

REALIDAD Y LENGUAJE: DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

GEMA TOMÁS (*)

SUMARIO: 1. Jhering y sus precedentes normativos en Código prusiano y austríaco: expresión y concepto. 2. La recepción del término en los ordenamientos nacionales y la configuración diversa del concepto. 3. El art. 12 del Reglamento europeo Roma II. 4. Conclusiones.

En estas páginas se cuestiona la recepción de la expresión acuñada por Jhering hace más de siglo y medio, *culpa in contrahendo*, en las normas jurídicas. No se pretende abordar ninguno de los controvertidos aspectos que atañen a la *culpa in contrahendo* como es la del fundamento de la responsabilidad que genera (contractual, extracontractual o incluso la consideración como *tertius genus*); el alcance o medida del daño (interés negativo o interés positivo); los principios incardinados en la misma (buena fe, equidad, abuso de derecho, *alterum non laedere*...); el tiempo o plazo para reclamar la responsabilidad; la necesidad de dolo o culpa, el planteamiento de la prueba en el curso del proceso o el elenco abierto de las situaciones que en los diferentes países se encuadran bajo esa expresión.

1. JHERING Y SUS PRECEDENTES NORMATIVOS EN CÓDIGO PRUSIANO Y AUSTRÍACO: EXPRESIÓN Y CONCEPTO

Es sabido que Jhering crea en 1861 la expresión *culpa in contrahendo* en un artículo publicado en tal fecha. El jurista alemán parte de varios pasajes romanos en los que se aludía, entre otros, a contratos de compraventa de bienes *extra commercium* en los que vendedor conocía esta situación y no había informado al comprador, o bien a la venta de herencia inexistente. Supuestos en los

(*) Universidad de Deusto. España.

que el derecho romano clásico tardío reconoció al comprador de buena fe una acción contractual para obtener el *id quod interest* ⁽¹⁾.

Entre esos textos romanos citados por el autor alemán en función de los cuales construye mediante el método de la jurisprudencia de conceptos el de la *culpa in contrahendo*, se encuentran los siguientes: cuatro de ellos del Digesto, de Ulpiano, Modestino — los más claros — y de Javoleno y Paulo —, y además uno de las Instituciones de Justiniano:

D. 11,7,8,1 (Ulp., ad ed. 25): *Si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat* ⁽²⁾.

D. 18,1,62,1 (Mod., Reg. 5): *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur* ⁽³⁾.

D. 18,4,8 (Jav., ex Plaut 2): *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distinguere oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur* ⁽⁴⁾.

D. 18,4,9 (Paul. ad ed. 33): *Et si quid emptoris interest* ⁽⁵⁾.

Inst. Iust. 3,23,5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quae tamen si pro privatis vel profanis*

⁽¹⁾ JHERING, R. von, "Culpa in contrahendo oder Schadenserzartz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4, 1861, pp. 1-113. *Oeuvres choisies*, trad. O. DE MEULENAERE, t. II, Paris, 1893, pp. 1 y ss. El título puede traducirse como *Culpa in contrahendo o indemnización por un contrato nulo o que no llega a perfeccionarse*.

⁽²⁾ Si se dijese que un suelo religioso fue vendido como puro, el pretor da a favor del dueño del lugar y contra el vendedor la acción por el hecho. Esta acción se da también contra el heredero, ya que se considera como si comprendiera la acción de compra.

⁽³⁾ El que compró, ignorándolo, lugares sacros, religiosos o públicos, por privados, aunque la compra no se mantenga, no obstante podrá ejercitar la acción de compra contra el vendedor por su interés en no sufrir el engaño.

⁽⁴⁾ Pero si el vendedor no tenía ninguna herencia, convendrá distinguir, respecto a la responsabilidad frente al comprador, y si ciertamente hay tal herencia, pero no pertenece al vendedor, se hará estimación de la misma; si no hay ninguna herencia acerca de la cual parezca haberse convenido, el comprador podrá conseguir del vendedor tan sólo el precio y lo que haya gastado con ese motivo.

⁽⁵⁾ Y el interés que el comprador pudiese tener.

deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit ⁽⁶⁾.

En palabras de Zimmermann, la diligencia contractual a juicio de Jhering era debida no sólo allí donde el contrato había empezado a existir sino también desde que estaba *in statu nascendi*, es decir, que desde el comienzo de las negociaciones las partes entran en una relación “quasi” contractual generándose derechos y deberes ⁽⁷⁾.

Ya antes de que Jhering utilizara tal expresión *culpa in contrahendo*, el Código de Prusia (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, ALR*) publicado el 5 de febrero de 1794 ⁽⁸⁾ contenía en su parágrafo 284 del título quinto (De los contratos) de la primera parte, la idea de los deberes de protección precontractual.

Erster Theil, 5. Titel — “Von Verträgen”, § 284: *Was wegen des bey Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Contrahenten bey Abschließung des Vertrags die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat* ⁽⁹⁾.

También el Código austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*) de 1 de junio de 1811, contenía ya algunas referencias a lo que luego se denominaría *culpa in contrahendo* ⁽¹⁰⁾:

§ 861. *Abschließung des Vertrages: Wer sich erklärt, daß er jemandem sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben,*

⁽⁶⁾ A sabiendas, inútilmente compra uno lugares sagrados o religiosos, y también públicos, como un foro, una basílica, pero si engañado por el vendedor los hubiere comprado como profanos o privados, tendrá la acción de compra, porque no le era lícito tener la cosa para conseguir lo que le importe no haber sido engañado. Y el mismo derecho se aplica, si hubiere comprado un hombre libre por un esclavo.

⁽⁷⁾ ZIMMERMAN, R., *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 11-12, 244.

⁽⁸⁾ Entró en vigor en junio de ese mismo año 1794. Ver SCHWENNICK, A., *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993. En breve: HERNÁNDEZ MARCOS, M., “A propósito del Bicentenario del Allgemeines Landrecht de 1794. Perspectivas de valoración”. *Revista de Filosofía*, 1994, núm. 8, pp. 195-200.

⁽⁹⁾ De los contratos: Lo que es de Derecho por motivo del grado de la culpa que hay que prestar en el cumplimiento del contrato se aplica también en el caso en que uno de los contratantes ha incumplido sus deberes en el proceso de formación del contrato.

⁽¹⁰⁾ Para la definición de *culpa in contrahendo* en Derecho austriaco, véase por ejemplo KOZIOL, H., y WELSER, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I: Allgemeiner Teil

daß er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. Solange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag ⁽¹¹⁾.

En ese sentido se ha dicho que Jhering en realidad reinventó casi un siglo después el concepto y le dotó de una expresión determinada, *culpa in contrahendo*. Llegará a ser a partir de entonces, como tal *culpa in contrahendo*, un concepto jurídico bien establecido, usado principalmente para superar defectos del derecho de daños en casos de pérdida puramente económica ⁽¹²⁾. La locución latina *culpa in contrahendo* empezará a generalizarse para aludir con ella a la responsabilidad que se asume por una determinada conducta producida antes de la celebración del contrato.

2. LA RECEPCIÓN DEL TÉRMINO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES Y LA CONFIGURACIÓN DIVERSA DEL CONCEPTO

La difusión de la obra de Jhering da paso a que la expresión *culpa in contrahendo* se dote de pleno significado en cada ordenamiento jurídico al que va llegando su influencia. Va tomando forma en cada uno de ellos. La recepción y desarrollo de ese concepto no es unívoca en los diferentes países. En primer lugar, digamos que ciertos ordenamientos a lo largo del tiempo han llegado a regular en sus ordenamientos este tipo de responsabilidad, mientras que en otros ha tenido un reconocimiento práctico de los tribunales, si bien en todos ha generado un notable debate doctrinal con frecuencia intenso y controvertido, como es el

— Sachenrecht — Familienrecht, 11.^a ed., Manzsche Verlags — u. Universitätsbuchhandlung, Viena, 2000, p. 29. Los autores afirman, entre otras cosas, que la parte que celebra un contrato tiene la obligación de informar a la otra parte principalmente de las circunstancias que puedan impedir la celebración válida del contrato; el que infrinja esa obligación (*culpa in contrahendo*) debe resarcir a la otra parte.

⁽¹¹⁾ Conclusión de contrato: Quien declara que quiere transferir su derecho a alguien, es decir, que quiere permitirle algo, darle algo, hacer algo para él o abstenerse de algo por él, hace una promesa, pero si el otro acepta la promesa de manera válida, surge un contrato a través de las voluntades coincidentes de ambas partes. Mientras duren las negociaciones y la promesa no haya sido hecha o no haya sido aceptada ni con antelación ni después, no surge ningún contrato.

⁽¹²⁾ SCHLECHTRIEM, P., "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", en *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002, nota 29 (<http://ouclf.iuscomp.org>).

caso de España. De otro lado, el ámbito de situaciones que se engloban bajo esta categoría varía de un lugar a otro. No siempre son las mismas.

Si tomamos como referencia en primer lugar a los países que han regulado en sus Códigos civiles este tipo de responsabilidad, veamos los siguientes ordenamientos, italiano, portugués y alemán.

Así, mencionemos el caso de Italia que dedica en el Codice Civile (1942) el art. 1.337 a las “*Trattative e responsabilità precontrattuale*”:

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208) ⁽¹³⁾

En 1966, el art. 227 del Código de Portugal aborda la “*Culpa na formação dos contratos*”:

1. *Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*

2. *A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498* ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Tratos preliminares y responsabilidad precontractual: Las partes, en el desarrollo de los tratos preliminares y en la formación del contrato deben comportarse conforme a la buena fe. Se remite a los siguientes artículos:

Art. 1366: “*Interpretazione di buona fede: Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede* (1337, 1371, 1375)” (el contrato debe ser interpretado conforme a la buena fe);

Art. 1375: “*Esecuzione di buona fede: Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede* (1337, 1358, 1366, 1460)” (el contrato debe ser cumplido conforme a la buena fe);

Art. 2208: *Responsabilità personale dell'istitutore*: “*L'istitutore è personalmente obbligato* (1337) *se omette di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente; tuttavia il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti compiuti dall'istitutore, che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto*” (el gerente está personalmente obligado si omite dar a conocer al tercero que él negocia por un superior; sin embargo, el tercero puede actuar también contra el superior por los actos realizados por el institutor que correspondan al ejercicio de la empresa al frente de la cual ha sido nombrado”).

El tema de la *culpa in contrahendo* fue introducido en la doctrina italiana por FAGELLA, G., “Fundamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, *Archivio Giuridico* “F. Serafini”, Roma 1909. Obras más recientes sobre el tema: SAPONE, N., *La responsabilità precontrattuale*, 2008; DI DONNA, L., *Obblighi informativi precontrattuale*, vol. I (*La tutela del consumitore*), Milano, 2008; CARUSO, D., *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993.

⁽¹⁴⁾ Culpa en la formación de los contratos: 1. — Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los tratos preliminares como en la formación del mismo, proceder según

Y Alemania, que si bien los tribunales llevan un siglo reconociendo situaciones que se encuadran en esta categoría, considerada como una costumbre jurídica, ha sido la reforma del Derecho de obligaciones acontecida en el año 2001 — en vigor desde el 1 de enero de 2002 — la que ha incluido expresamente la responsabilidad *in contrahendo* en el parágrafo 311.2:

§ 311. *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse* ⁽¹⁵⁾:

(2) *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch: 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte* ⁽¹⁶⁾.

las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte. 2. La responsabilidad prescribe en los términos del artículo 498. Y tal artículo 498: (*Prescrição*): 1. *O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso.* 2. *Prescreve igualmente no prazo de três anos, a contar do cumprimento, o direito de regresso entre os responsáveis.* 3. *Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.* 4. *A prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da acção de reivindicação nem da acção de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou a outra.* Ver: ALMEIDA COSTA, M. J. B., *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1999.

⁽¹⁵⁾ A juicio del autor suizo BUCHER, E., “La diversidad de significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones”, *Indret*, núm. 383, 2006/4, tal expresión “Schuldverhältnis” se introdujo en el lugar de “obligation” para evitar el extranjerismo y se utilizó en el BGB del año 1900 también en parte con este significado. Sin embargo, dicha expresión ha adquirido un segundo sentido, pues sirve para referirse a relaciones jurídicas de cualquier clase que fundamentan el nacimiento de obligaciones, lo cual comprende ante todo contratos, pero también actos ilícitos y las restantes *causae obligationum*. La reforma del Derecho de obligaciones del año 2001 ha añadido un tercer sentido a los dos ya referidos. El mismo se dirige a toda persona que inicie negociaciones contractuales y le obliga a tener “respeto” hacia la otra parte (§ 311 apartado 2.º BGB con remisión al § 241 apartado 2.º).

⁽¹⁶⁾ § 331: «Relaciones obligatorias que nacen del negocio jurídico y otras de carácter análogo:

(2) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241, apartado 2, surge también mediante:

1. La iniciación de negociaciones contractuales.
2. La preparación de un contrato mediante el cual una parte concede a la otra,

De estos tres ordenamientos podemos destacar tres ideas:

- a) Ninguno de ellos ha utilizado la expresión pandectística *culpa in contrahendo*. O bien se habla de culpa en la formación de los contratos o de responsabilidad precontractual. Se elude en todo caso la locución latina.
- b) El planteamiento no ha sido el de tipificar conductas, sino el de la formulación de principios generales. Los dos primeros vinculan la cuestión con el principio de buena fe que rige en los tratos preliminares y en la formación del contrato, cuya lesión genera en definitiva responsabilidad en la fase precontractual. Por su parte, la modificación del BGB en materia de obligaciones ha introducido la idea tradicional germánica del contacto social que existe desde el momento en que dos personas inician tratos para la formación del contrato. El objetivo que ha movido al legislador alemán parece haber sido el de recoger esa tradición que la jurisprudencia alemana ha venido consolidando a lo largo del siglo XX teniendo en cuenta que a través de esta vía se ha cubierto la carencia de este sistema en relación a responsabilidad por daños patrimoniales de carácter extracontractual. Recuérdese al respecto el famoso caso del linóleo que llegó a los tribunales en 1911 (*Linoleumfall*) ⁽¹⁷⁾ y que establecía el deber de reparar el daño sufrido por una señora al caérsele encima un rollo de ese material en una tienda en la que iba a realizar una compra ⁽¹⁸⁾. La reforma del BGB va a considerar como

con vistas a una eventual relación jurídico negocial, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o

3. Contactos análogos de carácter negocial.»

La referencia al § 241, apartado 2: “*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”. La relación obligatoria puede obligar a cada parte al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte según su contenido.

Trad. y comentarios en REGLERO CAMPOS, L. F., “Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones precontractuales. *Culpa in contrahendo* e injerencia de terceros (*tortius interference*)”, en Congreso Iberoamericano de Derecho privado, Colombia, 2007. Sobre la culpa in contrahendo en la reforma del BGB ver: ASÚA GONZÁLEZ, C. I. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., “Codificación de la culpa in contrahendo en el Derecho alemán”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003, pp. 1415-1433; GIARO, T., “Culpa in contrahendo: eine Geschichte der Wiederentdeckungen”, en Ulrich FALK (Hersg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts* (1896-1914), Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 113-154.

⁽¹⁷⁾ RGZ 78, 239.

⁽¹⁸⁾ Ver: MEDICUS, “Zur entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo”, *Fest. M. Kaser zum 80 Geb.*, Wien-Köln-Graz, 1986, 169-18. En relación comparativa entre derecho alemán y

fuente de relación obligatoria, la infracción del deber de respeto que cada parte asume respecto a los derechos, bienes jurídicos e intereses de la contraria.

- c) En los tres Códigos la formulación es bien escueta. Un solo artículo, cuya única lectura no revela el alcance que la doctrina y los tribunales otorgan a la responsabilidad precontractual, ni resuelven el gran número de cuestiones que plantea la práctica jurídica.

Sin duda, son más los Códigos que no contienen una regulación explícita de la *culpa in contrahendo* y que tampoco contienen una referencia a esta expresión, sin perjuicio de que la legislación de protección al consumidor y especialmente la normativa en materia de seguros haya venido plasmando los deberes de comportamiento, de información precontractual y de actuación de conformidad con la buena fe. Podemos mencionar a Francia ⁽¹⁹⁾, Países Bajos ⁽²⁰⁾, Suiza ⁽²¹⁾ o España ⁽²²⁾. En todos ellos la práctica de los tribuna-

derecho español, ver especialmente ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989; REGLERO, *Ibid.*; BUCHER, *Ibid.*, afirma que supuestamente, la intención del legislador ha sido en 2002 la de fijar en la ley la tradición jurídica previamente surgida sobre la base de la doctrina de la culpa in contrahendo. Esto es algo que no se desprende del texto de la ley, que, tomado al pie de la letra, no comprende ni el contenido de la decisión de la sentencia del caso del rollo de linóleo ni la mayor parte de la praxis judicial hasta ahora aparecida sobre la base de la *culpa in contrahendo*. Textualmente, quedan excluidos de modo explícito los casos más significativos de *Vertrauenshaftung* y “relaciones contractuales de hecho”, porque ambos carecen — dada su esencia — de toda relación con tratos preliminares.

⁽¹⁹⁾ En Francia el tema fue introducido a principios del siglo XX por SALELLES, R., “De la responsabilité contractuelle à propos d’une nouvelle étude sur la matière”, *Rev.TDCivile*, 1907, 712 ss. Los daños precontractuales tienen la respuesta en los tribunales a través de los arts. 1.382-1383 dentro del capítulo relativo a “delitos y cuasidelitos”. Artículo 1.382: «Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»; y art. 1383: «Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence».

⁽²⁰⁾ Ver HONDIUS, E., *Precontractual liability*, Kluwer Law International, 1991; WINKEL, L., “Culpa in contrahendo in Roman law and in some modern Dutch court decisions”, *Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit*, Amsterdam, 2002, 149-157; VAN ERP, J. H. M., “European ‘culpa in contrahendo’ doctrine? Towards a model of contract as a legal relationship and situation-specific duties to inform”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, 2003. La aproximación al tema se hace desde un fundamento contractual sobre todo cuando las conversaciones precontractuales están lo suficientemente avanzadas como para haber creado la confianza de que el contrato se iba a celebrar.

⁽²¹⁾ Las ideas de Jhering se introducen en Suiza a través del proyecto de MUNZINGER de 1869. Ver BUCHER, E., *Ibidem*. Ver: PIOTET, P., *Culpa in contrahendo et Responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, ed. Staempli & CIE, Berne, 1963, pp. 24-26, y KUONEN, N., *La responsabilité précontractuelle*, Schultess, 2007. El Código suizo de 1907 no contiene

les reconoce este tipo de responsabilidad y la doctrina es abundante en todos ellos. Ciertamente, la ausencia en los Códigos de una referencia explícita a este tipo de responsabilidad, así como a la expresión *culpa in contrahendo* contrasta con el protagonismo que artículos y monografías siguen dando a la misma. Podría decirse que sigue viva en la doctrina, en el pensamiento de los juristas y en la práctica de los tribunales.

En cuanto a las situaciones que se engloban bajo esa expresión, son muy variadas. Las más cercanas a las palabras de Jhering, son las situaciones de nulidad contractual por dolo *in contrahendo* (engaño de la contraparte en la fase pre-negocial). También podría incluirse la nulidad causada por violencia o intimidación, así como situaciones de dolo incidental que no permiten anular el contrato pero sí la potencial indemnización por los daños sufridos. En segundo lugar, la mayor parte de los países incluyen desde muy pronto en este tipo de responsabilidad los comportamientos contrarios a la buena fe durante los tratos preliminares, en los que podemos incluir la iniciación o continuación de negociaciones sin ánimo de contratar, la ruptura de negociaciones calificable de contraria a la buena fe y la revelación o utilización de información confidencial contraria a la buena fe, así como la violación del deber de información en supuestos de contratación válida.

regla específica sobre el tema, sin perjuicio de su reconocimiento en los tribunales bajo fundamento extracontractual.

(22) El Código civil español de 1889 no contiene ninguna regla específica acerca de la responsabilidad precontractual. La práctica de los tribunales ha abordado algunos casos, no muy frecuentes, bajo el fundamento de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”) es decir, como una infracción del principio *neminem laedere*. Sin embargo, la doctrina, abundante en este tema y sostiene posiciones muy divergentes: ASÚA, *op. cit.*; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o la culpa *in contrahendo*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, pp. 747-788; CARRASCO PERERA, A., “Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española”, *Aranzadi Civil*, núm. 21, 2006, pp. 15-38; DE LOS MOZOS, J. L., “Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato”, *Estudios sobre Derecho de contratos, Integración europea y codificación*, Madrid, 2005, pp. 77-99, and *Libro-Homenaje al Prof. Roberto López Cabana*, Madrid-Buenos Aires, 2001; MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual”, *Revista de Derecho privado*, 2005, pp. 79-105; GARCÍA RUBIO, M.^a PAZ, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991; ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, 1971, pp. 859-922; LOBATO DE BLAS, J. M.^a, “Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976, 6, LXXIII, pp. 540-581; MANZANARES, A., “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”, *Anuario de Derecho Civil*, XXXVII-2, 1984, pp. 687-748, y “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *Anuario de Derecho Civil*, XXXVIII, 1985, pp. 979-1009.

A partir de ahí puede decirse que hay otras situaciones que la doctrina y práctica de los tribunales ha ido incluyendo en la responsabilidad precontractual ensanchando el panorama de la *culpa in contrahendo*, alejándonos del significado originario de la expresión. Así por ejemplo, se han calificado como tal los daños personales y pérdidas patrimoniales sufridos en el estadio previo a la celebración de contrato (supuesto emblemático que Alemania tradicionalmente incluye en la *culpa in contrahendo*, como antes se ha dicho por su especial configuración de la responsabilidad extracontractual): la responsabilidad derivada de una falsa representación (*falsus procurator*); la negativa de una de las partes a perfeccionar un contrato en aquellos casos en los que la ley exige una forma determinada (incluso también la negativa a elevar a público documento privado); y la negativa a cumplir una promesa pública de un premio.

Parece por lo tanto que estamos ante una especie de “cajón de sastre” lleno de situaciones diversas que parecen no tener más en común que el acontecer antes de la perfección del contrato.

3. EL ART. 12 DEL REGLAMENTO EUROPEO ROMA II

Resulta digno de mención que el reciente Reglamento europeo Roma II sobre reglas aplicables a las obligaciones no contractuales ⁽²³⁾ se ha recogido expresamente la *culpa in contrahendo*. No consta que esta cuestión haya tenido una atención específica y explícita hasta la fecha.

La norma europea establece la regla general de que “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4)”, pero hay tres casos especiales: enriquecimiento injusto, *negotiorum gestio* y *culpa in contrahendo*, esta última objeto de regulación en el art. 12:

Artículo 12. *Culpa in contrahendo*.

1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que

⁽²³⁾ Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199/42, de 31 de julio de 2007). Ha entrado en vigor el 11 de enero 2009, excepto para el artículo 29 que se aplica desde el 11 julio de 2008 (artículo 32).

el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.

2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será:

- a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o
- b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o
- c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.

Centrándonos exclusivamente en el tema que se aborda en esta comunicación, cabe decir lo siguiente:

1.º Lo primero que cabe reseñar es la utilización de la expresión latina *culpa in contrahendo* a lo largo del Reglamento ⁽²⁴⁾. Ahora bien, no aparece en todas las versiones nacionales de este Reglamento europeo.

La expresión *culpa in contrahendo* consta en las versiones inglesa, española, francesa, italiana, portuguesa, búlgara, danesa, polaca, estonia, irlandesa, letona, lituana, húngara, maltesa, rumana y eslovena. Pero no se utiliza en otras versiones que han preferido utilizar la lengua propia, como la holandesa (*“Precontractuele aansprakelijkheid”*) ⁽²⁵⁾, la alemana (*“Verschulden bei Vertragsverhandlungen”*) ⁽²⁶⁾, la checa (*“Předsmluvní odpovědnost”*) ⁽²⁷⁾, la eslovaca (*“Predzmluvná zodpovednosť”*) ⁽²⁸⁾ y la sueca (*Oaktsamhet vid ingående av avtal*) ⁽²⁹⁾.

⁽²⁴⁾ Aparece la expresión *culpa in contrahendo* en la exposición de motivos, en los párrafos 29 y 30, y en el artículo 2.1.º así como en el art. 12 que es en el que se establece la regla aplicable a esta institución.

⁽²⁵⁾ Responsabilidad precontractual.

⁽²⁶⁾ Responsabilidad por negociaciones contractuales.

⁽²⁷⁾ Responsabilidad por conversaciones previas.

⁽²⁸⁾ Responsabilidad precontractual.

⁽²⁹⁾ Culpa por ser incluido en acuerdos (literalmente), esto, es, culpa por negociaciones.

Por último, algunas versiones utilizan ambas expresiones: la propia y la latina entre paréntesis, como acontece con la griega (Ευθύνη κατά τις διαπραγματεύσεις ⁽³⁰⁾ (*Culpa in contrahendo*)) y la finlandesa (Sopimuksentekotuottamus ⁽³¹⁾ (*Culpa in contrahendo*)).

Llama la atención que países como Alemania y Países Bajos donde la doctrina ha abundado ampliamente en el tema de la *culpa in contrahendo*, y especialmente el primero de los países citados, cuna de esta institución, renuncien a la expresión latina y prefieran su traducción a la lengua propia ⁽³²⁾. La explicación puede estar en el propio Reglamento europeo que considera la *culpa in contrahendo* como un concepto autónomo. Lo dice expresamente el considerando (30) del Preámbulo cuando afirma que:

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

Y expresamente este párrafo excluye *in fine* uno de los supuestos que tradicionalmente la doctrina alemana había incluido dentro de este ámbito como son las lesiones personales que se ocasionan en el periodo precontractual — representados por el emblemático caso *Linoleumfall*” — ⁽³³⁾.

Es frecuente el rechazo por parte de los traductores o juristas lingüistas hacia ciertas expresiones que o bien no existen en el ordenamiento interno o bien el significado nacional no coincide con el de la norma comunitaria. Se deja claro de esta manera que la expresión la latina tiene un significado diferente. Ambas interpretaciones son posibles en cuanto a lo que ha podido suceder en este punto.

⁽³⁰⁾ Responsabilidad en las negociaciones.

⁽³¹⁾ En esta lengua, tal expresión se corresponde a la latina “culpa in contrahendo”.

⁽³²⁾ Si bien es verdad que en la versión alemana del Reglamento sí se menciona “culpa in contrahendo” en el artículo 2 (1), pero no en el artículo 12 que es donde propiamente tiene su sede. Por lo que respecta a Holanda, en el documento COM 2003, 427 final — versión en holandés —, aparece en el punto tercero donde explica el contenido del artículo 1.

⁽³³⁾ Ver nota 17.

2.º En segundo lugar, cuando el Reglamento europeo habla de *culpa in contrahendo* ciñe su significado a la responsabilidad derivada de tratos o negociaciones preliminares (especialmente ruptura de los mismos y violación del deber de información). El Reglamento está restringiendo claramente el significado tradicional que la doctrina europea ha venido otorgando a la clásica expresión latina, aunque lo haya hecho de modo diverso. En todo caso, no parece desacertado que los países citados prefieran prescindir de ella o aclarar su significado, para referirse sólo a responsabilidad por negociaciones preliminares. Se pone de manifiesto aquí que lenguaje y significado no van de la mano.

4. CONCLUSIONES

1.º La expresión *culpa in contrahendo* acuñada por Jhering no se ha recogido expresamente en los Códigos europeos que han regulado algunas de las situaciones que encajan en esta institución.

2.º La normativa europea ha positivizado por primera vez esta locución latina en el marco de la normativa de conflicto aplicable a obligaciones no contractuales (Roma II).

3.º Estamos ante una expresión que en el pensamiento jurídico nacional va más allá del significado acotado por el legislador europeo, el cual ha restringido el mismo para ceñirlo principalmente a las negociaciones contractuales y a la infracción del deber precontractual. No se presta atención a las hipótesis pensadas por Jhering, de contratos que se llegan a celebrar pero viciados de nulidad, salvo que se incluyan en la infracción del deber precontractual.

4.º Las diferentes versiones nacionales del Reglamento europeo citado ponen de relieve los matices que la expresión *culpa in contrahendo* ha suscitado y sigue haciéndolo en los diferentes países.

