

LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL REGLAMENTO ROMA II

Dr. Rafael Arenas García
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. La calificación de la responsabilidad precontractual. 1. Los distintos supuestos de responsabilidad precontractual. 2. Tratamiento en el DIPr. III. La opción comunitaria. 1. La responsabilidad precontractual ante el TJCE. 2. Los supuestos incluidos en el Reglamento Roma II. 3. La regla general del art. 12 del Reglamento Roma II. 4. El apartado segundo del art. 12 del Reglamento Roma II. 5. La regulación contractual de los tratos previos. IV. Alternativas de regulación. V. Conclusión.

RESUMEN:

El artículo 12 del Reglamento Roma II incluye una regulación específica de la *culpa in contrahendo*. De acuerdo con este precepto la responsabilidad derivada de los tratos previos al contrato se regirá por el Derecho rector de éste último y, si no puede determinarse por las mismas conexiones que rigen con carácter general la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con la interpretación más adecuada del art. 12.2 de Roma II. Es posible la elección de ley en materia de *culpa in contrahendo*. Esta regulación plantea ciertos problemas. No resulta adecuado que la obligación de mantener las negociaciones a partir de determinado momento se rija por el derecho rector del contrato futuro sin que pueda alegarse el derecho de la residencia habitual de cada parte para fundamentar su derecho a abandonar las negociaciones. Igualmente no es adecuado que en los supuestos de negociaciones regidas por un contrato previo sea el Derecho rector del contrato futuro, y no el que gobierna el contrato cuyo objeto son los tratos previos, el que rija la responsabilidad derivada de las negociaciones.

Este trabajo analiza estos problemas y las dificultades que plantea la delimitación entre los ámbitos contractual y extracontractual en la *culpa in contrahendo*, proponiendo alternativas a la regulación existente.

PALABRAS CLAVE: *Culpa in contrahendo* Obligaciones contractuales, obligaciones extracontractuales, Reglamento Roma I, Reglamento Roma II.

ABSTRACT:

Article 12 of Rome II Regulation governs the obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract. It establishes that the law applicable to these obligations shall be the law applicable to the contract. Where it is not possible to determine such law, the second paragraph of article 12 establishes the application of the general connecting factors of Rome II Regulation. It is also possible to choose the law applicable to *culpa in contrahendo*. These solutions are not problem-free. The application of the law governing the future contract is not suitable in order to forbid the breaking off negotiations, without giving to the parties the possibility to rely on the law of the country in which the party has its habitual residence to establish that he can broke off negotiations without liability. It can also be criticized that there is no provision about the cases in which a contract between the parties has been concluded in order to rule the negotiations. As a result of this lack of provision in these cases the law governing *culpa in contrahendo* will be the law of the future contract instead of the law of the contract that rules the negotiations.

This article analyses these problems and the difficult delimitation between contractual and non-contractual fields in matters relating to obligations arising out of dealings prior to the conclusion of a contract. It also includes *de lege ferenda* proposals.

KEY WORDS: *Culpa in contrahendo*, contractual obligations, non-contractual obligations, Rome II Regulation, Rome I Regulation.

I. Introducción.

1. Como es sabido, el Reglamento Roma II¹ incluye en su art. 12 una regulación específica de la *culpa in contrahendo*². La introducción de este precepto es fruto de las dudas que plantea la calificación de los distintos supuestos que en los diferentes ordenamientos se incluyen en la categoría “responsabilidad precontractual”³. Dado que un mismo caso puede ser incardinado en unos ordenamientos en el ámbito de la responsabilidad contractual mientras que en otros puede ser considerado como responsabilidad extracontractual se impone –en la concepción preponderante en el ámbito comunitario- una calificación autónoma que resuelva estas dificultades impidiendo que se produzcan superposiciones entre ambos instrumentos⁴. A partir de esta idea inicial, se opta por calificar la responsabilidad precontractual, a efectos de aplicación de los instrumentos comunitarios, como responsabilidad extracontractual. Se pretende de esta forma mantener la coherencia entre los Reglamentos que se ocupan del sector del Derecho aplicable (Roma I y Roma II) y la regulación procesal contenida en el Reglamento 44/2001⁵. El propósito es conseguir una regulación coherente y que no plantee los problemas que resultarían de la consideración de las calificaciones divergentes de los distintos Derechos nacionales.

El objetivo del presente trabajo es mostrar cómo este recurso a la calificación autónoma de la responsabilidad precontractual no resuelve los problemas que plantea esta figura. La tesis que aquí se mantendrá es la de que resulta excesiva la exclusión del ámbito contractual de todos los supuestos de responsabilidad por tratos previos. Intentaré mostrar también que las dificultades de la mencionada exclusión no se resuelven con la remisión a la ley del contrato celebrado o que pudiera celebrarse sobre la que descansa el art. 12 del Reglamento Roma II. Finalmente, indicaré cuál hubiera sido el acercamiento que, desde mi perspectiva, hubiera resultado más adecuado y, que ya adelanto, descansa en la opción por una interpretación autónoma de los conceptos “obligación contractual” y “obligación extracontractual”; pero en una calificación *ex lege causae* que dé preferencia a la calificación contractual respecto a la extracontractual, tal como, con carácter más general, expuse en otro lugar⁶.

¹. Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). *DO*, núm. L 199 de 31 de julio de 2007.

². La expresión *culpa in contrahendo* se utiliza en las versiones española, inglesa, francesa, italiana y portuguesa. En la versión holandesa el término utilizado es el de responsabilidad precontractual y en la versión alemana la expresión que titula este artículo 12 es la de “culpa por negociaciones contractuales” (*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*).

³. La terminología que se emplea es variada, empleándose tanto la expresión “responsabilidad precontractual” como “*culpa in contrahendo*” o responsabilidad por tratos previos, tal como hemos visto que hace el propio art. 12 del Reglamento en sus diferentes versiones lingüísticas. Aquí emplearemos indistintamente estas expresiones, si renunciar por ello a delimitar los contornos de la figura, tal como haremos enseguida (*vid. infra* epígrafe II.1).

⁴. *Vid.* el cdo. 30 del Reglamento Roma II: “La *culpa in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional”. *Vid.* R. Arenas García, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 393-415, p. 396.

⁵. *Vid.* el apartado 4.2 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005 (COM (2005) 650 final), p. 5.

⁶. *Vid.* R. Arenas García, *loc. cit.*, esp. pp. 409-415.

II. La calificación de la responsabilidad precontractual

1. Los distintos supuestos de responsabilidad precontractual

2. La variedad de los casos que se incardinan dentro de la responsabilidad precontractual ha llevado a que se haya calificado esta categoría como “un recurso lingüístico”⁷. Dentro de la responsabilidad precontractual se incluyen diferentes supuestos de responsabilidad que tienen en común derivarse de una acción, omisión, hecho o situación que se produce en el período precontractual y que, de alguna manera, se encuentra vinculado al contrato. La valoración que se haga de esta vinculación con el contrato condicionará la calificación de la responsabilidad, que podrá incardinarse en el ámbito contractual, extracontractual o, incluso, en una tercera categoría, diferenciada de lo contractual y de lo delictual⁸. Se trata, en cualquier caso, de supuestos variopintos que pueden darse tanto en casos en los que el contrato con el que se relacionan ha llegado a perfeccionarse cuanto en aquellas otras situaciones en las que las negociaciones no tienen como resultado la conclusión del contrato. Sin pretender ser exhaustivos y sin afán de clasificación⁹ conviene ejemplificar algunos de los casos que han sido reconducidos a la responsabilidad precontractual.

3. En primer lugar, se ha considerado que ha de incardinarse en la responsabilidad precontractual aquélla que pudiera derivarse del dolo incidental; esto es, del engaño que no afecta a condiciones esenciales del contrato; de tal forma que, incluso sin mediar el dolo, el contrato se hubiera concluido; pero de la suficiente entidad como para haber supuesto una modificación de las cláusulas contractuales¹⁰. La calificación como precontractual de este supuesto de responsabilidad resulta de lo inconveniente de proyectar la responsabilidad contractual sobre acciones que tuvieron lugar con anterioridad a la conclusión del mismo¹¹.

También se enmarcarían en la *culpa in contrahendo* los daños a la persona o al patrimonio de alguno de los contratantes durante la negociación del contrato. Estos

⁷. Cf. M^a.P. García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 22; S. Álvarez González, “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el DIPr. español”, *REDI*, 1990, vol. XLIII, núm. 1, pp. 125-152, p. 127.

⁸. Vid. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas, 4^a ed., 1993, pp. 275-276.

⁹. Tarea para la que nos remitimos a la doctrina civilista que se ha ocupado de la cuestión (vid. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 276-278; M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, esp. pp. 94 y ss.; A. Carrasco Perea, “Artículo 1101”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1^o, Madrid, EDERSA, 1989, pp. 374-444, pp. 428-435; C.I. Asúa González, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1989, pp. 85-190. Vid. también la visión de conjunto de la institución en el Derecho alemán y francés, y en los sistemas del *Common Law* de A.T. von Mehren, “The Formation of Contracts”, *Int.Enc.Comp.L.*, vol. VII, cap. 9, pp. 17-24.

¹⁰. Vid., el acercamiento a esta figura de la SAP de Albacete (Sección 1^a) de 12 de marzo de 2002 (*Aranzadi Westlaw*, AC 2002\696) en su Fdo. de Derecho Cuarto: “junto a este dolo principal la celebración del contrato y que produce la nulidad del contrato cuando sea grave y sea obra de uno solo de los contratantes existe el denominado dolo incidental que no determina la celebración del contrato, sino las condiciones del mismo, haciéndlas más onerosas y su único efecto es obligar al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (art. 1270, párrafo 2^o del Código Civil)”.

¹¹. Vid. M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, pp. 94-96. Esta autora destaca, sin embargo, que son muchos quienes en este caso consideran que nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad puramente contractual, y no precontractual.

casos presentan, a su vez, una notable variedad. Así, por una parte nos encontramos con los supuestos en los que el contratante sufre algún tipo de accidente en el local de aquél con el que pretende contratar. Se trata del caso famoso en la jurisprudencia alemana “del linóleo”¹². Por otra, se han de considerar los supuestos en los que el perjuicio se deriva directamente de los tratos previos, tal como puede suceder cuando se difunde o utiliza la información que una de las partes ha facilitado a la otra en el marco de los tratos previos¹³.

Un tercer grupo de casos serían aquellos en los que se reclaman los daños derivados de la nulidad del contrato cuando uno de los contratantes conocía esta nulidad o es responsable de la misma. Precisamente, fueron estos supuestos los que dieron origen a la reflexión sobre la *culpa in contrahendo* en Alemania por parte de R. von Ihering en el siglo XIX¹⁴. Estos casos son especialmente interesantes, tal como veremos más adelante, para el DIPr., toda vez que se ubican justamente en la encrucijada entre lo contractual y lo extracontractual. Por una parte, debe determinarse tanto la incidencia sobre el contrato de los vicios que puedan afectarlo, lo que nos llevará forzosamente a la *lex contractus*, por otra parte, debe considerarse la responsabilidad que se derive de los daños que tal nulidad pueda ocasionar, dando aquí entrada al debate sobre la calificación contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual.

Un cuarto grupo de supuestos los forman aquellos casos en los que una de las partes se niega a perfeccionar el contrato. Así, por ejemplo, cuando se exige una forma solemne para la eficacia del acuerdo y, una vez alcanzado éste, uno de los contratantes se niega a otorgar dicho documento; o en los supuestos en los que el acuerdo se ha formalizado en un documento privado y alguno de los contratantes se niega a elevarlo a documento público¹⁵.

Finalmente, se considera también un supuesto de *culpa in contrahendo* la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones. De hecho, es tal la importancia que presentan estos casos que se ha llegado a identificar el instituto general con este único supuesto¹⁶.

4. Como puede apreciarse, se trata de supuestos muy variados tanto en lo que se refiere al interés protegido como al posible fundamento de la responsabilidad. No es, pues, extraño que en el Derecho civil se discuta sobre su calificación. El planteamiento inicial, de acuerdo con el cual todos aquellos casos de daño originados en la fase previa a la celebración del contrato deberían ser considerados como extracontractuales, se ha ido mostrando inadecuado en distintos supuestos, bien por la estrecha vinculación del caso con el régimen del contrato (caso, por ejemplo, de los daños derivados de la nulidad del contrato conocida por una de las partes) o por las insuficiencias del régimen extracontractual, que podría privar de protección a supuestos en los que no parecía razonable exonerar al causante del perjuicio¹⁷. A partir de aquí se ha desarrollado una

¹². Una señora que estaba mirando un rollo de linóleo en una empresa de revestimientos para suelos sufrió daños al caerle uno de los rollos encima (cf. E. Buger, “La diversidad de significados de *Schuldverhältnis* (relación obligatoria) en el Código civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones”, *Indret*, 2006, núm. 383, p. 24).

¹³. Vid. S. Álvarez González, “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el DIPr. español”, *REDI*, 1990, vol. XLII, núm. 1, pp. 125-152, p. 140, n. núm. 45.

¹⁴. Vid. M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, p. 28-31.

¹⁵. Vid. M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, pp. 136-137.

¹⁶. Cf. A. Carrasco Perea, *loc. cit.*, p. 428.

¹⁷. Tal como ya se ha apuntado esta preocupación fue la que dio origen a la reflexión de R. von Ihering sobre la *culpa in contrahendo* (vid. *supra* n. núm. 14). También se ha planteado la conveniencia de atraer al régimen de la responsabilidad contractual determinados supuestos de responsabilidad

importante doctrina y jurisprudencia que ha intentado determinar el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de estos supuestos de daños conectados con el contrato, pero que no se derivan propiamente del acuerdo concluido por las partes.

La determinación de este régimen jurídico en el Derecho material se ha movido, básicamente, en torno a la delimitación de los ámbitos contractual y extracontractual. La evolución del tratamiento de la *culpa in contrahendo* muestra cómo el debate se ha centrado en la concreción de los supuestos de responsabilidad que podrían ser incluidos dentro del ámbito contractual, bien extrayéndolos del régimen delictual, bien permitiendo la elección o acumulación de las acciones contractuales y delictuales¹⁸. O dicho de otro modo, qué normas relativas a la responsabilidad contractual son aplicables en los diferentes supuestos de responsabilidad precontractual¹⁹. Siendo esto así, se entiende que el tratamiento de la responsabilidad precontractual en el DIPr. plantea un gran interés, toda vez que nos enfrentará a una de las cuestiones clave de la disciplina: la calificación de los casos difíciles, aquellos que se encuentran en la frontera de las categorías que utilizan las normas de conflicto. En el siguiente epígrafe nos detendremos en las aproximaciones del DIPr. a la responsabilidad precontractual.

2. Tratamiento en el DIPr.

5. El primer dato que hemos de considerar es que no existe regulación específica de la responsabilidad precontractual en los diferentes sistemas de DIPr. de nuestro entorno jurídico, ni en el sector de la competencia judicial internacional ni en el del Derecho aplicable. El art. 12 del Reglamento Roma II se convierte así en una novedad a nivel comparado, destacando en un panorama en el que se ha preferido remitir el régimen de la *culpa in contrahendo* a la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y delictual. A partir de aquí el debate se ha centrado en determinar qué supuestos de responsabilidad precontractual deben ser incluidos en el estatuto contractual y cuáles en el delictual. En el sector de la competencia judicial internacional el análisis es deudor, sobre todo, de los problemas que ha planteado el tratamiento de la responsabilidad contractual en el marco del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, tal como veremos un poco más adelante²⁰. En el sector del Derecho aplicable los acercamientos existentes hasta el momento han profundizado en la delimitación de los estatutos delictual y contractual en el sector de la *culpa in contrahendo*²¹.

6. La labor de delimitación entre lo contractual y lo extracontractual en esta materia no ha llevado a resultados definitivos e indubitados. Seguramente sería difícil que así sucediera cuando en el Derecho material existe una importante indefinición

precontractual con el fin de facilitar la actuación contra el principal por los actos de sus auxiliares (*vid.* M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, pp. 223-225).

¹⁸. La elección entre responsabilidad contractual y extracontractual está permitida en algunos ordenamientos *vid.* M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, Reus, 1992, pp. 115-116; D. Medicus, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, Múnich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, p. 172. La posibilidad de utilizar acciones contractuales y extracontractuales en algunos supuestos de responsabilidad por *culpa in contrahendo* es señalada por M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, p. 229.

¹⁹. Así, en lo que se refiere a la responsabilidad por actos de otros (*vid. supra* n. núm. 17), régimen de la prescripción (M^a.P. García Rubio, *op. cit.*, pp. 225-229) o la medida del resarcimiento (*ibid.*, pp. 230-254).

²⁰. *Vid. infra* epígrafe III.1.

²¹. *Vid.* en nuestra doctrina S. Álvarez González, *loc. cit.*, *passim*. En la doctrina extranjera *vid.* D. Moura Vicente, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2001.

acerca de la naturaleza de la figura y la regulación expresa existente es escasa (en el Derecho material) o inexistente (en el DIPr.). Pese a estas dificultades se han apuntado algunas principios de solución. Así, por ejemplo, se ha mantenido la conveniencia de que sea la *lex contractus* la que determine el régimen de los daños que se derivan de la resolución del contrato por vicios ocultos²². En cambio, se ha mantenido la conveniencia de aplicar la *lex loci delicti* a la responsabilidad que se derive de la ruptura injustificada de tratos²³. En Alemania la opinión dominante es la de que la responsabilidad en la fase precontractual debe regirse por el estatuto contractual cuando dicha responsabilidad se derive de las obligaciones asumidas durante la negociación, mientras que la responsabilidad que resulte de la obligación general de cuidado debe calificarse como delictual²⁴. También merece la pena destacarse que se han explorado las posibilidades de que en esta materia opere la autonomía de la voluntad de las partes²⁵.

El panorama doctrinal comparado muestra, por tanto, que los distintos supuestos de *culpa in contrahendo* no son tratados de forma uniforme. La diversa naturaleza de los mismos conduce a una necesaria diferenciación. Así, mientras en algunos casos se mantiene la aplicación de la ley rectora de las obligaciones extracontractuales (en los supuestos de daños personales o patrimoniales en la fase de negociación del contrato) en otros se defiende la aplicación de la ley rectora del contrato al que se vinculan esos tratos previos (reclamación por responsabilidad derivada por vicios acompañada de la solicitud de rescisión del contrato sobre la base de esos mismos vicios). El supuesto más significativo en materia de responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de tratos, ha sido objeto de respuestas diversas. Así, mientras en Francia se tiende a aplicar a este supuesto la ley que resulte de la consideración de la norma de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual²⁶, en Alemania y Suiza se ha mantenido la aplicación de la *lex contractus*, considerando que durante el desarrollo de los tratos puede haberse llegado a establecer un vínculo entre las partes basado en las expectativas creadas durante la negociación²⁷. Una situación variopinta, por tanto, en el panorama comparado que ahora deberemos contrastar con la solución que se deriva de los Reglamentos Roma I y Roma II.

III. La opción comunitaria

1. La responsabilidad precontractual ante el TJCE

7. La solución a la que se llega en materia de responsabilidad precontractual en el sector del Derecho aplicable en los Reglamentos Roma I y Roma II no puede ser correctamente entendida sin tener en cuenta el acercamiento a la *culpa in contrahendo*

²². Cf. S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 135.

²³. Cf. S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 135; G. Fischer, “*Culpa in contrahendo* im Internationales Privatrecht”, *JZ*, 1991, año 46, núm. 4, pp. 168-175, p. 175. Se muestra contrario a esta solución D. Moura Vicente, *op. cit.*, pp. 431-432.

²⁴. *Vid.*, analizando el art. 12 de Roma II, G. Wagner, “Die neue Rom-II Verordnung”, *IPRax*, 2008, año 28, núm. 1, pp. 1-17, p. 12.

²⁵. Cf. S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 145.

²⁶. *Vid.* P. Bourel, *Les conflits de lois en matière d’obligations extracontractuelles*, París, 1961, pp. 148-149; *cit.*, por S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 133, n. núm. 24.

²⁷. *Vid.* D. Moura Vicente, *op. cit.*, p. 427; aunque *vid.* S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 136 y notas núms. 35 y 36, donde se muestran ejemplos de aplicación de la ley del lugar de la negociación por la jurisprudencia alemana en supuestos de ruptura injustificada de tratos.

del TJCE al hilo de la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Expresamente se indica en la Propuesta de Reglamento Roma I que la exclusión de la responsabilidad precontractual de su ámbito de aplicación pretende adecuar el Reglamento a la jurisprudencia del TJCE²⁸. Ésta, se había ocupado de esta cuestión en la Sentencia *Tacconi*²⁹. El caso que da origen a la sentencia enfrentaba a una compañía italiana (*Tacconi*) contra una compañía alemana (*HWS*). Ambas partes se encontraban negociando la adquisición por la primera de una fundidora automática fabricada por la segunda. El contrato se articularía mediante una operación de *leasing* en la que sería la sociedad *B.N. Commercio e Finanza SpA (BN)* la que adquiriría de *HWS* la fundidora para cedérsela a *Tacconi*. De acuerdo con las alegaciones del demandante en el proceso original (*Tacconi*), el contrato de arrendamiento financiero entre *Tacconi* y *BN* ya se había celebrado, con el consentimiento de *HWS*, cuando ésta última se negó injustificadamente a la venta. La reclamación contra *HWS* se fundamentaba, por tanto, en la ruptura injustificada de negociaciones, supuesto típico y, como hemos visto, paradigmático de la *culpa in contrahendo*.

La intervención del Tribunal de Luxemburgo en el caso se hizo precisa para determinar si en el supuesto planteado podían utilizarse los criterios de competencia judicial incluidos en los apartados 1 y 3 del art. 5 del Convenio de Bruselas (materia contractual y delictual o cuasidelictual, respectivamente). La cuestión resultaba relevante, ya que la competencia de los tribunales italianos, ante los que se había planteado la demanda, no podía derivarse del foro general del domicilio del demandado, toda vez que la empresa demandada se encontraba domiciliada en Alemania. *Tacconi* mantenía que la reclamación planteada debía ser calificada como delictual, mientras que *HWS* sostenía que no era adecuado calificarla ni como contractual ni como delictual, por lo que solamente cabía utilizar el foro general del domicilio del demandado. El TJCE concluyó que en el supuesto planteado no nos encontrábamos ante un compromiso libremente asumido por *HWS* frente a *Tacconi* por lo que la acción iniciada no podía incardinarse en el art. 5.1 del Convenio de Bruselas. Sí podía, en cambio, ser considerada como una demanda en materia delictual, ya que se reclamaba la responsabilidad derivada del incumplimiento de normas jurídicas, en concreto, aquéllas que establecen la obligación de actuar de buena fe durante las negociaciones previas a un contrato.

8. La Sentencia *Tacconi* es, evidentemente, muy interesante, así como también lo son las Conclusiones presentadas por el Abogado General³⁰, donde se realiza un recorrido por la regulación comparada en materia de responsabilidad precontractual y se propone un tratamiento matizado de la responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones en la que, yendo más allá de la calificación a efectos de determinación de la competencia judicial, se propone un régimen material autónomo de dicha responsabilidad³¹; pero no corresponde aquí detenerse en ella. A los efectos que aquí

²⁸. *Vid. supra* n. núm. 5.

²⁹. STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C- 334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*. Sobre esta decisión *vid.* M. Requejo Isidro, *REDI*, 2002, vol. LIV, pp. 878-881; A. Huet, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 668-671; P. Mankowski, “Die Qualifikation der *culpa in contrahendo*. Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR”, *IPRax.*, 2003, año 23, núm. 2, pp. 127-135; P. Franzina, “La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. dir. int.*, 2003, vol. LXXXVI, núm. 3, pp. 714-745.

³⁰. *Vid.* el número 66 de las Conclusiones del Abogado General (L.A. Geelhoed) en el caso *Tacconi* (As. C- 334/00, presentadas el 31 de enero de 2002).

³¹. *Vid.* el núm. 82 de las conclusiones: “En la segunda fase [de las negociaciones] se ha generado una confianza cuya defraudación puede generar daños. En ese momento, una parte ya no puede

nos ocupan interesa solamente destacar que la decisión en el caso *Tacconi*, pese a limitarse a un supuesto concreto de *culpa in contrahendo*, la ruptura injustificada de negociaciones, ha sido asumido por los redactores de los Reglamentos Roma I y Roma II de forma general, como prueba la exclusión en el Reglamento Roma I de “las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato”³².

La consecuencia de lo anterior ha sido la de que la calificación como delictual de la demanda planteada por *Tacconi* contra *HWS* ha servido para remitir al Reglamento en materia de obligaciones extracontractuales la regulación de la responsabilidad por tratos previos, excluyendo, además, dicha responsabilidad del Reglamento en materia de obligaciones contractuales. En el apartado anterior habíamos visto cómo la responsabilidad precontractual incluía una amplia variedad de supuestos de naturaleza diferente, habiéndose defendido de forma generalizada un tratamiento diferenciado para los distintos casos, tanto desde la perspectiva del Derecho material como del DIPr. La opción de los Reglamentos Roma I y Roma II de ofrecer un tratamiento inicialmente unitario de toda la *culpa in contrahendo* plantea, pues, de inicio ciertas dudas. Estas dudas, además, pueden encontrar argumentos en la propia jurisprudencia del TJCE, puesto que, frente a la Sent. *Tacconi*, en la que se calificó un supuesto de responsabilidad precontractual como extracontractual, se encuentra la Sent. *Gabriel*³³. En esta decisión el Tribunal de Luxemburgo consideró que la reclamación de un premio aparentemente ganado por el consumidor previamente a la conclusión de un contrato con el profesional que le ofrecía el premio debía ser considerada como una acción relativa a un contrato de consumo “al estar íntimamente relacionada con el contrato celebrado por las partes”³⁴. Tal como ha puesto de relieve la doctrina³⁵, llama la atención la relación entre el caso resulto en la Sent. *Gabriel* y el que era objeto de la Sent. *Tacconi*, así como la divergencia de soluciones: mientras en la primera la acción basada en circunstancias previas a la celebración del contrato fue calificada como subsumible en un foro contractual (aunque específico para los contratos de consumo); en la segunda se mantuvo la calificación extracontractual. La explicación de esta divergencia de soluciones quizás pueda hallarse en la especificidad del art. 13 del Convenio de Bruselas (art. 15 del Reglamento 44/2001) respecto al art. 5.1 de ambos instrumentos³⁶; pero en cualquier caso sorprende inicialmente que existiendo estos matices en la propia jurisprudencia del TJCE en relación a la competencia judicial internacional, en el sector del Derecho aplicable se haya optado por una solución única, que no traslada las particularidades a los Reglamentos Roma II y Roma I, donde existe una regulación específica en materia de consumidores que podría haber sido objeto de consideración también en lo que se refiere a la *culpa in contrahendo*.

2. Los supuestos incluidos en el Reglamento Roma II

romper inopinadamente las negociaciones. Si, no obstante, lo hace, comete, en determinadas circunstancias, un hecho ilícito. En ese caso, puede ser condenado a resarcir los gastos en que haya incurrido la otra parte o el lucro cesante derivado de la pérdida de posibilidad de contratar con un tercero.” Quizás no sea casualidad que esta pretendida interpretación (*rectius*, regulación) autónoma coincida con la del Derecho neerlandés, país del que procede el Abogado General autor de las Conclusiones.

³². Art. 1.2. j) del Reglamento Roma I, en su versión consolidada tras haber aceptado el Consejo las modificaciones introducidas en el Texto por el Parlamento Europeo (*vid.* <http://adipr.wordpress.com/2007/12/11/el-reglamento-roma-i-ha-sido-adoptado/>).

³³. STJCE de 11 de julio de 2002, As. C-96/00, *Rudolf Gabriel*. *Vid.* A. Font i Segura, *AEDIPr.*, 2004, t. IV, pp. 886-889; L. García Gutiérrez, *REDI*, 2002, vol. LIV, núm. 2, pp. 871-876.

³⁴. *Vid.* núm. 54 de la Sentencia.

³⁵. A. Font i Segura, *loc. cit.*, p. 888.

³⁶. *Ibidem*.

9. De lo que hemos visto hasta ahora resulta que, pese a que la responsabilidad precontractual engloba una gran diversidad de supuestos, objeto de regulaciones diferenciadas tanto en el Derecho civil como en el DIPr., el legislador comunitario ha optado por una regulación poco matizada, basada en la calificación no contractual de la *culpa in contrahendo* realizada por el Tribunal de Luxemburgo en la Sent. *Tacconi*, sin considerar la variedad de supuestos existentes³⁷ y, ni siquiera, que el mismo Tribunal, en otra decisión (la Sent. *Gabriel*), había utilizado el foro contractual de consumidores en relación a una acción que podría ser calificada también como precontractual.

Este carácter indiferenciado de la regulación convierte en especialmente interesante la delimitación de los supuestos cubiertos por el art. 12 del Reglamento Roma II. Se hace preciso concretar cuáles, de los múltiples tipos de responsabilidad derivados de la *culpa in contrahendo*, son objeto de la específica regulación contenida en este precepto. En esta tarea resulta fundamental la consulta del considerando 30 del Reglamento, ya que ni el título del art. 12³⁸ ni su contenido aportan pistas sobre los supuestos regulados. El mencionado cdo. 30, sin embargo, sí que resulta determinante en la concreción de los supuestos regulados en el art. 12.

10. El considerando 30 comienza recordando que la *culpa in contrahendo* deberá interpretarse de una forma autónoma; a continuación explicita que ha de incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales y aclara que el art. 12 solamente cubre supuestos que tengan un vínculo directo con los tratos previos a la celebración del contrato, excluyendo expresamente los casos en los que una persona sufriera una lesión personal durante la negociación del contrato. En estos casos serían aplicable el resto de disposiciones del Reglamento³⁹.

Del cdo. 30 se deriva con claridad que el art. 12 de Roma II regula la responsabilidad por ruptura de tratos, y también que los daños personales sufridos durante la negociación de un contrato no están regidos por el art. 12⁴⁰. En relación a estos últimos, además, se da por sentada la calificación extracontractual, al establecerse la aplicación del precepto del Reglamento Roma II que resulte pertinente. En relación a estas dos cuestiones no habrán de plantearse excesivos problemas interpretativos. No puede decirse lo mismo de “la violación del deber de información”, cuestión que, de acuerdo con el cdo. 30 también estará regida por el art. 12 de Roma II. La responsabilidad que pueda derivarse de la violación del deber de información presenta

³⁷. Son varios los autores que han destacado que la Sent. *Tacconi* no debería ser utilizada para excluir categóricamente todos los supuestos de *culpa in contrahendo* del ámbito contractual, cf. M. Pertegás, “The notion of contractual obligation in Brussels I and Rome I”, en J. Meeusen, M. Pertegás y G. Straetmans (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Amberes/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2004, pp. 175-190, p. 186; A. Huet, *Journ. dr. int.*, 2003, vol. 130, núm. 2, pp. 668-671, p. 670; P. Mankowski, *loc. cit.*, p. 134.

³⁸. Ya se ha indicado que en las diferentes versiones lingüísticas del Reglamento se emplean expresiones diversas en el título del art. 12. *Vid. supra* n. núm. 2.

³⁹. “La *culpa in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento.”

⁴⁰. *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)”, *La Ley*, 2007, año XXVIII, núm. 811, de 31 de octubre, núm. 65.

matices que la conectan claramente con la responsabilidad contractual. Así, la defectuosa información durante la negociación del contrato puede suponer la nulidad de éste o implicar una lesión a una de las partes, ya que la defectuosa información podría haber conducido a ésta a acordar cláusulas excesivamente onerosas (dolo incidental). Alguno de estos aspectos están expresamente incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y en el futuro Reglamento Roma I. Así, por ejemplo, la validez del contrato y de cualquiera de sus disposiciones y las consecuencias de la nulidad del contrato⁴¹. La inclusión en el Reglamento Roma II de la violación del deber de información (hemos de suponer que en el momento previo a la conclusión del contrato) concurre con la regulación del Reglamento en materia de obligaciones contractuales, por lo que delimitar el ámbito de uno y otro en este punto puede resultar una tarea difícil.

No parece, en cualquier caso, razonable excluir que ha de ser el Convenio de Roma de 1980 el que determine cómo afecta la defectuosa información en la fase precontractual a la eficacia y validez del contrato. De igual forma, debería ser este mismo instrumento el que rigiera las consecuencias de la nulidad contractual, incluso aunque tal nulidad resultara de defectos en la información durante la fase precontractual. La especificidad de los arts. 10.1.e) del Convenio de Roma y 12.1.e) del Reglamento Roma I son apoyos a favor de esta interpretación. No obstante, tampoco puede desconocerse la clara inclusión de la violación del deber de información en el art. 12 de Roma II y la paralela exclusión en Roma I (aunque no en el Convenio de Roma) de “las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato”. La consideración de aquella inclusión y esta exclusión dificultarían la interpretación más lógica que aquí se ha apuntado. Esta interpretación podría encontrar apoyo, sin embargo, en la referencia que el cdo. 30 de Roma II hace a “obligaciones extracontractuales” al determinar los supuestos incluidos en el art. 12 de dicho instrumento. Tal como ya se ha apuntado, en este cdo. se mantiene que solamente se incluyen en el art. 12 “las obligaciones extracontractuales que tengan un vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato”. Esta referencia a obligaciones extracontractuales podría ser entendida en el sentido de que las obligaciones que hayan de ser calificadas como contractuales y que se encuentren vinculadas a la negociación de un contrato no estarían incluidas en el mencionado art. 12. Tal como veremos un poco más adelante⁴², esta interpretación de la referencia a “obligaciones extracontractuales” en el cdo. 30 del Reglamento Roma II es susceptible de plantear dificultades agudas; pero no puede dejar aquí de señalarse que es también una vía abierta para evitar el absurdo de que la responsabilidad derivada de la nulidad del contrato deba regirse por el Derecho previsto en el Reglamento Roma II cuando dicha nulidad se derive de una violación del deber de información en la fase precontractual.

3. La regla general del art. 12 del Reglamento Roma II

11. El art. 12 del Reglamento establece que la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato será la ley aplicable al contrato, tanto si éste ha llegado a celebrarse como si no ha sido así, en este último caso deberemos, por tanto, determinar cuál sería la ley que habría de regir el contrato en el supuesto de que llegara a celebrarse. Se trata de una solución que establece un puente entre la calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual y su vinculación con la materia contractual: se extrae la regulación de la

⁴¹. Vid. arts. 8.1 y 10.1.e) del Convenio de Roma y 10.1 y 12.1.e) del Reglamento de Roma I.

⁴². *Infra* apartado 5.

sede que, seguramente, resultaría más adecuada, el Reglamento Roma I; pero la solución adoptada mantiene la continuidad entre la ley aplicable a los aspectos contractuales y precontractuales. De esta forma, las críticas que cabe realizar a la exagerada acogida en esta sede a la jurisprudencia *Tacconi* pueden ser matizadas. La calificación extracontractual no impide llegar a una solución que mantiene los vínculos evidentes entre la responsabilidad por tratos previos y la regulación del contrato; evitando así en la práctica que se produzcan los problemas a los que nos referíamos en el apartado anterior; esto es, la duda acerca del régimen de la responsabilidad por la nulidad o ineficacia del contrato derivada de la defectuosa información facilitada en la fase de tratos previos.

La opción recogida en el primer apartado del art. 12 del Reglamento de Roma II es, por tanto, la mejor posible una vez adoptada la decisión de ofrecer una solución específica para la responsabilidad precontractual ubicada en la norma dedicada a la regulación de la responsabilidad extracontractual. No obstante, cabe aún plantear algunas dudas sobre el precepto. La primera de ellas se vincula a la referencia que en él se contiene a “obligación extracontractual”. Si consideramos que esta referencia va más allá de un mero recurso estilístico podría plantearse si nos está indicando que dentro de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* cabe identificar supuestos de responsabilidad contractual. La duda es razonable si consideramos que en el cdo. 30 del Reglamento se incluye otra referencia a “las obligaciones extracontractuales”. Aquí, sin embargo, solamente adelantaremos el problema, del que nos ocuparemos con algo más de detalle en un epígrafe posterior.

12. La solución adoptada en el art. 12.1 de Roma II resulta adecuada para ciertos supuestos de responsabilidad extracontractual; pero no parece la solución más conveniente para el supuesto más relevante de *culpa in contrahendo*, la ruptura injustificada de negociaciones. Efectivamente, si lo que se pretende dilucidar es la responsabilidad derivada de la defectuosa información facilitada en la etapa precontractual, haya causado o no la ineficacia del contrato, lo más razonable es que sea el Derecho rector del contrato el que consideremos, solución a la que nos conduce el art. 12.1 de Roma II⁴³. Ahora bien, si lo que se ha producido es la ruptura injustificada de negociaciones, podría resultar conveniente que la responsabilidad que se derivara de dicha ruptura se rigiera por la ley del lugar en el que se desarrollaron las negociaciones⁴⁴. Se ha apuntado que el lugar en el que se desarrollen las negociaciones puede tener un carácter meramente fortuito⁴⁵; y es cierto; pero tampoco cabe desconocer que en otros supuestos el lugar de la negociación no es casual, sino que responde a un cúmulo de intereses y puede haber sido, incluso, fruto de una negociación específica. En estas circunstancias puede representar un vínculo suficiente como para reclamar su aplicación⁴⁶. Si la negociación se ha desarrollado a distancia la conexión lugar de negociación no resulta operativa, habiéndose defendido su sustitución por el lugar en el que se haya producido la ruptura de tratos⁴⁷. Se trata de una solución que mantiene la lógica de la conexión lugar de negociación y que permite que el hecho del que se deriva el daño sea regulado por el Derecho del lugar en el que se ha cometido, lo

⁴³. Aunque, tal como veremos enseguida, podría resultar que la elección del Derecho rector de la responsabilidad precontractual, posible de acuerdo con lo previsto en el art. 14 de Roma II provocara una disociación entre el Derecho rector del contrato y de la responsabilidad precontractual.

⁴⁴. *Vid. supra* n. núm. 23.

⁴⁵. D. Moura Vicente, *op. cit.*, p. 432.

⁴⁶. *Vid. S. Álvarez González, loc. cit.*, p. 136.

⁴⁷. *Ibidem.*, p. 137.

que favorece la previsibilidad y la seguridad jurídica. Ciertamente, como todas las conexiones que responden a una lógica delictual no dejará de plantear problemas en aquellos supuestos en los que el lugar de ruptura de las negociaciones sea, efectivamente, casual; pero frente a ello se puede oponer que las partes siempre gozan de la posibilidad de pactar el Derecho rector de la responsabilidad extracontractual (art. 14 de Roma II), por lo que si se ven sometidas a una regulación puramente fortuita será consecuencia de no haber ejercido en su momento la facultad de fijar la ley rectora de la culpa que pudiera derivarse de la ruptura de las negociaciones.

En cualquier caso, la conexión derivada del lugar de negociación o del lugar en el que se ha producido la ruptura injustificada de las negociaciones presenta ciertas ventajas sobre la ley rectora del contrato que se hubiera llegado a celebrar. Dado que el problema se planteará, precisamente, en relación a contratos que no se han concluido, la determinación del Derecho designado por el art. 12 supondrá siempre un cierto ejercicio de especulación; al no haberse concluido la negociación no se podrá tener la certeza de cuál sería el Derecho que hubiera regido el contrato, esta determinación deberá hacerse a partir de los elementos presentes en el momento de producirse la ruptura de negociaciones y, por tanto, serán probablemente, fuente de algunas dudas.

Sí que puede adelantarse que resultará poco probable que antes de la conclusión del contrato se haya concretado una cláusula de elección de ley, por lo que habrá de ser la regulación prevista para los supuestos de falta de ejercicio de la autonomía de la voluntad la que deberemos considerar. Ésta, a su vez, nos conducirá en la mayoría de los supuestos al Derecho de la residencia de la parte que ha de realizar la prestación característica⁴⁸; lo que coloca a ésta en una posición de preeminencia en la negociación que no creo que esté justificada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una oferta de venta realizada por una empresa holandesa a una empresa española. De acuerdo con el art. 12.1 de Roma II la responsabilidad por ruptura de negociaciones se regirá por el Derecho holandés. Según este ordenamiento, una vez superada cierta fase en la negociación puede derivarse responsabilidad de la ruptura de tratos previos, pese a que no haya llegado a formalizarse un acuerdo entre las que podrían llegar a ser partes⁴⁹. En un caso como éste, la empresa española podría encontrarse de forma sorpresiva con la obligación de indemnizar a la sociedad holandesa por ruptura de las negociaciones emprendidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho holandés, pese a que el único vínculo del asunto con Holanda es que, en caso de que se llegara a concluir el contrato es probable que el Derecho holandés lo rigiese.

13. La regulación del art. 12.1 de Roma II favorece, por tanto, la posición de los oferentes de bienes y servicios, que verán como su propio Derecho será el que rija los tratos previos, pudiendo quedar obligada la otra parte en la negociación más allá de lo previsto en el Derecho de su residencia habitual o en el de lugar en el que se desarrollen las negociaciones; sorprende que no se haya introducido aquí una cláusula equivalente a la que prevén los arts. 8.2 del Convenio de Roma y 10.2 del Reglamento Roma I, y que permite a una parte ampararse en el Derecho del Estado de su residencia habitual para negar que haya prestado el consentimiento contractual, pese a que del Derecho rector del contrato sí se derivara que tal consentimiento había sido prestado⁵⁰. Esta cláusula

⁴⁸. Vid. el art. 4 del Reglamento Roma I, donde, como es sabido, se ha optado por eliminar la presunción general del art. 4 del Convenio de Roma y sustituirla por la especificación del derecho aplicable a los distintos tipos de contratos.

⁴⁹. Vid. *supra* n. núm. 30

⁵⁰. Art. 8.2 del Convenio de Roma: “Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia

evita que el Derecho que hubiera regido el contrato de haber prestado ambas partes su consentimiento pueda ser usado, precisamente, para determinar si dicho consentimiento se ha prestado de forma imprevista para una de las partes que podía haber confiado en que sus actuaciones no tenían la virtualidad de traducir un consentimiento contractual, fiándose de las previsiones de un Derecho próximo como es el de su residencia habitual⁵¹. Actualmente nos podemos encontrar con la paradoja de que dicho Derecho de la residencia habitual de una de las partes podrá ser alegado para eludir el perfeccionamiento del contrato, pero no para excluir la responsabilidad que se pueda derivar de su falta de conclusión de acuerdo con el Derecho que regiría el contrato caso de haberlo concluido.

Ciertamente, esta situación de inferioridad durante la negociación de la parte que no ha de realizar la prestación característica puede ser resuelta mediante el recurso a la autonomía de la voluntad prevista en el art. 14 del Reglamento y que puede operar en materia de *culpa in contrahendo*⁵². Quien esté advertido de las consecuencias de entablar una negociación en relación a la conclusión de un contrato con una persona o entidad residentes en el extranjero puede intentar un acuerdo sobre la ley aplicable a dichos tratos preliminares; pero seguramente habrá muchos supuestos en los que esta posibilidad pase inadvertida, pudiendo, en estos casos, resultar una responsabilidad por ruptura de tratos previos de todo punto insospechada. Este peligro es mayor en contratos en los que intervengan consumidores, pues podría resultar que en la fase precontractual no pueda determinarse si se dan las circunstancias que conviertan el contrato en un supuesto protegido⁵³.

4. El apartado segundo del art. 12 del Reglamento Roma II

14. El art. 12.2 del Reglamento Roma II determina la ley aplicable a la *culpa in contrahendo* en aquellos casos en los que “la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1”; esto es, en aquellos casos en los que la responsabilidad precontractual se plantea en relación a un supuesto en el que el contrato no ha llegado a concluirse y los elementos presentes en el caso no permiten determinar cuál sería el derecho rector del contrato caso de haberse perfeccionado⁵⁴.

Seguramente planteará ciertas dificultades la concreción de los supuestos en los que vaya a operar este segundo apartado del art. 12. En los casos en los que no se haya

habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente”. La redacción del art. 10.2 del Reglamento de Roma I reproduce casi literalmente este art. 8.2 del Convenio de Roma.

⁵¹. Vid. L. Collins, *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 12ª ed. 1993, vol. 2, pp. 1250-1251.

⁵². Cf. F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, núm. 25; M. Vinaixa Miquel, “La unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el Reglamento de Roma II”, *Iustel. RGDE*, 2008, enero, núm. 15, p. 29.

⁵³. Como es sabido, el art. 5 del Convenio de Roma establece que nos encontraremos ante un supuesto protegido si la celebración del contrato hubiera sido precedida de una oferta o publicidad en el estado de la residencia del consumidor y el consumidor hubiera realizado en el país de su residencia los actos necesarios para la celebración del contrato. Con anterioridad a la conclusión del contrato no podremos determinar si se da la segunda de las condiciones que permiten la aplicación de la normativa protectora del art. 5. También plantea problemas el segundo supuesto protegido, toda vez que, de nuevo, antes de la conclusión del contrato no podrá determinarse si la otra parte contratante o su representante van a recibir el encargo del consumidor en el Estado de la residencia de éste. El art. 6 del Reglamento Roma I no planteará estos problemas, puesto que las circunstancias que convierten al contrato en un supuesto protegido pueden ser determinadas antes de la conclusión del contrato.

⁵⁴. Vid. G. Wagner, *loc. cit.*, p. 12.

llegado a concluir el contrato en el curso de cuyas negociaciones se haya producido el daño por el que se reclama la responsabilidad derivada de la *culpa in contrahendo* nunca tendremos la certeza absoluta de cuál sería el derecho rector del contrato en caso de concluirse, aunque nada más sea porque antes de dicha conclusión podrían las partes haber realizado una elección de ley o modificado la que tuviera reflejo en las negociaciones existentes. Ahora bien, tampoco nos encontraremos nunca con una incertidumbre absoluta acerca de la ley del contrato hipotético. Por poco avanzadas que estén las negociaciones siempre existirán elementos que, de alguna forma, permitan aventurar cuál podría ser ese derecho rector. De esta forma, la concreción de la ley rectora de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en los supuestos en los que no se ha llegado a concluir el contrato se convierte en un problema de grados de certeza, más que en una cuestión que haya de ser respondida con un “sí” o un “no”. Debemos, pues, aguardar a la práctica en la aplicación del Reglamento para determinar el grado de certeza necesario para recurrir al art. 12.1 y, por tanto, el nivel de incertidumbre que nos conduciría al segundo apartado del mismo artículo.

15. Cuando resulte aplicable este segundo apartado del art. 12 retomamos las soluciones generales previstas en el art. 4. Esta es, por lo menos, la opinión de la doctrina⁵⁵, que se aparta de una interpretación literal del precepto para ajustarlo a la lógica del Reglamento. Así, este apartado 2 del art. 12 se lee como una reproducción de las conexiones del art. 4, donde, como es sabido, la primera conexión es la residencia habitual de la persona perjudicada y de la persona cuya responsabilidad se alega cuando ambos residen en el mismo país. En defecto de esta conexión se aplica la ley del país en el que se produce el daño y, finalmente, resulta posible aplicar la ley de un país diferente cuando del conjunto de circunstancias resulta que el supuesto está más conectado con este Derecho que con el de la residencia habitual del perjudicado y del causante del daño o con la ley del lugar de producción del daño⁵⁶. El art. 12.2 del Reglamento retoma estos mismos criterios de conexión, aunque conectándolos por la disyuntiva “o”, lo que, literalmente, supondría la alternancia entre todas las conexiones previstas.

Esta alternancia entre las conexiones no sería imposible, pudiendo interpretarse como una opción del demandante⁵⁷ o, con un cierto sentido desde un punto de vista valorativo, del que se pretende perjudicado⁵⁸. Ahora bien, esta interpretación literal no encontraría fundamento en la estructura del Reglamento y carecería de lógica que se introdujera en relación a la *culpa in contrahendo* y se mantuviera un criterio diferente en la regla general del Reglamento. Ningún elemento de los considerandos o de los trabajos preparatorios apoyaría esta interpretación del art. 12 que chocaría con la clara justificación de la opción que se mantiene en el art. 4⁵⁹ y que hemos de presumir que se pretendía también en el art. 12.2 de Roma II. De esta forma, parece aconsejable

⁵⁵. Cf. F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, núm. 66; G. Wagner, *loc. cit.*, p. 12. Con menos claridad M. Vinaixa Miquel, *loc. cit.*, p. 30.

⁵⁶. Sobre la interpretación del art. 4 *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, núms. 30 a 40; M. Vinaixa Miquel, *loc. cit.*, pp. 18-22.

⁵⁷. Carecería absolutamente de sentido como una opción para el juez, pues éste ya dispone de la posibilidad de aplicar el derecho que estime más conectado con el supuesto de acuerdo con lo previsto en el art. 12.2.c), por lo que la alternancia de este apartado c) con el a) y el b) no aportaría nada a las facultades de las que ya dispone el juzgador.

⁵⁸. Puede no coincidir demandante con perjudicado si lo que se inicia es una acción declarativa de falta de responsabilidad por parte de quien teme que se le dirija una demanda de reclamación de responsabilidad.

⁵⁹. *Vid.* cdo. 18 de Roma II.

defender que, pese a su defectuosa redacción, el contenido del art. 12.2 del Reglamento debe interpretarse en el mismo sentido que el art. 4 del mismo texto, de forma que el recurso a la ley del lugar del daño solamente será posible cuando el perjudicado y aquél que se pretende responsable no tienen su residencia en el mismo país y no existen vínculos más estrechos del caso con otro Derecho.

Puede plantear algún problema la concreción del lugar en el que se produce el daño en los supuestos de responsabilidad precontractual. El Reglamento Roma II ha hecho explícita la diferenciación entre hecho generador del daño, daño y consecuencias indirectas del daño, optando por la conexión central (lugar de producción del daño) para identificar el Derecho rector de la responsabilidad extracontractual (art. 4) y, en concreto, de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* -art. 12.2.a). En los casos de negociaciones desarrolladas en un único lugar no creo que plantee excesivas dudas mantener que el daño se produce allí donde se desarrollan las negociaciones. Ahora bien, en el caso de las negociaciones a distancia puede plantearse la duda de si el daño derivado de la ruptura injustificada de negociaciones o de la deficiencia de la información facilitada ha de entenderse producido allí donde se encuentra la parte que ha roto las negociaciones o vulnerado las obligaciones sobre información o, por el contrario, el daño ha de entenderse producido en el lugar en el que se recibe la comunicación de la ruptura de dichas negociaciones o la información inexacta o insuficiente. En el primer caso, sería el Derecho de la parte a la que se reclama la responsabilidad el aplicable, mientras que si optamos por la segunda interpretación sería la ley de la parte que reclama la responsabilidad la que resultaría aplicable. Entiendo que resulta preferible la primera interpretación. La segunda conduciría a que cada una de las partes en la negociación debería ajustar su comportamiento a lo establecido en el Derecho de la otra parte; lo que no resulta aconsejable aunque nada más sea por razones de previsibilidad.

16. Así pues, deberemos interpretar que el art. 12.2 del Reglamento Roma II reproduce el régimen regulador del art. 4 del mismo instrumento. Ahora bien, debe destacarse que existe una diferencia relevante entre estos dos preceptos. En el art. 4.3 se explicita que el vínculo más estrecho con otro país, que permite excluir la aplicación del derecho designado por los dos primeros apartados del artículo, puede estar basado “en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”. En el art. 12.2.c) no se incluye esta referencia a una relación preexistente entre las partes como ejemplo de identificador de un vínculo estrecho con la responsabilidad precontractual. Parece excluirse así que la determinación del derecho aplicable a la *culpa in contrahendo* pueda vincularse a relaciones previas entre las partes. No se alcanzan las razones de esta exclusión, toda vez que no es descartable que existan contratos previos entre el causante del daño y el perjudicado que puedan tener una relación significativa con los tratos previos en el curso de los cuales surge la responsabilidad. El hecho de que los tratos sean previos a un contrato no excluye que un contrato anterior a las negociaciones pueda encontrarse vinculado a éstas, y no solamente en el caso de que dichas negociaciones hayan sido reguladas por un acuerdo entre las partes -cuestión de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe- sino en aquellos otros supuestos en los que las negociaciones derivan de una situación contractual previa⁶⁰. En cualquier caso, en estos

⁶⁰. Podemos imaginar el caso de un agente que negocia con su principal un contrato de distribución en exclusiva; o, incluso, los frecuentes casos de negociación de la prórroga de contratos de distribución o agencia (*vid.*, por ejemplo, la Sent. de la AP de Barcelona (Sección 17ª) de 8 de mayo de 2000, *Aranzadi Westlaw JUR 2000\210734*).

supuestos el aplicador del Derecho podrá optar por aplicar el Derecho rector del contrato previo entre las partes si entiende que éste se encuentra más vinculado con la responsabilidad precontractual que el Derecho del lugar del daño o el de la residencia habitual del causante del daño y la víctima. La ausencia de la referencia expresa al vínculo previo entre las partes como indicio válido para la identificación del Derecho más estrechamente vinculado no ha de interpretarse *a sensu contrario*, pues faltan elementos que justifiquen una voluntad en tal sentido del legislador.

De acuerdo con lo que hemos visto, por tanto, en aquellos supuestos en los que no pueda determinarse con la suficiente certeza el Derecho que habría de regir el contrato en el que estaban llamadas a desembocar los tratos previos de los que se deriva la *culpa in contrahendo* reclamada, el juzgador deberá aplicar el derecho de la residencia habitual de las partes cuando ésta se encuentra en el mismo país; y en defecto de este criterio la ley del lugar en el que se ha producido el daño. Ahora bien, deberá aplicarse un Derecho diferente si del conjunto de las circunstancias resulta que presenta una conexión más estrecha con el caso que los que acaban de ser señalados. Pese a que no se hace explícito, esta conexión más estrecha puede derivar de una relación previa entre las partes y, en concreto, de la existencia de un contrato entre ellas que se encuentra vinculado a las negociaciones de las que se deriva la responsabilidad reclamada. En el siguiente apartado nos ocuparemos del supuesto específico en el que las partes han concluido un contrato que tiene por objeto las negociaciones en el curso de las cuales se ha producido la ruptura injustificada de tratos o la vulneración de los deberes de información.

5. La regulación contractual de los tratos previos

17. Los tratos previos a la celebración de un contrato pueden, a su vez, ser objeto de un contrato entre los negociadores, que fijan de este modo las reglas que regirán el desarrollo de la fase precontractual⁶¹. Si nos encontramos ante esta circunstancia lo lógico sería que el Derecho rector de este contrato fuera el que determinara la responsabilidad derivada de la *culpa in contrahendo*. En este caso la responsabilidad derivada de los tratos previos sería, simultáneamente, precontractual (en relación al contrato futuro) y contractual (respecto al contrato que regula las negociaciones), debiendo prevalecer en este caso la calificación contractual y remitiendo al régimen del contrato concluido para regir el proceso de formación del contrato la regulación de la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de negociaciones o de la vulneración de los deberes de información; aunque en relación a este último aspecto no debería descartarse totalmente la consideración de la ley rectora del contrato futuro, ya que los defectos de información no solamente pueden ser generadores de responsabilidad, sino también causantes de la ineficacia del contrato. No resulta, sin embargo, sencillo llegar a esta solución en el marco que diseñan los Reglamentos Roma y Roma II, tal como veremos a continuación.

18. El Reglamento Roma II, tal como hemos visto, no prevé que el Derecho rector del contrato que regule los tratos previos incida en la regulación de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Ni siquiera se considera a los efectos de identificar un Derecho más estrechamente vinculado con el supuesto en el apartado c) del art. 12.2. En estas circunstancias, el único supuesto en el que ese Derecho sea el que efectivamente rijan la responsabilidad que resulte de los tratos previos será aquél en el

⁶¹. Vid. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 280.

que las partes hayan determinado dicho Derecho mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, puesto que en tal caso dicha autonomía podría entenderse amparada por el art. 14 del Reglamento Roma II. Fuera de este supuesto el Derecho rector del contrato relativo a las negociaciones del contrato futuro no tendrá relevancia en el régimen de la *culpa in contrahendo*.

La vía natural para conseguir que la responsabilidad derivada de los tratos previos se rija por la ley rectora del contrato que regula dichos tratos es la inclusión del supuesto dentro del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I. Ningún problema debería haber para que en el marco del primero de estos textos se entiendan incluidos los contratos que tienen por objeto regular la fase de formación del contrato; ahora bien, es más difícil llegar a este resultado en el Reglamento Roma I. De éste se encuentran excluidas “las obligaciones que derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato”⁶². La exclusión es clara, pretendiendo, además, ser complemento de la inclusión de la *culpa in contrahendo* en el Reglamento Roma II⁶³. A partir de estos elementos resulta difícil argumentar la inclusión en Roma I de los supuestos de responsabilidad por tratos previos, incluso aunque estén regidos por un contrato entre las partes. No sé si era esta la intención de los redactores del Reglamento, probablemente no; pero ante la falta de suficientes elementos en el texto que permitan llegar a una solución diferente no veo manera de escapar a esta consecuencia. La exclusión del art. 1 del Reglamento es clara, y no se matiza para los casos en los que exista un acuerdo entre las partes que incida en la regulación de los tratos previos. Tenemos que tener en cuenta también que este art. 1.2 del Reglamento Roma I no tiene como función definir qué se ha de entender por obligación contractual en los supuestos dudosos, sino excluir determinadas materias del Reglamento, con independencia de que puedan incluir supuestos que han de ser considerados como contractuales⁶⁴. Además, la exclusión de las obligaciones relativas a los tratos previos no puede suponer una remisión al DIPr. autónomo de los Estados miembros, ya que la justificación de la misma es la regulación del supuesto en el Reglamento Roma II, por lo que de una lectura conjunta de ambos textos no puede derivarse más conclusión que la de que es este último instrumento el único relevante en materia de responsabilidad derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato.

El resultado es la paradoja de que en el supuesto de los tratos previos regidos por un contrato la ley aplicable a la responsabilidad derivada de dichas negociaciones no será la rectora de ese contrato, sino la que habría de regir el contrato que, en su caso, se llegara a concluir. Evidentemente, puede suceder que una y otra ley diverjan, por lo que el problema que aquí se plantea no es, en absoluto, un supuesto de laboratorio. Como adelantaba, seguramente, no se trata del mejor resultado posible; pero tampoco podemos perder de vista que la falta de consideración de la ley rectora del contrato concluido para regular los tratos previos no implica que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* deje de ser contractual desde una perspectiva material. El contrato concluido seguirá siendo relevante en la concreción de la responsabilidad, aunque será el Derecho designado por el art. 12 del Reglamento Roma II el que determinará el alcance y efectos de dicho contrato.

⁶². Art. 1.2.h) del Reglamento Roma I.

⁶³. *Vid.* cdo. 10 del Reglamento Roma I.

⁶⁴. Así, no creo que pueda dudarse del carácter contractual del contrato de seguro, excluido en parte en la letra k) del art. 1.2; y tampoco creo que la exclusión de los convenios de arbitraje y de elección de foro se deba a que son considerados de naturaleza procesal, sino a que, por las razones que sea y pese a que deban ser considerados como contratos, se ha considerado conveniente dejarlos fuera del Reglamento comunitario.

19. En el apartado anterior señalaba que no existen elementos suficientes para llegar a una solución diferente a la apuntada: los contratos relativos a tratos preliminares están excluidos del Reglamento Roma I y han de regirse por lo establecido en el Reglamento Roma II. Ahora bien, pese a que carezcan de la fuerza suficiente como para alterar la solución que se acaba de exponer, sí que existen algunos indicios en el Reglamento Roma II que han de ser considerados por si pudieran conducirnos a un resultado diferente. Estos indicios son la referencia tanto en el cdo. 30 del Reglamento como en su art. 12 a las obligaciones *extracontractuales* (la cursiva es mía). En el cdo. 30 se indica que “El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato”, y en el art. 12.1 que “La ley aplicable a una obligación *extracontractual* que se derive de los tratos previos...” (la cursiva también es mía). Esta doble referencia al carácter extracontractual de la obligación regulada podría ser interpretado en el sentido de que están excluidos del Reglamento Roma II los supuestos de responsabilidad derivada de los tratos previos de carácter contractual, por lo que sería posible otorgar relevancia al Derecho rector del contrato cuyo objeto son, precisamente, las negociaciones conducentes a la conclusión de un contrato.

Se trata de un acercamiento posible, pero que creo que debe ser rechazado por varias razones. En primer lugar porque el Reglamento Roma I sigue manteniendo la exclusión de la responsabilidad por tratos previos en su art. 1.2.j), por lo que la interpretación apuntada únicamente conduciría a la consideración del DIPr. autónomo de los Estados miembros, lo que complicaría de una forma intolerable la regulación de este supuesto. En segundo término, y aún cuando se pudiera eludir la objeción anterior⁶⁵, nos encontraríamos con que dentro del régimen de la *culpa in contrahendo* deberíamos diferenciar entre supuestos de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual, que era precisamente lo que se quería evitar con una regulación específicas de la materia. Si por esta vía se introduce la necesidad de realizar una calificación de la naturaleza de la responsabilidad vinculada a los tratos previos perdería sentido el cdo. 30 del Reglamento de Roma II y la estructura general de la regulación.

IV. Alternativas de regulación

20. De lo expuesto hasta ahora resulta que la regulación de la *culpa in contrahendo* en el Reglamento Roma II, y su ausencia de regulación en Roma I, plantean –a mi juicio– algunas dificultades. La opción tiene la ventaja de ser simple, aunque no dejará de plantear algún problema al aplicador, así, por ejemplo, cuando se deba determinar el Derecho que regirá un contrato que aún no se ha celebrado; pero frente a esta ventaja plantea el inconveniente de resolver de una forma rígida problemas variados que, por su naturaleza, exigirían una respuesta más matizada. A continuación presentaré dos alternativas a la regulación que ofrece la consideración conjunta de los Reglamentos Roma I y Roma II y que podrían ofrecer una respuesta más adecuada a los problemas que plantea la regulación de la *culpa in contrahendo* en DIPr.

⁶⁵. Utilizando a este fin el cdo. 10 del Reglamento Roma I, que vincula la exclusión de la responsabilidad por tratos previos a la regulación de esta materia en el Reglamento Roma II. Si la exclusión del primero se justifica por la inclusión en el segundo, los supuestos no regulados en éste último deberían poder ser incluidos en el Reglamento Roma I.

21. En primer lugar, podría haberse optado por ofrecer una regulación diferenciada para la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares y para la responsabilidad por defectos en la información. Ya hemos visto que mientras que para ésta última podría resultar conveniente el recurso al Derecho rector del contrato al que están encaminadas las negociaciones; la utilización de esta conexión para la determinación del derecho rector de la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de tratos podría implicar algunas dificultades. Seguramente el supuesto de la ruptura de tratos hubiera aconsejado una regulación que tuviera en cuenta el derecho del lugar en el que se desarrolla la negociación y la posibilidad de que en las negociaciones a distancia cada una de las partes pudiera recurrir al derecho del Estado de su residencia habitual para justificar su derecho a romper las negociaciones emprendidas.

En cualquier caso, debería mantenerse la posibilidad de que las partes pactasen el derecho aplicable a la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, tal como admite el art. 14 del Reglamento Roma II y, además, regularse el supuesto en el que los tratos previos han sido objeto de un acuerdo entre la partes. En este último caso debería ser el Derecho rector del contrato, determinado por el Reglamento de Roma I. Una referencia específica a este supuesto en el art. 12 del Reglamento Roma II que remitiera al Reglamento en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales debería ser suficiente para conseguir este resultado.

De acuerdo con lo que aquí se propone, por tanto, el art. 12 del Reglamento Roma II debería diferenciar entre la responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones y la responsabilidad por vulneración de los deberes de información. Además, debería incluir una remisión específica al Reglamento Roma I para aquellos supuestos en los que existiese un contrato previo entre las partes cuyo objeto fueran los tratos previos a la conclusión del contrato.

22. La propuesta anterior mantiene la necesidad de una regulación específica de la *culpa in contrahendo*, pero adaptando el actual al art. 12 a las particularidades de los diferentes supuestos de responsabilidad precontractual. Resultaría posible, sin embargo, excluir la necesidad de una regulación específica y descansar en la normativa ya existente sobre responsabilidad contractual y extracontractual; esto es en el Convenio de Roma de 1980 (y en un futuro inmediato, el Reglamento Roma I) y el Reglamento Roma II. Esto sería posible si se asumiese que la calificación autónoma no es un instrumento adecuado para delimitar el ámbito de lo contractual y de lo extracontractual en los instrumentos comunitarios de DIPr.⁶⁶ La alternativa a esta calificación autónoma pasaría por dejar que fuera la *lex contractus* la que determinara en todo caso los límites de lo contractual, operando el Derecho determinado por la norma de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales únicamente en el ámbito que la ley rectora del contrato no considerara como propio del contrato⁶⁷.

La proyección de este planteamiento sobre el régimen de la *culpa in contrahendo* implicaría que habría de ser el derecho rector del contrato al que se refieren las negociaciones en curso, concretado por el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I, el que determinaría en qué forma la normativa contractual incide en el régimen de la responsabilidad derivada de los tratos previos⁶⁸. En todo aquello que

⁶⁶. Vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, esp. pp. 404-409.

⁶⁷. *Ibidem.*, pp. 409-415.

⁶⁸. Con el límite que supondría la consideración del Derecho de la residencia habitual de cada una de las partes para legitimar la ruptura de las negociaciones, tal como se establece en el art. 8.2 del

sea considerado como no contractual por la *lex contractus* regiría el derecho determinado por el Reglamento Roma II. Si existe un acuerdo previo entre las partes que rija la fase precontractual, sería el derecho rector de este contrato el que determinaría el régimen de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*, aunque el derecho rector del contrato concluido sería el competente para fijar en qué forma las actuaciones realizadas en la fase precontractual inciden en la eficacia de éste último.

Evidentemente, esta última propuesta se encuentra muy alejada de los planteamientos dominantes en relación al DIPr. comunitario; pero creo necesario apuntarla aquí porque pienso que más tarde o más temprano las incoherencias del acercamiento actual, rígidamente anclado en imposibles calificaciones autónomas, habrán de dejar paso a otras formas de entender la regulación de los supuestos heterogéneos por parte de la Comunidad Europea.

V. Conclusión

23. La regulación de la responsabilidad precontractual en DIPr. obliga a realizar una cuidadosa delimitación entre lo contractual y lo extracontractual. Los intereses presentes hacen preciso, si se quiere conseguir una regulación adecuada y razonable, adentrarse en las dificultades que plantea la interpretación y calificación de los diferentes supuestos teniendo en cuenta las conexiones de la materia tanto con el ámbito contractual como con el extracontractual. El acercamiento seguido por los redactores de los Reglamentos Roma I y Roma II ha pretendido sortear tales dificultades mediante una regulación *ad hoc* de la *culpa in contrahendo*. Pese a algunos elementos positivos en ésta, no puede ocultarse que su puesta en práctica dará origen a situaciones que podrían haber sido evitadas. Señaladamente, la posibilidad de que quien entra en negociaciones con una persona o entidad residente en el extranjero se vea sometido a las obligaciones de información y negociación del Derecho de la otra parte en la negociación y el sometimiento de las negociaciones regidas por un contrato al Derecho del contrato que se vaya a concluir y no a la ley que regiría el contrato cuyo objeto es la negociación misma. La única forma de evitar este último resultado sería aprovechar las referencias incluidas en el Reglamento Roma II al carácter extracontractual de las obligaciones derivadas de la *culpa in contrahendo* objeto de este último instrumento para remitir las obligaciones de carácter contractual en la fase precontractual al Reglamento Roma I; lo que supondría reintroducir el debate sobre la calificación contractual o extracontractual de la *culpa in contrahendo*. Y es que hay problemas que no pueden ser rodeados.

Las dificultades que plantea la regulación actual podrían resolverse mediante una regulación específica de la *culpa in contrahendo* que diferenciase entre la responsabilidad por ruptura injustificada de tratos preliminares y la derivada de la vulneración de los deberes de información. Dicha regulación específica no sería precisa si se admitiera que es el derecho rector del contrato el que ha de determinar cuáles es la incidencia de la normativa contractual en el régimen de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Esta solución, sin embargo, solamente sería posible en el marco de un replanteamiento global de la aplicación del DIPr. comunitario.

Convenio de Roma y 10.2 del Reglamento Roma I en relación a la prestación del consentimiento contractual.

