

## LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN D.I.Pr. ESPAÑOL

Por Santiago ALVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. TIPOLOGÍA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. *Relevancia del «período precontractual»*. 2. *Diversos supuestos de responsabilidad precontractual*: A) Presupuesto clasificador. B) Ruptura injustificada de negociaciones. C) Responsabilidad precontractual mediando conclusión de un contrato válido.—III. LEY APLICABLE A LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. *Calificación de la responsabilidad precontractual*. 2. *Aplicación de la lex loci delicti*: A) Funcionalidad de la conexión. B) Ruptura injustificada de negociaciones. C) Responsabilidad precontractual al margen del contrato celebrado. 3. *Aplicación de la lex contractus*: A) En virtud de la noción de accesoriadad. B) Como ley tácitamente elegida por las partes. C) En virtud de otros criterios de oportunidad. 4. *Aplicación de la ley expresamente elegida por las partes*.—IV. CONCLUSIONES.

### I. Introducción

En el tráfico jurídico externo resulta común la referencia a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual. Con mayor o menor fortuna, los distintos sistemas de DIPr autónomo han incorporado, generalmente a través de una o varias normas de conflicto, soluciones concretas para cada una de las categorías; soluciones caracterizadas por una progresiva especialización en lo que concierne a la segunda. De este modo, la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la *lex contractus*, determinará el si y el cuánto de la responsabilidad nacida de una obligación de tal naturaleza. Por su parte, a la común general norma en materia de obligaciones extracontractuales suele acompañar un grupo más o menos extenso de normas especiales sobre tipos concretos de situaciones generatrices de responsabilidad no contractual: gestión de negocios ajenos sin mandato, enriquecimiento sin causa o, en el ámbito de la codi-

ficación internacional, responsabilidad del fabricante por sus productos, responsabilidad derivada de un accidente de circulación, etc.

Existen, no obstante, situaciones que dan lugar a responsabilidad cuyo tratamiento conflictual presenta dificultades de definición. El objeto de las presentes consideraciones es uno de ellos: se trata de la llamada «responsabilidad precontractual». Su propia denominación muestra ya la conflictividad de la cuestión: en un mismo término se hace alusión a un tiempo al «parentesco» y a la no identificación absoluta con la responsabilidad nacida del contrato<sup>1</sup>. Además, desde la perspectiva material de los distintos órdenes jurídicos autónomos, la complejidad del tema viene alimentada por una dificultad de precisión de las distintas hipótesis que conforman los supuestos origen de responsabilidad precontractual y por una incierta calificación de su naturaleza jurídica (fundamentalmente orientada entre naturaleza contractual y no contractual). Esta falta de construcción dogmática, especialmente manifiesta en el sistema español y presente en el DIPr. comparado<sup>2</sup>, suscita un problema calificadorio cuya resolución permitiría, en principio y a salvo de lo que diré a continuación, hacer uso de las normas contenidas en el Tít. Prel. del Cc (fundamentalmente arts. 10.5 y 10.9 apdo. 1.º), siguiendo un método de construcción jurídica que daría respuesta al primer interrogante que, desde un punto de vista conflictual, suscita cualquier cuestión de Derecho.

Mas con ser importante la cuestión calificativa no es ésta la determinante de los problemas que suscita la responsabilidad precontractual. Mayor atención merecen las derivadas de la variedad de leyes que pueden confluír, por lo general, en un supuesto de tal tipo. A la propia e, hipotéticamente, individualizada ley aplicable a la responsabilidad precontractual se unirán en un buen número de casos las que concurren en el comúnmente admitido *depeçage* para las obligaciones contractuales (*lex contractus*, *lex loci actum*, *lex personae*, *lex rei sitae*, etc.). Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que los distintos supuestos de responsabilidad precontractual pueden tener su origen en situaciones que habrán

<sup>1</sup> La utilización del término «precontractual» ha sido recientemente criticada entre la doctrina civilista española (cf. A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1.101», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. ALBALADEJO dir.), t. XV, vol. I, 1989, p. 428) y es aquí utilizada sin prejuzgar su absoluta idoneidad a los supuestos que contemplaremos, pero conscientes de su implantación en el tráfico jurídico externo, como lo prueban las diversas ponencias presentadas en la XIª *Réunion Annuelle de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales*, que tuvo lugar en el seno de la CCI de París, los días 13 y 14 de noviembre de 1989. En ella se abordaron diversas cuestiones relativas a la responsabilidad precontractual bajo rúbricas como «Etude de droit comparé des règles nationales de formation des contrats et de la *responsabilité précontractuelle*», «Convention de Vienne sur la vente internationale de biens: règles de formation des contrats et *responsabilité précontractuelle*» o, concretamente en el sector que más nos interesa, «Examen de la détermination du droit applicable aux relations *précontractuelles*».

<sup>2</sup> Resultan significativos los desarrollos, como el de U. DRAETA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Padua, 1984, pp. 27 y ss., 41 y ss., fundamentados meramente en la existencia de ciertos «deberes» precontractuales sin una verdadera argumentación en términos de DIPr.

de contemplarse al amparo de cada una de estas leyes. Así, al problema primero de la determinación de la ley aplicable al caso concreto de responsabilidad precontractual se unirán cuestiones de aplicación de la normativa o normativas reclamadas, conflictos de calificación, problemas de desajuste en distintos grados, etc. A éstos, por problema de espacio, no haré mención en este lugar, quedando también fuera de los desarrollos que siguen aspectos interesantes, tales como el tratamiento de la responsabilidad precontractual en la codificación internacional del DIPr., la asunción de posturas *materiales* que necesariamente están presentes en materia, por ejemplo, de protección de los consumidores (ámbito también abonado a la proliferación de supuestos de responsabilidad precontractual) o las implicaciones de la actividad de un tercero. Todo ello necesitaría de un estudio que excede, con mucho, los objetivos del presente.

Por ello, las siguientes líneas tratan el tema de la ley aplicable a la responsabilidad precontractual desde una perspectiva que podría denominarse conflictual clásica y que, aun presentando una visión parcial, inacabada y temporalmente limitada (la previsible incorporación a nuestro orden jurídico del Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales así lo determina) de los múltiples problemas que el objeto de estudio plantea, creo que pueden arrojar luz y servir para la reflexión sobre alguno de ellos. Dada la citada situación de falta de construcción dogmática he considerado oportuno realizar una breve descripción de la tipología de la responsabilidad precontractual de la que adelanto una primera constatación: la «responsabilidad precontractual» no es una categoría susceptible de recibir un tratamiento conflictual unívoco, no ya desde un punto de vista de idoneidad o conveniencia, sino desde la propia coherencia técnica de un sistema de DIPr. autónomo<sup>3</sup>.

## II. Tipología de la responsabilidad precontractual

### 1. RELEVANCIA DEL «PERÍODO PRECONTRACTUAL»

Como he apuntado, las hipótesis de responsabilidad precontractual presentan una heterogeneidad estructural importante tan sólo aglutinada por el elemento común «período precontractual». Es en este período donde tiene origen la *acción* u *omisión* que da lugar a responsabilidad precontractual o donde ha de comprobarse la «existencia» de un *hecho* o *situación* también determinante de dicha responsabilidad. Sin embargo, esta noción como parámetro que ofrezca una seguridad absoluta para

<sup>3</sup> Baste retener el presupuesto de uno de los últimos análisis que han aparecido en España sobre el tema en su dimensión meramente interna: la categoría que nos ocupa «... además de carente de base legal, puede hacer referencia a una serie de supuestos típicos que de ordinario no tienen entre sí una incardinación precisa» (Cf. A. CARRASCO PERERA, *loc. cit.*, p. 428).

calificar los supuestos de responsabilidad precontractual está modulada tanto por la diferente concepción que de la misma tienen los distintos sistemas<sup>4</sup> como por la ductilidad funcional a que se ve sometida en relación al concreto origen de la citada responsabilidad. De este modo puede decirse que todo daño exigible con origen en una acción, omisión o hecho existente con anterioridad a la conclusión del contrato puede calificarse de precontractual. Especialmente importante en el supuesto de ruptura injustificada de negociaciones será concretar si efectivamente ha existido una ruptura de tratos (con anterioridad a calificar si la misma es o no legítima), labor para la cual la delimitación del período precontractual resulta una tarea previa.

A esta constatación de hecho, con todo el grado de relatividad que muestra, debe añadirse, para una adecuada comprensión de este período y su función *determinante* y *calificativa* de la responsabilidad precontractual, la relevancia jurídica que cada sistema le atribuye. Desde un punto de vista positivo, se observa en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos que la existencia de un contrato, *entidad jurídica*, determina asimismo la existencia de un haz de relaciones, cuya tipificación legal se refiere en numerosos aspectos al período precontractual: piénsese en la capacidad de las partes *para* concluir el contrato o en todos los denominados vicios de la voluntad. La existencia de dolo, error, incapacidad, etc., son a menudo el origen de daños que pueden calificarse como precontractuales. Desde este punto de vista, existe una *manifiesta* relevancia jurídica del período precontractual, pero siempre subordinada a la conclusión del contrato.

Inmediatamente surge la pregunta por la relevancia jurídica de un aparente (material) período precontractual cuando no media conclusión de contrato: los tratos o negociaciones que no culminan en el mismo. En estas situaciones no existe la posibilidad de aplicación de ese haz de normas jurídicas que se refieren a la conclusión del contrato por un (previamente) incapaz, o por quien (previamente) se encontraba en un error esencial respecto de algún elemento del mismo. Sin embargo, nuestro TS sanciona la relevancia jurídica de este período diciendo que «... los tratos preliminares... vienen a ser como el elemento objetivo de una *relación jurídica precontractual*... que pueden ser y son (*sic*) frecuentemente fuente de obligaciones para quien con su conducta dolosa o culposa produce un daño a la otra parte...»<sup>5</sup>. Parece, pues, que en el período precontractual pueden alojarse conductas o hechos *típicos de tal período* que, de

<sup>4</sup> Respecto del español, por ejemplo, STS de 18 de enero de 1964 y STS de 10 de octubre de 1984, RJA, 1964, núm. 204, y 1984, núm. 3624, y M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en Derecho español*, pendiente de publicación.

<sup>5</sup> STS, Sala 6.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 1984, RJA, 1984, núm. 2950, con énfasis mío; recientemente, STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 1988, RJA, 1988, núm. 4308, y los comentarios de M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, «Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones», *Revista jurídica española La Ley*, 1989, núm. 2372, de 1 de diciembre, pp. 1-4, y C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *Cuadernos Cívitas*, núm. 17, 1988, pp. 516-527.

producir un daño, darán origen a una responsabilidad que puede recibir el calificativo de precontractual.

## 2. DIVERSOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

### A) *Presupuesto clasificador*

A la hora de determinar una tipología concreta de las hipótesis que dan lugar a responsabilidad precontractual es preciso contar con un elemento clasificador que responda a las exigencias de posibilidad y funcionalidad; posibilidad de realizar una clasificación con base en ciertos datos que aglutinen un número dado de supuestos y funcionalidad de la clasificación en torno al fin pretendido con la misma.

Atendiendo solamente a la primera de las exigencias, podríamos hablar de supuestos de responsabilidad precontractual que tienen su origen en una actividad/inactividad culposa de una de las partes, en una actividad/inactividad dolosa o simplemente en una determinación legal sin mediación de elemento subjetivo alguno. También podríamos clasificar los supuestos de responsabilidad precontractual de acuerdo con el «deber de conducta» infringido en el período precontractual (información, custodia, etc.). Incluso, se podría prescindir de toda clasificación y realizar un análisis casuístico de cada uno de los supuestos de hecho que dan lugar a responsabilidad precontractual. No obstante, el segundo dato, la funcionalidad de la clasificación hace que, en este caso, la realice en orden a la agrupación de supuestos que puedan presentar un dato relevante para identificar una de las posibles leyes aplicables. Y en este punto eludo conscientemente una labor que pudiera llevar a un alto grado de especialización conflictual en beneficio de un método que parte del «reparto» de situaciones entre la normativa conflictual española o, inversamente, de la delimitación del campo de actuación de nuestras normas de conflicto. Cierto es que tal reparto puede realizarse desde la aludida perspectiva casuística e incluso, desde la calificación de los deberes de conducta vulnerados<sup>6</sup>. Yo he preferido, sin embargo, tomar una referencia más rígida: la conclusión o no de un contrato y, en caso, positivo, la validez o invalidez de dicho contrato como fuente de obligaciones contractuales<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> H. BERSTEIN, «Kollisionsrechtliche Fragen der culpa in contrahendo», *RebelsZ*, 1977, pp. 281-298; M. FERID, *Internationales Privatrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, 1986, p. 230; y la crítica al primero efectuada por E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme zum Quasikontrakt*, Tubinga, 1984, pp. 215-216.

<sup>7</sup> Vid. no obstante A. MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, 1985, pp. 979-1009, concretamente pp. 979-980, que no contempla el supuesto de contrato válido. También sostiene A. CARRASCO PERERA, en relación con los supuestos del llamado *dolo causante*, que «... sólo se podrá hablar de responsabilidad por c.i.c (*culpa in contrahendo*) cuando el contrato se impugna... la pretensión de interés de cumplimiento descalificaría el dolo como causante», *loc. cit.*, p. 430, con énfasis original. Tales posturas obvian, en

### B) Ruptura injustificada de negociaciones

Como ya avancé, el período precontractual posee una cierta relevancia jurídica incluso en aquellos casos en los que no llega a concluirse el contrato. La ruptura de las negociaciones puede propiciar un daño que genere responsabilidad precontractual de quien la efectúa de forma *injustificada*. Todo el problema radica en esta consideración más valorativa que jurídico-positiva. Ello hace que se acuda frecuentemente a nociones como «voluntad de dañar», «confianza razonable» suscitada en el negociante dañado, «injusta causa» de la ruptura, «expectativas dignas de tutela» y otras similares en que se apoya la jurisprudencia de diversos países<sup>8</sup>. Este carácter eminentemente valorativo, patente tanto cuando se cuenta con una norma jurídica de cobertura (por ejemplo, art. 1.337 Cc italiano o art. 227 del portugués) como cuando ésta falta (sistemas español, francés o alemán), hace que las soluciones meramente materiales sean inciertas para el reclamante y que la argumentación en sede de ley aplicable multiplique esa incertidumbre y pierda parte de su relevancia práctica, salvo en los supuestos en los que la propia *ruptura* o, mejor, la propia conclusión del contrato sean objeto de discusión<sup>9</sup>.

### C) Responsabilidad precontractual mediando conclusión de un contrato ineficaz

La conclusión de un contrato ineficaz por falta o vicio en alguno de sus elementos esenciales puede dar lugar también a responsabilidad precontractual. En los casos de nulidad contractual, al lado de las consecuencias típicas de tal supuesto de ineficacia (*quod nullum est nullum effectum producit*), inexigibilidad, irrelevancia, restitución y propagación<sup>10</sup>, aparecen supuestos específicos en los que la conducta de una de las partes puede hacer nacer un derecho en la otra a ser reparado por el perjuicio que la nulidad le irroga. Responsabilidad precontractual visible en supuestos

mi opinión, varios aspectos interesantes. En primer lugar, que no siempre concurre un efectivo interés en el cumplimiento; de hecho, estoy pensando en los supuestos de imposibilidad de atacar la total validez del contrato por haber caducado la acción (cf., por ejemplo, art. 1.301, inciso 2, regla 2.ª CC), cuando aún está abierta la satisfacción del daño a través de mecanismos típicos de responsabilidad extracontractual (cf. arts. 1.902 y 1.968, 2.ª Cc). En segundo término la doctrina comparada ha puesto de relieve supuestos clásicos que son productores de responsabilidad precontractual y que no tienen por qué afectar directamente a la validez del contrato; un ejemplo significativo lo constituye la divulgación de información confidencial a la que se tiene acceso durante las negociaciones previas a la celebración del contrato.

<sup>8</sup> M.ª P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad...*, respecto de la francesa, italiana y portuguesa.

<sup>9</sup> Vid. el apdo. 3 c) de este trabajo.

<sup>10</sup> Vid. L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, p. 314; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1989, pp. 100 ss.

de anulabilidad causada por el error invalidante sufrido por una parte<sup>11</sup>, nulidad contractual por inexistencia de objeto, cuando tal inexistencia fue conocida y silenciada por una de las partes, ineficacia causada por el silencio doloso de una de las partes sobre su incapacidad legal para contratar, etc.

### D) Responsabilidad precontractual mediando conclusión de un contrato válido

Quando el artículo 1.270, apartado 2.º, del Cc establece que «el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» nos está mostrando la posibilidad de exigir una prestación no derivada de las obligaciones que tienen su exclusivo origen en el contrato y que tiene su fundamento en una acción u omisión de una de las partes contratantes en el período precontractual. Se trata de responsabilidad precontractual. Igual responsabilidad, de acuerdo con las primeras consideraciones que he realizado, es la que deriva de algunas situaciones contempladas en el régimen jurídico del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida, cuando el comprador no opta por la acción redhibitoria. No creo que en nada obste la calificación el hecho de que se establezca un régimen de protección *ad hoc* para estos casos. Los artículos 1.484 y siguientes del Cc en modo alguno excluyen otro tipo de protección familiar al que concurre en algunos supuestos de responsabilidad precontractual<sup>12</sup>. Paradigma de las hipótesis que señalo, responsabilidad precontractual mediando conclusión de un contrato válido, es la prevenida en el artículo 1.488, apartado 2.º, del Cc: en caso de pérdida de la cosa viciada objeto de venta por caso fortuito o culpa del comprador, éste no podrá desistir del contrato, pero sí reclamar al vendedor la diferencia entre el precio pagado y el que tenía la cosa al tiempo de perderse *más daños e intereses si el vendedor obró de mala fe*. La clasificación de este supuesto dentro de la responsabilidad precontractual no ofrece dudas. Supuestos de distinta naturaleza que pueden incluirse bajo esta rúbrica han sido indicados con anterioridad<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Supuesto que parece ser el que desencadena la construcción teórica de la *culpa in contrahendo* a partir de los escritos de R. VON JHERING, «Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *JhJb*, núm. 4, 1861, pp. 1-113.

<sup>12</sup> Vid. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema*, II, 6.ª ed., p. 81; algunos de estos supuestos, no obstante, son de dudosa clasificación e inciden en una de las características que concurre en algunos supuestos eventualmente generadores de responsabilidad precontractual, cual es la pluralidad de mecanismos de satisfacción del daño.

<sup>13</sup> Vid. *supra* nota 7.

### III. Ley aplicable a los distintos supuestos de responsabilidad precontractual

#### 1. CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Las mentadas dificultades que rodean a los supuestos de responsabilidad precontractual hacen que la escasa atención de que han sido objeto se desarrolle en el seno de estudios sobre obligaciones contractuales y extracontractuales de forma indiferente. Junto a este hecho, parece existir un cierto acuerdo en señalar que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, a los efectos de determinar la ley aplicable a una u otra, es una cuestión de calificación a resolver por las concepciones de la *lex fori*<sup>14</sup>. Concretamente, el único autor español que a mi conocimiento se ha referido al tema señala en relación con la «responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo*» que «el mayor problema radica en la calificación que se le dé»: contractual y correlativa aplicación del artículo 10.5 del Cc o extracontractual, llevando aparejada la competencia del artículo 10.9 del mismo cuerpo legal<sup>15</sup>.

Es cierto que resulta necesario un proceso calificativo para resolver las pretensiones suscitadas ante nuestros Tribunales basadas en el daño sufrido por hechos o conductas que se alojan en el período precontractual. Sin embargo, a mi modo de ver, en esta materia no es conveniente realizar un reparto conflictual en función de subsumir una calificación conceptual nacida del Derecho interno en los conceptos y categorías jurídicas de nuestras dos normas de conflicto que *a priori* parecen estar llamadas a disciplinar los casos de responsabilidad precontractual que nos ocupan. Esto es tanto más manifiesto cuanto que nos encontramos ante típicos supuestos de *pseudocalificaciones* en la terminología de F. RIGAUX<sup>16</sup>. Mas, a pesar de ello, creo también que desde un punto de vista dogmático es preciso partir de la calificación desprendida de nuestro Derecho interno para construir sobre ella un razonamiento que conduzca a la identificación de una solución conflictual conveniente, satisfactoria.

El primer intento en la doctrina española que de forma monográfica trató de dar respuesta a los diversos problemas suscitados por la respon-

<sup>14</sup> Vid. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 6.ª ed., 1987, p. 394; O. KAHN-FREUND, «Delictual Liability and the Conflict of Laws», *R. des C.*, t. 124, 1968-II, pp. 3-166, concretamente p. 130 y desde la perspectiva contractual A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, París, 1972, pp. 106-107; son, asimismo, interesantes las consideraciones que al respecto realiza E. P. DEGNER, «Kollisionsrechtliche Anknüpfung der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo», *RJW/AWD*, 1983, pp. 825-831, concretamente p. 827.

<sup>15</sup> Cf. M. VIRGÓS SORIANO en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 2.ª, Oviedo, 1989, pp. 352-353. *Vid.*, no obstante, la nueva postura sostenida en la 3.ª ed. (1990), p. 425.

<sup>16</sup> Cf. F. RIGAUX, *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, París, 1956, pp. 471 y ss. y 484 y ss.

sabilidad precontractual es el de M. ALONSO PÉREZ en 1971<sup>17</sup>, cuyas conclusiones son retenidas por M. VIRGÓS SORIANO desde la perspectiva conflictual. M. ALONSO termina decantándose por una naturaleza contractual<sup>18</sup>, aunque con serias dudas<sup>19</sup>, e incluso utilizando argumentos característicos de la responsabilidad extracontractual como la solución *ex artículo* 1.902 en caso de ruptura injustificada de tratos<sup>20</sup>.

Más recientes y, en mi opinión, más acertadas son las posturas de A. MANZANARES SECADES y M.ª P. GARCÍA RUBIO. El primero, desde una perspectiva pragmática, destaca la necesidad de tomar como referencia el Derecho positivo y las soluciones que éste ofrece a las concretas exigencias de la responsabilidad precontractual que deberán ser reconducidas al artículo 1.902 Cc<sup>21</sup>. La segunda incide en esta perspectiva señalando que el período precontractual no supone sino la «actualización del deber universal de no dañar a otros que a todos compete y que encuentra su expresión y apoyo positivo en el artículo 1.902», matizando las diversas opiniones de la doctrina española<sup>22</sup>. L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, por su parte, afirman, en la misma línea, que «... cualquier responsabilidad durante la perfección del contrato entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902»<sup>23</sup>.

¿Significa esta decantación por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual la obligación de acudir al artículo 10.9 del Cc para resolver los problemas que presente el tráfico jurídico externo? En mi opinión, no. Voces tan autorizadas en el tema de la responsabilidad extracontractual como P. BOUREL parecen sufrir una evolución significativa. El autor francés en su clásica monografía no duda en asumir la *calificación* de su Derecho material interno y predicar la competencia de la *lex loci delicti* tanto para la ruptura injustificada de negociaciones como para los supuestos en que «le contrat a bien été conclu, mais il est annulé par suite de la conduite fautive de l'une des parties»<sup>24</sup>. Posteriormente, analizando la ley aplicable a los hechos ilícitos cometidos con ocasión de la ejecución de un contrato (y en este sentido el razonamiento es también válido para los que tienen lugar en la formación del mismo), el mismo autor plantea la necesidad de no admitir sin reserva la calificación *lege fori* cuando se trata de delimitar las fronteras entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual; concretamente señala

<sup>17</sup> M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, pp. 859-922.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 920.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 902-905.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 915.

<sup>21</sup> *Loc. cit.*, pp. 1008-1009.

<sup>22</sup> Vid. M.ª P. GARCÍA RUBIO, «Ruptura», *loc. cit.*, notas 20, 21, 22 y 23.

<sup>23</sup> Cf. *Sistema*, II, 6.ª, p. 81; no tan tajantes, por ejemplo, en *Sistema*, II, 4.ª, páginas 117-118. Parece que en la misma línea, admitiendo, no obstante, que la responsabilidad precontractual tiene indudablemente apoyo extracontractual, pero podría tenerlo también obligacional, C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, p. 525.

<sup>24</sup> Cf. P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, 1961, pp. 148-149.

que «sería preferible resolver el conflicto de leyes partiendo... de una calificación global... sin estar vinculado por el análisis que de ello ofrece la ley del foro o la ley extranjera»<sup>25</sup>.

La misma actitud contraria a un reparto conceptual de la competencia de cada norma de conflicto se aprecia en autores alemanes que huyen de construir sus posiciones sobre la base de una calificación meramente interna, la cual sería, adoptando una postura tradicional, de naturaleza contractual, debido, fundamentalmente, al estrecho concepto de delito civil que contempla el BGB<sup>26</sup>. La idea de calificación como operación determinante del Derecho aplicable a la responsabilidad precontractual se encuentra, no obstante, en alguna decisión jurisprudencial, donde se sostuvo que «... la responsabilidad por culpa en la preparación del contrato es similar a la contractual... las relaciones de confianza que se crean a través de la preparación del contrato reciben su correcta calificación en atención al proyectado contrato»<sup>27</sup>. Asimismo, tal modo de proceder parece estar en la base de la construcción de H. BERSTEIN, al atribuir una ley distinta a la responsabilidad precontractual, ya nazca de la vulneración de deberes contractuales o extracontractuales. Autores como G. KEGEL, partidario de la normal aplicación de la *lex contractus*, no constituyen expresamente su solución sobre la base de la calificación<sup>28</sup> y las más recientes opiniones inciden en la inidoneidad de la calificación interna para hallar la ley aplicable a la responsabilidad precontractual, haciendo hincapié en otro tipo de argumento, como accesoriedad, intereses de las partes, intereses del tráfico jurídico o mera conveniencia<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, pp. 117 y 119.

<sup>26</sup> *Vid.* M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, «Ruptura», *loc. cit.*; asimismo, entre las opiniones recientes que no comparten tal postura, R. THIEMANN, *Culpa in contrahendo - ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984; una apretada síntesis de doctrina y jurisprudencia germana, como presupuesto de las soluciones conflictuales se encuentra en E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme...*, *op. cit.*, pp. 189-196.

<sup>27</sup> *OLG de Munich de 16 de julio de 1954*, *IPRspr.*, 1954-55, núm. 18, énfasis mío; referencia tomada de K. FIRSCHING, *Internationales Privatrecht*, B. Ib, *Internationales Schuldrecht*, I, Berlín, 1978, p. 251; también reseñada por E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme...*, *op. cit.*, pp. 74-75, y Ch. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Colonia, 1988, pp. 204-205.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 393-394. Aunque, como más atrás hemos señalado, no duda en afirmar que el deslinde entre estatuto negocial y estatuto delictual es un *Qualifikationsproblem*, la inclusión de la *culpa in contrahendo* dentro del primero parece deberse en mayor medida a las posibilidades que le brinda el tenor del nuevo artículo 32 EGBGB (10 del Convenio de Roma) y en consideraciones no siempre ceñidas a la operación calificativa.

<sup>29</sup> *Vid.* H. J. AHRENS, «Wer haftet statt der zusammengebrochenen Abschreibungsgesellschaft? Zur Sachwalterhaftung im Kollisionsrecht», *IPRax*, 1986, pp. 355-361, concretamente pp. 350 y 360; H. DÖRNER, *Juristische Rundschau*, 1987, p. 202, en nota a *BGH 9 de octubre de 1986*, *ibid.*, pp. 198-201. Esta misma decisión puede encontrarse también en *IPRax*, 1988, pp. 27-30, con consideraciones al respecto de K. KREUZER, «Zur Anknüpfung der Sachwalterhaftung», *ibid.*, pp. 16-20.

## 2. APLICACIÓN DE LA «LEX LOCI DELICTI»

### A) Funcionalidad de la conexión

De acuerdo con la asumida calificación «no contractual» de los diversos supuestos de responsabilidad precontractual corresponde en principio acudir a «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho» de que derive la obligación de resarcir (art. 10.9 del Cc). No es éste el momento de repetir las insuficiencias de esta solución<sup>30</sup>. Sí quiero poner de manifiesto dos datos; por una parte la subsidiariedad con que debe ser contemplada una norma general sobre obligaciones extracontractuales, carácter especialmente marcado en nuestro artículo 10.9 del Cc al hablar de «obligaciones no contractuales», asumiendo implícitamente la sistemática de nuestro Derecho material<sup>31</sup>; ello hace que sólo aquellos supuestos de responsabilidad precontractual no susceptibles de caer dentro del ámbito de aplicación de una norma distinta habrán de regularse por la *lex loci delicti*<sup>32</sup>. Resulta difícil, por ejemplo, disociar, desde un punto de vista conflictual, la resolución del contrato de compraventa por vicios ocultos<sup>33</sup> y la indemnización por daños y perjuicios que pueda exigirse cuando el vendedor conocía los vicios y no los manifestó (art. 1.486, apartado 2.º del Cc); obligación esta última que no deriva tanto del contrato, de la voluntad de las partes, cuanto de la consecuencia jurídica que la ley atribuye a una acción dolosa o, cuando menos, negligente de una persona. Se trata, en definitiva, de responsabilidad precontractual.

El segundo dato en el que debe hacerse hincapié es que el ya clásico problema de la determinación del *lugar* donde acontece el hecho generador de responsabilidad extracontractual presenta una configuración especial en relación con uno de los supuestos más característicos de responsabilidad precontractual, cual es la ruptura injustificada de negociaciones.

### B) Ruptura injustificada de negociaciones

La aplicación del artículo 10.9 del Cc, a salvo de lo que diré más tarde, se muestra especialmente idónea en los casos de ruptura injustificada de negociaciones. No creo que en nuestro orden jurídico sea de recibo la exis-

<sup>30</sup> *Vid.* ya J. A. CARRILLO SALCEDO, «Comentario al artículo 10.9 del Cc», *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, pp. 543-556.

<sup>31</sup> *Cf.* J. SANTOS BRIZ, «Las normas de conflicto sobre obligaciones en el nuevo Título Preliminar del Código civil», *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, pp. 1363-1394, concretamente p. 1384.

<sup>32</sup> *Cf.* J. KROPHOLLER, «Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut», *RabelsZ*, 1969, pp. 601-653; L. FERRARI BRAVO, «Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé», *R. des C.*, t. 146, 1975-III, pp. 341-439, concretamente pp. 367-370; implícitamente H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, 7.ª, 1983, p. 235.

<sup>33</sup> Cuestión que parece destinada a regularse por la *lex contractus*; por todos A. TOUBIANA, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 84.

tencia de un efecto previo (*Vorwirkung*) del contrato que no llega a concluirse por la conducta culposa de una de las partes negociantes<sup>34</sup>. Efecto previo en atención a la conclusión del contrato que determinaría la competencia del *Geschäftsstatut*<sup>35</sup>. Intentando dar respuesta a esta cuestión, aquellos autores que en los supuestos de responsabilidad precontractual optan por la aplicación de la *lex loci actus* opinan diversamente en función del objeto de daño. Así señala A. LUDERITZ que la vulneración de deberes de cuidado general (*Fürsorgepflichten*) deberá disciplinarse por la ley del lugar donde aconteció o debería haber acontecido el hecho —en caso de omisión—, mientras que la responsabilidad precontractual derivada de la conducta frente a cuestiones de información precontractual y culpa en la (no) conclusión del contrato se regirá por la ley del lugar de negociaciones o *Verhandlungsstatut*<sup>36</sup>.

De esta última construcción me interesa especialmente la conexión «ley del lugar de negociaciones», que goza de un grado de aleatoriedad menor que una posible interpretación rígida del clásico *locus delicti*. El hecho de que las partes hayan desarrollado sus contactos y negociaciones precontractuales en un determinado lugar supone, en mi opinión, una conexión suficiente para que, en ausencia de relación contractual, la responsabilidad se rijan por la ley de este lugar. Ello no sólo posee la justificación deontológica de la asunción de las «pautas de conducta» del medio jurídico donde se actúa con el consiguiente «respeto» de las expectativas de las partes, sino que puede resolver parcialmente el problema planteado por los actos múltiples propiciatorios de responsabilidad precontractual y realizados en diversos Estados. Piénsese que la ruptura injustificada de negociaciones no es consecuencia exclusiva del último acto que la genera;

<sup>34</sup> Similar conclusión puede extraerse desde la perspectiva de los efectos indemnizatorios (*Vid.* A. CARRASCO PERERA, *loc. cit.*, pp. 429-430).

<sup>35</sup> Citada *OLG de Munich de 16 de julio de 1954*; con mayor argumentación, E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme...*, *op. cit.*, pp. 261-262 y 273; *id.*, *RIW/AWD*, 1983, pp. 830-831; según la doctrina alemana dominante, se estima competente el «estatuto obligacional del proyectado o celebrado contrato» para las pretensiones derivadas de la culpa en la conclusión del contrato: Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 204.

<sup>36</sup> Cf. SOERGEL/LUDERITZ, *Kommentar zum BGB*, B. 8, 1984, pp. 174-175, construcción que tiene en común con la de H. BERSTEIN la distinción entre el tipo de deber precontractual vulnerado y que, en lo que respecta a su segunda propuesta, encuentra refrendo en la jurisprudencia alemana: *LAG Frankfurt, de 14 de marzo de 1951, IPRspr*, 1950-51, núm. 20; *Arbeitsrechtliche Praxis*, 1951, núm. 288, con nota de G. BEITZKE - referencia tomada de Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 205. Más recientemente *OLG Frankfurt, de 11 de julio de 1985, IPRax*, 1986, pp. 373-379, concretamente pp. 377-378, utilizó la categoría «lugar de negociaciones» como calificativa principal del *Tatort*, respecto de la determinación de la ley aplicable a la culpa in contrahendo de un tercero negocial; *vid.* el comentario de H. J. AHRENS, *IPRax, cit.* Esta última decisión distinguió con base en una argumentación fundada en los intereses de las partes y los del tráfico jurídico entre el daño causado por una parte (estatuto contractual) y el causado por un tercero implicado también directamente en el negocio (estatuto delictual). En el primer supuesto primarían los *Parteinteressen*, mientras que en el segundo los *Verkehrsinteressen* (cf. G. KEGEL, *op. cit.*, p. 394).

el hecho de comenzar unas negociaciones con el firme propósito de romperlas o el de continuarlas a partir de un momento en el que tal propósito ha nacido ya es generador, en su caso, de responsabilidad precontractual<sup>37</sup>. El lugar de celebración de negociaciones aglutina esa multiplicidad de actos, propiciando una unidad de ley aplicable y convirtiéndose en lugar *principal* de celebración de negociaciones, concepto que, como el empleado para la gestión de negocios ajenos sin mandato, necesita una concreción judicial *in casu*, lo cual creo que resulta, más que un inconveniente<sup>38</sup>, una garantía de flexibilidad tan reclamada en materia de responsabilidad no contractual<sup>39</sup>.

Y digo que puede resolver *parcialmente* este problema porque no será infrecuente el hecho de que las negociaciones se mantengan a distancia, sin que pueda determinarse el lugar principal de las mismas. El problema pudiera parecer que encuentra cierto parangón con el del lugar de celebración de un contrato entre ausentes. Sin embargo, se ve dificultado por la diferente relevancia jurídica de los términos «lugar de celebración» y «lugar principal de negociaciones». Es claro que cada orden jurídico ofrece al primero una serie de respuestas normativas negadas para el segundo. Es claro también que la *entidad* de ambos conceptos es diversa: mientras que el primero descansa, en cierto modo y fundamentalmente, sobre una ficción<sup>40</sup>, el segundo lo hace, a falta de regulación positiva, sobre una *valoración*, puesto que existen realmente diversos lugares de negociación. De este modo, mientras que resulta apropiada la identificación *lex loci delicti* con la ley del lugar principal de las negociaciones cuando éstas se celebran entre presentes, creo que en los casos en los que tales negociaciones se realicen entre ausentes tratar de mantener la equiparación no resulta operativo y, sobre todo, necesitaría una concreción ficticia *innecesaria* y donde entrarían en juego argumentos funcionales que pueden integrarse menos forzosamente en la indeterminación del «lugar donde hubiere ocurrido el hecho» que nos brinda nuestro Cc.

Por ello creo que en los supuestos de negociaciones sostenidas a distancia la ley del lugar donde ha acontecido la ruptura que se pretende injustificada —normalmente la de la residencia habitual o domicilio de aquella parte que ha roto la negociación— posee en nuestro sistema diversos títulos de idoneidad. En primer lugar, porque, en relación con los criterios de competencia judicial internacional contenidos en el artículo 22 LOPJ, será generalmente la ley española la que habrá de aplicarse. Ley que se presentará especialmente atractiva para el juzgador tanto más cuanto que la solución del conflicto reposa sobre constataciones de hecho fuerte-

<sup>37</sup> Así se manifiesta M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad...*, *cit.*

<sup>38</sup> J. SANTOS BRIZ, *loc. cit.*, p. 1373, subraya la dificultad en ciertos casos.

<sup>39</sup> *Vid.* al respecto A. L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, cit.*, 424.

<sup>40</sup> *Vid.* respecto de este tema y el artículo 1.262 del Cc, M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pp. 105 y ss., concretamente pp. 108-109.

mente impregnadas de un juicio de desvalor en la conducta de una de las partes; juicio más fácil de realizar al amparo de la familiar interpretación del artículo 1.902 del Cc que al de una legislación extranjera<sup>41</sup>. Cuando el demandado tenga su domicilio en España (22.2 LOPJ), el acto o sucesión de actos que han provocado la ruptura (injustificada), también habrán acontecido, por lo general, en nuestro país. La situación es la misma cuando el hecho de que derive la obligación «haya ocurrido en territorio español» (22.3 LOPJ), supuesto a cuyo amparo la determinación de la competencia judicial internacional está resolviendo los eventuales problemas de Derecho aplicable, al coincidir criterio de competencia y criterio de conexión del artículo 10.9 del Cc. La línea argumental sigue siendo la misma para los supuestos en que el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (art. 22.3 LOPJ). En esta situación no concurrirá generalmente la ausencia en las negociaciones a que nos estamos refiriendo. No obstante, si es la víctima quien, teniendo su residencia habitual en España, negoció desde el extranjero, la situación no varía respecto de la del demandado (potencial autor del daño) con domicilio en España. Si es el autor del daño el que *accidentalmente* negoció y rompió los tratos desde el extranjero, nos encontramos ante uno de los típicos supuestos en el que la aplicación mecánica del artículo 10.9 huiría tanto de la incardinación *jurídica* del hecho como de su incardinación *social*. Los supuestos, en todo caso —y lo mismo vale para el demandado en España que ha ido a negociar al extranjero, pero a un Estado distinto de aquel donde se encuentra el conegociante—, serán extremadamente infrecuentes.

Distinto debe ser el criterio para los casos, en fin, en que la competencia judicial internacional de nuestros juzgados y tribunales se fundamenta en la sumisión expresa o tácita a los mismos. En el primero de los supuestos, y en conexión con lo que se verá en los apartados siguientes, pienso que debe aplicarse la ley española en concepto de ley tácitamente elegida por las partes. La constancia de dicha sumisión, por ejemplo, en la llamada *minuta* o *lettre d'intention*, es una base, a mi modo de ver, suficiente para la aplicación de nuestro orden jurídico<sup>42</sup>. En los supuestos de sumisión tácita —por ejemplo, víctima demandante residente en España— la aplicación de la *lex loci delicti* podría determinarse a través de un hipotético *lugar de producción del daño* en España si pretendiésemos seguir aplicando la ley española. Sin embargo, estimo que no hay por qué

<sup>41</sup> Vid. en este sentido L. GARAU JUANEDA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, cit.*, pp. 406-407; la tendencia real a acudir a la *lex fori* es también visible en el ámbito de la *responsabilidad* contractual, como señala A. TOUBIANA, *op. cit.*, pp. 105-106, y con carácter general E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, 1987, pp. 27 y ss.

<sup>42</sup> Vid. sobre la problemática de tales documentos la crónica «Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux», *Droit et pratique du commerce international*, 1977, pp. 73-117.

modular la normal competencia de la ley donde hubiere ocurrido el hecho de que derive la responsabilidad, pues, y éste es otro título de idoneidad, siguiendo en nuestra doctrina a L. GARAU JUANEDA, en materia extracontractual es difícil prescindir de la reprobabilidad que debe existir según la *lex loci delicti* cuando ésta no coincide con la *lex causae*<sup>43</sup>. Con más razón en nuestro sistema donde tal coincidencia se produce. El orden público español, en su configuración también señalada con carácter general por dicho autor, creo que es garantía suficiente. Por último la coincidencia predicada entre *lex causae* y *lex loci delicti* aboga también por la solución *ex* 10.9 Cc, respetando las garantías exigidas por la doctrina<sup>44</sup>.

### C) Responsabilidad precontractual al margen del contrato celebrado

He hecho alusión con anterioridad al supuesto de responsabilidad precontractual mediando la conclusión de un contrato válido. El primer ejemplo entonces propuesto, el relativo al llamado *dolo incidental* en la formación del contrato, resulta suficientemente ilustrativo de un problema que se plantea en términos no idénticos, pero con una cierta similitud en Derecho comparado: la posibilidad de exigir el resarcimiento derivado del carácter ilícito de la actuación de uno de los contratantes *sin atacar la validez del contrato* celebrado. No obstante, me interesa analizar bajo esta rúbrica no los supuestos *tasados* de culpa o dolo que *per se* no pueden vulnerar la validez del contrato (como, por ejemplo, las situaciones a que hacen referencia los artículos 1.486, inciso 2.º; 1.488, inciso 2.º, o, con carácter general, 1.270, inciso 2.º, todos ellos del Cc), sino aquellos otros que, teniendo su origen en la etapa precontractual, bien han podido afectar a la validez del contrato, pero los mecanismos para ello no pueden ya utilizarse (caducidad o prescripción de acciones) (a), bien encuentran vías de reparación del daño sin afectar para nada a las obligaciones contractuales (b) o bien se trata de actos causantes que hacen abstracción del posterior contrato, pero que han podido llevarse a cabo como consecuencia de la entrada en tratos preliminares (c). Esta tipología determina que en este apartado sea más correcto hablar de posibilidad de aplicación de la *lex loci delicti* que de imperativa aplicación de la misma, con las salvedades que señalaré.

Como se verá en los apartados que siguen, considero adecuada la aplicación de la ley rectora del estatuto contractual cuando la reclamación se ve acompañada de la impugnación del contrato celebrado. Ello no obsta, sin embargo, para que tal solución *deba* extenderse a alguno de los aludidos supuestos en los que concurre dolo incidental y *pueda* extenderse a otros, por más que consideremos que aún en estos últimos la vía extracontractual no puede descartarse. Para ello resulta útil analizar uno por

<sup>43</sup> Cf. L. GARAU JUANEDA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, cit.*, pp. 403-405.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 405-406.



uno los supuestos a que he hecho alusión en el párrafo anterior. Comenzando por la última situación señalada (c), la que, a mi parecer, suscita menos dudas, parece apropiada la preferencia de la solución *delictual* (sobre la *contractual*) en supuestos con plena autonomía estructural que incluso pueden encontrar respuestas jurídicas *ad hoc* fuera de los ámbitos *contractual* y *general* extracontractual. El caso de la violación de la confidencialidad en las negociaciones es paradigmático, aunque su resolución escape en buen número de ocasiones a las técnicas conflictuales aquí estudiadas<sup>45</sup>, mas no debemos perder de vista otros supuestos calificados de conformidad con algún orden jurídico como productores de responsabilidad precontractual, y que, en mi opinión, deben ser juzgados a la luz de la ley rectora de la responsabilidad extracontractual: el famoso caso *Linoleum* resuelto por la jurisprudencia alemana es una buena muestra si a los hechos acaecidos añadimos la conclusión efectiva del contrato de compra<sup>46</sup>. Los otros dos supuestos son más problemáticos. Un ejemplo puede aclararnos una de las situaciones (b) a que me refiero: A, amigo de B, pretende comprar a éste cierta maquinaria que necesita para el comienzo de la campaña agrícola. B le señala que no podrá entregarle la maquinaria requerida hasta pasadas dos semanas de la fecha idónea para A. A, por la amistad que le une a B, cancela una serie de compromisos de trabajo que había contraído y acepta la entrega en el día que B le propone. Posteriormente se entera que B actuó dolosamente y que pudo haber hecho la entrega dos semanas antes. ¿*Quid* si la *lex contractus* exige la anulación del contrato —en este supuesto, daño accesorio para la parte cuya confianza fue ya defraudada— para indemnizar a A en los daños sufridos? Creemos que la vía extracontractual no debe

<sup>45</sup> A entra en negociaciones con B para la compra de cierta maquinaria; como consecuencia de los tratos tiene acceso a determinada información que transmite a C, lo que genera en B cuantiosas pérdidas. ¿El hecho de que A y B hayan concluido efectivamente la compraventa hace aconsejable la aplicación de la *lex contractus* a la eventual reclamación de B contra A por los daños señalados? En nuestra opinión no. En verdad, debe reconocerse que en función del contenido de la información confidencial divulgada el supuesto quedará de ordinario bajo la tutela de técnicas normativas diversas de la conflictual, como normas materiales imperativas garantes del buen funcionamiento del mercado, etc., aunque en todo caso habrá que estar a las particularidades del supuesto.

<sup>46</sup> *Sent. del Reichsgericht (Alemania) de 7 de diciembre de 1911, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, núm. 28 (n.f.), 1912, pp. 239-241. Una persona tras efectuar compras en un establecimiento se dirige hacia una sección del mismo con el propósito de examinar y comprar un tapete de linóleo, siendo atrapada ella y su hijo por varios rollos de este producto (una especie de hule impermeable), como consecuencia de la negligencia de un emleado. El supuesto es sumamente ilustrativo de aspectos que hemos excluido de nuestro estudio (involucración de la responsabilidad por hecho de otro) y de otros como el en este momento tratado. Si la cliente hubiera comprado efectivamente el tapete, ¿sería el hecho causante de responsabilidad *precontractual*, de acuerdo con la calificación del *Reichsgericht*, acto bastante para invalidar la posterior compra? El sentido común se decanta totalmente por la respuesta negativa. Siendo la situación jurídicamente heterogénea nuestros Juzgados y Tribunales ¿deberían aplicar la *lex contractus* ante la solicitud de indemnización? También parece que deba responderse negativamente a este hecho.

quedar cerrada en estos casos, a través de una calificación funcional que refuerce la, a nuestro juicio, clara calificación de ilícito civil.

La objeción inmediata que puede realizarse es que la misma acción, el mismo hecho, va a recibir un tratamiento conflictual diverso en función de una circunstancia ajena al mismo: la impugnación o no del contrato. Objeción a la que podría añadirse el hecho de que si la *misma* pretensión viniese envuelta en una «acción de enriquecimiento sin causa» nuestro sistema arbitraría la aplicación de la *lex contractus* de acuerdo con una interpretación literal del artículo 10.9.3 del Cc<sup>47</sup>. Mas, a nivel puramente interno, ¿rechazaría nuestro juzgador una acción de responsabilidad no contractual —y con ello entramos en el análisis del último supuesto (a) a que hemos hecho referencia— fundada en la existencia de dolo o culpa en una de las partes cuando el perjuicio parece evidente y no existe otra vía de reparación por caducidad o prescripción del resto de las acciones? Dada la orientación de nuestra jurisprudencia en la materia, parece que no<sup>48</sup>. Si bien el transcurso del tiempo hace que el perjudicado no pueda atacar el contrato porque la estabilidad del tráfico jurídico así lo exige (y las normas sobre prescripción o caducidad de acciones así lo garantizan) posee un derecho e interés legítimo en que se le indemnice por el daño efectivamente sufrido<sup>49</sup>.

Las tres situaciones analizadas de responsabilidad *al margen* del contrato celebrado poseen peculiaridades propias que las acercan, en unos casos, y las separan, en otros, de la clasificación contractual o extracontractual. Ha de acudir a la respuesta extracontractual cuando el hecho productor del daño, aunque *con ocasión*, haga abstracción del contrato celebrado. Asimismo, la calificación extracontractual posee plena vigencia cuando sea la única vía de resarcimiento, concurriendo los requisitos de la responsabilidad aquiliana, a pesar de mediar contrato válido.

### 3. APLICACIÓN DE LA «LEX CONTRACTUS»

#### A) *En virtud de la noción de accesoriedad.*

Entre las alternativas que se han barajado para combatir la rigidez de la *lex loci delicti* en materia de obligaciones no contractuales me inte-

<sup>47</sup> *Vid.* los razonamientos de H. BATIFFOL/P. LAGARDE, II, *op. cit.*, p. 254, apoyándose en el artículo 10.1 e) del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, aunque en un contexto más parecido al que veremos a continuación.

<sup>48</sup> Aunque vacilante en cuanto a los perfiles de su doctrina, el TS parece incidir más en la existencia real del daño y su carácter indemnizable que en los concretos mecanismos de satisfacción del mismo. Hablando de las dos formas de responsabilidad (contractual y extracontractual) señala A. CARRASCO PERERA que «En la praxis se ha llegado de hecho a una tal equivalencia de resultados (...) que la doctrina del Tribunal Supremo no tiene problemas en pasar de una a otra según lo exige la justicia de cada caso...» (Cf. *loc. cit.*, p. 416).

<sup>49</sup> *Vid.* en este sentido el elocuente caso resuelto por la *Sent. Cour. Cass. (1ª Ch. civ.) de 4 de febrero de 1975, Dalloz Jurisp.*, 1975, p. 405, con nota de Ch. GAURY, pp. 405-410.

resa destacar la que incide en la conexión accesoria a una relación jurídica preexistente «resultando entonces absorbido el estatuto delictual por el que regula la relación principal»<sup>50</sup>. Es ésta una propuesta que, en una de sus más acabadas construcciones (J. KROPHOLLER), trata de soslayar tanto una rígida interpretación cuanto una visión social de la *lex loci delicti*, en cierto modo, matización o flexibilización de la regla tradicional<sup>51</sup>. J. KROPHOLLER defiende la competencia «de la incardinación jurídica de la acción en vez de la incardinación social», formulando el principio de una *akzessorische Anknüpfung des Deliktsstatuts* como sigue: «A todas las reclamaciones de indemnización extracontractual que estén en conexión con una determinada relación jurídica se aplicará la ley rectora de esa especial relación jurídica»<sup>52</sup>.

Esta idea que, puesta en relación con los contratos, había encontrado distinta acogida en la doctrina<sup>53</sup>, se inscribe dentro de los que han sido denominados «fenómenos de atracción» de la disciplina de la ley aplicable a obligaciones contractuales y extracontractuales<sup>54</sup>; presenta atractivos *lege ferenda*, pero encuentra la mayor dificultad de concreción en su no asunción *lege lata*. Desde esta última perspectiva, quizá sea el artículo 133 al. 3 de la Ley federal suiza sobre Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, el que en mayor medida pretende recoger a nivel positivo esta construcción<sup>55</sup>. El precepto ha tenido en general buena acogida, pues, a través de la unidad de ley aplicable, resuelve delicados problemas de delimitación e inadaptación<sup>56</sup>. No obstante, posee una rígida

<sup>50</sup> Cf. L. GARAU JUANEDA, *loc. cit.*, p. 396.

<sup>51</sup> Respecto de esta visión social *vid.* H. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktsstatuts», *RabelsZ*, 1955, pp. 401-499, concretamente pp. 480-485: «El orden jurídico competente para los delitos /responsabilidad no contractual/ es aquel en cuyo entorno social se incardina el hecho /dañoso/», p. 484.

<sup>52</sup> Cf. *RabelsZ*, 1969, p. 626, y los fundamentos en pp. 630-634.

<sup>53</sup> Positiva en G. BEITZKE, «Les obligations délictuelles en droit international privé», *R. des C.*, t. 115, 1965-II, pp. 65-145, 109, 111, 117, 121, entre otras; con posterioridad, H. BATIFFOL/P. LAGARDE, II, *op. cit.*, p. 327, amparándose en criterios de oportunidad, y K. FIRSCHING, «Das Prinzip des Akzessorietät im deutschen internationalen Recht der unerlaubten Handlungen —deutsche IPR-Reform», *Festschrift für I. Zajtay*, Tubinga, 1982, pp. 143-148, especialmente pp. 147-148. Negativa P. BOUREL, *op. cit.*, pp. 46-47 y 148-149; también contraria, en relación con el por entonces Anteproyecto suizo de Ley sobre DIPr (1978), y con argumentos ligados en buena medida a la vía que analizaremos en el apartado siguiente, V. TRUTMANN, en *Colloque de Fribourg relatif au projet suisse de la loi fédérale sur le droit international privé*, Etudes suisses de droit international, vol. 14, Zurich, 1979, p. 60; *vid.* ya V. TRUTMANN, *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen. Ein Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen kollisionsrechtlichen Theorien*, Basilea y Stuttgart, 1973, pp. 124-125 y 138-140.

<sup>54</sup> L. FERRARI BRAVO, *loc. cit.*, p. 351.

<sup>55</sup> «No obstante los apartados precedentes, cuando un acto ilícito viola una relación jurídica existente entre el autor y la víctima, las pretensiones fundadas en ese acto se regirán por el Derecho aplicable a dicha relación jurídica».

<sup>56</sup> *Vid.* A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé de la Suisse», *Le nouveau droit international privé suisse*, Travaux des Journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise les 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne, Lausana, 1988, pp. 107-141, concretamente pp. 118-119 y nota 17. *Vid.* asimismo la delimitación positiva y negativa que realizan respecto

concepción de la accesoriadad al exigir que el acto ilícito constituya una violación de la *relación preexistente*. Si tenemos en cuenta que la propia intervención de la conexión accesoria dependerá de la ley rectora de aquella relación, en los supuestos de responsabilidad precontractual serán los órdenes jurídicos con una vocación contractualista o, en palabras de A. BUCHER, aquéllos que extienden considerablemente las obligaciones contractuales implícitas o accesorias<sup>57</sup> los que estén llamados a permitir el juego de dicha accesoriadad.

Sin justificar dogmáticamente su postura, no son aisladas las que propugnan la competencia de la *lex contractus* para disciplinar los diversos supuestos de responsabilidad precontractual. Ya vimos cómo A. LUDERITZ abogaba por ella cuando el contrato se ha concluido<sup>58</sup>. También H. J. AHRENS sostiene que «... presupuestos, consecuencias y sanciones (de la *culpa in contrahendo*) deben regirse, para evitar contrasentidos, por una misma ley... como el estatuto contractual está implicado en cada supuesto, pues, al menos, los recursos de las partes entre sí serán juzgados conforme a él, sólo él es viable»<sup>59</sup>. Es J. KROPHOLLER el que sí utiliza el problema de la responsabilidad precontractual como argumento de apoyo de la *akzessorische Anknüpfung des Deliktsstatuts*<sup>60</sup>. Tal actitud, que podría estar mediatizada por la peculiar construcción germana de la responsabilidad precontractual desde el punto de vista del BGB (aunque, como hemos visto, en la doctrina del DIPr existen partidarios de la *lex loci delicti*, para determinadas situaciones), no encuentra parangón en la española; si bien M. VIRGÓS SORIANO no parece desechar la aplicación de la *lex contractus* sobre la base de una incierta calificación contractual, poniendo de manifiesto la inadecuación del estatuto delictual «cuando ya ha habido un intercambio de oferta y aceptación»<sup>61</sup>.

Esta situación, que se extiende a las soluciones del Cc (donde, por contra, la reforma del Título Preliminar en 1974 arbitró una norma *ad hoc* para el enriquecimiento sin causa que es tributaria de la idea de accesoriadad), no puede, por sí misma, descartar la aplicación de la *lex contractus* a concretas exigencias de responsabilidad precontractual. Ello es

de esta accesoriadad M. KELLER y K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, p. 285.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 120. La doctrina hace hincapié en la necesidad de que no basta cualquier tipo de relación jurídica previa, sino que es preciso una vinculación material entre dicha relación jurídica y el acto ilícito (*vid.* G. C. GOZENBACH, *Die akzessorische Auknüpfung*, Zurich, 1986, pp. 176 y ss.; A. K. SCHNYDER, *Das neue IPR-Gesetz*, Zurich, 1988, pp. 106-107).

<sup>58</sup> «... Resulta dudoso si ello es válido en caso de contrato frustrado», señala en 1987, *Internationales Privatrecht*, Frankfurt, 1987, p. 139; la referencia es, en todo caso, escueta.

<sup>59</sup> Cf. H. J. AHRENS, *IPRax*, 1986, p. 360.

<sup>60</sup> *RabelsZ*, 1969, p. 633; H. BERSTEIN la asume parcialmente como apoyo a una diferenciación basada en la naturaleza jurídica del deber de conducta infringido, *RabelsZ*, 1977, p. 289.

<sup>61</sup> Cf. M. VIRGÓS SORIANO en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial, cit.*, p. 353.

así por la muy estrecha conexión que presentan determinados supuestos de responsabilidad precontractual con el contrato. Conexión cuya rotura supondría no ya la vulneración del haz de relaciones que se establece entre los distintos elementos de un mismo orden jurídico, entre sus grupos normativos<sup>62</sup>, sino, más aún, la recepción *parcial* y sesgada de una respuesta jurídica que, en ocasiones, aparece como un todo inseparable. Los sistemas suizo y alemán presentan, en este sentido, ejemplos significativos.

En nuestro Cc existe un silencio legal en torno a la protección de quien sufre determinados daños como consecuencia de la invalidez de un contrato por causa del error en la otra parte. El resarcimiento en este caso debería apoyarse en los mecanismos de la responsabilidad aquiliana, si bien la doctrina española no es unánime en este punto, no tanto en lo que concierne a la existencia de responsabilidad cuando el error es *inexcusable*, es decir, concurre culpa en quien lo sufre, cuanto en la forma de sancionar dicha situación: indemnización de daños y perjuicios que acompañan a la ineficacia del contrato, para unos, e imposibilidad de invalidar el contrato, para doctrina y jurisprudencia mayoritarias<sup>63</sup>. En todo caso, lo que nos interesa poner de manifiesto es que en el sistema del Cc la eventual responsabilidad precontractual derivada de los supuestos de error pasa, desde un punto de vista dogmático, por el tamiz del artículo 1.902 y concordantes, es decir, se apoyaría en un mecanismo genérico y normalmente ajeno a las normas sobre responsabilidad contractual. La aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual a estos supuestos se produce en virtud del tándem laguna legal-subsidiariedad o generalidad de aquéllas.

No sucede lo mismo con la regulación de este supuesto en los sistemas más arriba indicados. El artículo 26 del *Code des obligations* (CO) suizo completa la general disposición del artículo 23 CO que, paralelamente a los artículos 1.265 y 1.300 y siguientes del Cc, declara que «el contrato no obliga a aquella de las partes que sufría un error esencial en el momento de concluirlo», estableciendo un régimen especial de resarcimiento cuando la nulidad del contrato viene determinada por un *error culpable* («... si l'erreur provient de sa propre faute...»), salvo que la contraparte lo conociese o debiera haberlo conocido<sup>64</sup>. La conexión entre la que podríamos denominar norma de naturaleza contractual (art. 23 CO) y el precepto que disciplina la responsabilidad precontractual es tan estrecha que difícilmente podría obviarse la aplicación del segundo amparándose en la concurrencia de dos órdenes jurídicos distintos en una situación privada internacional.

Más ejemplificativa es la solución del BGB. El tratamiento jurídico

<sup>62</sup> Argumentación que encontramos ya en L. FERRARI BRAVO, *loc. cit.*, p. 365.

<sup>63</sup> *Vid.* M.ª P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad*, con síntesis de posturas.

<sup>64</sup> Al respecto, E. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Zurich, 1988, pp. 217-218 y 279 y ss.

del error en la celebración de los contratos permite a quien lo sufre impugnar su declaración (§ 119), aunque deberá indemnizar a la contraparte que confió en la validez de la declaración (§ 122), con independencia de que el error sea o no culpable. La conjunción de estas normas establece un equilibrio de intereses presidido por la filosofía de dejar en manos de quien sufrió el error la ponderación del interés más relevante. También en este caso la disociación de estos dos preceptos tendría consecuencias desafortunadas, no tanto por la aplicación del primero (por ejemplo, a título de ley rectora del contrato) sin el segundo (situación que, a lo sumo, implicaría la, en general, «asumible» exigencia de error inexcusable) cuanto por la eventual aplicación del segundo junto con una ley contractual que, como la española, francesa, suiza o italiana (sustituyéndose en este caso el requisito de la inexcusabilidad del error por el de su irrecogibilidad por la otra parte), exige la concurrencia de un error culpable para hacer efectiva la responsabilidad precontractual. En este caso las expectativas de las partes, interés importante en la materia contractual, quedarían totalmente desconocidas, desmoronándose la función profiláctica de la eventual elección de ley rectora del contrato<sup>65</sup>.

#### B) Como ley tácitamente elegida por las partes

El hablar de la aplicación de la ley rectora del contrato a la responsabilidad precontractual en concepto de ley tácitamente elegida por las partes presenta innegables atractivos teóricos que, aunque, en mi opinión, no llegan a contar con la fuerza argumentativa de las consideraciones anteriores, son factores a sumar a éstas en apoyo de la aplicación de la *lex contractus*. Partimos, como en el caso anterior, de la celebración de un contrato.

La doctrina internacional-privatista no es ajena a la idea de la autonomía de la voluntad como factor de determinación de la ley aplicable en materia extracontractual. Más aún, la voluntad de las partes ocupa un lugar de privilegio en construcciones como la de J. KROPHOLLER, quien, en íntima conexión con el problema aquí tratado, ejemplifica con la posibilidad de que «... las partes que se encuentran en una relación contractual pueden acordar someter también eventuales reclamaciones extracontractuales a la ley elegida para [regir] el contrato»<sup>66</sup>. Se trata, en principio, de una elección expresa que encajaría sobradamente en los supuestos de responsabilidad precontractual cuando mediase celebración de contrato. La posibilidad de que la elección sea tácita resulta menos sorprendente una vez admitida la anterior en términos generales<sup>67</sup>, aunque, por

<sup>65</sup> *Previsibilidad y seguridad* como «funciones básicas» del Derecho de los contratos, en palabras de M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución...*, pp. 33 y ss.

<sup>66</sup> *RabelsZ*, 1969, p. 635.

<sup>67</sup> G. BEITZKE, *loc. cit.*, pp. 73, en conexión con la elección de foro, y 105; L. FERRARI BRAVO, *loc. cit.*, p. 365.

ser de más difícil asunción que en la materia exclusivamente contractual, se rechaza expresamente la *hypothetischer Parteiwille*, exigiendo la presencia de una real voluntad que, al menos, se exprese a través de concretos indicios<sup>68</sup>.

Trasladando el razonamiento a la ley aplicable a la responsabilidad precontractual, nos encontraríamos con que en nuestro sistema conflictual se limitaría el juego de la ley contractual a los supuestos en que ésta viniese determinada por el ejercicio de la autonomía conflictual de forma expresa<sup>69</sup>, pero no cuando fuesen las conexiones subsidiarias las que determinasen tal ley. En este último supuesto no podríamos decir que existe una *voluntad real* (aunque tácita), al no estar presente ésta ni siquiera en la elección de la *lex contractus*. Por supuesto, el razonamiento pierde fortaleza cuando la determinación de esta última se haya hecho a través de una tácita voluntad, aunque no se destruye. La construcción es asumida expresamente por H. BERSTEIN, incluso para los supuestos en los que, según su construcción, se vulneran deberes de cuidado de naturaleza no contractual<sup>70</sup>. Yendo más allá, también se ha sostenido que, aun en los casos en que el estatuto contractual se haya determinado a partir de la *hypothetischer Parteiwille*, el estatuto del «contrato principal» indica el acuerdo hipotético sobre la responsabilidad precontractual<sup>71</sup>. No obstante, aunque esta última postura pueda ofrecer ventajas desde una perspectiva práctica, creo que no encaja en la construcción teórica de *voluntad tácita* que aquí se desarrolla.

Apoyos externos a esta posición se encuentran en la asunción parcial de la misma por alguna codificación estatal de DIPr (Ley suiza sobre el DIPr), por una parte, y en la contemplación de los principios que rigen la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho material, por otra. El artículo 132 de la Ley suiza posibilita la elección de la ley del foro (suiza) una vez producido el acto ilícito. Nada señala sobre la necesidad de que tal elección sea expresa. Las dos «limitaciones» al absoluto juego de la autonomía de la voluntad (elección *post factum* y exclusivamente a la ley suiza) han sido justificadas como una protección a la víctima para evitar el peligro de abuso de la parte débil<sup>72</sup>. En el supuesto de la responsabilidad precontractual tales precauciones encuentran menor justificación. Por una parte, la limitación a la ley del foro es en sí misma dogmáticamente débil y nada impediría que la elección se realizara a una ley

RI BRAVO, *loc. cit.*, p. 349, habla de «... derogaciones tácitas» —énfasis original— al régimen de responsabilidad civil.

<sup>68</sup> J. KROPHOLLER, *RabelsZ*, 1969, p. 642.

<sup>69</sup> O tácita, aceptando las críticas al artículo 10.5 Cc hechas por M. VIRGÓS SORIANO, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, cit., pp. 324-325.

<sup>70</sup> *RabelsZ*, 1977, p. 287.

<sup>71</sup> E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme...*, *op. cit.*, pp. 261 y 276.

<sup>72</sup> *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf*, Schweizer Studien zum internationalen Recht, vol. 13, 1979, p. 238.

extranjera<sup>73</sup>. Por otra, los daños derivados de la responsabilidad precontractual, habiendo mediado contrato, son tan previsibles por las partes como puedan serlo las consecuencias derivadas de la ineficacia del contrato; previsibilidad que concurre también en lo que concierne al elemento subjetivo. Por último, el abuso que pudiera concurrir en una elección de ley sin límites temporales y espaciales en un supuesto normal de acto ilícito desaparece con la protección que en los supuestos de responsabilidad precontractual se efectúa en sede de ejercicio de la autonomía conflictual.

El segundo punto de apoyo, utilizado también por la doctrina alemana respecto de su sistema, es el carácter dispositivo de esta materia predicado de nuestro orden jurídico cuando se afirma que la responsabilidad civil puede *excluirse* «... en ciertos supuestos por medio de *convenio expreso o tácito*»<sup>74</sup>, con las limitaciones impuestas en materia contractual por los artículos 1.255 y 1.258 del Cc, es decir, la no contradicción con las leyes, la moral y el orden público. El hecho de que el interesado pueda disponer del bien eventualmente lesionado hace que se excluyan, por ejemplo, los acuerdos sobre la salud o la libertad de alguno de los contratantes<sup>75</sup>. Por otro lado, conviene significar también que en relación con el pacto sobre exclusión de responsabilidad es admitido que ésta «... puede ser excluida de antemano o anticipadamente»<sup>76</sup>.

Trasladando estas consideraciones al ámbito del tráfico jurídico externo observamos que, en principio, no puede ser tachado de contrario al orden público español el pacto de exclusión de responsabilidad; con mayor razón no debe excluirse el pacto de elección de ley aplicable a la responsabilidad precontractual, donde no necesariamente se produce una *exclusión* de responsabilidad civil, sino una reglamentación concreta que puede suponer exclusión o no. La propia configuración estructural de ésta asume, por definición, que se trata de bienes de contenido patrimonial sobre los que existe una capacidad de disposición similar a la que se da en el contrato celebrado. Por último, si bien la concurrencia de una renuncia *tácita* parece contar en el Derecho interno con una limitación a los supuestos de responsabilidad por riesgo y por culpa leve<sup>77</sup>, no creo que esta cautela cuente con justificación en el ámbito internacional, cuando, como en la hipótesis que nos sirve de base, se ha producido una sumisión a una ley concreta que eventualmente determina la existencia de cualquier vicio de la voluntad que pueda afectar a la validez del contrato, como culpa grave o dolo incidental o directo.

<sup>73</sup> Así A. BUCHER, *loc. cit.*, p. 115.

<sup>74</sup> Cf. J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5.ª ed., Madrid, 1989, p. 36; énfasis original.

<sup>75</sup> Vid. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, vol. II, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Barcelona, 1988, pp. 622-623.

<sup>76</sup> Cf. J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 37.

### C) En virtud de otros criterios de oportunidad

Si se repara en los dos últimos argumentos utilizados en favor de la competencia de la *lex contractus* puede apreciarse que en realidad lo que subraya en ambos son razones de oportunidad o conveniencia. Estas mismas razones, esta vez sin encontrar amparo en construcciones dogmáticas, son las que abogan por un replanteamiento de la normal aplicación de la *lex loci delicti* para determinados supuestos de no conclusión del contrato (supuestos que sistemáticamente podrían incluirse dentro de la ruptura de tratos o, mejor, abandono del *iter* precontractual por una de las partes). En supuestos tales, como más atrás señalé, el razonamiento conflictual se enriquece cuando no se parte de la existencia de una ruptura de tratos o negociaciones, sino que tal extremo es controvertido. El supuesto en que debe consultarse la *lex contractus* para saber si el contrato se ha concluido efectivamente<sup>78</sup> trastoca en cierta manera el razonamiento expuesto. No tengo en mente el típico supuesto de la relevancia del silencio del destinatario de una oferta; en este caso, la tendencia en cierta manera tuitiva hacia el receptor que incide en la necesidad de contemplar la ley de su domicilio<sup>79</sup>, la del lugar donde ejerce su actividad<sup>80</sup> o, cuando menos, la posibilidad de ampararse en la ley de la residencia habitual para demostrar que no se ha dado el consentimiento<sup>81</sup> solventa el eventual desajuste, ya que esta ley podrá considerarse, en su caso y de modo general, *lex loci delicti* en los términos expuestos<sup>82</sup>.

Mas ¿qué solución se arbitra cuando la *lex contractus*, en supuestos distintos al anterior, declara que no ha llegado a concluirse tal, mientras que de la *lex loci delicti* se desprende lo contrario? La situación pudiera ser la del contrato de compraventa de bien inmueble sito en Italia y sometido a la legislación de aquel país (tomamos dicha ley como un dato consolidado para no entrar en los problemas que podría generar en última instancia la determinación de la *lex contractus* conforme al art. 10.5 Cc). Las negociaciones y el acuerdo definitivo han tenido lugar en España. Tal acuerdo, sin embargo, no consta documentalmente. Suscitado pleito ante nuestros Tribunales (normalmente en sede de obligaciones contrac-

<sup>78</sup> Vid. A. TOUBIANA, *op. cit.*, pp. 9-12; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, II, *op. cit.*, p. 318, con alusión al artículo 8 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>79</sup> Cf. H. BATIFFOL/P. LAGARDE, II, *op. cit.*, p. 318.

<sup>80</sup> Cf. A. TOUBIANA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>81</sup> Artículo 8.2 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; vid. M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de Derecho Comunitario (estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Madrid, 1986, pp. 753-825, concretamente p. 740, nota 40 *in fine* y p. 809.

<sup>82</sup> Resulta curioso comprobar cómo esta tendencia trata de «exportarse» a todo el ámbito de la responsabilidad precontractual como expresión de una «protección mínima» de quien incurre en la misma; *Minimalschutz* que, se argumenta, podría ampararse en una aplicación analógica del precepto últimamente citado en su recepción en el 31, II de la EGBGB: H. DÖRNER, *Juristische Rundschau*, 1987, p. 203.

tuales, lo que ya puede suponer para el Juez un condicionamiento subjetivo), la aplicación del artículo 1.350 del Cc italiano (arts. 10.5 y 11.2 Cc), determina, en términos de la jurisprudencia italiana, la inexistencia de una «relación /contractual/ concluida» por falta de uno de sus elementos constitutivos (forma escrita), encontrándonos, eventualmente, ante un supuesto de responsabilidad precontractual de la parte que se niega a cumplimentar tal requisito<sup>83</sup>. En España (presumible *loci delicti*), por el contrario y a pesar del tenor del artículo 1.280 Cc (que en el supuesto exigiría documento público), el contrato, de conformidad con la interpretación doctrinal y jurisprudencial generalizada<sup>84</sup> existe desde que concurre acuerdo de voluntades. ¿Cómo sancionar este supuesto de «ruptura» de negociaciones?; ¿acaso mediante la suplenia judicial de la voluntad de la parte reticente, análogamente a lo que acontece a nivel interno pero en el ámbito puramente contractual?; ¿sería ello de recibo en Italia, donde deberían ejercerse de forma efectiva los derechos reales sobre la cosa?; ¿no resultaría más oportuno acudir a las soluciones arbitradas para la responsabilidad precontractual por el artículo 1.337 y concordantes del Cc italiano? En mi opinión, y respecto del último interrogante, sí. El ejemplo, como fácilmente se aprecia, es forzado y está construido, en cierta manera, sobre el absurdo jurídico, aunque no puede desconocerse teóricamente (otro grupo de supuestos similares podría venir dado en función de la diferente configuración de un mismo contrato como «consensual» o «real», ya acudiendo a la *lex contractus* ya a la *lex loci delicti*). En todo caso, es sumamente significativo que también en algunos supuestos de no conclusión de un contrato la *lex contractus*, por motivos de oportunidad, pudiera disciplinar la responsabilidad precontractual. Tal conclusión, en el concreto supuesto planteado, resulta más evidente si reparamos en la posibilidad de hablar no ya de un *iter* precontractual que no llega a concluir en contrato, sino de nulidad contractual, dependiendo de la perspectiva de análisis adoptada<sup>85</sup>.

#### 4. APLICACIÓN DE LA LEY EXPRESAMENTE ELEGIDA POR LAS PARTES

Después de cuanto acabo de indicar, el desarrollo de este punto debe ser necesariamente breve. El hecho de que sistemáticamente aparezca

<sup>83</sup> Vid. M. BIANCA, *Diritto civile, III. Il contratto*, Milán, 1984, p. 281.

<sup>84</sup> Vid. por todos A. LUNA SERRANO en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II. *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pp. 126 y ss.

<sup>85</sup> Razones de oportunidad podrían justificar también la aplicación del estatuto contractual al supuesto reseñado por G. KEGEL, *op. cit.*, p. 436, en el que una moneda antigua de gran valor desaparece en el curso de diversas operaciones encaminadas a su valoración por el potencial comprador. Según parece desprenderse de los hechos, existía una relación de tráfico jurídico habitual entre la casa de monedas que ofreció la pieza y el cliente privado (vid. R. FRANK, «Ein Fall von culpa in contrahendo internationalen Rechtes», *Schw. Jur. Zeitung*, 1956, pp. 106-109; trabajo al que no he tenido acceso).

tras los desarrollos en sede de *lex loci delicti* y *lex contractus* no señala en modo alguno su carácter residual; todo lo contrario; justificada la autonomía de la voluntad en materia extracontractual tanto desde el punto de vista de nuestro Derecho material cuanto desde la dogmática internacional-privatista y desde la propia asunción de la solución (con los límites que hemos visto) por la codificación suiza, parece que cuando las partes hayan convenido expresamente la ley aplicable a la responsabilidad precontractual derivada de hechos o situaciones pasadas o futuras, tal ley debe prevalecer sobre cualquier otra<sup>86</sup>.

La razón de esta sistemática obedece al carácter posibilista de las soluciones anteriores. La aplicación de la *lex loci delicti* parece imponerse *prima facie* una vez asumida la (general) calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual. También razones de orden práctico exigen analizar los posibles títulos de competencia de la *lex contractus* allí donde la exigencia de reparación acompaña a exigencias puramente contractuales como la ineficacia de un contrato. Como señalé al principio, la propia denominación, responsabilidad precontractual, condiciona, de alguna manera, el camino a seguir. No obstante, debe incidirse, una vez más, en que la ley a la que las partes se hayan sometido de forma expresa elude cualquier otra conexión. Los razonamientos han sido expuestos en el apartado anterior para justificar la posibilidad de elección tácita de la ley rectora del contrato, lo cual, necesariamente debe contar con la posibilidad general de sumisión. Tan sólo quiero añadir a lo dicho, que la posibilidad de sumisión expresa, aceptada como pacto que acompaña a la celebración de un contrato o admitida sin controversia cuando el hecho dañoso se ha producido<sup>87</sup>, debe aceptarse sin rodeos en materia de responsabilidad precontractual, también con anterioridad a que ésta surja, incluso sin la conclusión final de un contrato. A este respecto, no resultan inhabituales en la contratación internacional las cláusulas expresas que determinan la carga y el objeto de indemnización (o la exclusión de responsabilidad) para los casos de ruptura de tratos<sup>88</sup>, incluso el sometimiento a arbitraje de las posibles controversias que surjan en el establecimiento de los términos definitivos del contrato<sup>89</sup>. La posibilidad expresa de elegir un *Verhandlungsstatut* distinto del estatuto contractual<sup>90</sup> incide

<sup>86</sup> La situación que contemplamos, aunque en cierto modo emparentada, es distinta a la de inclusión de cláusulas contractuales de exoneración o limitación de la responsabilidad no contractual; *vid.* al respecto desde la perspectiva anglosajona P. M. NORTH, «Contract as a Tort Defence in the Conflict of Laws», *Contemporary Problems in the Conflict of Laws (Essays in Honour of J. H. C. Morris, Leyden/Boston, 1978, pp. 214-231.*

<sup>87</sup> Lo que, como señala L. GRAU JUANEDA, *loc. cit.*, p. 394, reduce su relevancia práctica al haber nacido ya un verdadero conflicto de intereses entre la víctima y el autor del daño que difícilmente les hará consensuar una ley determinada.

<sup>88</sup> «Lettres d'intention...», *loc. cit.*, p. 112, con ejemplos en 92, 93 y 97.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 82, ejemplo núm. 5; aunque del texto no se deduce con claridad si se trata de un arbitraje propio o impropio.

<sup>90</sup> W. WENGLER, citado por E. P. DEGNER, *Kollisionsrechtliche Probleme...*, *op. cit.*, pp. 72-73.

en la misma idea, también para los casos en que este último no exista. Piénsese, por último que, aunque la voluntad de las partes en materia extracontractual tendrá generalmente una manifestación marcadamente material, indemnizatoria (en caso de acuerdo entre la víctima y el autor del daño, tal acuerdo versará sobre la suma de la indemnización y no sobre la ley aplicable a la misma), las particularidades señaladas de los supuestos de responsabilidad precontractual no excluyen la previa sumisión a una ley determinada.

#### IV. Conclusiones

Resumiendo lo expuesto y bajo la condición de interinidad inherente a este análisis en el momento actual, puede afirmarse que los diversos supuestos eventualmente generadores de responsabilidad precontractual presentan una heterogeneidad que hace imposible o, cuando menos, desaconsejable su regulación bajo una misma ley. Razones internas, inherentes a la propia estructura de cada supuesto, y externas-prácticas, en relación con la concurrencia o no de otro tipo de pretensiones de naturaleza contractual, hacen que *lex loci delicti* y *lex contractus* tengan una vocación clara de aplicación en cada caso. El carácter, en cierto modo, contingente de la aplicación de una u otra ley al supuesto planteado creo que desaconseja la posibilidad de incidir en una especialización conflictual. La actividad judicial, en unos casos, y la «práctica» habitual de la reclamación, en otros, pueden suplir, en mi opinión, las dificultades de la rigidez que muestra nuestro sistema positivo de Derecho aplicable. Por otro lado, la concentración en la ley rectora de las obligaciones contractuales de un gran número de las reclamaciones que se efectúen en esta materia está en consonancia con la marcada tendencia hacia la «unidad de régimen jurídico» que se aprecia en materia contractual<sup>91</sup>. Resulta significativo, en esta misma línea, que parte de la doctrina alemana se apreste a solucionar los problemas de responsabilidad precontractual con base en una aplicación «analógica» de los nuevos preceptos de la EGBGB que transcriben los del citado Convenio de Roma<sup>92</sup>. Esta situación de ambivalencia conflictual, que ofrece nuevas perspectivas al problema clásico de la delimitación, encuentra parangón y, quizá, origen en una característica común a buen número de situaciones generatrices de responsabilidad precontractual: la diversidad de mecanismos jurídicos de satis-

<sup>91</sup> *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma...», *loc. cit.*, p. 808; concentración que en relación con este tema y en el sector de la competencia judicial internacional —no tratado en el presente estudio— sugiere una posible *ratio legis* a los términos empleados en el artículo 22.3 regla 7.ª LOPJ en el sentido de comprender los supuestos de responsabilidad por *culpa in contrahendo* (cf. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución...*, *op. cit.*, p. 129).

<sup>92</sup> Ch. REITHMANN/D. MARTINY, *op. cit.*, p. 204, y H. DÖRNER, *Juristische Rundschau*, 1987, pp. 202-203.

facción del daño, mecanismos de «naturaleza» contractual y extracontractual. Si se repara en los supuestos donde la aplicación de la «normal» *lex loci delicti* no se ve alterada, se observa que tan sólo en determinados casos de ruptura injustificada de negociaciones y en los residuales de reclamación pura y simple de responsabilidad al margen del contrato válido la competencia de tal ley puede imponerse. Por último, aun careciendo de una cobertura legal y, sobre todo, doctrinal y jurisprudencial en materia de autonomía de la voluntad y obligaciones extracontractuales, la peculiaridad de los supuestos de responsabilidad precontractual, donde no concurren muchos de los inconvenientes que tradicionalmente se alegan en contra de la idoneidad de esa autonomía de las partes, aboga por la aceptación en nuestro sistema de tal posibilidad que excluiría cualquier otro tipo de búsqueda de ley aplicable siempre que una sumisión semejante se ajuste a las exigencias generales de ejercicio de la autonomía de la voluntad en DIPr.

#### SUMMARY

##### THE APPLICABLE LAW TO THE PRECONTRACTUAL LIABILITY IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The Spanish law doesn't study a specific reglamentation of the precontractual liability not even in the material law neither in the private international law.

This article exhibit the various answers that could be given to the question for the applicable law to the precontractual liability splitting from the domestic normative structure and from the separate analisys of the various assumptions producers of precontractual liability.

The results of this article incise in a certain disregard to the question of the calification looking to a allotment between the «*lex contractus*» and «*lex loci delicti*» with a estimable preponderance of the first.

In the same way is inconsiderate the ordinance of a rule of conflict *ad hoc* for the precontractual liability; one functional interpretation of the articles 10.5, 10.9 of the civil code is enough to resolve satisfactorily the heterogeneous assumptions waiting that Spain get engage by the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.