

Culpa in contrahendo: de la perspectiva histórica a los retos de la nueva revolución industrial. Una mirada a los Reglamentos base (1215/2012 y 864/2007) y a su enlace frente a los nuevos mecanismos de resolución de conflictos precontractuales

Culpa in contrahendo: from the historical perspective to the challenges of the new industrial revolution. A look at the basic regulations (1215/2012 and 864/2007) and their link with the new pre-contractual dispute resolution mechanisms

PEDRO JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ*

*Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas
Universidad de Murcia*

Recibido: 01.12.2024 / Aceptado: 09.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9341

Resumen: Partiendo de la realidad de concepto difuso que –aún hoy– es la culpa in contrahendo –sobre todo en sede de competencia judicial con elemento extranjero; pero también, aunque menos, en sede de Ley aplicable–, se plantean las hipótesis de suficiencia o insuficiencia de los mecanismos que lo regulan –de manera explícita o implícita– frente a los retos de la nueva revolución industrial. Dicha revolución, vehiculada a través de realidades jurídicas contractuales como los “smart contracts” o la inteligencia artificial, supone un gran desafío a la hora de proteger la diligencia debida en el “iter contractus”. Además, añade un componente de complejidad mayor: ya no existe sólo un elemento extranjero que rijan las relaciones entre partes –base del Derecho Internacional–, sino que el desafío es global y su crecimiento –por motivo del cambio tecnológico– exponencial.

Palabras clave: culpa in contrahendo, competencia judicial, Ley aplicable, revolución industrial, smart contracts, inteligencia artificial.

Abstract: Starting from the reality of the diffuse concept that –even today– is culpa in contrahendo –especially in the area of jurisdiction with a foreign element, but also, although less so, in the area of applicable law–, the hypotheses of the sufficiency or insufficiency of the mechanisms that regulate it –explicitly or implicitly– in the face of the challenges of the new industrial revolution are posed. This revolution, conveyed through contractual legal realities such as ‘smart contracts or artificial intelligence, poses a great challenge when it comes to protecting due diligence in the ‘iter contractus’. Moreover, it adds a component of greater complexity: there is no longer only one foreign element that governs the relations between parties –the basis of international law–, but the challenge is global and its growth –due to technological change– is exponential.

Keywords: culpa in contrahendo, jurisdiction, applicable law, industrial revolution, smart contracts, artificial intelligence.

*Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas de la Universidad de Murcia (pj.martinezortiz@um.es) y tutor en el Departamento de Economía Aplicada de la UNED (pedmartinez@cartagena.uned.es). Doctor por la Universidad Politécnica de Cartagena. ORCID ID: 0000-0003-2399-0126.

Sumario: I. Introducción al concepto difuso de culpa in contrahendo: problemas a resolver. 1. Entre negligencia, daño y relación de causalidad: la graduación e interés a resarcir. 2. Entre la interrupción injustificada: precontrato, antecontrato u oferta. II. Análisis de los mecanismos de competencia judicial: Reglamento Bruselas I bis 1215/2012. 3. Calificación de la relación entre las partes desde el Convenio de Bruselas de 1968. 4. Breve reseña sobre la respuesta jurisprudencial interna: nexo causal entre daño y culpa. 5. El conflicto de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis. 6. Siguiendo o no a Jhering: desde la perspectiva del Reglamento 1215/2012. 7. Problemas planteados y respuesta jurisprudencial por parte del TJUE –y el antiguo TJCE–. 8. *Lex loci delicti commissi*, foros de competencia y ubicuidad: ¿uniformidad? III. Análisis de los mecanismos de Ley aplicable: Reglamento Roma II 864/2007. 9. La importancia de los considerandos 29 y 30 en Roma II. 10. Artículo 12 en Roma II: nexo entre daño causado y contrato sin celebrar. 11. Respuesta jurisprudencial. IV. Respuesta del constitucionalismo multinivel a los retos de la nueva Revolución Industrial. 12. ¿Suficiencia o insuficiencia? 13. Reglamento 2016/679 sobre protección de datos. 14. Entre *smart contracts*, DLC y cadena blockchain. 15. Reglamento UE sobre inteligencia artificial y compliance: soluciones. V. Conclusiones.

I. Introducción al concepto difuso de culpa in contrahendo: problemas a resolver

1. Sobre la base de la construcción histórica del concepto de culpa in contrahendo, se ha observado un marcado carácter de realidad difusa -incluso en los Reglamentos más recientes que regulan la materia-¹. No sólo esto, sino que siempre ha sido una noción, la más general de responsabilidad precontractual, que se ha puesto en cuestión². Aun cuando esto es hoy así, las bases de realidad del concepto se hundían en la adopción de las tesis del jurista Caspar Rudolf von Jhering -cuando se va a extender un debate jurídico mucho más marcado-. Tras ello, sobre la base de los proyectos codificadores de los siglos XVIII y XIX -y en menor medida en el siglo XX-, se va a mejorar la dualidad entre tesis contractualistas y no contractualistas.

2. En relación con lo anterior, cabe incidir en el profundo debate doctrinal que aún hoy existe entre esas dos posturas: la primera, de marcado carácter objetivo, que se hunde en el daño en sí; la segunda, mucho más amplia, que analiza el elemento subjetivo o volitivo -la voluntad de hacer daño, incluso en fase precontractual-. Dicho debate doctrinal va a poner de relieve la compenetración que existe -y debe existir, dada la complejidad de la cuestión- entre Derecho positivo y soluciones jurisprudenciales.

3. La base fundamental sobre la que gira esta situación pivota sobre realidades del tráfico jurídico que están a mitad de camino entre la ruptura simple de negociaciones de un contrato y la culpa in contrahendo tradicional. En el primer caso, no existe una ruptura en que se observe una falta de diligencia debida; en el segundo, aun existiendo contrato, se dan los supuestos de nulidad, anulabilidad o invalidez. Entre ambos, existe una línea³ que, en ocasiones, no van a resolver los mecanismos de Derecho positivo, debido a los ligeros matices que encierra cada caso concreto.

¹ *Profesor en el Departamento de Organización de Empresas y Finanzas de la Universidad de Murcia (pj.martinezortiz@um.es) y tutor en el Departamento de Economía Aplicada de la UNED (pedmartinez@cartagena.uned.es). Doctor por la Universidad Politécnica de Cartagena. ORCID ID: 0000-0003-2399-0126.

Vid. V.A. ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (44), 9, 2022. En la página 16, plasma la dualidad de posiciones existente con base en el Reglamento Bruselas I bis.

² Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento ‘Roma II’: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales” en Revista crítica de derecho inmobiliario, 85 (712), 835-908, 2006; página 835.

³ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Estudio pormenorizado de las distintas situaciones recogidas en el tráfico jurídico internacional en cuanto a tratos preliminares” en Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca, 2008. Véase páginas 72 y 97 en que se pone de relieve el denominado “*iter contractus*” o camino de formación del contrato -sede en la que se puede generar una ruptura injustificada de negociaciones- sin haberse alcanzado la eficacia de un contrato.

4. Incluso todo un entramado jurídico de dimensiones históricas como es el de la Unión Europea, exponente capital del constitucionalismo multinivel, se va a ver envuelto en dificultades para dar una respuesta clara a esta cuestión. Ello supone un desafío mayúsculo frente a los retos que se presentan con base en la nueva revolución industrial -capitalizada por elementos contractuales novedosos, como los *smart contracts*; o por realidades jurídicas desafiantes vía explosión de relaciones a través de tecnologías como la inteligencia artificial-. Se hace necesario, por tanto, observar si nuestro ordenamiento jurídico puede dar respuesta a situaciones complejas en que se produce un daño en sede extracontractual.

5. Del análisis ontológico de los Reglamentos 1215/2012 y 864/2007 ya se va a desprender, en un primer momento, la esencia de complejidad de la situación en que nos encontramos. Ambos mecanismos dejan entrever de manera tácita que existe esa línea difusa mencionada con anterioridad; pero cabe observar cómo se desarrolla esto último, de qué manera se puede aplicar a las situaciones del tráfico y cuál sería la forma de aplicación sobre las nuevas realidades relacionales -con base en realidades de cambio tecnológico que cambian paradigmas del tráfico jurídico-.

6. Esa esencia de complejidad, por reforzar la línea causa efecto que provoca el devenir histórico, goza de gran tradición; no ya en nuestro constitucionalismo multinivel, mencionado con anterioridad, sino a través de una serie de producciones normativas de Derecho interno plasmadas en el proceso codificador -que fue desarrollado, sobre todo, entre los siglos XIX y XX; aunque ya a finales del XVIII tenemos la experiencia del Código Prusiano⁴ de 1794 y las llamadas “Punktualization”⁵-. Dicho proceso codificador, evoluciona a través de una catarsis jurídica que cuestiona los cimientos del concepto -gracias a las tesis contractualistas del jurista Jhering-, y que va a devenir en la dualidad mencionada.

7. También los códigos francés de 1804 y austriaco de 1811⁶ van a seguir esa lógica, que bien podría mantenerse hoy en día, sobre una sistematización de elementos objetivos y subjetivos en el tráfico jurídico⁷. Dicha realidad, debido al componente internacional que puede haber en una controversia contractual o extracontractual -y al tráfico desarrollado por medios no convencionales- sirve de cimiento para comprender el proceso de resolución de los eventuales conflictos actuales.

8. Por otro lado, ya en el siglo XX, el *Codice Civile* italiano de 1942 va a plasmar los llamados efectos fundamentales y colaterales de toda relación contractual. En línea con ello, se defiende la tesis de la previsibilidad del daño a través del análisis de los segundos. Se parte de la tesis contractualista de Jhering a la posibilidad de prever el daño en sede precontractual⁸. Puede ser esto, si desarrollamos un proceso de dogmática jurídica -extrapolando los hechos tratados a lo largo de los siglos al momento presente-, aplicable a los mencionados *smart contracts*. Sobre todo, si atendemos a su carácter dinámico de cumplimiento; esto es, a su desarrollo autoejecutable⁹.

⁴ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* https://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=P-PN646281704&PHYSID=PHYS_0184&view=fulltext-endless

⁵ Término importante para entender el denominado “Derecho de intenciones”, con base en los tratos preliminares. Vid. J.G. CASTRO-AYALA, “El pactum de contrahendo: posibilidades de una unificación jurídica europea, sobre la base de una comparación de los ordenamientos alemán y francés” en Universidad Católica de Colombia, 2019. En la página 46 se hace una referencia fundamental sobre la codificación alemana y la francesa, acerca de las figuras de los precontratos; y, además, hace referencia al Derecho de intenciones a través de memorando.

⁶ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

⁷ Vid. G. TOMÁS MARTÍNEZ, “Realidad y lenguaje: de la «culpa in contrahendo» a la responsabilidad precontractual” en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, 2459-2472, 2021. Véase página 2461, que además enlaza con otros autores como Koziol y Welser.

⁸ S. TOMMASI, “Trattative e responsabilità precontrattuale” en *L’esame di diritto privato. Definizioni e questioni*, 180-181, 2015. Giappichelli. Sobre la Trattative e responsabilità precontrattuale en el Codice Civile de 1942. Capítulo de libro.

⁹ M.E. SAENZ, “Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología blockchain” en *Revista de estudios europeos*, (70), 69-97, 2017; página 73.

1. Entre negligencia, daño y relación de causalidad: graduación e interés a resarcir

9. Cabe una nueva diferenciación, con base en dicho devenir histórico y en la línea difusa tan presente en esta problemática. La dualidad entre resarcimiento de daño, que también va a ser fundamental a la hora de medir el impacto de la cuestión sobre las nuevas realidades contractuales -basadas en las nuevas tecnologías-. Es decir, la respuesta sobre daño basada en el interés, que puede ser negativo o positivo.

10. En el primer caso, aplicando el límite del interés negativo, se pretende situar a la parte perjudicada en una posición mediante la cual no se genere ningún daño en su posición como acreedor de determinada prestación, generándose por tanto una situación neutra. Esto es algo que ha viajado a lo largo de las décadas y que se ha consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, en contraposición al fundamento del interés positivo, mediante el que se reemplaza la prestación que de manera efectiva debiera de realizarse¹⁰.

11. Como se observa en el tráfico, la diferencia entre interés negativo y positivo va a situarse en la fase de perfeccionamiento del contrato. Así, de existir una consumación contractual, se aplicará un interés positivo para resarcir el daño producido a una de las partes intervinientes; en caso contrario, cuando surge una falta de diligencia o un evidente daño a un tercero en el *iter contractus*, se aplicará un interés negativo¹¹. Esto podría ser decisivo a la hora de resolver conflictos surgidos mediante la generación de contratos dinámicos o meras promesas desarrolladas en fase precontractual¹².

2. Entre la interrupción injustificada: precontrato, antecontrato u oferta

12. Esto nos lleva, por último, al análisis de los elementos que pueden devenir en culpa o falta de diligencia debida -por motivo del momento del *iter contractus* en que se encuentran-. También relevante de cara a observar similitudes, en sede de lógica jurídica, con los nuevos elementos de relación entre pares en el tráfico jurídico. La propia hermenéutica de los elementos de negociación contractual ya nos va a dar pistas sobre los procesos de falta de diligencia -mediante promesas, por ejemplo; o a través de transmisión de información determinada-. Esto se refleja mediante elementos precontractuales cristalizados de manera diversa -lo cual nos permite inferir su utilidad en el derecho actual-.

13. Cristaliza a través de los llamados “acuerdos tácitos”, que no son otra cosa que el desarrollo de hechos o actuaciones que, de forma clara, se sobreentienden como conducentes a la celebración definitiva de un contrato¹³; y que, de otro modo, permiten pensar en la parte que mantiene su posición, que las nego-

¹⁰ Vid. J. MENDIETA, “La culpa in contrahendo. Historia, evolución y estado actual de la cuestión” en Revista E-mercatoria, 10; 40-74, 2011.; En la introducción, el autor desbroza, en una primera aproximación, los fundamentos más profundos del concepto, lo cual sirve como base interesante para conocer el tratamiento de la falta de diligencia debida a la hora de resolver conflictos en la fase de negociación contractual. Página 40.

¹¹ Vid. J.I. CONTARDO GONZÁLEZ, “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual” en Revista de derecho (Coquimbo), 18 (1), 85-118, 2011. Se hace una revisión -a lo largo de todo el documento y en especial a partir de la página 94- del Derecho comparado de utilidad para comprender el devenir histórico de la cuestión sobre el resarcimiento del daño. Además, se estudia desde la perspectiva del remedio a través del interés negativo -aplicado sobre todo en Europa-. Por último, defiende una postura de defensa del interés positivo, lo cual podría ser interesante como posible remedio que pusiera freno a determinadas actuaciones de mala praxis.

¹² Vid. M.E.C. MEORO, “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española” en Boletín del Ministerio de Justicia, 65 (2131), 2, 2011. Página 13. Sobre la tradición de la solución.

¹³ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “Una aproximación histórico-legal de la culpa in contrahendo en las negociaciones preliminares” en Revista Brasileira de Direito Constitucional, 17 (1), 61-82, 2011. En la página 78, parte de la premisa de la no conclusión del proceso de asentamiento de la cuestión en los ordenamientos jurídicos actuales -ejemplo Common Law-, reafirmando la necesidad de desarrollar marcos más claros en nuestro Derecho positivo. No obstante, recalca la evolución de la culpa in contrahendo desde posiciones de rechazo de la misma en fase precontractual a posiciones en las que ya se defendía la necesidad de extenderlo a los meros tratos preliminares.

ciaciones acabarán por cristalizar. Es decir, en la buena ventura de estas. Es evidente que esto podría devenir en un perjuicio, en el caso de romperse sin causa justificada. Sobre todo, aparecen en forma de antecontratos, precontratos, oferta contractual, “*Punktualization*” y “*letter of interest*” –del Derecho anglosajón–.

14. Mediante mecanismos como la inteligencia artificial, se pueden generar herramientas centradas en voluntades o en un marco mínimo negociador –una exposición de bases entre las partes negociadoras; o una serie de mínimos no traspasables–. Esto se conoce como precontrato, fase en la que las partes sostienen su idiosincrasia y necesidades básicas para seguir negociando¹⁴; después, podría desarrollarse ya un antecontrato, de mucho mayor peso; y éste devenir en oferta contractual en firme o no. En un mundo cada vez más globalizado y dinámico, cabe estar preparados ante la explosión de este tipo de mecanismos por medios no convencionales; y saber si, con nuestros mecanismos de Derecho positivo, estamos preparados para dar respuesta a las controversias entre partes –y a reparar daños–.

II. Análisis de los mecanismos de competencia judicial: Reglamento Bruselas I bis 1215/2012

15. El Reglamento 1215/2012¹⁵ -o Bruselas I bis- continúa una lógica iniciada tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1968 y que, de alguna manera, se intuye que podría consolidarse atendiendo a las nuevas lógicas contractuales con elemento extranjero. En todos los casos, complementándose con el apoyo de la doctrina y la respuesta jurisprudencial.

16. A la hora de analizar la respuesta, en sede de competencia, que debe dar nuestro ordenamiento jurídico –sea el mismo nacional, supranacional o multinivel–, debemos abordar, en primer lugar, la realidad del daño causado; y, también, la realidad existente entre culpa y daño –esto es, el punto de encuentro entre ambos–. Asumimos que, con base en las nuevas relaciones que surgen al calor de tecnologías novedosas –que provocan un crecimiento notable de las relaciones comerciales con elemento extranjero; algo que ya ha sucedido, en el pasado, gracias a la explosión de internet; y, ahora, sucede con la denominada “economía de plataformas”¹⁶–, se hace indispensable clarificar en qué situación nos encontramos. En ese sentido, conviene resolver, en sede de calificación, cuál es la relación existente entre las partes intervinientes en contrato.

3. Calificación de la relación entre las partes desde el Convenio de Bruselas de 1968

17. La situación no es distinta, como señalamos con anterioridad, de la dispuesta desde la irrupción en nuestro Derecho positivo del Convenio de Bruselas de 1968¹⁷, aunque su desarrollo, en algunos aspectos, fuese asentándose de manera paulatina¹⁸. Importante en este sentido y, en línea con la línea difusa del concepto –en cuanto a su regulación en el Derecho positivo multinivel– será el artículo 5 del citado Convenio. Va a determinar la competencia en materia contractual en el 5.1 y la competencia en materia delictual o cuasi delictual en el 5.3.

¹⁴ Vid. V. MONSALVE CABALLERO, “La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Estudio pormenorizado de las distintas situaciones recogidas en el tráfico jurídico internacional en cuanto a tratos preliminares” en Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca, 2008. Véase páginas 72 y 97.

¹⁵ Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>

¹⁶ Vid. M. H. CAMPUZANO TOMÉ, “El nuevo escenario que plantea la contratación en línea a través de plataformas intermedias en el derecho contractual europeo” en Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas, 2022. Véase página 3.

¹⁷ Vid. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A41998A0126>

¹⁸ Vid. T. ESPINOSA PARRA, “La Unión Europea a los sesenta años de los Tratados de Roma (1957-2017): pasado, presente y retos de futuro”, en Universidad de Valladolid, 2018. En la página 3, trata la integración en el proceso de construcción de la UE.

18. Como se puede observar, plantea una doble vertiente que puede complicar la resolución de casos -según se considere o califique la relación entre las partes; es decir, contractual o extracontractual-, no sólo en cuanto a relaciones con elemento extranjero desarrolladas por medio de medios convencionales -tratos preliminares, precontratos o acuerdos reflejados en documentos o contratos en papel; la primigenia contratación electrónica; o los llamados acuerdos-, sino en cuanto a las construidas sobre medios tecnológicos más avanzados.

19. Todo ello sigue una lógica que se va construyendo y asentando, como decíamos, de manera paulatina; pero, en suma, no varía en los actuales instrumentos jurídicos; de ahí que, en muchos casos, sea necesaria la irrupción de la respuesta jurisprudencial, analizando los matices que el caso pueda mostrar o el mencionado nexo entre daño y culpa¹⁹ -según el estado de las negociaciones entre partes-.

20. Sobre dicha base de graduación de la realidad del daño y su nexo causal respecto a la culpabilidad, cabe hacer algunas apreciaciones. La falta de diligencia debida se erige en núcleo fundamental de la cuestión, pero atendiendo a en qué momento nos encontramos del “*iter contractus*”. Si de las negociaciones se desprende una evolución clara y sostenida en el tiempo que invite a creer en la buena ventura de estas, puede corresponderse con un elemento subjetivo; distorsionado, a veces, por la frustración. Esto último ocurre, sobre todo, en negociaciones complejas, en las que se plantean operaciones de gran calado. Es, por tanto, bastante recurrente que se individualice cada caso, pues a veces es bastante complicado incluso detectar dónde debe llevarse a efecto una determinada prestación.

21. No va a ser distinta la calificación -ni la resolución de competencia- de controversias con elemento extranjero atendiendo al instrumento jurídico que sucede al Convenio de Bruselas -y antecede al Reglamento 1215/2012-, esto es, al Reglamento 44/2001²⁰ o Reglamento Bruselas I²¹.

4. Breve reseña sobre la respuesta jurisprudencial interna: nexo causal entre daño y culpa

22. En relación con la necesidad de nexo causal entre negligencia y daño -para poder eliminar la difusión entre realidad contractual y extracontractual-, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009²², que sigue la siguiente lógica: parte actora que solicita resarcimiento por daños sobre la base del nexo causal entre consumo de tabaco, adicción y enfermedad que causa muerte; y, por otro lado, pretensión de desestimación de la demandada al alegar no existencia de causalidad directa ni elemento subjetivo real que genere el daño²³. La Audiencia Provincial falla en el sentido de mantener lo dispuesto en la Instancia, catalogando la relación como extracontractual, por motivo de no existir capacidad real para probar el nexo causal entre partes; esto es algo que enlaza con otros pronunciamientos similares entre consumidores y fabricantes.

23. En casación, también es desestimado el recurso de la parte actora, calificando la relación como de extracontractual. Por tanto, la conclusión principal es que el ordenamiento jurídico español no

¹⁹ Vid. M.V. I MIQUEL, “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)” en Revista de derecho comunitario europeo, 6 (13), 977-997, 2002. Véase página 984, en la que analiza con detenimiento el supuesto de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

²⁰ Vid. Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80073>

²¹ Vid. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 40-2015 / 142-147. Revisión parcial de la secuencia Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis.

²² STS 135/2009, 4 de marzo de 2009. Ver antecedente de hecho séptimo.

²³ Es importante resaltar que no se desestima por no existir relación contractual, sino por no existir nexo de causalidad directo entre el consumo de tabaco y la enfermedad. Volvemos, en este caso, a observar la importancia de la graduación relacional. En suma, puede resultar decisivo para apreciar el nexo de causalidad necesario. No basta con existir relación entre partes, sino que es necesaria la relación entre daño y culpa. Considerandos segundo y cuarto.

es ajeno al devenir estudiado con anterioridad; algo acaso evidente, dado el marco supranacional en el que opera y el contexto histórico y geográfico en el que ha evolucionado; no obstante, esto no es óbice para ser necesaria una delimitación más clara de la línea entre responsabilidad contractual y extracontractual, máxime en situaciones en que la explosión de relaciones se hace mucho más profunda. De forma clara, la jurisprudencia o el derecho consuetudinario pueden ayudar, y ayudan, pero el Derecho positivo debería ser más claro sobre esta cuestión.

5. El conflicto de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I bis

24. Va a ser fundamental delimitar con mayor precisión cuál es la respuesta del Reglamento 1215/2012 en caso de conflicto de competencia, sobre todo por motivo de los importantes retos jurídicos relacionados con la inteligencia artificial y otros cambios en las relaciones entre ciudadanos²⁴. Siguiendo la línea difusa entre materia contractual o extracontractual, cabe incidir en la casuística desarrollada.

25. Así, en casos en que se da un escenario de acción ejercitada por la que se reclame una nulidad de contrato -o una reducción de obligaciones; y en atención a que la información proporcionada entre partes generase unas expectativas sobre las ganancias de la parte perjudicada -que no hayan sido cumplidas; dichas acciones deberían ser calificadas como materia de competencia en sede contractual. Escenario que debe ser valorado de forma muy importante, en relación con situaciones de uso y extensión de tecnologías novedosas: en primer lugar, porque existe mayor facilidad para intercambiar información relevante que pueda causar expectativas en las partes intervinientes; en segundo lugar, porque refuerza la relación entre daño y culpa; por último, en tercer lugar, porque dicha utilización de elementos novedosos facilita el elemento extranjero. Evidentemente, aun cuando estemos valorando el conflicto de competencia judicial en sede contractual, hay ocasiones en que la jurisprudencia se ha limitado a valorar la cuestión atendiendo a si ha existido firma de contrato o no. Esto choca con la valoración de la graduación de las negociaciones -según lo avanzadas que estén o no-, pero no es una respuesta uniforme. Existen posiciones controvertidas que no ayudan a delimitar con suficiencia el límite de la línea difusa tratada²⁵.

26. La inferencia, en atención a la dilatación del concepto -y a lo farragoso de su limitación-, se explica centrando la mirada en que no existe una regulación específica del concepto culpa in contrahendo en el Reglamento Bruselas I bis. Así, va a marcar dos posibles caminos que complican la resolución de conflictos atendiendo en exclusiva al Derecho positivo. El primero, con base en el artículo 7.1 del Reglamento²⁶, hace referencia a que una persona domiciliada en un Estado miembro, cuando opere una materia contractual, podrá ser demandada en otro Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que “se haya cumplido o deba cumplirse la obligación”; el segundo, con base en el artículo 7.2 del Reglamento, hace referencia al hecho dañoso -en materia delictual o cuasi delictual-.

27. En relación con ambos caminos, parece que en Bruselas I bis se va a remarcar la existencia de una divergencia entre la responsabilidad en el camino de producción contractual -de llegar a producirse-; y la responsabilidad en los tratos, aún no en fase contractual -artículo 7.2-. De nuevo, recalamos que, aun cuando esto parece claro, habrá que ver el complemento doctrinal y jurisprudencial, así como, en distintos ordenamientos jurídicos, lo que disponga el Derecho consuetudinario. Es decir, observamos que se dan dos supuestos, que coinciden con una visión doctrinal ampliamente extendida -y que no podemos obviar, aun cuando el análisis sea puramente de carácter legal-; supuestos

²⁴ Vid. B.A. JUANPERE / M. BALCELLS / I.B. DE HEREDIA RUIZ, “Retos jurídicos de la inteligencia artificial” en Thomson Reuters Aranzadi, 2020. En la página 41 se trata la perspectiva europea sobre la materia.

²⁵ Vid. M.A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España” en Cuadernos de Derecho Transnacional, 9, n. °2 127-150, 2017. Véase página 147, donde distingue los casos en que se ha llegado a firmar un contrato y aquéllos en los que existe una ruptura de las negociaciones.

²⁶ Nótese que el artículo 7 determina tanto la competencia judicial como la territorial. Óp. Cit V.A. ANDREEVA, página 11; Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho Internacional Privado” en Civitas. 698-712.

que van desde la realidad en que se da un escenario de no finalización o conclusión del negocio jurídico a la realidad a través de la cual se producen rupturas una vez ha sido celebrado el contrato. Éstas últimas pueden tener un elemento volitivo de una de las partes o surgir como consecuencia de un marco de nulidad, anulabilidad o invalidez²⁷.

28. Para que se aplique, por ejemplo, el foro especial del artículo 7.1 del Reglamento, a través del cual se pone de relieve una materia contractual, no sería necesario, bajo determinadas circunstancias, que se haya firmado de manera definitiva el contrato -en contraposición con algunas respuestas jurisprudenciales-. Según se desprende del análisis que de la jurisprudencia se hace²⁸ -contradictoria con la mencionada con anterioridad-, la aplicación de dicho foro especial -sección 2 del Reglamento-, no requiere del requisito categórico o concluyente de la firma del contrato, sino que puede llegar a bastar con la realización de convenios, acuerdos o pactos entre partes, de distinta naturaleza -lo cual casaría con el devenir actual en materia de contratación-. De esta forma, volvemos a pivotar, una vez más, sobre la graduación en el “iter contractus”. También va a ser relevante, a modo de inciso, la necesidad de dirimir esta cuestión de forma clara -si se trata de una cuestión que provoque un perjuicio en fase contractual o extracontractual-, pues una u otra será excluyente a efectos de lo dispuesto en el Reglamento²⁹.

29. Establecida esta fase, la aplicación del Reglamento necesita de un examen de la cuestión por parte del tribunal sobre el que se presenta la controversia. Es decir, en primer lugar, dado que es excluyente la aplicación de uno u otro artículo -7.1 o 7.2 del Reglamento-, se propondrá si se opta por una u otra vía; para después ser el Tribunal el que examine la controversia para que se pueda resolver aquella.

30. Con base en los convenios, acuerdos o pactos antes mencionados, el Reglamento va a permitir que existan compromisos aceptados entre partes, aun cuando no exista un contrato definitivo. Nótese que se va a recalcar la palabra compromiso, como realidad de obligación contraída, de acuerdo entre partes o de palabra dada. Una vez más, el Reglamento -y toda la realidad que opera alrededor de esta cuestión objeto de estudio-, nos lleva a la sede de la buena fe -o la falta de ella-; de la falta o no de diligencia debida, se ocupará el análisis del grado de eficacia de los convenios entre partes. En ocasiones, dicha eficacia no será tal como para catalogar la controversia como contractual; en otras, aun cuando no exista contrato, sí existirá materia contractual como resultado de lo particular.

6. Siguiendo o no a Jhering: desde la perspectiva del Reglamento 1215/2012

31. Puede ser de utilidad poner de relieve si el Reglamento Bruselas I bis sigue la línea de la tesis contractualista de Jhering o no -para delimitar el alcance del peso de la respuesta jurisprudencial-. En primera instancia, si nos centramos en el artículo 7.1 del Reglamento, podríamos decir que, sólo atendiendo a nuestro Derecho positivo, cabe esa situación; pero debemos ir mucho más allá y contraponer más información para podernos hacer una composición de lugar siquiera algo más amplia.

32. En primer instancia, cabe cuestionar en qué se basa la llamada teoría contractualista de Jhering; esto es, cuál es su fundamento ontológico³⁰. Como ha sido expuesto, es posible aplicar el artículo

²⁷ Vid. A.M. SECADES, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en Anuario de derecho civil, 38 (4), 979-1010. Véase página 980.

²⁸ Óp. Cit. V.A. ANDREEVA, “La culpa in contrahendo y el Reglamento 1215/2012: más preguntas que respuestas” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (44), 9, 2022. Véase página 16. Existe, de manera evidente, una dualidad de posiciones en el Reglamento Bruselas I bis, pero es también cierto que -y de manera acertada así se plasma en la obra de Andreeva- la cuestión puede tener y, de hecho, tiene, muchos matices.

²⁹ Vid. M.V.C. RUBIO, “Crónica de Derecho internacional privado” en Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (41), 28, 2021. En la página 4, hace un comentario de la Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988, en relación con el Asunto 189/1987: “Kalfelis”, ECLI: EU: C: 1988:459; sobre la necesidad de dirimir el carácter de la cuestión en relación con si se trata de una realidad contractual o extracontractual.

³⁰ La ontología jurídica pretende establecer el ser de algo en relación con la situación o situaciones del ser humano. En la

7.1, como consecuencia de rupturas de una realidad contractual; sea con base en la plasmación de un elemento volitivo o como consecuencia del mencionado marco de nulidad, anulabilidad o invalidez contractual; pero ya se ha celebrado un contrato entre partes –sólo que deviene nulo o anulable-. El marco conceptual mencionado es el que propuso Jhering en su obra; esto es, propuso que la llamada culpa in contrahendo se producía cuando, celebrado un contrato, existía un vicio; cuando el objeto del contrato no fuese materializable –por indisponibilidad de dicho objeto-; o cuando nunca hubiese existido dicho objeto –mayor graduación de la culpa, por tanto-³¹.

33. Centrándonos en el primer supuesto, en la existencia de vicio, éste se produce cuando se da un error que deviene en la celebración de un contrato, seguramente no producido en caso de existir el conocimiento de dicho error –puede ser, por ejemplo, la fijación de esos acuerdos, convenios o pactos entre partes a los que se ha aludido con anterioridad-. Es por ello por lo que se produce una solicitud de remedio de la situación.

34. Con base en el Reglamento, si se ha alcanzado la eficacia de un contrato, se puede ventilar su competencia por medio del artículo 7.1; pero en ocasiones no se alcanza dicha eficacia y sí se han producido efectos decisivos, por medio de esos convenios, pactos o acuerdos trascendentales –y que producen la confianza en la buena ventura de las negociaciones-. Es decir, cabe una situación de falta de diligencia debida que merece culpa en el “*iter contractus*”. También puede existir en los otros dos supuestos, porque en todos ellos hay una parte que sí ha actuado en el tráfico con buena fe, lo cual merece ser protegido por nuestro ordenamiento jurídico; y reparado en ocasiones como si de un contrato se tratase, a tenor del progreso de las negociaciones entre las partes intervinientes. Para resolver todo ello, hay un extenso complemento doctrinal y jurisprudencial que extiende su influencia sobre la legislación y la complementa –esto puede que responda de antemano a la suficiencia o insuficiencia de nuestro Derecho positivo en la materia-.

7. Problemas planteados y respuesta jurisprudencial por parte del TJUE -y el antiguo TJCE-

35. Existe una tradición asentada en relación con la respuesta jurisprudencial ofrecida sobre conflictos de competencia judicial. En el seno de las instituciones europeas –primero, a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; desde 2009, a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- se han analizado, sobre todo, elementos de alcance del hecho dañoso en el plano espacial. Es decir, en primer lugar, se ha observado la importancia que tiene, en sede de conflicto, determinar cuál es el lugar del hecho dañoso. Esto, es evidente, supone un elemento capital a la hora de analizar conflictos entre partes cuando su relación se desarrolla por medios menos convencionales; y servirá de base para desgranar si nuestro ordenamiento jurídico se encuentra o no preparado para los retos de cambio tecnológico que se suceden.

36. Llegados a este punto, nos preguntamos si la determinación de la competencia judicial en materia de responsabilidad precontractual ha sido clarificada o no. De manera preliminar, se puede decir que tal es el principal reto al que nos enfrentamos. Conociendo la línea difusa existente en los instrumentos de Derecho positivo de los que disponemos –desde el mencionado Convenio de Bruselas de 1968 hasta las herramientas vigentes-, parece ser que la respuesta no es sencilla. Eso sí, se cumple la premisa de la labor compartida en sede tridimensional: legal, doctrinal y jurisprudencial.

siguiente obra, en la página 89, se plasma con profundidad: A. S. DE LA TORRE, “La ontología jurídica como Filosofía del Derecho” en *Anuario de filosofía del derecho*, (14), 83-106, 1969.

³¹ Vid. R.D. OLIVA, “*Quod nullum est, nullum effectum producit?* la sanción de nulidad del art. 1259 CC” en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, (1), 5, 2006. A lo largo de toda la obra, a partir de la página 7, desarrolla la cuestión, que entronca con gran arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no basta para rechazar la existencia de responsabilidad; aunque el contrato fuese nulo.

37. Este problema, en sede de competencia, no lo será tanto en caso de conflicto de Leyes, pues en tal situación sí está mucho más allanado y clarificado el asunto -gracias a la exposición explícita y detallada, valga la redundancia, que no da pie a interpretaciones-. Por tanto, la principal tarea a resolver en relación con el Reglamento 1215/2012, se basa en la determinación de dónde se produce el daño o dónde produce efectos. Asumiendo un escenario de relaciones entre pares cada vez más globalizadas, tal determinación es fundamental.

8. *Lex loci delicti commissi*, foros de competencia y ubicuidad: ¿uniformidad?

38. Una de las cuestiones capitales que debe resolver el TJUE, a la hora de analizar conflictos de competencia, está en la determinación del lugar del hecho dañoso: dónde se ha cometido o dónde puede suceder a futuro -lo cual entronca con la principio de ubicuidad³². En relación con este supuesto, es paradigmático el denominado caso Minas de Potasse³³, resuelto por el TJCE sobre la base de interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 y su artículo 5.3. Se trata de un conflicto con elemento extranjero para el que el TJCE da una interpretación amplia, recalando que del artículo 5.3, en estos casos, para analizar el lugar en que se produce el hecho dañoso, no quepa una interpretación limitada -en este caso, limitada sería sólo para el lugar en que se dan los efectos contaminantes³⁴-. En definitiva, da una interpretación amplia -ubicuidad-³⁵, por lo que el litigio puede iniciarse tanto en el lugar donde sobreviene el daño como en el lugar en el que se origina el hecho causante de ulteriores daños.

39. También interesante es la respuesta dada en casos de conflicto en que se produce un eventual litisconsorcio. El caso Kalfelis³⁶, resuelto también por el TJCE, sobre la base del Convenio de Bruselas, pone de relieve la conexión entre realidad contractual e interés superior en caso de materia delictual o cuasi delictual -cuando la naturaleza frente a otros elementos del litisconsorcio no sea contractual, pero el foro de competencia se asimile como tal por conexión material e interés superior-. Por último, ya resuelto por el TJUE, es relevante el caso C-59/19 -Wikingerhof contra Booking.com³⁷-. Sobre la base de los artículos 7.1 y 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, muestra cómo la lectura jurisprudencial es mucho más extensiva que la del Derecho positivo. No es necesario vincular la pretensión a un contrato, que también, sino que cabe la posibilidad de hacerlo con base en acuerdos preliminares o conexos.

III. Análisis de los mecanismos de Ley aplicable: Reglamento Roma II 864/2007

40. Al respecto del Reglamento Roma II^{38,39}, cabe reiterar su carácter de legislación reguladora de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales -volviendo sobre la línea difusa entre realidad

³² Vid. P.J. KOZYRIS, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ “Missed Opportunity” en *The American Journal of Comparative Law*, 56 (2), 471-498, 2008. Véase página 477. Se genera una compatibilidad entre la jurisdicción donde se genera el daño y la jurisdicción donde pueda producirse el hecho dañoso.

³³ STJCE caso C21/76 Handelswekerij contra Mines de Potasse. Ruta identifier ECLI: EU: C: 1976:166. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1976%3A166> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁴ Empresa del sector hortícola, de los Países Bajos que se ve perjudicada por las acciones contaminantes de una empresa con domicilio en Francia -que contamina o perjudica la calidad del agua del Rin-.

³⁵ STJCE caso “Tacconi” C-334/00 sobre falta de compromisos relevantes en la negociación previa a la firma de un contrato <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0334> consultada en línea el 30 de mayo de 2024. También sucede con el caso Tacconi, añadiendo el elemento de compromisos adquiridos -sede de uniformidad-.

³⁶ STJCE Asunto “Kalfelis” 189/1987 ruta identifier ECLI: EU: C: 1988:459 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0189> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁷ STJUE caso Wikingerhof contra Booking C-59/19, sobre competencia en caso de relación contractual o extracontractual <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0059> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁸ Vid. Reglamento (CE) N° 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») <https://www.boe.es/doue/2007/199/L00040-00049.pdf> consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

³⁹ En el Reglamento Roma II se interpreta el concepto de culpa in contrahendo a partir de su carácter autónomo. Es decir, resalta, ya en la estructura de considerandos, cuál es su alcance, lo cual contrasta en grado importante con lo dispuesto en el

contractual o extracontractual-. A diferencia del Reglamento Bruselas I bis, se trata de un instrumento que sí que va a regular de manera expresa la realidad del concepto culpa in contrahendo; desde una visión de carácter práctico a otra que pivota sobre su carácter hermenéutico. No obstante, no va a resolver del todo algunas cuestiones que pueden crear controversia -por lo que, si bien pone cierta claridad sobre la materia, generando certezas, aún deja preguntas a resolver; preguntas que deberán ser resueltas de manera compenetrada junto a otros instrumentos de Derecho-.

41. Por otro lado -y, de forma lógica si seguimos una línea constructivista-, es interesante hacer referencia a otros instrumentos sobre ley aplicable, como el Reglamento Roma I -en materia contractual⁴⁰; como también a otros precedentes en dicha materia -Convenio de Roma de 1980⁴¹-; y, en materia extracontractual, aplicada a los accidentes de circulación -Convenio de La Haya de 1971⁴²-.

42. Volviendo a las obligaciones extracontractuales, de importancia capital van a ser los considerandos 29 y 30 del Reglamento Roma II, puesto que van a hacer referencia a la delimitación especial de la materia. Dicha acotación, va a operar desde lógicas de economía procesal e interés superior de la buena fe, como se puede desprender tras una primera lectura de los considerandos; que, por su relevancia a la hora de delimitar con carácter apriorístico, deben ser analizados con mayor profundidad

9. La importancia de los considerandos 29 y 30 en Roma II

43. Se puede decir que el Reglamento Roma II es totalmente original y de “singular relevancia”⁴³, pues no sólo regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general -en contraste con el Convenio de La Haya; de forma parcial-, sino que, además, va a desarrollar a su vez una serie de recomendaciones que van al detalle, como es el caso del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios o la culpa in contrahendo. Esto nos da una medida de la importancia del instrumento jurídico. Por otro lado, a través del considerando número 30, va a recalcar la visión de hermenéutica jurídica a la que hicimos referencia con anterioridad; esto es, interpreta el concepto de culpa in contrahendo desde una posición de carácter autónomo -qué es, a qué se refiere y sobre qué base se aplica-.

44. Fijado dicho carácter autónomo, lo cual ya lo diferencia de los instrumentos jurídicos sobre la materia, procede a remarcar dicha posición aludiendo a su independencia, en sede de análisis ontológico, respecto de la legislación nacional de los Estados miembros. En línea con el carácter difuso del concepto de culpa in contrahendo, parece querer solucionar, acaso en cierto modo, dicha situación. Lo hace partiendo de la necesidad de contar con el análisis de situaciones relacionadas con la falta de diligencia debida a la hora de presentar información en el momento de las negociaciones entre partes; pero también en el sentido de romper con los tratos contractuales. Cabe resaltar que, esto último, desarrollando una línea constructivista con base en el devenir histórico sobre la materia, va a referirse, no a meras rupturas sin más, sino a rupturas en que se ha alcanzado un estado de las negociaciones de calado.

Reglamento Bruselas I bis, donde la hermenéutica jurídica es mucho más complicada. En el primer caso, el que nos ocupa, no hace falta acudir a lo tácito, pues no hace falta que se sobreentienda; ya lo señala el propio RR-II de manera expresa. Cfr. considerando número 30.

⁴⁰ Vid. Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> consultado en línea el 30 de mayo de 2024

⁴¹ Vid. Convenio de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=LT) consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

⁴² Vid. HCCH Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado e instrumento Convenio sobre Ley Aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera <https://assets.hcch.net/docs/6cb78a71-b39a-4bb0-9f0a-8f7cda484616.pdf> consultado en línea el 30 de mayo de 2024.

⁴³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Reglamento” Roma II”: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales” en Revista crítica de derecho inmobiliario, 85 (712), 835-908, 2006; página 835.

45. Esto último, empero, no elimina del todo el carácter difuso, pues habría que ver dónde situamos el límite en que no existe dicha ruptura de negociaciones simple, pero sí que va a ofrecer una evolución que no es desdeñable. De nuevo, cabe acudir, para complementar la producción normativa reflejada en nuestro Derecho positivo, a los remedios ofrecidos por la jurisprudencia sobre la materia. La base sobre la que se trabaje, en sede de conflicto de Leyes en materia de obligaciones extracontractuales, es más sólida, pero no soluciona eventuales diferencias; o no lo hace de manera definitiva. Por otro lado, en dicho considerando se va a anticipar la importancia del articulado del propio Reglamento en relación con la falta de diligencia en el “*iter contractus*”. Lo va a hacer recalcando el protagonismo del artículo 12 del cuerpo legal.

10. Artículo 12 en Roma II: nexo entre daño causado y contrato sin celebrar

46. La importancia del artículo 12 del Reglamento Roma II estriba en que, no sólo va a suponer una propuesta de solución en relación con el conflicto de Leyes, sino que puede plantear dudas acerca de la situación a resolver en sede de conflicto de competencia judicial. Es decir, aun cuando el concepto de culpa in contrahendo está nombrado y delimitado de manera expresa, de forma tácita se generan dudas por conexión con otros instrumentos jurídicos. En esa misma línea, la discusión sobre el nexos existente entre daño causado⁴⁴ y contrato sin celebrar se da, tanto a la hora de analizar de manera objetiva los instrumentos jurídicos de que disponemos, como entrando en matices particulares que se llevan abordando tiempo a nivel doctrinal. Como se ha referenciado -y se desprende de las disposiciones comunitarias a nivel UE-, el Derecho debe interpretarse de manera uniforme⁴⁵. Esto lleva, tal y como se señala, a la conjunción entre los Reglamentos Roma II y Bruselas I bis, en relación con la coherencia o incoherencia entre ambos. De esta manera, podemos observar cómo, en el artículo 12, señala que “*la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que 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*”.

47. El primer inciso de calado que cabe plantear es el relacionado con la derivación de tratos previos. Por coherencia con otros instrumentos jurídicos, decíamos -y por coherencia con la doctrina y el constructivismo histórico desarrollado-, es oportuno señalar que dichos tratos previos deben ser de relevancia, aun cuando no se llegue a alcanzar la eficacia de un contrato. Es decir, se puede observar cómo se plantean dos escenarios que van a generar dudas acerca de la solución, ya no en sede de conflicto de Ley, sino por conexión, en caso de conflicto de competencia judicial. De ahí que, como se ha comentado, exista dicha conexión entre el Reglamento Roma II y el Reglamento Bruselas I bis. Sucede que, si nos atenemos a la eventual situación de existencia de tratos previos entre partes -de cierto calado-, aun cuando no concluyan en contrato, se generan dos posiciones: la primera, de responsabilidad extracontractual, por falta de diligencia debida o culpa in contrahendo; la segunda, en contraste con la primera, contractual, pues la Ley aplicable sería “... *la Ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado si este se hubiera celebrado*”. Esto, de manera irremediable, nos conduce, una vez más, a esa línea difusa que debe ser resuelta -como señalamos- con el concurso de otros recursos de Derecho -sobre todo, a nivel jurisprudencial-⁴⁶.

48. Antes de volver sobre esa línea difusa, cabe reiterar la claridad existente sobre la base, que va a ser dispuesto, a su vez, por la jurisprudencia; y que va a servir de fundamento de análisis para resolver eventuales situaciones imbuidas de elementos de negociación contractual novedosos. Por tanto -y, en resumen-, lo decisivo es el nexos de causalidad elevado entre hecho dañoso y estado avanzado de las ne-

⁴⁴ Vid. J.L.I. BUHIGUES, “El largo camino del Reglamento Roma II”. Anuario español de Derecho Internacional Privado, (7), 97-108, 2007. En la página 98, en línea con el artículo 4 del Reglamento Roma II -camino arduo hasta llegar a esa situación que clarifica, en cierto modo, la cuestión-.

⁴⁵ Vid. Considerando número 16 del Reglamento Roma II.

⁴⁶ Óp. Cit. Srs, 135/2009. De nuevo el antecedente de hecho séptimo.

gociaciones –pero no a través de una simple ruptura, sino cuando ya existe una negociación consolidada a través de convenios, pactos o acuerdos trascendentales que dan pie a pensar en la buena ventura del asunto⁴⁷⁴⁸-. Esto, por otro lado, tiene sentido si nos atenemos al literal del artículo 17 del Reglamento Roma II, que dice que “*para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad*”. Esto último abre la puerta, ya no sólo a la aplicación de soluciones centradas en la jurisprudencia, sino a que esta última tenga en cuenta el entramado que se asienta sobre el Derecho consuetudinario.

49. No obstante, volviendo al inicio, toda vez se ha manifestado una relación extracontractual⁴⁹, la solución en sede de competencia se podría resolver por medio del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. Es decir, ante el órgano jurisdiccional en que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Sobre esto último, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones -como vimos, ejemplo paradigmático es el caso Minas de Potasse⁵⁰-, remarcando el principio de ubicuidad. En situaciones, con base en la nueva explosión de negociaciones con base en nuevas tecnologías, en que se producen negociaciones simultáneas, en distintas partes del planeta, esto puede generar distintas preguntas -algo que ya sucede en un mundo menos heterodoxo-. En línea con lo anterior y, siguiendo lo que ya ocurre a la hora de dirimir en qué lugar se ha producido el daño, con base en situaciones del tráfico de carácter convencional, podríamos plantearnos si el daño se ha producido a la hora de utilizar medios que contengan herramientas basadas en inteligencia artificial; si el daño se ha producido en una de las fases de producción de un contrato inteligente; o si, por otro lado, el daño se ha producido en determinado lugar a la hora de recibir el contenido del contrato -en línea, por medios novedosos-.

50. Por el lado contrario, si los tratos previos estuviesen revestidos de tal calado que la relación se considerase -aun no habiéndose alcanzado la eficacia de un contrato- como contractual, acudiríamos para resolver conflictos de competencia al artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis; esto es, una relación a priori extracontractual, podría ser resuelta en sede de competencia como contractual; y pondría de relieve la línea difusa entre realidad contractual y extracontractual. Así, el Reglamento Roma II, que sí va a ser claro a la hora de delimitar el concepto de culpa in contrahendo, no resuelve toda la problemática en cuanto al asunto. Siguen existiendo dudas que resolver –nexo causal entre daño y culpa o grado de desarrollo de las negociaciones– a mitad de camino entre el conflicto de Leyes y el conflicto de competencia.

11. Respuesta jurisprudencial

51. Sobre la respuesta jurisprudencial, cabe hacer una apreciación importante observada de manera sólida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dicha apreciación se basa en la determinación de qué es daño; y, también, en la aclaración sobre las eventuales consecuencias derivadas de dicho daño. Esto es, cabe conocer, para dar una solución, cuándo una consecuencia existente puede ser atribuida o no a un hecho dañoso concreto. Esto, en suma, va en línea con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento Roma II, que dice que “*se entenderá por daños todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso*”.

⁴⁷ Vid. B.M. QUESADA, “La oferta de contrato cuarenta años después” en Civitas, 4979-4994, 1996. Sobre la justificación de responsabilidad en los tratos a partir de la página 4986.

⁴⁸ Vid. A.M. SECADES, “La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo” en Anuario de derecho civil, 38 (4), 979-1010, 1985. Página 1006 se referencia a Cossio; Instituciones de Derecho Civil I, pág. 265, dándole carácter extracontractual a la regulación sobre la materia en el Derecho Civil español (ver artículo 1902 del CC) –aunque en otros países siguen la tesis contractualista de Jhering-.

⁴⁹ Vid. Artículo 4 del Reglamento Roma II; criterio general de Ley aplicable: órgano jurisdiccional del país en que se produce el hecho dañoso.

⁵⁰ Óp. Cit. STJCE caso C21/76 Handelswekerij contra Mines de Potasse. Ruta identifier ECLI: EU: C: 1976:166. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A1976%3A166> consultada en línea el 30 de mayo de 2024.

52. Importante es, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2015, relativa al asunto *C-350/14* -Florin Lazar y Allianz sPa⁵¹-. El litigio versa sobre la indemnización por daños y perjuicios, patrimoniales y no patrimoniales, en relación con un accidente de tráfico producido en un Estado miembro. Se trata de una Sentencia que viene a remarcar la diferencia entre hecho dañoso, consecuencias directas y otras consecuencias. En este caso, cabe resaltar, en línea con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento Roma II -apartado 1- que las consecuencias sufridas por los familiares del perjudicado -en accidente de tráfico- deben ser catalogadas como “consecuencias indirectas”; y no como daño directo.

53. Esto podría ir en línea, en sede de relaciones desarrolladas por medios no convencionales, a la hora de resolver eventuales situaciones en que se producen daños colaterales. Por ejemplo, cuando se generan consecuencias indirectas de un hecho dañoso desarrollado a raíz de la utilización de la inteligencia artificial; porque cabe preguntarse, ¿puede producir también consecuencias indirectas sobre terceros? Acaso desde el daño moral podría plantearse que sí cabe la posibilidad.

54. En línea con la delimitación entre realidad contractual o extracontractual, también es interesante el asunto *C-307/19* -Obala y NLB Leasing⁵²- en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve un litigio relacionado con la delimitación, entre contractual o no, de un prestación de servicio de estacionamiento en vía pública -así lo considera-; aun cuando no exista un contrato como tal, como el que pueda existir cuando se emite un tique de estacionamiento en un aparcamiento privado. En este asunto, la controversia radica en el procedimiento sancionador iniciado tras expirar el horario estipulado en el tique. El asunto se delimita como contractual, lo cual puede suponer eventuales delimitaciones de casos en que se considere la materia como delictual o cuasi delictual -algo bastante plausible en negociaciones desarrolladas a través de nuevas tecnologías, a falta de una regulación robusta de la materia-.

55. En dicha línea, cabe resaltar la relevancia de los actos tácitos -aun cuando no exista un contrato como tal, pero sí manifestación inequívoca de voluntad-; véase el asunto *C-196/15* -Granarolo Spa y Ambrosi⁵³-. Nos preguntamos si este tipo de situaciones pueden tener un crecimiento exponencial con la nueva explosión de negociaciones heterodoxas. Acaso es posible que estemos preparados gracias los instrumentos jurídicos citados y otros que están en sus inicios -y que procedemos a poner de relieve-.

IV. Respuesta del constitucionalismo multinivel a los retos de la nueva Revolución Industrial

56. Partimos de dos hipótesis principales: por un lado, que el constitucionalismo multinivel da una respuesta -en relación con la materia estudiada- suficiente de cara a gestionar los posibles conflictos en el tráfico fruto de la nueva revolución industrial; por otro, que la respuesta no es suficiente dada su complejidad; sin cerrar la puerta a una tercera vía, basada en la oportunidad de las herramientas, pero bajo la premisa de una mayor celeridad en el cambio y adaptación -mayor dinamismo del Derecho positivo; sobre todo por economía procesal-.

12. ¿Suficiencia o insuficiencia?

57. La respuesta, aunque complicada, pues los retos son novedosos, ya cuenta con una base capitalizada por una producción doctrinal y académica interesante; e incluso se ha tratado en foros especia-

⁵¹ Vid. STJUE (sala cuarta) caso C-350/15 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172887&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=642692> consultada en línea el 5 de junio de 2024.

⁵² Vid. STJUE (sala primera) caso C-370/19 https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionId=0C380DAF732929A1764E853A5B730CE9?docid=239289&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=2443619 consultada en línea el 6 de junio de 2024.

⁵³ Vid. STJUE (sala segunda) caso C-196/15 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181683&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1735967> consultada en línea el 6 de junio de 2024.

lizados y no tan especializados. Ejemplo de ello es la realidad de los servicios de “cloud computing”⁵⁴, pero hay muchos más -consecuencia de la gran cantidad de datos que circulan por internet, que hacen proliferar este tipo de tecnologías-. Las conclusiones van a requerir de mucha cautela, pues es bastante factible que se den los componentes extranjeros -que en el pasado ya costaba definir- sobre una base más compleja si cabe⁵⁵.

58. Por tanto, pueden surgir controversias, tanto en relación con conflictos de competencia judicial internacional, como en el caso de conflictos en relación con la Ley aplicable. A su vez, puede surgir también una problemática en relación con el estado de las negociaciones entre agentes del tráfico, como pueda ser una línea más difusa a la hora de valorar la existencia de negociaciones avanzadas o no. También va a ser añadido un nuevo elemento de complejidad: la necesaria protección de datos -y mucho más en el contexto de las relaciones a través de internet⁵⁶-.

13. Reglamento 2016/679 sobre protección de datos

59. Elemento fundamental de análisis sobre la materia, para resolver las cuestiones planteadas, es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos -y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE-. A través de una serie de considerandos, plantea cuestiones relativas a la generación de tráfico en internet -lo cual puede ser muy útil para comprender tanto las dinámicas de negociación como las soluciones a implementar-; en este caso, en cuanto a personas físicas, pero en última instancia puede germinar en negocio para las empresas. Por ejemplo, en relación con el considerando número 24, va a determinar el alcance sobre terceros no domiciliados en la Unión Europea, cuando éstos actúen sobre datos relativos a personas físicas que puedan operar en el tráfico.

60. Ejemplo de interés encontramos en el consentimiento a la hora del tratamiento de datos, con reflejo en los considerandos 30 y 32 del instrumento, que requiere que la información sobre tratamiento de estos sea adecuada y clara. También los considerandos 65 y 67, sobre rectificación y delimitación de datos -en dicha sede puede generarse daño por mala praxis-; máxime en un contexto que vence la territorialidad del Derecho Internacional Privado, pasando a pivotar sobre el principio de extraterritorialidad⁵⁷.

14. Entre *smart contracts*, DLC y cadena blockchain

61. A modo introductorio, podría decirse que los smart contracts son consecuencia de la tecnología blockchain. Empezando por el principio, desde lo simple a lo complejo, dicha tecnología supone un avance material de dimensiones históricas en relación con el desarrollo tecnológico. Su importancia⁵⁸ reside en la posibilidad de ir un paso más allá en relación con la seguridad en las transacciones no físicas. Así, un protocolo blockchain, propone la existencia de transacciones económicas fiables, seguras y estables, a través de las cuales se realizan intercambios comerciales entre particulares. De la manera

⁵⁴ Vid. A. MERCHÁN MURILLO, “Competencia judicial y Ley aplicable a los servicios de *cloud computing*”, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 18, 2018. Capítulos 2 y 3.

⁵⁵ En el caso Minas de Potasse vimos cómo se daba un elemento extranjero, al poder existir el lugar del hecho generador del daño y, también, el lugar en que produce efectos, que podría ser en otros países. Esto, dada la evolución de internet, es mucho más complejo, pues los elementos extranjeros pueden ser múltiples y un eventual daño a terceros puede desarrollarse en muchas más latitudes.

⁵⁶ En el Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos, se observa en detalle la cuestión a través de los considerandos 24, 30, 32, 65 y 67. Vid. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> consultado en línea el 7 de junio de 2024.

⁵⁷ Vid. V.A. LAMELAS / X.S. CASADEJÚS, “El impacto de las TIC en la configuración clásica del derecho. Especial referencia al principio de territorialidad” en Revista Tecnología, Ciencia y Educación, (4), 11-32, 2016; página 26.

⁵⁸ Vid. D. TAPSCOTT / A. TAPSCOTT, “La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la economía global” en Ediciones Deusto, 2017; página 9.

tradicional, los intercambios a través de internet se realizan a través de protocolos que controla una entidad de confianza y que son de carácter abierto.

62. Lo disruptivo de esta tecnología es la transacción entre pares, sin la intermediación de un tercero que deba verificar su identidad. Esto, evidentemente, puede simplificar los procesos y hacerlos mucho más flexibles⁵⁹; e incluso puede suponer mayor transparencia; pero también acarrea conflictos en el tráfico y, para ello, como es lógico, debemos observar si los elementos de los que disponemos en nuestro Derecho positivo son suficientes para hacer frente a eventuales problemas sobre la base de estas transacciones -que ya se extienden sobre el campo de la educación⁶⁰ y afectan a las transacciones económicas (vía bitcoin)-. Como herramienta novedosa, aparecen los *smart contracts*, que vienen a ser programas informáticos desarrollados ad hoc para la generación de realidades contractuales que se van ejecutando conforme se cumplen las prestaciones.

63. Esto es, a medida que se cumple con las cláusulas que se incluyen en el contrato, se va ejecutando el mismo. Sigue una lógica de si P entonces Q; es decir, que, si se cumple la cláusula X, entonces se ejecuta Y. No hace falta verificar si eso ha ocurrido o no porque de forma previa se han introducido los requisitos. Evidentemente, no tumba por sí solo los eventos que suceden en sede de daño contractual o extracontractual, por lo que cabe estar atentos e interpretar el modo de detectar su sucesión. En realidad, esta sucesión de eventos ya se contempla de forma extendida, pudiendo ejecutar una penalización en caso de mala praxis o incumplimiento⁶¹. Las preguntas que podemos hacernos son cómo medir las negociaciones previas a la emisión de un *smart contract* -a modo de compromisos contemplados en los Reglamentos de la UE-; de qué manera operaría el margen entre lo contractual y lo extracontractual; o cómo medir la disponibilidad de información a la hora de emitir una demanda en que se plasmen distintos lugares de generación de daño.

64. Puede decirse que, en el mundo actual, en lo concerniente a este tipo de relaciones contractuales, cabe estar sujeto a las mismas reglas que si se desarrollase bajo el contexto ortodoxo⁶²: se aplicarían mecanismos de competencia y Ley aplicable del mismo modo. Lo que sí se cuestiona es la ejecución de este tipo de contratos a través de instrumentos electrónicos de pago tradicionales -que requieren distintos requisitos que harían inviable el contrato inteligente-, por lo que surgen instrumentos de pago novedosos, como puedan ser las criptomonedas -aparece aquí el problema de la nula garantía de jurisdicción (aunque es evidente que el dinero en general tiene carácter fiduciario y no está respaldado por elementos de garantía real, como pasó con el patrón oro en el pasado)-. Es decir, existen reglas de respaldo, sea a nivel nacional como en nuestro ordenamiento jurídico supranacional, pero no está exento de riesgos, como puedan ser los tecnológicos o los sistémicos⁶³.

65. Si bien existe regulación sobre la materia contractual en general y sobre la contratación electrónica en particular, la regulación de esta figura contractual es “aún incierta”⁶⁴ -aunque ciertamente podría caber en nuestro ordenamiento jurídico-. Otras desventajas que se observan son las de la indisponibilidad del contrato y su inmutabilidad; además, también refiere la posibilidad de existencia de fallos, debido a su carácter de tecnología incipiente -lo cual puede generar fallos de seguridad y provocar conflictos (daño contractual y daño extracontractual)-.

⁵⁹ Vid. C.M. ABUHAYAR / J. ALONSO-ALLENDE, J. / M. ESCAURIAZA / J. GONZALO / R. MÁRQUEZ / F. J. MORENO, “Descifrando la blockchain” en *Nuevas tendencias*, (100), 33-38, 2018; página 33.

⁶⁰ Vid. A.R.B. PINA / C.B. TORLÁ, / L.C. QUINTERO / J.A. SEGURA, “Blockchain en Educación: introducción y crítica al estado de la cuestión” en *EduTec Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, (61), a363-a363, 2017; página 6.

⁶¹ Vid. <https://www.santander.com/es/stories/smart-contracts> consultada en línea el 7 de junio de 2024.

⁶² Vid. M.E. SÁENZ, “Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract*) y pagos con tecnología blockchain” en *Revista de estudios europeos*, (70), 69-97, 2017; página 73.

⁶³ Por sistémico, en este contexto, entendemos un riesgo por no respaldo de autoridad competente -en cuanto a la operación con instrumentos electrónicos de pago no respaldados por los Estados-.

⁶⁴ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “*Smart contracts*» y derecho internacional privado” 2019; páginas 32 y 63 -donde hace referencia al Reglamento Bruselas I bis-.

66. Para ello, surge una auténtica nueva revolución industrial, a través de la automatización de procesos y el almacenamiento de información⁶⁵, pero que requiere de un profundo análisis legal -sobre competencia y Ley aplicable, así como en relación con las consecuencias para las partes-. Es, en suma, la denominada como *Distributed Ledger Technology*, como tentáculo de la asentada regulación sobre contratación electrónica⁶⁶. Se parte de la tesis de la dificultad de dirimir la competencia judicial y la Ley aplicable al caso, dada la extraterritorialidad sobre la que ya hemos hecho referencia con anterioridad. Eso sí, los instrumentos de los que disponemos permiten, en defecto de determinación, seguir una serie de reglas; e incluso cabe la sumisión tácita o expresa de las partes -siguiendo el Reglamento Bruselas I bis-; además de la posibilidad de aplicación de los foros especiales.

67. La pregunta que nos hacemos es cómo determinar la negociación previa, esto es, la culpa in contrahendo. Recordemos que, de manera previa, se puede haber negociado sobre términos precontractuales a través de convenios, acuerdos o pactos. Este tipo de negociación dificulta la determinación de la falta de diligencia en la fase precontractual. Por otro lado, en caso de conflicto sobre Ley aplicable, sí cabría la posibilidad de incluir esta serie de figuras, haciendo hincapié en la tratada, es decir, los *smart contracts* -en materia contractual, el Reglamento Bruselas I bis, dispone la disponibilidad de las partes, así como el domicilio de estas; por otro lado, de no existir la elección de forma expresa, la Ley aplicable se determinará a través de los vínculos más estrechos entre partes-. Aquí, cabe resaltar la dificultad⁶⁷, en ocasiones, de determinar las partes, lo cual nos lleva a comprender que tenemos los instrumentos y cabe una regulación sobre estas nuevas realidades contractuales -que de hecho está bajo el paraguas de dicho Derecho positivo-, pero hay elementos complejos que aún no están claros y que cabe estudiar en profundidad.

68. En relación, por tanto, con las hipótesis planteadas, podríamos decir que nos encontramos en un camino intermedio. Existe un ordenamiento jurídico potente y desarrollado, en el que existen mecanismos de protección de las relaciones basadas en la contratación electrónica; existen mecanismos centrados en la protección del daño extracontractual; y la materia de los *smart contracts* cabe en la regulación de los Reglamentos europeos. No obstante, calificarlo de suficiente es acaso demasiado aventurado por los distintos motivos que se han expuesto. Posibles fallos de seguridad, posibilidad de no determinación de identidades de terceros que aprovechen fugas -también de seguridad- en la contratación o dificultad a la hora de medir la extraterritorialidad -multiplicidad en la generación de daño, lo cual limita a la hora de establecer la competencia en todo su esplendor-.

15. Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial y compliance: soluciones

69. Otro aspecto para tener en cuenta es la necesidad de que exista una especie de mediador -no en el plano de tercero institucional, como con las operaciones tradicionales- en sede de dar traslado a la operación -como una especie de procura-; como también la inmutabilidad antes comentada, que cabe desarrollar ahora como elemento que no tiene en cuenta que las relaciones humanas son muchas veces imprevisibles -o la misma existencia misma-. Así, cabe la posibilidad de que estos contratos se desarrollen a su vez sobre causas ilícitas o que exista daño sobre una de las partes contratantes porque la otra carezca de capacidad para celebrar el contrato⁶⁸. Además, cabe resaltar también un componente actualmente en boga, que no es otro que la aparición y el crecimiento exponencial de los elementos desarrollados a través

⁶⁵ C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTS desde la perspectiva europea” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 1198-1217, 2018; página 1209.

⁶⁶ Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con> consultada en línea el 7 de junio de 2024.

⁶⁷ Óp. Cit. C. DOMÍNGUEZ PADILLA, “La responsabilidad contractual y extracontractual de los NFTS desde la perspectiva europea” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 18, 1198-1217, 2018; página 1209.

⁶⁸ Vid. I. FETSYAK, “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español” en *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, (18), 197-236, 2020; página 230.

de herramientas de Inteligencia Artificial, para lo cual existe ya un Reglamento, en el seno de la Unión Europea, que puede servir de acicate para la universalización de este tipo de relaciones en general. Es decir, una vez se aplique y se perfeccione la regulación sobre la materia -y sobre otras materias adyacentes como la inteligencia artificial-, es bastante plausible que se extienda -aunque entendemos que de forma asimétrica- el uso de este tipo de herramientas. Por tanto, es deseable que estemos preparados para ello. El Reglamento sobre inteligencia artificial⁶⁹ es una realidad que cabe tener en cuenta -como ejemplo de adaptación de nuestro Derecho positivo; y de compenetración y complemento con los instrumentos jurídicos analizados. Además, es fundamental, dada la extensión y el crecimiento de la inteligencia artificial, que ya se desliza por infinidad de ramas de actividad, sean estas públicas o privadas⁷⁰.

70. Además, entre las formas de aplicación de dicha inteligencia artificial, puede estar la generación de textos o escritos, lo cual es importante de cara a la buena ventura de las relaciones en el tráfico, por reducción de plazos y mayor eficiencia; pero también puede generar grietas de seguridad que convendría reducir. Esto también puede aplicarse a la producción de acuerdos previos, sean meras negociaciones, lo cual podría suponer la reparación de daños extracontractuales, sean ya convenios o acuerdos en firme que conduzcan a la celebración definitiva de un contrato. Por tanto, se trata de una ocasión única para mitigar los casos de culpa in contrahendo -incluso, recordemos, en aquellos escenarios a través de los cuales existe un contrato nulo-. En conclusión, las nuevas tecnologías conducen a nuevos escenarios sobre los que se cimentan las relaciones humanas; de igual forma que el concepto de culpa in contrahendo ha evolucionado sobre la base del devenir histórico hasta el momento.

71. A modo de mitigación de los riesgos inherentes a la actividad de intercambios, sean estos comerciales o de cualquier otro tipo, proponemos la adopción de mecanismos preventivos en las empresas, algo que en determinados contextos aún no está desarrollado en un grado aceptable -aunque en el caso de España se dio un paso decisivo con la reforma del Código Penal sobre la base de la Ley Orgánica -LO 5/2010⁷¹-. Dicha reforma, vino a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual empujó al tejido empresarial español a adoptar mecanismos de lo que se conoce como compliance -en este caso sería penal⁷²-. Es decir, esos programas de prevención que ajusten la actividad al cumplimiento escrupuloso de la normativa vigente en nuestro Derecho positivo -sea este nacional o supranacional-. El concepto de compliance se ha referenciado en la literatura de distintas formas. A saber: “*risk management*”, “*value management*”, “*corporate governance*” o “*business ethics*”. Plantea, por tanto, una solución centrada en la anticipación, no sólo por parte de las empresas, sino a través de la adopción de mecanismos de prevención por parte de los operadores jurídicos implicados en la negociación de relaciones comerciales o entre particulares⁷³. Así, asumimos como premisa que, si una empresa conoce y aplica programas de prevención, será más complicado que, a posteriori, surjan relaciones comerciales defectuosas.

⁶⁹ Vid. Reglamento de Inteligencia Artificial https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Consultado en línea el 8 de junio de 2024.

⁷⁰ Vid. C.R. MATAS, “El impacto de la inteligencia artificial y de la robótica en el empleo público” en GIGAPP Estudios Working Papers, 5 (98-110), 401-421, 2018; en la página 401 comienza a plasmar la realidad de la técnica aplicada a la función pública.

⁷¹ Vid. CIRCULAR 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.html consultada en línea el 8 de junio de 2024.

⁷² Vid. M. FOUREY GONZÁLEZ, “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión: análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía general del Estado” en Actualidad Jurídica, 60-75, 2016; en la página 60 introduce los fundamentos del compliance penal.

⁷³ Vid. D.M. SALDAÑA / I.M. LUCENILLA, “La protección del «whistleblower» y el «compliance» laboral” en Revista de información laboral, (12), 83-105, 2018; en la página 84 introduce el concepto de *whistleblower* en el marco del Derecho europeo y su protección. Sin entrar en su valoración, pone de relieve el ingenio que puede extenderse sobre las relaciones humanas; mucho más en un momento en que se generan cambios de gran calado a través de los *smart contracts* o la DLT. Si se generan mecanismos novedosos en materias ordinarias y ya asentadas, cabe adaptar nuestra realidad cuando suceden irrupciones extraordinarias.

72. A modo de ejemplo, si nos ceñimos al caso Minas de Potasse, observamos que, si de manera preventiva se hubiese gozado de la prevención y del cumplimiento normativo, seguramente el daño extracontractual para HandelsWekerij G.J. Bier BV hubiese sido inexistente o mucho menor. Se trata, por tanto, de adoptar mecanismos que conduzcan a ser más eficaces, pero al mismo tiempo eficientes. Es evidente que se reduciría la litigiosidad y se podrían emplear mayores recursos a casos más controvertidos. Si damos un paso más allá en nuestro análisis, este tipo de mitigación del riesgo podría aplicarse al estudio de políticas empresariales aplicadas a gestionar nuevas tecnologías. De la misma forma que existe el llamado *compliance* penal, pueden extenderse estas medidas hacia otros ámbitos: desde el Derecho Civil y Mercantil -a través del *Value Management* o el *Risk Management*- al Derecho Público -a través del denominado como *Public Compliance*⁷⁴-.

V. Conclusiones

73. Sobre la base de la construcción histórica del concepto de culpa in contrahendo, se ha observado un marcado carácter de concepto difuso. Esto es, consideramos que siempre ha sido una noción, la más general de responsabilidad precontractual, que se ha puesto en cuestión. No es hasta la adopción de las tesis del jurista Caspar Rudolf von Jhering cuando se va a extender un debate jurídico mucho más marcado. Tras ello, sobre la base de los proyectos codificadores de los siglos XVIII y XIX -y en menor medida en el XX-, se va a mejorar la dualidad entre tesis contractualistas y no contractualistas.

74. La discusión entre tesis contractualistas -propuestas por Jhering; cuyos postulados recalcaron que la culpa in contrahendo es un concepto en sede de nulidad, anulabilidad o invalidez contractual, para reparar el daño- y no contractualista -esto es, que cabe una graduación del daño en sede precontractual que lo enlace como si de un contrato mismo se tratase; cuyo uno de sus exponentes fue Fagella-, va a estar presente incluso hasta nuestros días; incluso desprendiéndose del análisis ontológico de los propios Reglamentos de la UE.

75. Parece claro que del análisis de los Reglamentos que se aplican para solucionar los conflictos en la materia, en sede de competencia o Ley aplicable -cuyas raíces se asientan en una gran producción normativa a partir del Convenio de Bruselas de 1968, el Convenio de La Haya de 1971, el Convenio de Roma de 1980 o, ya en el siglo XXI, el Reglamento Bruselas I-, no se entiende que una mera ruptura de negociaciones genere la denominada culpa in contrahendo -aunque sí que puede provocar realidades en sede de satisfacción del llamado interés negativo-.

76. No termina aquí la discusión, pues en el tráfico se generan realidades que están a mitad de camino entre la culpa in contrahendo tradicional -existencia de un contrato, aunque éste sea nulo, anulable o inválido- y la ruptura simple de negociaciones. Así, existen convenios, pactos o acuerdos entre partes que generan expectativas que también podrían catalogarse como generadas en sede contractual. La clave va a estar en el nexo causal entre daño y culpa; y en su graduación. Por tanto, concluimos que parece clara la existencia de culpa in contrahendo marcada -vía contrato celebrado, aunque no surta efectos- y la culpa in contrahendo tácita -vía realidades negociadas con posterioridad a la presentación de un precontrato; véase antecontrato u oferta vinculante- que hay que reparar para preservar conceptos arraigados en nuestro Derecho como la buena fe y la diligencia debida.

77. Aun cuando los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II van a permitir la adopción de medidas en sede de competencia judicial en materia contractual o en sede de Ley aplicable en materia extra-

⁷⁴ Vid. E. GUTIÉRREZ PÉREZ, “Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales” en Política criminal, 13 (25), 104-143, 2018; en la página 105 establece el concepto de corrupción política y recalca la necesidad de establecer “sistemas” que se anticipen a lo que denomina como “crimen de cálculo”. Por analogía lo podríamos extrapolar a la prevención en la fase del “*iter contractus*”, eliminando posibles distorsiones que luego nos hagan asumir un coste mayor.

contractual -para resolver conflictos de Ley aplicable en sede contractual podríamos acudir a Roma I-, el desarrollo del concepto está indeterminado en el primero. Si aparece en el segundo, lo cual plantea dudas que cabría resolver. Si la culpa in contrahendo aparece en sede contractual, ésta se conoce -y eventualmente podría repararse en el ámbito del interés positivo-, por medio del artículo 7.1 del RBIBis; si la misma es extracontractual -de manera eventual reparada en sede de interés negativo- ésta se conoce con base en el artículo 7.2 del mismo Reglamento, en materia delictual o cuasidelictual.

78. Se han abordado conceptos relacionados con la teoría de la ubicuidad, en sede de conflicto interterritorial con componente internacional, lo cual ha sido resuelto, ya no por el Derecho positivo en particular, sino por la conjunción de lo dispuesto en los Reglamentos pero en conjunción con la jurisprudencia del TJCE -en su momento- y ahora del TJUE como sucesor. Así, se ha observado una mayor claridad de situaciones del tráfico que se producen en sede de culpa in contrahendo.

79. La generación del daño, si existe contrato, evidentemente va a sede contractual; pero aun así también han surgido dudas -véase el caso Minas de Potasse, que nutre la jurisprudencia sobre la materia- en relación con el concepto de lugar en que se genera el daño o el lugar en que éste produce efectos. De la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 surge una realidad extensible a los mecanismos de nuestro Derecho positivo vigente. Es positivo que se entienda que cabe la posibilidad de competencia tanto en el lugar en que se genera el daño como en el que éste produce efectos.

80. Analizadas con detalle la legislación vigente y sus raíces, la doctrina y la jurisprudencia, hemos abordado una revisión de las posibles implicaciones que el concepto culpa in contrahendo puede encontrar fruto del nuevo cambio tecnológico. Así, se ha analizado el Derecho positivo en relación a realidades como la protección de datos o la inteligencia artificial. Esto es así debido a la gran cantidad de mecanismos tecnológicos que, si no se emplean de manera correcta, pueden generar responsabilidad contractual o extracontractual.

81. Se han propuesto dos hipótesis, la de la insuficiencia de los remedios que ofrece nuestro Derecho positivo en relación con la nueva revolución tecnológica -y con base en la ruptura de la diligencia debida en el “iter contractus”-; y la de suficiencia de las mismas. Creemos que, dada la complejidad de las relaciones humanas y de la gran cantidad de intercambios que se generan en el tráfico jurídico, cabe una hipótesis intermedia; esto es, los mecanismos cumplen con las realidades actuales -véase Reglamento sobre Inteligencia Artificial. y, en algunos casos, por ejemplo en el sentido del *smart contract* o el comercio electrónico, se podrían aplicar a las nuevas realidades; pero urge adaptarse a otras tendencias que surgen casi cada día.

82. Por último, se ha propuesto una medida preventiva -el compliance-. No es tarea sencilla, dada la asimetría existente en cuanto a desarrollo económico y social -o la composición de los tejidos productivos-; empero, cabe desarrollar dichas medidas con el propósito de reducir distorsiones a futuro: menos litigiosidad, menores daños y mejor responsabilidad social en los intercambios. Ejemplo de ello podría ser -de nuevo- el analizado caso Minas de Potasse. De haber existido un compliance desarrollado, un mejor cumplimiento de la normativa, se hubiese eliminado, o acaso reducido, el daño experimentado por otras empresas. En suma, cabe desarrollar mecanismos y relaciones, no sólo eficaces, sino también eficientes. Cabe la posibilidad, bajo esas premisas, de la eliminación o mitigación de culpa en el camino de formación del contrato; esto es, cabe la posibilidad de mayor diligencia.