1. El presente artículo se aplicará cuando un comerciante facilite los medios para la celebración de un contrato y cuando dichos medios sean electrónicos y no supongan el intercambio exclusivo de mensajes electrónicos u otro tipo de comunicación individual.

2. El comerciante deberá poner a disposición de la otra parte medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles para detectar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte presente o acepte una oferta.
3. El comerciante deberá facilitar información sobre las siguientes materias antes de que la otra parte presente o acepte una oferta:
  - (a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;
  - (b) si el comerciante va a registrar o no el documento contractual, y si este va a ser accesible;
  - (c) los medios técnicos para detectar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte presente o acepte una oferta;
  - (d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato;
  - (e) las cláusulas contractuales.
4. El comerciante deberá garantizar que las cláusulas contractuales contempladas en el apartado 3, letra e), se pongan a disposición en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción de forma tangible.
5. El comerciante deberá acusar recibo por vía electrónica y sin demora indebida de la oferta o la aceptación enviada por la otra parte.

#### *Artículo 25*

#### ***Requisitos adicionales en los contratos a distancia celebrados por medios electrónicos***

1. Cuando un contrato a distancia celebrado por medios electrónicos obligue al consumidor a realizar un pago, el comerciante deberá poner en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información requerida por el artículo 13, apartado 1, letra a), el artículo 14, apartados 1 y 2, y el artículo 16, letra b).
2. El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, reconozca expresamente que este implica una obligación de pago. Cuando la realización de un pedido se haga activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación inequívoca similar que indique que la realización del pedido implica la obligación de efectuar un pago al comerciante. Cuando el comerciante no haya cumplido lo dispuesto en el presente apartado, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.
3. El comerciante deberá indicar de modo claro y legible en el sitio *web* de su empresa, a más tardar al inicio del proceso de pedido, si se aplica alguna restricción en cuanto a la entrega y cuáles son los medios de pago aceptados.

*Artículo 26*  
**Carga de la prueba**

En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, la carga de la prueba de haber facilitado la información requerida en la presente sección recaerá en el comerciante.

*Artículo 27*  
**Naturaleza imperativa**

En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación de la presente sección, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

**SECCIÓN 4 DEBER DE GARANTIZAR LA CORRECCIÓN DE LA INFORMACIÓN FACILITADA**

*Artículo 28*  
**Deber de garantizar la corrección de la información facilitada**

1. Una parte que facilite información antes de que un contrato se haya celebrado o durante su celebración, bien en cumplimiento de los deberes impuestos por el presente capítulo, bien de otro modo, deberá comportarse con una diligencia razonable que garantice que la información facilitada es correcta y no engañosa.
2. Una parte a quien se haya facilitado información incorrecta o engañosa incumpliendo el deber contemplado en el apartado 1 y que razonablemente se basó en dicha información al celebrar el contrato con la parte que se la facilitó, podrá recurrir a los remedios establecidos en el artículo 29.
3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

**SECCIÓN 5 REMEDIOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN**

*Artículo 29*  
**Remedios en caso de incumplimiento de los deberes de información**

1. Una parte que haya incumplido cualquier deber impuesto por el presente capítulo responderá de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento.
2. Cuando el comerciante no cumpla los requisitos de información sobre cargas u otros costes adicionales contemplados en el artículo 14, o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el artículo 17, apartado 2, el consumidor no deberá abonar dichas cargas u otros costes adicionales.

## ANEXO II

### LA DIRECTIVA 83/2011 DE 25 DE OCTUBRE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES<sup>1</sup>.

**\* En este Anexo analizamos brevemente los principales aspectos de la nueva Directiva de los derechos de los consumidores y el tratamiento del deber precontractual de información.**

#### **1 NOCIONES GENERALES.**

Nos parece conveniente en este punto de nuestro trabajo, hacer un breve repaso por las disposiciones más importantes de esta nueva Directiva, en cuanto, al regular nuevamente aspectos determinantes en materia de consumidores, afecta aquellas normas relativas al cumplimiento del deber de información.

Como sabemos, se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 22 de noviembre de 2011, una nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores, que será aplicable por los Estados miembros a partir del 13 de junio de 2014. Quedarán incluidos bajo su ámbito de aplicación los contratos que se celebren exclusivamente entre comerciantes y consumidores de venta bienes y de suministro de servicios, incluidos los de agua, gas y electricidad, así como de contenidos digitales (programas, aplicaciones, juegos, música, libros) y contratos de transporte de mercancías y el alquiler de vehículos salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento.

Este es el objeto de su regulación, respecto al cual se ha tratado especialmente la regulación de estos contratos cuando se celebren a distancia y fuera de los establecimientos comerciales (venta directa).

No obstante lo anterior, la Directiva ha dejado la regulación de aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación, bajo la competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De esta forma, los Estados miembros tienen la facultad de extender las disposiciones de esta Directiva a personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores”, como sería el caso de las organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas.

De la misma forma, los Estados pueden hacer aplicables estas disposiciones a contratos distintos a los “contratos a distancia” e incluso adoptar o mantener disposiciones nacionales relativas a cuestiones que no estén reguladas en esta Directiva, tales como “normas adicionales sobre contratos de venta”, en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato.

Esta Directiva modifica a las anteriores 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Junto a lo anterior, deroga la Directiva 85/577 CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

La Directiva comienza por señalar en sus primeros considerandos, los motivos por los cuales se realiza esta modificación y derogación de disposiciones anteriores relativas a los contratos con consumidores. Entre ellos encontramos los siguientes:

Basándose en el art. 26 apartado 2 del TFUE<sup>2</sup>, que pretende el establecimiento de un mercado interior representativo de un espacio sin fronteras que garantice la libre circulación de los bienes y servicios, la

---

<sup>1</sup> Directiva 83/2011 Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>2</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), (2008/C 115/01), Art. 26. 2. “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de

armonización de determinados aspectos relativos a los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento comercial resulta necesaria para promover un auténtico mercado interior.

La misma Directiva se encarga de reconocer que no se está aprovechando de forma óptima el potencial de las ventas a distancia transfronterizas, que se ha visto bastante limitado durante los últimos años en comparación con los contratos a distancia a nivel nacional, situación que se repite en el caso de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil .

Esto se debe principalmente a la disparidad de normas que regulan la información que debe facilitarse al consumidor y el derecho de desistimiento, disparidad que a la larga afecta tanto a comerciantes como a consumidores, por aumentar los costes de cumplimiento para los comerciales que realmente quieren realizar ventas o prestar bienes de manera transfronteriza (provocando la inhibición de los vendedores y suministradores europeos) y por generar en los consumidores, una falta de confianza en el mercado interior.

Por lo anterior, esta Directiva pretende la uniformidad de ciertos aspectos que incidirán directamente en el aumento de las ventas a distancia, principalmente a través del comercio electrónico, ya que los consumidores europeos han manifestado cierta incertidumbre acerca del conocimiento de sus derechos, provocando una baja en las compras efectuadas en otros países UE. Una situación similar ocurre con los vendedores, ya que también se ha visto una importante resistencia a vender en un Estado UE diferente del suyo, pues los costes de transacción (entre los que, especialmente, se incluye el asesoramiento jurídico) derivados de ingresar en varios mercados son muy elevados.

El objetivo central que persigue el legislador comunitario es lograr una plena armonización de los aspectos más importantes en materia de consumidores; la uniformidad de la información que se entrega a los consumidores y la uniformidad en el tratamiento del derecho de desistimiento, tanto en la contratación a distancia, como en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Mediante la armonización de estas materias puede conseguirse la remoción de los obstáculos que derivan de la antes señalada fragmentación de las normas, logrando el pleno funcionamiento del mercado interior y logrando un elevado nivel común de los consumidores a nivel de la Unión Europea.

## 2. ASPECTOS DESTACABLES.

La Directiva 83/2011 parece ser el término de un proceso de revisión del Derecho europeo de contratos con consumidores, revisión que ha tenido por objeto actualizar algunos aspectos, pero principalmente eliminar las algunas incoherencias y lagunas existentes entre las normas comunitarias. Veamos las principales modificaciones o novedades que establece esta Directiva.

La reciente Directiva adopta el principio de armonización máxima, en vez de la mínima utilizada en las Directivas anteriores, lo que implica que al ser incorporada por los Estados miembros a su propio Derecho, no podrán garantizar a los consumidores una protección superior.

1. Se prohíben los “recargos encubiertos”, si antes no estaban explícitamente anunciadas en la página web, como garantías, recargos por usar un medio de pago como las tarjetas de crédito, etc.

2. Se prohíbe el uso de las “casillas preseleccionadas” para los servicios adicionales, exigiendo ahora que sea el usuario interesado quien deba marcar la casilla correspondiente para dar su autorización. Se trata de una práctica bastante común que presupone el consentimiento del consumidor a recibir por ej. un newsletter de una web o permitir un servicio adicional de pago en las compras online (un seguro, una extragarantía etc.). Con la nueva regulación, si el usuario está interesado deberá marcar la casilla correspondiente.

3. Se protege al consumidor regulando nuevamente su derecho a desistir del contrato sin alegar causa, dentro de los **catorce días** siguientes a su celebración, previa comunicación al vendedor dentro de este plazo. La Directiva, con el propósito de eliminar las diferencias en los plazos del desistimiento entre los distintos Estados miembros, establece tanto para los contratos a distancia, como para los celebrados fuera de establecimiento mercantil, un plazo único de catorce días que se computará de la siguiente forma: si se trata de un contrato de servicios, el plazo expira a los catorce días desde su celebración.

Si es un contrato de venta, el período expira a los catorce días contados desde aquel en que el consumidor o un tercero distinto del transportista e indicado por el consumidor haya adquirido la posesión material de los bienes.

Si el consumidor ha adquirido bienes múltiples o bienes por lotes, el plazo comenzará a contarse desde que haya recibido el último de ellos. Para todos estos efectos, el plazo será de “días naturales”.

---

mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

4. El ejercicio del *desistimiento* no le supondrá al consumidor ningún coste, si bien deberá compensar al vendedor si el valor de los bienes disminuyó si los manipuló de modo distinto al necesario "para establecer la naturaleza, las características o (su) funcionamiento". No obstante, deberá devolver al vendedor el bien dentro de los catorce días siguientes a la comunicación del desistimiento, y pagar los costes directos de devolución del bien, salvo que el vendedor los haya asumido. El comerciante deberá reembolsar al comprador todo pago (anticipo de precio, precio o parte del mismo) que este haya hecho dentro de los catorce días siguientes a la comunicación de desistimiento del consumidor.

5. La Directiva establece por primera vez, un formulario de desistimiento para el consumidor, incorporado en su Anexo I, aunque garantiza la libertad del consumidor para desistir del contrato utilizando sus propios términos, siempre que su declaración dirigida al comerciante se inequívoca, recalcando que en el propio interés del consumidor, utilice un soporte duradero al comunicar su voluntad de desistirse del contrato.

### **3. DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.**

1. La Directiva establece que los requisitos de información contenidos en sus disposiciones vienen a "complementar" los requisitos de información de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior y de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. Sin embargo, contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan exigir requisitos de información adicionales, que serían aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio.

2. La información que el comerciante debe facilitar al consumidor debe ser obligatoria y no debe modificarse, salvo que se acuerde expresamente un cambio en el contenido del contrato, por ejemplo en lo relativo a los procedimientos de entrega.

3. Es deber de los comerciantes, informar clara y comprensiblemente a los consumidores acerca de las condiciones de contratación con carácter previo a la celebración del contrato. El contenido de este deber de información precontractual se regula con mucho más detalle cuando la venta o suministro se realice a distancia o fuera de un establecimiento mercantil. La Directiva exige además al comerciante, que para cumplir con su deber de información tenga en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever.

4. Esta información precontractual clara y comprensible debe ser entregada en papel o en un soporte duradero que permita al consumidor guardar la información durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de su relación con el comerciante. Estos soportes incluyen especialmente el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o discos duros del ordenador, así como los correos electrónicos. El establecimiento de un soporte duradero de la información implica también un deber para el consumidor: conocer la información, es decir, el de leerla o percibirla y entenderla, no pudiendo alegar ignorancia respecto de aquello de lo que fue informado antes de consentir, pero no leyó, ni menos cuando pudiendo exigir toda la información no lo hizo. Esta norma de la Directiva parece exigir una conducta más diligente de parte del consumidor.

5. Se exigirá al comerciante transparencia informativa en cuanto a cualquier depósito o garantía que pueda ser exigida al consumidor con motivo de su contratación.

6. En compras por internet, se impone la obligación de informar al consumidor claramente de cuándo se concluye efectivamente una compra. En estos casos –como en las demás contrataciones a distancia– los requisitos de información deben ser adaptados a las limitaciones técnicas de determinados medios de comunicación, como por ej. las que se relacionan con el número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios de ventas televisas.

7. Si encontrándonos en un contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil, el comerciante no ha cumplido debidamente su deber de información precontractual, la Directiva establece a

modo de sanción, la ampliación del plazo de desistimiento, pero estableciendo en todo caso y por razones de seguridad jurídica, un plazo de prescripción de 12 meses.

#### **4. ALGUNAS CRÍTICAS A LA DIRECTIVA.**

Algunos aspectos de la que estimamos que podrían considerarse deficientes en la regulación de la Directiva 2011/83, son los siguientes:

1. La devolución de lo que se compra a distancia cuando se haga efectivo el derecho de desistimiento, ya no será gratuita, pues la directiva impone los costes de devolución al consumidor, salvo si el comerciante ha optado por asumir dicho coste o si el consumidor no ha sido informado de que debía pagar esos costes. Aquí podemos apreciar una sanción por incumplimiento del deber de información precontractual por parte del comerciante.
2. El consumidor deberá responder por la disminución del valor del bien si quiere devolverlo, aunque sea por el uso normal de lo que compre. Anteriormente, en el caso de devolución, el comerciante debía reembolsar el precio al consumidor en un plazo de 30 días, pues de lo contrario debía pagarle el doble de dicho precio. Con la nueva directiva, estos derechos desaparecen.
3. La nueva Directiva 2011/83/UE no se ha pronunciado en absoluto acerca de las cláusulas abusivas, por lo que se pierde una muy buena oportunidad de regular esta materia de manera uniforme en el mercado de la UE, evitando que cada Estado miembro elabore un listado diferente de las mismas, con las dificultades que ello puede acarrear para las operaciones transfronterizas<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En un comienzo, la Comisión, en su propuesta de directiva de 2008 sugirió una regulación sobre este tema, pero dicha propuesta fue duramente criticada y la regulación del control de cláusulas abusivas fue suprimido por completo en la Directiva de 2011. Así lo hace notar Ebers, quién analizando una Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (instrumento opcional) de La Comisión Europea, con fecha de 11.10.2011, analiza si la normativa común para el control de cláusulas abusivas puede cumplir ese fin y si al mismo tiempo otorga un alto nivel de protección al consumidor. Véase EBERS, Martin, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero 1/2012, p. 8. disponible en: [http://www.indret.com/pdf/881\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/881_es.pdf)

## ANEXO III

### EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACION EN OTRAS LEYES DEL DERECHO DE CONSUMO ESPAÑOL.

**1. LEY 7/1996, DE 15 DE ENERO, DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA.** (Modificada por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre de reforma de la misma, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a las Directivas comunitarias y por la Ley 1/2010 de 1 de marzo, también de reforma de la Ley 7/1996).

La regulación del deber de información en la ley 7/1996 se realiza en las disposiciones relativas a *las ventas a distancia* entre sus artículos 38 a 48, capítulo II, título III, específicamente en su art. 40, que tras la reforma de la Ley 47/2002 ha incrementado las menciones de cargo del empresario con el fin de aumentar la protección de los consumidores en consonancia con la normativa europea, que en este punto era superior (véase el art. 4.1 de la Directiva 97/7/CE).

[*Artículo 40. Información previa.*

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz, eficaz y suficiente, la siguiente información:

- a) La identidad del vendedor y su dirección.
- b) Las características esenciales del producto.
- c) El precio, incluidos todos los impuestos.
- d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- e) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- f) La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el artículo 45.
- g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) El plazo de validez de la oferta y del precio.
- i) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.
- j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.
- k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos”].

#### **SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR.**

No se observa en esta ley una sanción directa y específica por falta de información precontractual. Pero en cambio sí encontramos dos disposiciones importantes:

#### Sanción del art. 44 por falta de confirmación de la información precontractual.

Si el proveedor no ha cumplido con su obligación del art. 47 (confirmar la información precontractual), el plazo para desistir -que inicialmente es de siete días hábiles sin indicación de motivos- se ampliará a tres meses contados desde el día de la entrega del bien.

- Si la información contemplada en el art. 47 (confirmación) se facilita dentro de esos tres meses, el período de siete días hábiles se cuenta desde ese mismo momento.
- Si el comprador ejerce su derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deber de información que incumbe al vendedor, no podrá éste exigir que aquel se haga cargo de los gastos de devolución del producto.

Por lo tanto, no se trata de una sanción por falta de *información precontractual*, sino a la infracción del deber de *confirmar por escrito* o mediante cualquier otro soporte duradero la información precontractual que se supone que el empresario ya ha facilitado antes al consumidor.

Sanción del artículo 65.1 ñ). Ahora bien, existe una sanción administrativa que podría aplicarse en caso de que el consumidor no se considere lo suficientemente informado durante la etapa contractual. El art. 65.1 ñ) considera como infracción grave “el incumplimiento de las obligaciones que la regulación de las ventas a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor (...)”. En tal caso procede la aplicación de la multa establecida en el art. 68.2 de la LOCM

[Artículo 68. *Cuantía de las multas.*

1. Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.000 euros hasta 900.000 euros.
  2. Las infracciones graves se sancionarán con multa de 6.000 euros a 30.000 euros.
  3. Las infracciones leves se sancionarán con multa de hasta 6.000 euros.
  4. Cuando la sanción lo sea por la forma de actividad comercial que se realiza o por los productos comercializados, las sanciones comportarán la incautación y pérdida de la mercancía objeto de la actividad comercial de que se trate.
  5. En el caso de tercera reincidencia en infracciones calificadas como muy graves, las Comunidades Autónomas podrán decretar el cierre temporal de la empresa, el establecimiento o la industria infractora, por un período máximo de un año.
- El acuerdo de cierre debe determinar las medidas complementarias para su plena eficacia.]

## **2. LEY 34/2002 DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO (LSSICE).**

Como sabemos, la contratación con consumidores a través de medios electrónicos (especialmente por *Internet*), es cada vez más frecuente y la necesidad de consolidar la confianza de los consumidores en la contratación ha motivado que el legislador haya establecido numerosas exigencias en relación con la información que se debe suministrar al consumidor que cuando se utilizan dispositivos electrónicos.

El origen de esta regulación proviene de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior. Esta norma europea ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Antes de explicar cómo se regula el *deber de información precontractual* queremos dejar claro que nos encontramos frente a una dificultad: la protección que el ordenamiento jurídico español otorga a los consumidores que entablan relaciones contractuales por vía electrónica, se encuentra dispersa en diferentes normas con ámbitos de aplicación y contenido distintos, lo que puede dificultar su comprensión y coordinación. Teniendo en cuenta esto, intentaremos hacer una explicación sistemática de la materia.

La LSSICE constituye la regulación más específica (aunque no necesariamente más completa) de la contratación electrónica, a la cual nos remitimos por mandato del art. 94 del TRLGDCU que regula la contratación a distancia. Esto no es más que una aplicación del principio de *lex specialis*. Veamos.

### **- Aplicación de la LSSICE.**

*Artículo 27. Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.*

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos:
  - a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
  - b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
  - c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
  - d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.
2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:
  - a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o

b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

#### **- Aplicación de la Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista.**

Su texto ha sido modificado por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias<sup>4</sup>. La aplicación subsidiaria de esta ley procede en este caso, debido a que la *contratación electrónica* es una modalidad de *contratación a distancia*. La regulación del deber de información se encuentra en el art. 40 y 47.

##### *Artículo 40. Información previa.*

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el vendedor deberá suministrar al consumidor, de forma veraz, eficaz y suficiente, la siguiente información:

- a) La identidad del vendedor y su dirección.
- b) Las características esenciales del producto.
- c) El precio, incluidos todos los impuestos.
- d) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- e) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- f) La existencia de un derecho de desistimiento o resolución, o su ausencia en los contratos a que se refiere el artículo 45.
- g) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) El plazo de validez de la oferta y del precio.
- i) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de productos destinados a su ejecución permanente o repetida.
- j) Las circunstancias y condiciones en que el vendedor podría suministrar un producto de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor, cuando se quiera prever esta posibilidad.
- k) En su caso, indicación de si el vendedor dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al comprador de modo claro, comprensible e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

##### *Artículo 47. Información.*

1. Además de la información señalada en el artículo 40, el consumidor deberá haber recibido, a la ejecución del contrato, las siguientes informaciones y documentos:

- a) Información escrita sobre las condiciones y modalidades de ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución, así como un documento de desistimiento o revocación, identificado

---

<sup>4</sup> La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia consagraba claramente una sanción por falta de información previa. En ella se sancionaba el incumplimiento del deber de información en su art. 5 mediante un derecho de *resolución* (aunque en el art. 6 hablaba también de *rescisión* al parecer confundiendo conceptos) pero a diferencia de otras normas comunitarias, pero no contemplaba la “renuncia” o “desistimiento” del contrato por defectos en la información. La citada Directiva se encuentra actualmente derogada por la actual Directiva 2011/83/CE sobre Derechos de los Consumidores.

claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

b) La dirección del establecimiento del vendedor donde el comprador pueda presentar sus reclamaciones.

c) Información relativa a los servicios postventa y a las garantías comerciales existentes.

d) En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

2. La información a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en cualquier otro soporte duradero adecuado a la técnica de comunicación empleada y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación.

#### - Aplicación supletoria del TRLGDCU.

El TRLGDCU resulta plenamente aplicable al caso de la *contratación electrónica* cuando esta se realiza dentro de una relación de consumo. En su texto también establece un deber previo de información cuyo incumplimiento puede acarrear consecuencias jurídicas que establece de forma expresa en su articulado como ya hemos visto<sup>5</sup>. En este caso se trata de las disposiciones contenidas en los artículos 60 y 97<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup>Cabe tener presente la regulación de la actual Directiva 2011/80/CE sobre los derechos de los consumidores, que establece un derecho de *desistimiento*, además de otras consecuencias:

- *Artículo 6.6.* Si el comerciante no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes contemplados en el apartado 1, letra e), o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el apartado 1, letra i), el consumidor no deberá abonar dichos gastos o costes.
- *Artículo 10. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento.*
  1. Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2.
  2. Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información.

<sup>6</sup> - *Artículo 97. Información precontractual.*

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además:

- a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- b) Las características esenciales del bien o servicio.
- c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.
- d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102.
- e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.
- f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad.
- g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.
- h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

## SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR.

Es importante señalar que la LSSICE no contiene en su texto, ninguna sanción específica para el caso de incumplimiento del deber precontractual de información<sup>7</sup>. Resulta un tanto extraño que el legislador haya

---

<sup>7</sup> Si bien la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 sobre Comercio Electrónico, regula con mayor detalle la información tanto general como especial que se exige al comerciante en los arts. 5, 6 (y en su art. 10 aquella que se exige específicamente en los *contratos por vía electrónica*), tampoco lo regula las consecuencias del incumplimiento del *deber de información*.

### *Artículo 5. Información general exigida.*

1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente como mínimo a los datos siguientes:

- a) nombre del prestador de servicios;
- b) dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicios
- c) señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico;
- d) si el prestador de servicios está inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar, nombre de dicho registro y número de inscripción asignado en él al prestador de servicios, u otros medios equivalentes de identificación en el registro;
- e) si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente;
- f) en lo que se refiere a las profesiones reguladas:

- si el prestador de servicios pertenece a un colegio profesional o institución similar, datos de dicho colegio o institución,

- título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió,

- referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento y los medios de acceder a las mismas;

g) si el prestador de servicios ejerce una actividad gravada por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el número de identificación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 22 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme.

2. Además de otros requisitos en materia de información establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que cuando los servicios de la sociedad de la información hagan referencia a precios, éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío.

### *Artículo 6. Información exigida (en las comunicaciones comerciales)*

Además de otros requisitos en materia de información establecidos en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información cumplan al menos las condiciones siguientes:

- a) las comunicaciones comerciales serán claramente identificables como tales;
- b) será claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales;
- c) las ofertas promocionales, como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, deberán ser claramente identificables como tales, y serán fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos;
- d) los concursos o juegos promocionales, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación; serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.

### *Artículo 10. Información exigida (en la contratación electrónica).*

1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido:

obviado pronunciarse en esta materia, ya que en general, otras leyes que establecen *obligaciones precontractuales de información* sí que se han ocupado de esta cuestión y han dotado al destinatario de las ofertas contractuales de ciertos mecanismos de protección. Esto en principio parece un *vacío legislativo*, pero como veremos, puede subsanarse mediante la aplicación de otras disposiciones que regulan la contratación con consumidores, debido al carácter especial de esta ley.

En consecuencia, debemos recurrir a la legislación de *contratación a distancia*, pues la *contratación electrónica* constituye una modalidad de aquella.

Procede aquí la aplicación de las normas de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista (7/1996) que hemos descrito con más detalle un poco mas arriba, específicamente los artículos 44.1 y 44.5.

Del análisis de los preceptos que citamos, consideramos que la infracción del deber de información en la ley 7/1996, se sanciona de la siguiente forma:

- El consumidor siempre tiene un derecho de desistimiento *ad nutum* dentro del plazo de siete días hábiles.
- Si el vendedor ha cumplido con su deber de información se mantiene siempre este plazo de siete días.
- Si el vendedor no ha cumplido con la entrega de la información al momento de la “ejecución” del contrato, surge para el consumidor un derecho de *resolución* cuyo plazo es de tres meses a contar de la recepción del bien.
- Si durante esos tres meses el vendedor subsana la información, se produce una “vuelta atrás” y comienza a contarse nuevamente el plazo de siete días para el *desistimiento*, desde que la información ha sido entregada.
- Si la información ha sido subsanada, ya no existe derecho a *resolución* del contrato.

#### ESPECIAL MENCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ARTÍCULO 27.4 DE LA LSSICE.

Se trata de una norma de importante control de incorporación de las condiciones generales de la contratación.

*Artículo 27. Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.*

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Tampoco se ha pronunciado el legislador respecto a aquellos casos en que las “condiciones generales” no sean puestas a disposición del destinatario antes de contratar.

En principio, el incumplimiento de lo dispuesto en la misma debería al menos implicar que no se entendieran incorporadas a la relación contractual entre el empresario y el destinatario.

Así lo dice por ejemplo el art. 7<sup>º</sup> de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. Y este no es un ejemplo lejano, pues se trata de una normativa que en principio resultaría

- 
- a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;
  - b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible;
  - c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido;
  - d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, el prestador de servicios indique los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.

3. Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

4. Los apartados 1 y 2 no son aplicables a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.

<sup>8</sup> *Artículo 7. No incorporación.* No quedaran incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a

plenamente aplicable al procedimiento de la contratación electrónica cuando se han utilizado cláusulas generales<sup>9</sup>, de tal forma que las condiciones generales no informadas no sean incorporadas al texto del contrato.

También es el caso del Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998.

Esta normativa no establece la “no incorporación” de las condiciones generales, pero en cambio habla de un derecho de *resolución* a favor del adherente, cuando no ha sido debidamente informado.

En caso de incumplimiento del deber de información, la sanción se articula de la siguiente forma<sup>10</sup>:

- El adherente siempre tiene un derecho de *resolución* de siete días. (esta ley no habla del *desistimiento ad nutum* como otras, pero parece referirse a él al señalar que no es necesaria ninguna formalidad y se ejercita sin penalización ni gasto alguno).
- Si el adherente ha recibido la información precontractual en tiempo y forma, el plazo de *resolución* de siete días, comienza a contarse desde la recepción del bien (bienes) o desde la celebración del contrato (servicios).
- Si el adherente no ha sido informado de las condiciones generales, el plazo para ejercer el derecho de *resolución* no comienza a contarse sino desde que dicha información haya sido entregada (suspensión del plazo).

---

la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

<sup>9</sup> El carácter tuitivo del legislador respecto de la debida información del uso de cláusulas generales de contratación, también es patente en la Ley 50/1980 de 6 de octubre, sobre Contrato de Seguro, concretamente en su art. 3: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición del seguro si la hubiere, y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurador y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán en forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.

<sup>10</sup> *Artículo 2. Deber de información previa.*

Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, como mínimo en los tres días naturales anteriores a aquélla, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales.

*- Artículo 4. Derecho de resolución.*

1. Cumplidas las obligaciones a que se refieren los artículos 2 y 3, el adherente dispondrá de un plazo de siete días hábiles, según el calendario oficial de su lugar de residencia habitual, para resolver el contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien. El ejercicio del derecho a que se refiere este apartado no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite, en cualquier forma admitida en derecho.

2. El plazo para el ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior se computará, en el caso de que el contrato tenga por objeto la entrega de bienes, a partir de su recepción por el adherente, y en los casos de prestaciones de servicios a partir del día de celebración del contrato.

3. Si la información sobre las condiciones generales o la confirmación documental tiene lugar con posterioridad a la entrega de los bienes o a la celebración del contrato, respectivamente, el plazo se computará desde que tales obligaciones queden totalmente cumplidas. En caso de cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato a que se refiere el artículo anterior, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos tres meses computados en la forma establecida en el apartado anterior.

4. Ejercitado el derecho de resolución el predisponente estará obligado a devolver las cantidades recibidas sin retención alguna inmediatamente y nunca después de treinta días.

5. Queda excluido el derecho de resolución en aquellos casos en que por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevarlo a cabo, sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

- Si ha habido un cumplimiento defectuoso o incompleto de la obligación de remitir *justificación documental de los términos del contrato*, la acción de resolución no caducará hasta transcurridos tres meses a partir de la recepción del bien o de la celebración del contrato (ampliación del plazo).

Cabe preguntarnos ¿es aplicable el sistema de sanciones del Real Decreto 1906/1999 cuando no se han informado las condiciones generales en la contratación electrónica?

A nuestro juicio es perfectamente posible invocar estas normas, y para ellos nos apoyamos en el art. 1:

*Artículo 1. Ámbito de aplicación.*

1. El presente Real Decreto se aplicará a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de contratación.

De acuerdo con esta disposición, el RD 1906/1999 resultaría aplicable, pues su art. 2 y el art. 27.4 de la LSSICE tienen la misma finalidad: garantizar un adecuado conocimiento de las condiciones de contratación con carácter previo a la contratación, protegiendo así la voluntad libre y espontánea (correctamente formada) del consumidor.

### **3. REAL DECRETO LEY 8/2012, DE 16 DE MARZO, DE CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO, DE ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS VACACIONALES DE LARGA DURACIÓN, DE REVENTA Y DE INTERCAMBIO<sup>11</sup>.**

Sobre este punto, cabe aclarar algunas modificaciones. La Directiva 94/47 CE de 26 de octubre, ha sido derogada por el art. 18 de la Directiva 2008/122 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

Esta nueva Directiva establece cambios importantes con respecto a la normativa anterior, ampliando básicamente los productos objeto de protección mediante el establecimiento de dos nuevos conceptos: el

---

<sup>11</sup> Para mayor detalle en esta materia, puede verse CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto de la, FLORES RODRIGUEZ, Jesús, “Comentarios a la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico”, en *Actualidad civil*, Nº 17-18, 2012; GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> Carmen, “El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 3, 2012, pp. 1-32; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Aprovechamiento por turnos y contratos accesorios: el artículo 15 de la ley 4/2012” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 3, 2012, pp. 69-87; MORILLAS JARILLO, María José, “Legislación. Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio”, *Derecho de los negocios*, año 23, Nº 263-264, 2012, pp. 124; MUNAR BERNAT Pedro A, “Contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (Directiva 2008/122/UE)”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, ARROYO I AMAYUELAS, Esther (Coordinadores) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2012, pp. 361-384; MUNAR BERNAT Pedro A, “Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2009, disponible *on line*: [http://www.indret.com/pdf/685\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/685_es.pdf); PÉREZ DE LA SOTA, Fernando, “La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad) en estado de revista para el momento en que se reactive el sector turístico vacacional”, en *Diario La Ley*, Nº 7867, 2012; PÉREZ GURREA, Rosana, “Código de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 88, Nº 729, 2012, pp. 670-673; REYES LÓPEZ, María José, “Comentario a la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio”, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 309, 2010, pp. 93-101.

“aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico” y el llamado “producto vacacional de corta duración” y establece la llamada “reventa de turnos”.

Esta normativa europea aún no había sido incorporada al ordenamiento jurídico español, lo que le ha valido a España un toque de atención por parte de la Comisión Europea al no cumplir con su obligación de transposición dentro del plazo establecido.

El Real Decreto Ley 8/2012 de 16 de marzo viene a cumplir esta obligación y realiza por un lado, una transposición de la Directiva 2008/122/CE y por otro, la incorporación en su texto la derogada Ley 42/1998 de 15 de diciembre (LDAT) con las respectivas adaptaciones que requiere la mencionada Directiva.

En el capítulo I del Título I, del Real Decreto 8/2012 se definen las cuatro figuras contractuales reguladas en la Directiva 2008/122/CE:

*Artículo 2. Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.* Se entiende por contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación”

De este concepto cabe deducir que comprende no solo a los contratos sobre bienes inmuebles, sino también a los contratos relativos a alojamientos en sitios que no constituyen por sí mismos un inmueble, como sería el caso de las embarcaciones y caravanas, por ejemplo. Esto constituye una novedad con respecto a la Ley 42/1998, que contemplaba exclusivamente el contrato de aprovechamiento por turno de *bienes inmuebles*.

*Artículo 3. Contrato de producto vacacional de larga duración.* Se entiende por contrato de producto vacacional de larga duración aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios.

*Artículo 5. Contrato de reventa.* Se entiende por contrato de reventa aquel en virtud del cual un empresario, a título oneroso, asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un producto vacacional de larga duración.

*Artículo 6. Contrato de intercambio.* Se entiende por contrato de intercambio aquel en virtud del cual un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados de su contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

#### **DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.**

*Artículo 9. Información precontractual.*

1. Con suficiente antelación a la prestación del consentimiento por el consumidor a cualquier oferta sobre los contratos a que se refiere este título, el empresario deberá facilitarle información precisa y suficiente, de forma clara y comprensible, del siguiente modo:

- a) Cuando se trate de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo I de este real decreto-ley y la información prevista en la parte 3 del mismo.
- b) Cuando se trate de un contrato de producto vacacional de larga duración, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo II y la información prevista en la parte 3 del mismo.
- c) Cuando se trate de un contrato de reventa, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo III y la información prevista en la parte 3 del mismo.
- d) Cuando se trate de un contrato de intercambio, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo IV y la información prevista en la parte 3 del mismo.

2. La información a que se refiere el apartado 1 será facilitada, con carácter gratuito, por el empresario en papel o en cualquier otro soporte duradero que sea fácilmente accesible para el consumidor.

3. Dicha información se redactará en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la Unión Europea.

4. El empresario podrá publicar íntegramente la información precontractual en la página web de la empresa, o en la página web de una asociación profesional o empresarial de su elección, siendo responsable de su permanente actualización y debiendo mantener operativa dicha página mientras dure la comercialización de los derechos objeto de esta información.

Existen dos menciones que son obligatorias en la información *precontractual* que debe proporcionar el empresario. De acuerdo al artículo 10, antes de la celebración del contrato, en la forma prevista en el artículo anterior (esto es, a través de *formulario normalizado*), el empresario pondrá explícitamente en conocimiento del consumidor la existencia de su derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo, contemplada en el artículo 13. Sobre este punto, es importante tener en cuenta el art. 11. 4 que señala: “las cláusulas contractuales correspondientes al derecho de desistimiento y a la prohibición del pago de anticipos serán firmadas aparte por el consumidor”.

De acuerdo al art. 11.2 la información *precontractual* facilitada al consumidor, debidamente firmada por éste, formará parte integrante del contrato. En principio esta información incorporada al contrato es inalterable, salvo que exista un acuerdo expreso de las partes en tal sentido o cuando los cambios se deban a circunstancias anormales, imprevisibles y ajenas a la voluntad del empresario y cuyas consecuencias no se hubieran podido evitar pese a toda la diligencia empleada. Si hubiese cambios, éstos deben comunicarse al consumidor, en papel o en cualquier otro soporte duradero fácilmente accesible para él, antes de que se celebre el contrato y deberá constar explícitamente en éste.

En los cuatro supuestos que regula el RD, la información debe ser entregada en un documento denominado *formulario de información normalizado*, de acuerdo al modelo respectivo a cada contrato que contiene el mismo RD en sus anexos. En este aspecto, el Real Decreto 8/2012 contiene una regulación similar al del nuevo reglamento CESL.

#### SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR.

El Real Decreto 8/2012 establece un derecho de desistimiento *ad nutum*, es decir sin necesidad de justificar los motivos, tanto para los casos en que el consumidor ha sido informado correctamente, como para aquellos en que no lo ha sido [cabe decir que anteriormente, la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994 contemplaba una dualidad, fijando un derecho de *desistimiento* ejercitable cuando la información precontractual es correcta y de *resolución* para los de falta o incorrecta información precontractual.

El Real Decreto 8/2012 viene a poner fin a esta dualidad. Puede verse más sobre esta “dualidad” en cuanto al tratamiento del deber de información en GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> Carmen, “Aproximación al Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio”, publicación del Centro de Estudios de Consumo CESCO, disponible on line:

[http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/4/2012/APROXIMACION%20AL%20REAL%20DECRETO-LEY%208-2012%20\(aprovechamiento%20por%20turnos\).pdf](http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/4/2012/APROXIMACION%20AL%20REAL%20DECRETO-LEY%208-2012%20(aprovechamiento%20por%20turnos).pdf)

El plazo de desistimiento se ha ampliado de **diez a catorce días**, plazo que puede ser ampliado hasta **un año** según si se ha cumplido con la entrega de la información precontractual. La forma de computar el plazo es la siguiente:

- *Catorce días*, a contar desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, desde la recepción posterior de dicho documento.
- Si el empresario no hubiere cumplimentado y entregado al consumidor el formulario de desistimiento previsto en el artículo 11.4, el plazo empezará a contar desde que se entregue al consumidor el formulario de desistimiento debidamente cumplimentado y vencerá, en cualquier caso, transcurrido *un año y catorce días naturales* siguientes a la celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante o a la recepción posterior del documento contractual.
- Si el empresario no hubiera facilitado al consumidor la *información precontractual* mencionada en el artículo 9, incluidos sus formularios, el plazo empezará a contar desde que se facilite dicha información y vencerá transcurridos *tres meses y catorce días naturales* siguientes a la celebración del contrato o de

cualquier contrato preliminar vinculante si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, a la recepción posterior de dicho documento.

Como vemos, se sanciona la falta de información precontractual sobre dos aspectos:

- La información precontractual a través del correspondiente formulario incluido en los anexos I, II, III o IV del Real Decreto 8/2012.

- Información sobre el derecho de desistimiento y el correspondiente formulario para ejercer este derecho.

En ambos casos, la sanción consiste en una ampliación del plazo para ejercer el derecho de desistimiento por parte del consumidor.



## ANEXO IV

### EL CÓDIGO MCGREGOR (*Contract Code*)<sup>12</sup>.

**\* Nos parece interesante el aporte de este proyecto, que aunque no fue aprobado en definitiva constituyó un aporte doctrinal importante en materia del Derecho europeo de contratos y uno de los principales antecedentes en que se ha basado el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos de Pavia.**

#### Antecedentes.

En *Contract Code* fue un proyecto elaborado en 1965 por encargo de la *Law Commission* para una codificación del Derecho de contratos, es obra exclusiva de Harvey McGregor<sup>13</sup>, profesor de la Universidad de Oxford.

En su contenido se establecen reglas características de la teoría general del contrato, complementadas cada una de ellas con un comentario del autor para justificar la norma propuesta y en su contenido se aprecia una fuerte inspiración de los criterios sentados por la jurisprudencia británica.

Uno de los aspectos más destacables del proyecto, es la importancia que presta a la etapa de “formación del contrato”, regulando de manera detallada el modo de celebrarse el acuerdo, la oferta y la aceptación, así como sobre el contenido y naturaleza de las previsiones contractuales. Ha de reconocerse también que algunas materias propias del Derecho civil contractual no han sido tratadas.

Si bien el *Contract Code* nunca fue aprobado por la *Law Commission* privándole de fuerza vinculante, la verdadera importancia del Código McGregor radica en la innegable influencia que ha tenido en la elaboración del *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*. De hecho, McGregor presentó el texto original del *Code* en el “Encuentro de estudio sobre el futuro Código europeo de contratos” realizado en Pavia el 20 y 21 de octubre de 1990 y allí, la recepción de las ideas condensadas en su trabajo por parte de los juristas fue inmediata, principalmente porque la propuesta de McGregor tenía el mérito de demostrar la viabilidad de un proyecto que uniera dos experiencias jurídicas tan distintas como el *common* y el *civil law*<sup>14</sup>. De tal manera que, el *Contract Code* ha sido sin lugar a dudas, una fuente directa de inspiración

---

<sup>12</sup> La versión española del *Contract Code* puede consultarse en MCGREGOR, Harvey, *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, (traducción al español y Nota Preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida), editorial Bosch, Barcelona 1997. En el *Proemio* del mismo libro (a cargo de DE LOS MOZOS), se exponen de forma extensa los motivos, antecedentes y proceso de elaboración del Código.

Puede verse también, en inglés, MCGREGOR, Harvey, “The Contract Code. Story, style and contents”, en *A l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Vol. 2, 2004, pp. 931-938.

<sup>13</sup> McGregor comienza la elaboración del proyecto en el año 1966, a instancias de la *Parliament Law Commission* a la que posteriormente se une la *Scottish Law Commission* con un proyecto de Código conjunto. La discusión con miembros de las Comisiones y grupos de expertos implicados en la elaboración tardó más de seis años y finalmente, por diversas razones, el Proyecto de Código único fue abandonado. Posteriormente (1990) McGregor presenta su Proyecto en la Academia de Pavia, con resultados muy positivos. Si bien el texto original nunca fue aprobado, es conocida la influencia que el *Contract Code* ha tenido en los trabajos de los académicos que actualmente continúan en la elaboración de un futuro Código Europeo de Contratos.

<sup>14</sup> Uno de los aspectos más destacables del *Code*, radica en una concepción del *contract* (según el Derecho anglosajón) muy cercana a la noción de *contrato* existente en los ordenamientos jurídicos continentales. En su contenido se aprecia también una apertura hacia las experiencias continentales, destacándose principalmente la estructura y estilo de la obra.

para los juristas de la Academia de Pavía en la elaboración del *Código Europeo de Contratos* y algunas de sus normas se inspiran en aquel.

Es destacable el esfuerzo del autor para lograr que el *Code* -proviendo de un sistema propio del *common law*- resultase perfectamente aplicable a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países europeos. Tiene además el mérito de ser el primer instrumento europeo que se atribuye la calidad de “código” como tal, entendido como un conjunto de normas ordenadas sistemáticamente.

Dice DE LOS MOZOS<sup>15</sup> que el mérito del *Contract Code* consiste en realizar un acercamiento de los Derechos continentales con el firme propósito de lograr un proyecto de “Código Europeo de Contratos”. A su juicio “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 a 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”.

## 1. REGULACIÓN DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.

El *Code McGregor* no contiene una regulación ordenada y sistemática de la etapa precontractual, más allá de lo que se refiere a la formación del consentimiento. Carece de un sistema de normas que regulen los deberes relativos a la etapa de formación del contrato, como el deber de información precontractual, deber de confidencialidad, deber de protección, etc.

El texto del *Code* no contiene una regla que consagre expresamente la *buena fe* ni tampoco contempla una enumeración de supuestos que puedan generar “responsabilidad civil precontractual” por los daños ocasionados durante la etapa de formación del contrato, como sí encontramos en otros instrumentos de Derecho europeo de unificación.

Si bien, la *buena fe* no se encuentra reconocida expresamente en el texto del *Code*, sí que hace referencia a otro tipo de criterios que rigen la actuación de las partes durante las negociaciones. Así, ÁNGEL YAGÜEZ<sup>16</sup> reconoce en el articulado del *Code* ciertas nociones propias del pensamiento jurídico del *common law*, como por ejemplo, la utilización de los llamados “criterios indeterminados” o de las reglas de “lo que resulte según las circunstancias”, “lo que se conoció o lo que pudo haber sido razonablemente conocido” o la comunicación “inmediata” de una decisión, etc.

En la Parte II, el *Code* analiza los “Contratos irregulares” y entre las distintas hipótesis, contempla el caso de “Falta de consentimiento pleno”. Aquí encontramos una regla relativa al deber precontractual de información:

### Art. 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.

De hecho, vemos como éste último artículo reconoce la existencia de un deber de información limitado a dos casos:

- que exista una relación de confianza, o
- que se le haya asegurado a la parte (víctima) contra un riesgo determinado.

En ambos casos, la falta de información es sancionada con la *no exigibilidad* del contrato, sumada a la exigencia de devolver los beneficios que se hubiesen recibido. Vemos que, a diferencia de otros

---

Estas y otras consideraciones son expuestas con mayor detalle por GANDOLFI, Giuseppe, en el Prefacio de la versión española del Código McGregor. Véase MCGREGOR, Harvey, *Contract Code*, op. Cit, p. 27-29.

<sup>15</sup> MCGREGOR, Harvey, *Contract Code*, op. Cit, p. 15.

<sup>16</sup> ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de, “Lealtad en el período precontractual. La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Tomo IV. Derecho privado*, vol. 1, 2010, pp. 247-286, p. 186.

instrumentos europeos, el *Code McGregor* no reconoce la posibilidad de demandar una indemnización del *interés negativo* del contrato.

Si bien, la falta de información en sí misma no es un supuesto que vicie el consentimiento, en los casos especiales que regula el art. 572 lo hace porque existe una “relación de confianza” que justifica la necesidad de revelar de la información como respeto a la buena fe que debe normalmente existir en este tipo de relaciones. Se trata de una exigencia más completa del legislador, si la comparamos con el mero deber de “avisar” que existe en otros contratos regulados por el *Code*. Para saber si existe una relación de confianza, deben considerarse los parámetros que establece el art. 563<sup>17</sup>.

Aplicando los conocimientos que ya tenemos acerca del *deber precontractual de información* y su relación con figuras tradicionales del Derecho civil de contratos como el *error* y el *dolo*, y el reconocimiento de esta interconexión en otros instrumentos de Derecho europeo (como los PECL), podemos afirmar que el incumplimiento del deber de informar también puede encontrar regulación al tratar la figura del *error* en los art. 571 y 581. De hecho, la regla para la restitución es la misma que en caso de falta de información general que menciona el art. 572 que acabamos de ver.

**Art. 571. Regla general sobre el error unilateral.**

1. Cuando un acuerdo es suficientemente cierto, interpretado objetivamente, como para constituir un contrato válido, pero una de las partes padece error:

- a) sobre la identidad o las características de la otra parte
- b) Sobre la naturaleza, contenido o significado del contrato

y sin él no habría contratado, y tal error era conocido o debió conocerlo la otra parte, el contrato no es exigible a quien lo ha padecido, quien puede reclamar la restitución de los provechos concedidos por el contrato, salvo en el caso b), y la otra parte debe someterse a que lo acordado se interprete conforme al significado que le atribuye la parte que ha sufrido el error.

2. En cualquier otro caso, el error padecido por un contratante no afecta la validez del contrato.

## 2. SANCIÓN POR INFRACCIÓN AL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN.

Veamos las opciones que nos entrega el Código Mc Gregor ante este tipo de incumplimiento.

a) La *no exigibilidad* del contrato. O lo que es lo mismo: la nulidad o inexistencia del contrato. Se trata de una sanción al comportamiento lesivo de quién no ha cumplido con el deber de informar, o que es culpable del error del otro contratante. En este caso la parte afectada puede negarse legítimamente a cumplir el contrato.

No obstante, este derecho a no cumplir el contrato no es absoluto, pues en el supuesto de *error unilateral* limita con el legítimo derecho de la otra parte a solicitar la mantención del contrato cuando considera que la interpretación de la parte afectada, es errónea<sup>18</sup>.

b) En cuanto a la devolución de los beneficios, se trata de una especie de “reparación” propia de los contratos defectuosos o irregulares en general<sup>19</sup>, que en este caso se aplica a los casos de *falta de información* y *error unilateral*. La norma es la siguiente:

---

<sup>17</sup> **Art. 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.

<sup>18</sup> Se trata de una solución propia del Derecho inglés asentada desde muy antiguo en la jurisprudencia. Véase MCGREGOR, Harvey, *Contract Code, op. Cit*, p. 190 en el comentario al art. 571.

<sup>19</sup> Así lo deja en claro MCGREGOR, Harvey, *Contract Code, op. Cit*, p. 192 en el comentario al art. 573.

**Art. 573. Derechos de restitución.**

1. Cuando un contratante tiene derecho a obtener la restitución de los provechos conforme a los artículos 571 o 572, puede reclamarla, incluso en forma específica, devolviendo los provechos percibidos en especie o en cualquier otra forma.
2. Cuando una parte deja de cumplir un contrato inexigible de acuerdo a los artículos 571 o 572 la otra parte puede reclamar la restitución de los provechos, devolviendo los percibidos, lo mismo en especie o en otra forma.
3. Los provechos deben entenderse conforme al artículo 465 y calcularse de acuerdo con el artículo 469.<sup>20</sup>

En caso de que proceda la devolución de los provechos será el órgano judicial quién decidirá si ha de hacerse en especie o en dinero, privilegiándose ésta última modalidad. Se trata igualmente de una regla aplicable en todos los supuestos de “contratos irregulares”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> *Art. 465 Concepto de provecho.*

Cualquier cosa recibida por la parte de un contrato en cumplimiento de éste, constituye un provecho a él atribuido, pero los gastos en que incurre la parte de un contrato en su cumplimiento no constituyen en sí provechos atribuidos a la otra.

*Art. 469 Medida del provecho por servicios.*

Con los límites del artículo 466, un provecho consistente en servicios se mide por el valor razonable de los servicios en el momento en que fueron prestados y recibidos, a lo que se añade en su caso el interés al tipo comercial de tal valor desde el momento de la recepción hasta el momento de la sentencia.

<sup>21</sup> *Art. 574 Límites de la restitución.*

Corresponde a las facultades discrecionales del tribunal determinar si las restituciones han de hacerse en especie o en dinero, debiendo inclinarse por esta última modalidad en caso que la primera perjudique desproporcionadamente a cualquiera de las partes.