

LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD  
PRECONTRACTUAL EN EL MARCO DEL CONVENIO  
DE BRUSELAS DE 1968

(STJCE DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2002, As. C-334/00,  
FONDERIE OFFICINE MECCANICHE TACCONI SPA C. HEINRICH  
WAGNER SINTO MASCHINENFABRIK GMBH)

Por MÒNICA VINAIXA I MIQUEL\*

SUMARIO:

1. ANTECEDENTES.—2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES.—3. LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES: A) DERECHO COMPARADO. a) *Calificación contractual*. b) *Calificación extracontractual o aquiliana*. c) *Calificación contractual o extracontractual según la fase del período precontractual en la que se produzca la ruptura de las negociaciones preliminares*. B) DERECHO UNIFORME EN MATERIA DE CONTRATOS.—4. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: A) LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA NOCIÓN DE MATERIA DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL DEL ART. 5.3 CB. B) EL FORO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL DEL ART. 5.1 CB Y LA INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISARIA DE ARBITRAJE.—5. REFLEXIÓN FINAL.

---

\* Profesora de Derecho Internacional Privado, Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

## 1. ANTECEDENTES<sup>1</sup>

El objeto del presente artículo es comentar la primera sentencia en la que el TJCE se ha pronunciado sobre la calificación jurídica de la que debe ser objeto la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones previas a un contrato<sup>2</sup>. La sentencia tiene su origen en tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte Suprema di Cassazione italiana relativas a la interpretación de los arts. 2, 5.1 y 5.3 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968 (CB). Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la sociedad italiana Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa (en lo sucesivo Tacconi) con domicilio en Perugia (Italia) y la sociedad alemana Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (en lo sucesivo HWS) con domicilio en la República Federal de Alemania, relativo a una indemnización por daños y perjuicios que la actora reclamaba a la demandada como reparación del perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de lealtad y buena fe que deben observarse en las negociaciones previas a un contrato.

Los hechos que dieron lugar al procedimiento principal configuran una operación compleja de *leasing*. La sociedad Tacconi y la sociedad HWS mantuvieron negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato de compraventa de una fundidora automática. El contrato, sin embargo, debía celebrarse entre HWS, fabricante de la máquina, y B.N Commercio e Finanza Spa (en lo sucesivo BN), sociedad con la que Tacconi había celebrado un contrato de arrendamiento financiero con el consentimiento de HWS. La discusión entre las partes del procedimiento principal gira entorno a si llegó a celebrarse acuerdo entre BN y HWS.

---

<sup>1</sup> Sobre los antecedentes de hecho Vid. el texto de la STJCE de 17 de septiembre de 2002, pp. 1-7 y las Conclusiones del Abogado General, el Sr. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, pp. 1-19.

<sup>2</sup> A su vez se trata de una de las últimas sentencias en las que el TJCE se habrá pronunciado sobre la interpretación de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, como consecuencia de la entrada en vigor, el pasado 1 de marzo de 2002, del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, adoptado en su sustitución (DOCE, L 12, de 16 de enero de 2001).

El 23 de enero de 1996 Tacconi demandó a HWS ante el Tribunal de Perugia invocando la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) en la que había incurrido de conformidad con el art. 1337 del Código civil italiano. La actora, según la cual entre BN y HWS no hubo acuerdo, solicitaba que se le concediera una indemnización de tres mil millones de liras italianas por los daños y perjuicios que le había ocasionado el incumplimiento por parte de HWS de la obligación de comportarse adecuadamente y de obrar de buena fe al romper de forma repentina las negociaciones mantenidas por las partes durante un período de tiempo, que a su vez desembocó en la vulneración de la confianza que la misma había depositado en que el acuerdo llegaría a perfeccionarse. Al considerar que la acción planteada se basaba en una obligación en materia delictual y cuasidelictual, Tacconi fundaba la competencia judicial internacional del Tribunal de Perugia en el art. 5.3 CB.

Por su parte HWS en su escrito de contestación a la demanda y en la posterior demanda reconventional solicitó que se desestimara la pretensión de la actora en tanto en cuanto entre las partes sí que había mediado un acuerdo, el cual había quedado perfeccionado mediante una carta de 28 de abril de 1995 en la que confirmaba el pedido realizado por Tacconi a través de BN el día anterior; y, con carácter subsidiario, que se declarara la falta de legitimación activa de Tacconi para ejercitar la demanda en cuestión<sup>3</sup>. La demandada además alegaba que el Tribunal de Perugia era incompetente para dirimir el litigio habida cuenta de la existencia de una cláusula compromisoria de arbitraje externo contenida en las condiciones generales del contrato. Con posterioridad Tacconi planteó ante la Corte Suprema di Cassazione una cuestión previa de competencia judicial a través de la cual solicitaba que confirmara la competencia del tribunal italiano en base al art. 5.3 CB. La Corte Suprema di Cassazione ante los problemas que planteaba la interpretación del CB decidió paralizar el procedimiento y solicitó al TJCE que calificara la acción de responsabilidad precontractual

<sup>3</sup> En los contratos de *leasing* la empresa financiera cede al usuario todas las acciones que le corresponden frente al fabricante para reclamar el cumplimiento de la obligación de entrega o de saneamiento, del tal manera que el usuario subrogado en la posición de la financiera puede ejercitar la acción directa contra el fabricante. Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de Leasing mobiliario internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 43, 169, 172 a 174, 255 y 256. Sin embargo, en este asunto la sociedad Tacconi no ejercitaba la acción subrogada en la posición de BN, al no haberse celebrado aún la compraventa, sino como víctima del perjuicio que le había ocasionado la ruptura de las negociaciones preliminares por parte de HWS.

ejercitada por Tacconi a los efectos de someterla al foro especial en materia delictual o cuasidelictual del art. 5.3; al foro especial en materia contractual del art. 5.1 CB; o bien, de no resultar aplicables los foros especiales, al foro general del domicilio del demandando del art. 2 CB<sup>4</sup>.

## 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES

Uno de los principales supuestos que configuran la responsabilidad precontractual es la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares a la celebración de un contrato potencial o futuro<sup>5</sup>. En muchas ocasiones la celebración de un contrato entre dos o más partes se realiza de un modo rápido y sencillo sin que las mismas apenas hayan discutido previamente extremos tales como el precio o el objeto del contrato. En otras ocasiones, en cambio, las partes previa la conclusión del contrato entablan conversaciones más o menos prolongadas con la finalidad de intercambiar información, formularse y discutir propuestas y contrapropuestas etc.... Esta fase o período previo a la celebración del contrato es el denominado período precontractual<sup>6</sup>.

En principio las partes inmersas en tales negociaciones preliminares no están obligadas a concluir el contrato sino que en cualquier momento pueden romper arbitrariamente las negociaciones sin consecuencia alguna. Ahora bien, la libertad de contratación tampoco es absoluta sino que se

---

<sup>4</sup> Éstas son, respectivamente, las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el alto órgano jurisdiccional italiano. Vid. las Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, y el ap. 10 p. 3 de la STJCE de 17 de septiembre de 2002.

<sup>5</sup> Vid. A. MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *ADC*, v. IV, pp. 979-1009, pp. 979-982; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 93 y ss; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual», *REDI*, 1990-1, pp. 125-152, pp. 129-131; C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, 1989, pp. 260-262; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial I*, Madrid, Civitas, 1996, p. 276-279.

<sup>6</sup> Vid. el prólogo de J. M. LETE DEL RÍO a la monografía de M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *Ibid.*, p. 13; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *Ibid.*, p. 130; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, «La période précontractuelle en Droit français», *RIDC*, 1990-2, pp. 545-566, pp. 545 y 546.

encuentra limitada por los principios generales de buena fe y de buena conducta que deben observarse en el tráfico. Estos principios son reconocidos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, salvo en los países del *Common Law*<sup>7</sup>, y se encuentran expresamente recogidos tanto en los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales<sup>8</sup> como en los Principios europeos sobre contratos elaborados por la Comisión presidida por O. Lando (PECL)<sup>9</sup>. Con la vulneración de estos principios se genera un comportamiento antijurídico que da lugar a la denominada responsabilidad precontractual, en virtud de la cual se deberán indemnizar los daños causados a la parte que vio defraudadas sus expec-

<sup>7</sup> Vid. J. H. DALHUISEN, «Domestic Contract Laws, Uniform International Contract Law and International Contract Law Principles. International Sales and Contractual Agency», *EBLR*, 2000, pp. 200-315, p. 221; S. VAN ERP, «The Formation of Contracts», *loc. cit.*, p. 125; A. M. MUSY, «The good faith principle in Contract Law and the Precontractual duty to disclose: Comparative analysis of new differences in legal cultures», pp. 1-17, pp. 6 y 7; U. DRAETTA y R. LAKE, «Letters of intent and precontractual liability», *RDAL*, 1993-7, pp. 835-868, p. 836. Sin embargo, en el presente caso, tal como destaca el Abogado General, Sr. Geelhoed, en sus Conclusiones presentadas el 31 de enero de 2002 (ap. 63 p. 12), el hecho de que en el Reino Unido no exista la obligación de comportarse conforme a los requisitos de buen criterio y equidad no implica que el comportamiento de las partes durante la fase precontractual no esté regulado, ya que existen figuras jurídicas equivalentes a la buena fe como la del «estoppel by representation».

<sup>8</sup> Según se desprende de la lectura del art. 2.15 en relación con el art. 1.1 de los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, las partes, en principio, son libres para decidir cuándo y con quién quieren entablar negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato. Sin embargo, la libertad contractual de las partes no puede entrar en conflicto con los principios de buena fe y de buena conducta previstos en el art. 1.7. Vid. UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994, pp. 50 y 51. Sobre los Principios de la Unidroit Vid. M. SUCHANKOVA, «Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations», *RDAL*, 1997-6, pp. 691-702; J. GORDLEY, *An American Perspective on the Unidroit Principles*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1994.

<sup>9</sup> Art. 2:301 de los PECL (texto en O. LANDO & H. BEALE (eds.), *Lando Group's Principles of European Contract Law, Part. I y II*, La Haya, Kluwer, 2000. Vid. A. M. MUSY, «The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures», diciembre 2000, pp. 1-17, p. 2; F. LLODRÀ GRIMALT, «Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del contrato. Letters of intent: pactos de intenciones precontracto» Comunicación presentada en las *XII Jornades de Dret Català sobre «L'aproximació entre els Drets Civils europeus»*, Tossa, 2002, pp. 1-6, pp. 5 y 6.

tativas<sup>10</sup>. El problema más espinoso es determinar si dicha responsabilidad debe calificarse como contractual o como extracontractual.

### 3. LA CALIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES

La naturaleza o calificación de la que debe ser objeto la responsabilidad precontractual ha sido una de las cuestiones que más ha preocupado y más polémica ha suscitado entre la doctrina privatista. El debate entorno a este tópico ha llevado incluso a algunos expertos a considerar que se trata de un *tertium genus* o de una responsabilidad *sui generis* no encuadrable ni en la responsabilidad contractual ni en la extracontractual<sup>11</sup>. La respuesta a esta cuestión tiene una enorme relevancia si tenemos en cuenta que entre una y otra responsabilidad existen marcadas diferencias tanto a nivel de derecho material (la carga de la prueba de la culpa o negligencia, el plazo de prescripción de la acción, la extensión de la indemnización etc...) <sup>12</sup> como de derecho internacional privado (determinación del

<sup>10</sup> Vid. A. MANZANARES SECADES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, v. III, pp. 687-748, pp. 687 y 688; el Prólogo de J. M. LETE DEL RÍO a la monografía de M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual, op. cit.*, p. 13; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *Ibid.*, p. 130.

<sup>11</sup> Este enfoque, no obstante, no ha sido, por lo general, bien aceptado por la mayoría de la doctrina. Vid. A. MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, 1985, pp. 979-1009, pp. 983 y 999 a 1001. En su opinión «la consideración de un *tertium genus* puede ser admisible a nivel dialéctico, o como una expectativa de *lege ferenda*, pero mientras este *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la *culpa in contrahendo* como contractual o extracontractual», *Ibid.*, p. 1001; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual...», *loc. cit.*, pp. 751 y 757; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *Ibid.*, p. 59; M. N. JOBARD-BACHELLIER, «Les lettres d'intention en Droit international privé», *TCFDIP*, 1994-1995, pp. 125-148, p. 131.

<sup>12</sup> Vid. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Ibid.*, pp. 751 y 757; A. MANZANARES SECADES, *Ibid.*, pp. 983-985; Vid. LI. PUIG FERRIOL, Contestación al Discurso de ingreso del académico de número LI. PASCUAL ESTIVILL presentado el 23 de marzo de 1994 sobre *La culpa in contrahendo*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 23 de marzo de 1994, pp. 75-88, pp. 83 y 84.

derecho aplicable<sup>13</sup> y de la competencia judicial internacional<sup>14</sup>). A continuación se procede a esbozar brevemente cuál es el estado de la cuestión en los ordenamientos jurídicos directamente implicados en el caso, el alemán y el italiano; así como también en el ámbito del Derecho uniforme en materia de contratos.

## A) DERECHO COMPARADO

### a) *Calificación contractual*

La calificación contractual de la responsabilidad originada en el período de formación del contrato ha sido clara y decididamente defendida en Alemania<sup>15</sup>. El factor que ha contribuido decisivamente a que en Alemania a la *culpa in contrahendo* se le aplique la normativa relativa a la responsabilidad contractual ha sido, fundamentalmente, la ausencia en el BGB alemán de una noción general y amplia de ilícito civil, como la recogida en los artículos. 2043 del C.c italiano, 1902 del C.c español y 1382 del C.c francés. El Código alemán se limita a tipificar unos determinados actos ilícitos que obligan al sujeto responsable a proceder a su reparación, entre los cuales no se pueden encajar los daños ocasionados en el período de formación de un contrato<sup>16</sup>. De ahí que se haya considerado que este tipo de responsabilidad no pueda hallar fundamento en las disposi-

<sup>13</sup> Acerca de la calificación de la responsabilidad precontractual en el ámbito del derecho aplicable Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIP español», *REDI*, 1990-1, pp. 125-152; y M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª edic. rev., Madrid, 1995, p. 195.

<sup>14</sup> Vid. *infra* apartado 4.

<sup>15</sup> En dicho país la primera tesis contractualista fue la acuñada por Von Ihering, según el cual la responsabilidad por *culpa in contrahendo* tenía su origen en un contrato, necesariamente inválido, celebrado posteriormente por las partes. La teoría del citado autor ha sido objeto de numerosas críticas, aunque no por ello ha dejado de ser la predominante. Vid. M.ª P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>16</sup> Según los arts. 823 y 826 del BGB alemán responde quien de forma culposa o negligente lesione antijurídicamente la vida, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho ajeno (par. 823.1); quien viole culposamente una ley destinada a la protección del dañado (par. 823.2) y aquel que dolosamente causa un daño a otro, atentando contra las buenas costumbres (par. 826).

ciones relativas a los ilícitos civiles<sup>17</sup>. En Italia, a pesar de que predomina la calificación extracontractual, también ha habido un sector doctrinal minoritario que ha respaldado la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo*. El principal de los argumentos utilizados para justificar esta tesis ha sido que el deber de comportarse según la buena fe en el período de formación del contrato, previsto en los arts. 1337 y 1338 del C.c italiano, implica un verdadero deber *inter partes* y no, en cambio, un deber absoluto frente a todos. Este deber *inter partes* constituye una auténtica relación obligatoria y por lo tanto los daños cometidos en su cumplimiento generan responsabilidad contractual. A favor del carácter obligacional de la *culpa in contrahendo* también se ha alegado que la incorporación del art. 1337 del C.c italiano fue un intento por parte del legislador de disciplinar el comportamiento de las partes en la etapa de formación del contrato sujetando a una misma regla, la de la buena fe, su conducta tanto antes como después de la celebración del contrato, de tal manera que la violación de dicho deber sea sancionada con la misma responsabilidad con independencia de la etapa en la que se encuentren las negociaciones entre las partes<sup>18</sup>.

#### b) Calificación extracontractual o aquiliana

La calificación extracontractual o aquiliana de la responsabilidad precontractual es la que predomina en todos aquellos países como Italia, España, Francia y Suiza que disponen de una noción general y amplia de ilícito civil suficiente como para englobar las distintas violaciones del deber general *alterum non laedere*<sup>19</sup>. La existencia de este concepto de ilícito

<sup>17</sup> Vid. A. MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual ...», *op. cit.*, pp. 987-990; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual ...*, *op. cit.*, p. 62; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual ...», *loc. cit.*, pp. 755 y 756.

<sup>18</sup> Vid. L. MENGONI, «Sulla natura de la responsabilitá precontrattuale», *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, pp. 360-372, p. 367; Ll. PASCUAL ESTIVILL, «La culpa in contrahendo», *Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 23 de marzo de 1994, pp.7-72, pp. 42 y 43.

<sup>19</sup> Vid. VVAA, *Precontractual Liability, Report to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, Montreal, 18-24 august 1990 en el que se incorpora un estudio de la regulación de la responsabilidad precontractual en el ámbito del Derecho comparado. Entre la doctrina española se decantan claramente por la calificación extracontractual A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil. Parte*

civil junto con la ausencia en dichos países, salvo en Italia<sup>20</sup>, de preceptos que expresamente regulen la responsabilidad precontractual, ha provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se decanten mayoritariamente a favor de encasillar los supuestos de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares dentro de la responsabilidad aquiliana. El principal de los argumentos que ha servido para defender esta postura ha sido que no puede haber responsabilidad contractual si no hay contrato. Si durante las negociaciones preliminares las partes no han llegado a ningún acuerdo capaz de vincular y de producir efectos, en el caso de que se produzcan daños el perjudicado puede exigir su reparación por la vía de la responsabilidad extracontractual pero no por la vía de la responsabilidad contractual. En este caso los perjuicios tienen su fundamento en el deber genérico o *erga omnes* de no causar daños a nadie, no existiendo por consiguiente otra alternativa que la de calificar el daño como perjuicio extracontractual.

c) *Calificación contractual o extracontractual según la fase del período precontractual en la que se produzca la ruptura de las negociaciones preliminares*

La cuestión relativa a la calificación de la responsabilidad precontractual a nuestro juicio no puede tener una respuesta unívoca sino que la misma está en función de que la relación entre las partes que inician una negociación sea o no obligatoria<sup>21</sup>. Es decir, que la naturaleza de la responsa-

---

*General. Obligaciones y contratos*, Madrid, Civitas, 1991, p. 437; M. ALBADALEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general*, Barcelona, 1989, p. 403; L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 274-276; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1987, p. 79; A. MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual...», *loc. cit.*, p. 1009; LI. PASCUAL ESTIVILL, *Ibid.*, pp. 48 y 51; A. VIGURI PEREA, «Análisis de Derecho comparado sobre la *culpa in contrahendo*», pp. 1-2, p. 1.

<sup>20</sup> El art. 1337 del Código civil italiano regula la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones. También regula dicha responsabilidad el art. 227 del Código civil portugués.

<sup>21</sup> Vid. C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo...*, *op. cit.*, pp. 256-258; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, *op. cit.*, pp. 226-258; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual...», *loc. cit.*, pp. 757, 758 y 787, aunque *a priori* consideran más oportuno encuadrar este

bilidad precontractual depende de que el daño injustificado se materialice en una etapa más o menos preliminar de las negociaciones entabladas entre las partes. Ciertamente, no existe la misma vinculación entre las partes en la etapa de los tratos o negociaciones preliminares, que en aquella en la que las partes ya han celebrado un precontrato, un contrato preliminar, una promesa de contrato o incluso un contrato. Aunque teóricamente la delimitación de las distintas fases que componen el período precontractual parece ser una tarea fácil, ello no es así en la realidad. La tesis más defendida ha sido aquella en virtud de la cual las negociaciones preliminares concluyen cuando el destinatario de la oferta ha emitido la aceptación. A partir del momento en el que se aprecia la existencia de una intención de las partes de obligarse, estén o no determinados los elementos del futuro contrato<sup>22</sup>, surge el denominado precontrato<sup>23</sup>, que es concebido, por lo general, como el acuerdo de voluntades entre dos partes por el que una

---

tipo de responsabilidad en el ámbito de los ilícitos extracontractuales. Entre la doctrina internacionalprivatista también se muestra partidario de esta postura S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en su estudio relativo a «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIP español», *op. cit.*, pp. 127, 151 y 152. En su opinión la responsabilidad precontractual no es una categoría susceptible de recibir un tratamiento unívoco. Los diversos supuestos de responsabilidad precontractual presentan una heterogeneidad que hace imposible o, cuando menos desaconsejable, su regulación bajo una misma ley. Es decir, que tanto la *lex contractus* como la *lex loci delicti commissi* tienen, según el citado autor, vocación de ser aplicadas, aunque se muestra más partidario de una calificación extracontractual, en particular al referirse a la ruptura injustificada de negociaciones. Una postura más apegada a la calificación contractual es la defendida por M. VIRGÓS SORIANO, al sostener que desde la perspectiva del Derecho internacional privado la solución más razonable, con carácter general y al margen de casos especiales, es la de someter la responsabilidad precontractual surgida durante los tratos preliminares a la norma de conflicto en materia de obligaciones contractuales. En opinión de este autor, en la fase de negociación de un contrato proyectado o intentado, dañante y dañado no se encuentran en el «tráfico en general» sino en el marco de un «contrato especial». Vid. M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *loc. cit.*, p. 195.

<sup>22</sup> Si los elementos del futuro contrato están determinados nos encontramos ante un precontrato perfecto, mientras que si tales elementos no están determinados no encontramos ante un precontrato imperfecto. Vid. F. LLODRÁ GRIMALT, «Reflexiones entorno a los PECL...», *loc. cit.*, p. 3.

<sup>23</sup> Vid. J. SCHMIDT, «La période précontractuelle...», *loc. cit.*, p. 546; M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, *op. cit.*, p. 121. Cfr. con B. MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, 1963, pp. 23 y ss., para quien la fase de los tratos o negociaciones preliminares termina una vez formulada la oferta.

sola o las dos, recíprocamente, prometen celebrar un futuro contrato cuyos principales extremos ya han dejado previstos total o parcialmente<sup>24</sup>. El precontrato es, en definitiva, la culminación de las negociaciones o tratos preliminares.

En el asunto Tacconi el Abogado General, el Sr. Geelhoed, en su escrito de conclusiones, basándose claramente en el Derecho holandés, mantiene que en el proceso de negociación deben diferenciarse tres fases. Una primera fase en la que las partes pueden romper libremente las negociaciones sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad. En esta fase no hay ni acuerdo entre las partes ni ilícito. La segunda fase es aquella en la que las negociaciones se encuentran en un estadio más avanzado. En esta fase fácilmente una de las partes a través de sus actuaciones ya habrá generado en la otra parte una razonable confianza en la conclusión del contrato. A partir del momento en que se genera esta confianza ninguna de las partes debe poder romper inopinadamente las negociaciones y de hacerlo estará cometiendo un ilícito y en consecuencia generando responsabilidad. Por último, hay una tercera fase en la que de las circunstancias del caso puede deducirse que las partes ya han asumido una obligación aunque no haya ningún contrato firmado entre las mismas. En el caso de que la ruptura se produzca en esta fase se genera una responsabilidad de tipo contractual<sup>25</sup>. En definitiva, deben diferenciarse las situaciones en las que se rompen las negociaciones preliminares en un momento en el que todavía no existe ninguna obligación asumida por las partes, de las situaciones en las que sí existe entre las partes tal obligación. En uno y otro supuesto no puede exigirse el mismo tipo de responsabilidad puesto que la vinculación entre las mismas es totalmente distinta. Así, si resulta que entre las partes no existe ninguna obligación análoga a la contractual la responsa-

<sup>24</sup> Vid. M.<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *Ibid.*, p. 127; M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, II (Derecho de obligaciones)*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 442; L. DíEZ-PICAZO, *Introducción y Derecho de la persona. Parte general*, v. I, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 434 y 435.

<sup>25</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2001, ap. 80 a 85, p.15. Sobre el Derecho holandés y la sentencia que dio origen a esta tesis de las tres fases (Sentencia del Hoge Raad de 18 de junio de 1982, asunto Plas c. Municipality of Valburg) Vid. *Ibid.*, ap. 62 p. 12; S. VAN ERP, «Formation of Contracts» en VVAA, *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1994, pp. 117-134, pp. 129-130; J. M. VAN DUNNÉ, «Netherlands», en VVAA, *Precontractual Liability. Reports to the XIII Congress International Academy of comparative Law*, Montreal, 18-24 August 1990, pp. 223-237, pp. 230 y 231.

bilidad precontractual debe enmarcarse en la responsabilidad extracontractual, mientras que sí hay tal obligación la responsabilidad que se genera debe encuadrarse en la responsabilidad contractual<sup>26</sup>. Es decir, que se trata de un género de responsabilidad cuyo régimen se construye, según el caso, sobre la base de las normas de responsabilidad extracontractual o contractual<sup>27</sup>.

## B) DERECHO UNIFORME EN MATERIA DE CONTRATOS

En la actualidad no disponemos ni de un Código civil europeo ni de un Código europeo de Derecho de obligaciones y contratos<sup>28</sup> pero sí de

<sup>26</sup> Tal y como señala A. MANZANARES SECADES «el caballo de batalla de la discusión entre los partidarios de las teorías contractuales y los de las extracontractuales a propósito de la *culpa in contrahendo* se centra en decidir si la relación entablada entre las partes en conversaciones preliminares es ya una relación obligatoria o, si por el contrario, los deberes precontractuales que pesan sobre las partes en ese período no son más que una consecuencia del genérico deber del *naeminem laedere*», en «La naturaleza de la responsabilidad precontractual...», *loc. cit.*, nota a pie de pág. núm.14, p. 983; Vid. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual...», *loc. cit.*, pp. 757 y 758; F. LLODRÁ GRIMALT, «Reflexiones entorno a los PECL...», *loc. cit.*, p. 3.

<sup>27</sup> En este sentido Vid. A. MANZANARES SECADES, *Ibid.*, p. 1001; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Ibid.*, p. 757 y M. N. JOBAR-BACHELLIER, «Les lettres d'intention...», *loc. cit.*, p. 131.

<sup>28</sup> Recientemente se ha creado un Grupo de estudios sobre un *Código civil europeo* que debe ser el continuador de la Comisión Lando. Vid. Ch. VON BAR, «Le group d'études sur un Code civil européen», *RIDC*, 2001-1, pp. 126 y ss. A su vez el denominado Grupo de Pavia, ha publicado un Proyecto preliminar de Código europeo de contratos, cuyo Título II, sobre la formación del contrato, contiene una sección 1ª sobre los «tratos preliminares». Vid. A. VIGURI PEREA, «Análisis de Derecho comparado sobre la culpa in contrahendo», pp. 1 y 2, p. 2; P. G. GAGGERO, «Il Progetto di un Codice europeo dei contratti. L'attività del gruppo di lavoro pavese», *Riv. Dir. Civ.*, 1997, v. I Part 2, pp. 113-120. En la actualidad la cuestión relativa a la necesidad de acuñar un derecho privado europeo está siendo objeto de un vivo debate doctrinal, tal y como lo ponen de manifiesto las *XII Jornades de Dret Català sobre «L'aproximació entre els Drets civils europeus»*, Tossa, 2002. Contrarios a la adopción de un Código civil europeo se muestran, entre otros, P. LEGRAND en «Against a European Civil Code», *Mod. L. Rev.*, 1997-60, p. 4 y en «Sens et Non-sens d'un Code Civil Européen», *RIDC*, 1996-4, pp. 779 y ss.; A. VAQUER ALOY en, «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», *La Ley*, núm. 5535, 2 de mayo de 2002, pp. 1-15, p. 3; y A. FONT I SEGURA, *Proyecto Docente e Investigador*, abril 2002, p. 98 (inédito).

instrumentos normativos de derecho material uniforme como los Principios del Unidroit de los contratos comerciales internacionales, que tienen vocación universal<sup>29</sup>; los Principios europeos sobre derecho de los contratos (PECL), que constituyen un primer paso en la codificación del derecho contractual europeo; y el Convenio sobre compraventa internacional de mercaderías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980. Los Principios del Unidroit y los PECL no contienen disposiciones que expresa y directamente se refieran a la *culpa in contrahendo*, aunque sí indirectamente al referirse a las negociaciones realizadas con mala fe y a la obligación de confidencialidad<sup>30</sup>. Es decir, que no se pronuncian acerca de su calificación. Según ambos textos, las partes, en principio, son libres para negociar y no son responsables en el caso de romper las negociaciones. Ahora bien, en el caso de que una parte negocie o rompa las negociaciones con mala fe entonces sí deberá responder por las pérdidas sufridas por la otra parte. Tales Principios se encuentran claramente inspirados en la regulación de la *culpa in contrahendo* existente en los sistemas jurídicos de los países europeo-continentales. En consecuencia, la regulación que incorporan en relación a este aspecto tan sólo supone un cambio radical con respecto a los países del *Common Law*.

Por su parte, el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías tampoco ofrece una regulación completa de todos los problemas que pueden surgir desde que se inician las negociaciones hasta que se perfecciona el contrato de compraventa internacional de mercaderías. En el apartado relativo a la formación del contrato, el Convenio delimita claramente las obligaciones de las partes durante las negociaciones pero no se refiere a la responsabilidad precontractual en que pudieran incurrir cuando la relación no culmina con el perfeccionamiento del contrato. La exclusión de este tópico del texto convencional puede responder a un olvido de los redactores o a una omisión intencionada y voluntaria por el hecho de que se trata de un tipo de responsabilidad que está más próxima a la extracontractual o aquiliana que a la contractual.

<sup>29</sup> Una de las finalidades que se perseguía con los Principios del Unidroit era crear un verdadero derecho internacional de los contratos que estableciera soluciones más previsibles y adaptadas al comercio internacional que las de los derechos nacionales en relación, entre otros temas, a los problemas derivados de la diversidad de regulación y de calificación existente entorno a la responsabilidad precontractual. Vid. M. SUCHANKOVA, «Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations», *RDAI*, 1997-6, pp. 691-702, p. 692.

<sup>30</sup> Vid. *supra* pp. 4 y 5.

#### 4. LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La calificación de la responsabilidad precontractual tiene una importante relevancia en Derecho internacional privado no sólo a efectos de localizar el derecho aplicable al fondo del litigio sino también los tribunales internacionalmente competentes para conocer del mismo<sup>31</sup>. En el caso objeto de análisis, como ya se ha indicado, se cuestiona la calificación de la *culpa in contrahendo* en sede de competencia judicial internacional.

El Convenio de Bruselas, y lo mismo puede decirse del Reglamento 44/2001 (RBI) adoptado en su sustitución, no incorpora ninguna norma de competencia judicial internacional específica en materia de responsabilidad precontractual. Por esta razón este tipo de responsabilidad debe adscribirse a los foros especiales del art. 5 CB/RBI, aplicables en materia de responsabilidad<sup>32</sup> o, al foro general del domicilio del demandado previsto en el art. 2 CB/RBI, sin perjuicio de la autonomía de la voluntad.

El Tribunal comunitario en diversas decisiones se ha pronunciado sobre la interpretación de la que deben ser objeto tanto el art. 5.1 CB como el art. 5.3 CB, no obstante ésta es la primera ocasión en la que se le solicita que determine la ubicación que debe otorgarse a la responsabilidad precontractual<sup>33</sup>. El TJCE por regla general parte del criterio de que los conceptos empleados por el CB deben ser interpretados de manera autónoma, es decir, teniendo en cuenta el sistema y los objetivos del Convenio, y no, en cambio, de conformidad con el derecho nacional de los Estados miembros. De esta manera lo que se pretende es garantizar la aplicación uniforme del Convenio en todos los Estados contratantes así como lograr su plena eficacia. Es precisamente en este sentido que se ha pronunciado el Tribunal en la mayoría de las sentencias relativas a la interpretación de

<sup>31</sup> Vid. M. N. JOBARD-BACHELLIER, «Les lettres d'intention...», *loc. cit.*, pp. 130 y 134.

<sup>32</sup> Vid. G. PALAO MORENO, «La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3» en A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 317-323, p. 321; Conclusiones del Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed presentadas, el 31 de enero de 2002, ap. 67 inciso 7.º, p. 13.

<sup>33</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General, *Ibid.*, ap. 57, p. 11.

las nociones «materia contractual» del art. 5.1 CB<sup>34</sup> y «materia delictual y cuasidelictual» del art. 5.3 CB<sup>35</sup>.

#### A) LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA NOCIÓN DE MATERIA DELICTUAL Y CUASIDELICTUAL DEL ART. 5.3 CB

La primera decisión en la que el TJCE ofreció una interpretación autónoma de la noción «materia delictual y cuasidelictual» del art. 5.3 CB fue la dictada a raíz del asunto Kalfelis. Según el Tribunal por «materia delictual y cuasidelictual» deberá entenderse «toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la noción de materia contractual en el sentido del apartado 1 del art. 5 CB»<sup>36</sup>. Pocos años después el Tribunal comunitario en el caso

<sup>34</sup> Con relación al art. 5.1 CB, en este sentido se pronunció el TJCE en la STJCE de 22 de marzo de 1983, As. 34/82, Peters c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, *Recueil*, 1983, p. 987, ap. 9. La jurisprudencia Peters posteriormente fue confirmada por la STJCE de 8 de marzo de 1988, As. 9/87, Arcado c. Haviland, *Recueil*, 1988, p. 1539, ap. 11; y por la STJCE de 17 de junio de 1992, As. C-266/91, Jakob Handte c. Mecano-Chimiques, *Recueil*, 1992, p. 3967. En cambio, una excepción a esta línea jurisprudencial la constituye la STJCE de 6 de octubre de 1976, As. 12/76, Tessili c. Dunlop, *Recueil*, 1976, p. 1473, ap. 13, que ha sido recientemente confirmada por la STJCE de 19 de febrero de 2002, As. C-256/00, Besix c. Wabag Plafog.

<sup>35</sup> Respecto al art. 5.3 CB el TJCE también se ha pronunciado a favor de una calificación autónoma de la noción «material delictual y cuasidelictual» en la STJCE de 27 de septiembre de 1988, As. 189/87, Athanasios Kalfelis c. Banco Schröder y otros, *Recueil*, 1988, pp. 5565 y ss., aps. 15 y 16, pp. 5584 y 5585; en la STJCE de 27 de octubre de 1998, As. C-51/97, Réunion européenne S.A y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor B.V y Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002», *Recueil*, 1998, pp. 6511 y ss. En este sentido Vid. las Conclusiones del Abogado General, Sr. F.G. Jacobs, presentadas el 14 de marzo de 2002 en el marco del asunto 167/00, Verein Für Konsumentenninformation c. Karl Heinz Henkel, pp. 1-12, ap. 32, p. 5.

<sup>36</sup> Vid. STJCE de 27 de septiembre de 1988, As. 189/87, Athanasios Kalfelis c. Banco Schröder y otros, *Recueil* 1988, pp. 5565-5587, pp. 5566 y 5587. Con anterioridad el TJCE ya había tenido la ocasión de pronunciarse sobre la interpretación de la noción «materia delictual y cuasidelictual» en el marco del asunto R. Ruffer, aunque finalmente no lo hizo al haber excluido de antemano del ámbito material de aplicación del CB la acción ejercitada por tratarse de una acción de derecho público (STJCE de 16 de diciembre de 1980, As. 814/79, État Neerlandais c. Reinhold Rüffer, *Recueil*, 1980, pp. 3807-3837).

Handte<sup>37</sup> vino a precisar, aunque indirectamente, la noción de «materia delictual o cuasidelictual» al tener que pronunciarse sobre una cuestión prejudicial referida al foro especial en materia contractual del art. 5.1 CB. Según el órgano jurisdiccional comunitario la noción de «materia contractual» contenida en este precepto comprende aquellas situaciones en las que exista algún compromiso libremente asumido de una parte en relación con la otra. Con posterioridad la jurisprudencia comunitaria mencionada fue reiterada en el asunto Réunion européenne<sup>38</sup>, en el que el tribunal en aplicación de la jurisprudencia Kalfelis ofreció una vez más una definición por oposición conforme a la cual «es extracontractual aquella relación jurídica que no es contractual»<sup>39</sup>. Es decir, que la definición de lo que deba entenderse por «materia delictual y cuasidelictual» queda supeditada a lo que el Tribunal comunitario entienda por «materia contractual». Por el momento, en la medida que el TJCE todavía no ha precisado lo que debe entenderse por «materia contractual», la noción de «materia delictual o cuasidelictual» posee unos límites y un significado impreciso e indeterminado<sup>40</sup>. Aún así, cabe admitir que «la materia delictual se refiere a aquellas situaciones en las que hay una exigencia de responsabilidad, o una acción encaiminada a su prevención, derivada de un acto ilícito, sin que exista un acuerdo obligacional de una parte respecto de la otra que suponga la adquisición de derechos y obligaciones entre los contratantes con la finalidad de conseguir un determinado objetivo»<sup>41</sup>. En consecuencia, el foro del art. 5.3 CB posee un carácter residual respecto al foro del art. 5.1 CB<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Vid. STJCE de 17 de junio de 1992, As. 26/91, Jakob Handte c. Mecano-Chimiques, *Recueil*, 1992, pp. 3967-3996.

<sup>38</sup> Vid. STJCE de 27 de octubre de 1998, As. C-51/97, Réunion européenne S.A y otros c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor B.V y Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002», *Recueil* 1988, pp. 6511 y ss.

<sup>39</sup> Vid. A. FONT I SEGURA, «La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 27 de octubre de 1998, As. C-51/97, Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, Capitaine Commandant el Navire «Alblasgracht V002»), *RDCE*, 1999-1, pp. 187-207.

<sup>40</sup> Vid. A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional (Comentario a la sentencia del STJCE de 27 de octubre de 1998)», *La Ley UE* 1998, núm. 4681, pp. 1-3, p. 2.

<sup>41</sup> Vid. A. FONT I SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 179.

<sup>42</sup> Vid. A. FONT I SEGURA, *Ibid.*, pp. 168 y 169; Conclusiones del Abogado General, Sr. L.A. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, pp. 1-19, ap. 73, p. 14.

En la sentencia Tacconi el Tribunal comunitario fiel a la citada jurisprudencia concluye que «en circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a la otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y, por la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la noción de materia delictual y cuasidelictual en el sentido del art. 5.3 CB»<sup>43</sup>. El Tribunal, en la misma línea que la actora y que la Comisión, considera que la acción ejercitada por Tacconi al no reunir los presupuestos esenciales para ser considerada como contractual es extracontractual y por lo tanto queda sujeta al art. 5.3 CB<sup>44</sup>. Cabe destacar que un argumento que le hubiera servido al Tribunal para reforzar aún más su postura es que en el marco de los contratos de arrendamiento financiero el usuario (Tacconi) formalmente no tiene ninguna vinculación contractual con el vendedor (HWS), lo cual, sin duda, tiene una importante repercusión a los efectos de calificar su responsabilidad<sup>45</sup>.

Una vez confirmada la aplicación del art. 5.3 CB la cuestión que se suscita, a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente, y sobre la cual no se pronuncia el Tribunal, es la relativa a la localización del «lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso»<sup>46</sup>. La aplicación de la regla de la ubicuidad acuñada por el Tribunal en caso Minas de Potasa de Alsacia<sup>47</sup> no genera problemas cuando se trata de daños en los que el

<sup>43</sup> Vid el fallo y los apartados 25 a 27 de la STJCE de 17 de septiembre de 2002, pp. 5 y 6.

<sup>44</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. L. A Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, pp. 1-19, ap. 46, 54 y 76, pp. 9, 10 y 14, respectivamente.

<sup>45</sup> Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de Leasing...*, op. cit., p. 47.

<sup>46</sup> El tribunal comunitario se limita a responder a la primera cuestión planteada, referida al ámbito material de aplicación del art. 5.3 CB. El tribunal remitente no le solicita al TJCE que determine cuál es, en aplicación de dicho precepto, el lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso.

<sup>47</sup> Vid. STJCE de 30 de noviembre de 1976, As. 21/76, *Handelskewekery G.J Bier et foundation Reinwater c. Mines de potasse d'Alsace*, *Recueil*, 1976, pp. 1735-1758. Esta decisión fue confirmada con posterioridad en la STJCE de 11 de enero de 1990, As. C-220/88, *Dumez France et Tracoba c. Hessische Landesbank (Hella-ba)* y otros, *Recueil*, 1990, pp. 49-82; STJCE de 7 de marzo de 1995, As. C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. c. Presse Alliance S.A.*, *Recueil*, 1995, pp. 415-466; STJCE de 19 de septiem-

acto y el resultado dañoso son fáciles de localizar, pero sí, en cambio, en aquellos supuestos, como el asunto Tacconi, en los que es discutible concretar cuál fue el lugar en el que se produjo el hecho causal —la ruptura de las negociaciones preliminares—, y/o el lugar en el que se materializó el daño —la frustración de las expectativas de la actora de que el contrato llegaría a celebrarse y los daños patrimoniales que de la misma se derivaron—. A pesar de que con ello se active un foro no deseado por el propio Convenio, el *forum actoris*, entendemos que en este caso los daños se materializaron en Perugia, lugar en el que efectivamente se ejercitó la demanda<sup>48</sup>. Lo que no está tan claro es el lugar en el que se produjo el hecho causal.

B) EL FORO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL  
DEL ART. 5.1 CB Y LA INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA  
COMPROMISORIA DE ARBITRAJE

A pesar de que el TJCE en la sentencia propone una calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual, del texto de la misma implícitamente se desprende que el órgano comunitario no defiende una calificación cerrada e unívoca de dicha responsabilidad sino que, al contrario, en la línea del Abogado General, parece admitir que en aquellos supuestos en los que exista un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato la responsabilidad precontractual pueda califi-

bre de 1995, As. C-364/93, Antonio Marinari c. Lloyd's Bank y Zubaidi Trading Company, *Recueil*, 1995, pp. 2719 y ss. y STJCE de 27 de octubre de 1998, As. C-51/97, Réunion européenne S.A y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor B.V y Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002», *Recueil*, 1998, pp. 6511-6551.

<sup>48</sup> Precisamente una de las críticas que se dirigió a la jurisprudencia Minas de Potasa de Alsacia fue que la admisión de la competencia de los tribunales del lugar en el que se materializa el daño equivale a reconocer la competencia de los tribunales del domicilio del demandante en todos aquellos casos en los que la víctima tiene su domicilio en este mismo lugar. Vid. A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 117. Con relación a los daños por difamación ha habido autores que han defendido que el lugar de materialización del daño es aquél en el que la persona tiene su domicilio al no existir una disociación entre la persona y los daños causados a los derechos de la personalidad. Vid. H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution de jugements en Europe*, 1996, París, LGDJ, p. 146.

carse de contractual<sup>49</sup>. A juzgar por los antecedentes de hecho y por la jurisprudencia comunitaria existente entorno a la interpretación de los artículos 5.1 y 5.3 CB, la calificación acuñada por el TJCE parece acertada, aunque a nuestro juicio hubiera sido deseable que hubiera seguido el modelo de calificación propuesto por el Abogado General. Ahora bien, en la práctica el problema que se plantea es que son los órganos jurisdiccionales estatales los que a la vista de los elementos fácticos del caso deben verificar si entre las partes media o no la existencia de un acuerdo obligacional, extremo que no siempre resulta fácil de constatar debido al carácter evolutivo de las negociaciones previas a la conclusión de un contrato y a los medios que hoy en día las nuevas tecnologías ponen a disposición de los operadores económicos para su desarrollo<sup>50</sup>.

En el asunto Tacconi, según se desprende de los antecedentes de hecho, parece ser que la responsabilidad de la sociedad demandada no tuvo su origen en el incumplimiento de una obligación asumida por la misma frente a la actora sino en el incumplimiento de la obligación general *-erga omnes-* de obrar de buena fe en el curso de las negociaciones previas a la celebración de un contrato<sup>51</sup>. Por esta razón el alto órgano jurisdiccional italiano en la decisión de remisión al Tribunal comunitario consideró que se encontraba ante un supuesto de responsabilidad extracontractual y por lo tanto que el foro especial en material delictual y cuasidelictual del art. 5.3 CB era el que debía resultar aplicable<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Según el Abogado General «Una demanda en materia de responsabilidad precontractual puede ser considerada una demanda en materia delictual y cuasidelictual en el sentido del art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968. En caso de que tal acción se refiera a una obligación asumida por la otra parte frente al demandante, debe ser considerada como una obligación en materia contractual, en el sentido del art. 5.1 de dicho Convenio». Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, ap. 85 p. 15 y ap. 86 pp. 15 y 16.

<sup>50</sup> Prueba de ello lo es el propio caso Tacconi, en el que a la luz de los hechos relatados por el Abogado General y por el TJCE, surgen ciertas dudas, entre otros extremos, acerca de si realmente hubo o no acuerdo entre las partes. El Abogado General sugiere que para determinar en qué momento cabe hablar de obligación pueden resultar de utilidad los criterios contenidos en el art. 17 b) y c) CB (art. 23.1 b y c RBI). Vid. *Ibid.*, ap. 77 p. 14 y ap. 79 p. 15.

<sup>51</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. L.A. Geelhoed, presentadas el 31 de enero de 2002, pp. 1-19, ap. 19 p. 4 y ap. 75 p. 14 y la STJCE de 17 de septiembre de 2002, ap. 9 p. 3 y ap. 25 p. 5.

<sup>52</sup> Un caso en el que se cuestionó cuál era la norma de competencia judicial internacional del Convenio de Bruselas de 1968 —art. 5.1 o 5.3— que debía apli-

En el caso de que el TJCE hubiera descartado la aplicación del art. 5.3 CB debería haberse pronunciado sobre la segunda cuestión prejudicial, relativa a la operatividad del foro especial en materia contractual del art. 5.1 CB<sup>53</sup>. La respuesta a esta cuestión debería haber sido negativa si es que realmente existía, según alegaba HWS, una cláusula compromisoria por la que las partes sometieron las eventuales controversias que las pudieran enfrentar a un árbitro externo<sup>54</sup>. En tal caso los órganos jurisdiccionales deberían haber remitido a las partes al arbitraje, a menos que la cláusula compromisoria por la que hubieran acordado dicha sumisión fuera nula, ineficaz o inaplicable<sup>55</sup>. Ahora bien, al margen de la existencia de la cláusula compromisoria, el art. 5.1 CB, a la luz de la jurisprudencia Besix, tampoco podría haber resultado operativo, al no ser posible localizar el lugar en el que debería haberse cumplido la obligación de actuar de buena fe cuyo incumplimiento sirvió de base a la demanda de responsabilidad precontractual<sup>56</sup>.

---

carse en un litigio en materia de responsabilidad por la ruptura de los pactos de intenciones fue el asunto Svedex, que dio lugar a la Sentencia de la Cour de Cassation de 3 de marzo de 1992. En la citada sentencia el alto órgano jurisdiccional francés consideró que el foro que debía resultar aplicable era el foro especial en materia contractual del art. 5.1 CB. Vid. M. N. JOBARD-BACHELLIER, «Les lettres d'intention...», *loc. cit.*, pp. 131 y 132.

<sup>53</sup> El TJCE en la Sentencia no responde ni a la segunda ni a la tercera cuestión al haber respondido afirmativamente a la primera de ellas. Vid. el texto de la STJCE de 17 de septiembre de 2002, ap. 28 p. 6.

<sup>54</sup> Vid. el texto de la STJCE de 17 de septiembre de 2002, ap. 7 p. 3 y las Conclusiones del Abogado General, Sr. L.A. Geelhoed, ap. 14 p. 4.

<sup>55</sup> Según el art. II.3 del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, del que son Estados parte tanto Italia como Alemania. Vid. I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Granada, Comares, 2002, pp. 222 y 223; E. ARTUCH IRIBERRI, «Arbitraje comercial internacional» en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 471-501, pp. 485-487.

<sup>56</sup> El TJCE en la STJCE de 19 de febrero de 2002, As. 256/00, *Besix c. Wabag Pfafog* ha concluido que en los supuestos en los que resulta imposible concretar un único lugar de cumplimiento de la obligación que sirvió de base a la demanda, el art. 5.1 CB resulta inaplicable. En tales casos el único foro que resulta operativo es el foro general del domicilio del demandado del art. 2 CB. Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, «Obligación de no hacer y competencia judicial internacional (La STJCE de 19 de febrero de 2002, *Besix vs. Wabag Pfafog* y sus consecuencias)», *La Ley UE*, abril 2002, núm. 5534, pp. 1-7, p. 1.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

El TJCE en esta sentencia adopta una actitud prudente y formalista al concluir que en circunstancias como las del asunto principal la acción de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares está comprendida en la noción de «materia delictual o cuasi-delictual» en el sentido del art. 5.3 CB. En este asunto parece ser, y así lo comparten la actora, el tribunal remitente y el propio Tribunal, que los daños cuya reparación reclamaba Tacconi no surgieron como consecuencia del incumplimiento por parte de HWS de una obligación libremente asumida por ésta frente a la actora, sino del incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe que debe cumplirse durante el período precontractual. El Tribunal comunitario se decanta por una calificación extracontractual al limitarse a analizar de forma individualizada la relación entre Tacconi y HWS, sin reparar en que dicha relación se enmarcaba en una operación compleja constituida por dos contratos distintos: un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre BN y Tacconi accesorio a un contrato principal de compraventa que debía celebrarse entre BN y HWS. La ruptura por parte de HWS de las negociaciones dirigidas a la venta de la fundidora automática no sólo vulneró la confianza y las expectativas que tenía Tacconi de que el contrato de compraventa llegaría a celebrarse, sino que también debió frustrar el contrato de arrendamiento financiero, al no haberse celebrado la compraventa. Cabe destacar que tratándose de una operación compleja de *leasing* plantea ciertas dudas que la vendedora HWS realmente no hubiera asumido ningún tipo de obligación, habida cuenta de que tenía conocimiento de que Tacconi había celebrado un contrato de arrendamiento financiero con BN cuya finalidad era la financiación de la compra de su maquinaria. En tal caso, de existir una obligación libremente asumida por HWS frente a Tacconi, siguiendo al Abogado General, la acción de responsabilidad precontractual debería haber recibido una calificación contractual y, en consecuencia, las partes deberían haber sometido la controversia al arbitraje. A pesar de que la decisión del Tribunal no se aleja demasiado de la propuesta por el Abogado General, a nuestro juicio debería haber amparado de forma expresa sus pautas de calificación por resultar más sensibles al tipo de operación en la que se enmarcaban las relaciones entre las partes, así como también a las particularidades de una institución de naturaleza múltívoca como es la responsabilidad precontractual.

