

## Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”

Joan C. Seuba Torreblanca

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

269

## Abstract

Este trabajo se ocupa de la determinación de la legislación aplicable, según el estado actual de la legislación española, en los casos en los que nace una pretensión de daños con elementos internacionalmente relevantes. El estudio se inicia con el análisis del régimen legal previsto en el art. 10.9 CC (Apartado 2) y pasa a continuación al tratamiento de la cuestión en el régimen convencional (Apartado 3). En este punto nos detendremos en el análisis del Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley aplicable a los daños causados por productos defectuosos y del Convenio de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo internacional, así como de los reglamentos comunitarios sobre esta última materia. El trabajo finaliza con el análisis de las últimas aportaciones a la discusión sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como "Roma II" (Apartado 4).

## Sumario

- 1. Introducción**
- 2. El art. 10.9 CC: regla general y subsidiaria**
  - 2.1. Las obligaciones no contractuales**
  - 2.2. El lugar donde hubiera ocurrido el hecho**
    - a. Localización**
    - b. Crítica**
    - c. Huida**
- 3. Régimen convencional y Reglamentos comunitarios. En especial, Responsabilidad por Productos y Accidentes Aéreos**
  - 3.1. Pluralidad de Convenios**
  - 3.2. Responsabilidad por productos**
    - a. Aspectos generales**
    - b. Las reglas de determinación de la ley aplicable**
  - 3.3. Responsabilidad por transporte aéreo**
- 4. La propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)**
  - 4.1. Aspectos generales**
  - 4.2. Ámbito de aplicación**
  - 4.3. Normas de conflicto**
    - a. Norma general: lugar de producción del daño**
    - b. Criterios especiales**
  - 4.4. Responsabilidad civil no delictual**
  - 4.5. Normas comunes**
  - 4.6. Orden público del foro y comunitario**
- 5. Bibliografía**

*"[E]s tarea del legislador europeo establecer urgentemente un conjunto uniforme de normas en todos los Estados miembros. Esta es la tarea principal, e importa menos cuál de las soluciones planteadas se escoja. En la aplicación práctica hay que tener en cuenta que todos o muchos de esos criterios en la mayoría de los casos coinciden en la práctica. ... Por consiguiente, en la mayoría de los casos el conflicto para determinar el lugar es más bien teórico".*

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", DOUE C 241, 28 septiembre 2004, p. 3.

## 1. Introducción

Derecho de daños y Derecho internacional privado constituyen un binomio que cualquier práctico del Derecho debe tener en cuenta en una sociedad como la actual en la que la circulación de personas, bienes y servicios se encuentra tan facilitada por motivos técnicos y, en la Unión Europea, por motivos jurídicos de sobra conocidos.

Así, el correcto planteamiento de una pretensión de daños en la que concurren diversos elementos internacionalmente relevantes requiere que el operador jurídico se plantea *ab initio* dos cuestiones esenciales: por un lado, qué jurisdicción es la competente para conocer del caso; por otro, qué legislación es de aplicación. Sin duda, la determinación de una u otra jurisdicción o legislación tendrá importantes consecuencias para las partes en el proceso. No obstante, la respuesta a dichas preguntas no siempre es fácil. De entre las diversas causas que dan razón de esta dificultad pueden citarse la pluralidad de textos normativos, de diversa naturaleza y origen, que tienen vocación de ser aplicados; el propio funcionamiento de la regla a aplicar; y, en definitiva, el problema de la calificación de las instituciones jurídicas.

Este trabajo se ocupa de la determinación de la legislación aplicable, según el estado actual de la legislación española, en los casos en los que nace una pretensión de daños. El estudio se inicia con el análisis del régimen legal previsto en el art. 10.9 CC (Apartado 2) y pasa a continuación al tratamiento de la cuestión en el régimen convencional (Apartado 3). En este punto nos detendremos en el análisis del Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley aplicable a los daños causados por productos defectuosos y del Convenio de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo internacional. El trabajo finaliza con el análisis de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como "Roma II" (Apartado 4).

## 2. El art. 10.9 CC: regla general y subsidiaria

Diversos textos determinan en el ordenamiento español la legislación aplicable a los supuestos de los que nace una pretensión de daños y en los que concurren elementos internacionalmente relevantes. El art. 10.9 CC contiene la regla básica para determinar la legislación aplicable, aunque, no por ello, sea el artículo más utilizado para tales casos. De hecho, dicho artículo, que actúa como cláusula general, es de aplicación subsidiaria a aquellos supuestos que se encuentran regulados por otras normas más específicas, con independencia de su origen (estatal, convencional, comunitario), que deberán ser preferidas en atención a su especialidad.

Según el art. 10.9 CC

*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.*

El art. 10.9 CC ha sido criticado por la doctrina por su excesiva simplicidad y rigidez (AMORES, 1995, p. 730; PÉREZ VERA, 1998, p. 309): no se pueden someter a una misma regulación tan poco desarrollada – vienen a decir los autores – hechos tan dispares como los que quedan comprendidos bajo una institución enunciada de forma negativa, “las obligaciones no contractuales”. Y, efectivamente, cuando se analiza el precepto se plantean dos grandes problemas, que tratamos a continuación: por un lado, qué debe entenderse por “obligaciones no contractuales”; por otro, cómo se determina el lugar donde hubiera ocurrido el hecho.

Antes de ello conviene dejar apuntada la influencia que puede tener en la determinación de la legislación aplicable la *lex fori*. Y ello por diversas razones, entre las que podemos citar, en primer lugar, la predisposición del Juez a aplicar el Derecho de su jurisdicción; en segundo lugar, que la calificación de las instituciones jurídicas se realice de acuerdo a la *lex fori*; finalmente, el tratamiento procesal que merece la prueba del derecho extranjero, que es tratada como una cuestión de hecho, cuya alegación y prueba corresponde a la parte que pretende su aplicación. En este sentido, el art. 281.2 LEC, que deroga el segundo apartado del art. 12.6 CC, establece al respecto que “*También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviessen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”. Es por ello que, a falta de prueba del Derecho extranjero, el Tribunal aplicará la *lex fori* (cuestión ésta discutida doctrinalmente: *vid.* recientemente Alfonso Luís CALVO CARAVACA, Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2005, “*La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil 1/2000*”, La Ley núm. 6178, 28 enero 2005). Aunque este proceder no sea un criterio de determinación de la ley aplicable en el sentido clásico de la expresión, sí constituye un efecto que los operadores jurídicos deben tener en cuenta. Valga un ejemplo jurisprudencial en tal sentido: la SAP Sevilla 9 enero 2002, en relación al ejercicio de la acción directa contra una aseguradora (española) con ocasión de un accidente de circulación sufrido por el actor (residente español) acaecido en Portugal y en el que intervino un tractor portugués, consideró, primero, que la jurisdicción competente para conocer el caso era la española y, segundo, que debía aplicarse la legislación portuguesa por efecto de la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación. No obstante, dada la falta de acreditación de dicha legislación por el actor, resolvió el caso con aplicación de la legislación española y consideró prescrita la acción.

## 2.1. Las obligaciones no contractuales

La doctrina suele delimitar el alcance de la expresión “obligaciones no contractuales” mediante una doble técnica: por un lado, de forma negativa, identificando aquéllas que quedan excluidas; por otro, de forma positiva, relacionando las que quedan incluidas.

Así, según AMORES (1995, pp. 733 y ss), quedan excluidas las obligaciones originadas de relaciones legales específicas entre las partes (como la de alimentos o la que se da entre copropietarios, dada la especialidad que representan), la responsabilidad civil *ex delicto* (dado que su fundamento sigue el principio de territorialidad que caracteriza las leyes penales; el autor lo critica, no obstante: la responsabilidad *ex delicto* tiene la misma finalidad que la responsabilidad civil y que se ventile en el proceso penal sólo se justifica por razones de economía procesal. Por ello, debería también quedar incluida en el ámbito del art. 10.9 CC; a la misma conclusión llega GARDEÑES, 2000, pp. 181-183, quien apunta además la interacción entre los criterios de competencia judicial internacional en materia penal y la determinación de la ley aplicable a los aspectos civiles. Además, téngase en cuenta que según el art. 9.1 de la *Decisión Marco* del Consejo de 15 de marzo de 2001, *relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, “[...]os Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y **en el marco del proceso penal** una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción...” [énfasis añadido]), la responsabilidad patrimonial del Estado (por tratarse de una materia de Derecho público), los daños relativos a la propiedad intelectual e industrial y obligaciones derivadas del Derecho de la competencia (en ambos casos, por el efecto del principio de territorialidad). Y, parecidamente, según PÉREZ VERA (1998, pp. 303-306), quedan excluidas aquellas obligaciones legales que pertenecen a una institución con una norma de conflicto propia (p.e., las obligaciones entre marido y mujer quedan reguladas por la norma que regula los efectos del matrimonio), aquéllas que tienen normas de conflicto específicas, las obligaciones contractuales, las obligaciones derivadas de delitos y faltas, las derivadas del funcionamiento de los servicios públicos o de las personas que trabajan para la Administración y las obligaciones que se encuentran reguladas por Tratados internacionales. De forma positiva, según la autora, quedan incluidas “todas aquellas obligaciones residuales”.

El uso de la técnica de la delimitación negativa también es utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial. En este sentido, *vid. sentencia de 17 septiembre 2002 (asunto C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa y Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*; la responsabilidad precontractual queda comprendida en el art. 5.3 del Convenio, dedicado a la responsabilidad extracontractual) y jurisprudencia allí citada; más recientemente, y como muestra, *a contrario*, de lo que no es una obligación contractual, *vid. sentencia de 5 febrero 2004 (asunto C-265/02, Frahuil SA y Assitalia SpA*; la acción de reembolso de fiador contra el deudor fundada en un contrato de fianza celebrado sin el conocimiento de éste no puede ser calificada como obligación contractual).

Asimismo, hay que tener presente que una obligación no contractual en el sentido del art. 10.9 CC no se identifica simplemente por contraposición a la obligación contractual, pues existen obligaciones que tienen un origen legal y que no quedan ni dentro de las contractuales ni de las extracontractuales (p.e., la obligación de alimentos o las obligaciones de los copropietarios). Tampoco hay que identificar “obligación no contractual” con la obligación de reparación del daño causado, pues también caben en ella otras pretensiones diferentes a la resarcitoria, como son, p.e., la de abstenerse de realizar comportamientos contrarios al Derecho de la competencia

(GONZÁLEZ CAMPOS, 1993 pp. 292-3; AMORES, 1995, p. 731, autor que propone la expresión “estatuto delictual” para referirse al ámbito de la responsabilidad civil).

A los efectos de este trabajo, en el que pretendemos determinar la legislación aplicable a los supuestos de daños en los que intervienen elementos internacionales, no nos interesa tanto determinar el alcance del art. 10.9 CC y, con ello, poder identificar todas las posibles situaciones que se encuentran bajo su enunciado. Y ello es así porque, aunque sabemos que determinar el alcance de su contenido es problemático por la enunciación en negativo, también sabemos que las pretensiones de daños – como mínimo – quedan en él incluidas. Y si ello es así, lo que se nos presenta más problemático es resolver una serie de problemas, en atención al desarrollo actual de la legislación y de la jurisprudencia en los que dichas pretensiones de daños se mezclan con otras instituciones que, por ello, dificultan la determinación de la legislación aplicable. Así, en concreto, apuntamos los dos siguientes:

a) Los problemas relativos a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual nunca ha resultado fácil, más teniendo en cuenta que las lagunas existentes en la responsabilidad extracontractual se colman con algunos artículos, que no todos, de la responsabilidad contractual. Tal complejidad, a su vez, se ha visto acrecentada por la aplicación de la doctrinal jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo de la “unidad de culpa civil”, cuya principal finalidad, según muestra aquella jurisprudencia, es evitar considerar prescritas acciones de daños que se fundamentan en el art. 1902 CC aplicando a tal efecto el plazo general de prescripción de 15 años. La cuestión que se plantea a continuación es la de saber qué norma conflictual ha de aplicarse a tal caso. Una posible respuesta pasaría por la distinción del interés que comprenden cada una de las instituciones resarcitorias. Y así, según AMORES (1995, p. 735), dado que no todos los daños que se producen con relación a un contrato quedan comprendidos en el interés contractual, deberá proceder su distinción y aplicar a cada uno de ellos la legislación correspondiente.

b) Los accidentes laborales.

Una de las constantes disputas en relación a los accidentes laborales es la relativa a su calificación: ¿han de encuadrarse dentro del incumplimiento del contrato de trabajo o en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual? Tal disputa es todavía hoy presente entre las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo y al respecto hay que decir que en pocas ocasiones la Sala Primera ha declarado su incompetencia para conocer del caso. Así las cosas, ¿qué norma conflictual ha de ser de aplicación? ¿La prevista para los contratos de trabajo (así, art. 6 Convenio Roma 1980) o la prevista para las obligaciones extracontractuales (así, art. 10.9 CC)?

## 2.2. El lugar donde hubiera ocurrido el hecho

### a. Localización

La doctrina española (entre otros, AMORES, 1995, pp. 753-757; PALAO, 1997, pp. 1809-1810) ha identificado diferentes lugares en los que ese lugar que cita el art. 10.9 CC se concreta, a saber: 1) el lugar donde se realiza la acción; 2) el lugar donde se manifiesta el daño; 3) cualquiera de los dos de forma alternativa. Según PALAO (1997, p. 1810, notas 95 y 96) una opción por la primera suele apoyarse en una concepción preventiva de la responsabilidad, mientras que en la segunda se entrevé la función compensatoria.

La mayoría de la doctrina española considera que la regla general debe ser la de la alternatividad (AMORES, 1995, p. 755, PÉREZ VERA, 1998, p. 311, ZABALO, 1991, p. 77), cuyo fundamento se encuentra, según AMORES (1995, p. 755) en *"la imposibilidad de discernir objetivamente, en el caso, una mayor vinculación comparativa del supuesto a uno u otro lugar"* mas no –subraya el autor– en *"una pretendida regla de favor laesi, tan inexistente en el Derecho material español de la responsabilidad civil, en términos generales, como de discutibilísima aplicación, mediante el mecanismo de la elección del dañado"*. Con todo, reconoce el autor que tal posición favorecedora debe ser tenida en cuenta en aquellos casos en los que *"existe una policy específica de Derecho material favorecedora de la posición del dañado (consumidor)"* (p. 756). GONZÁLEZ CAMPOS (1995, pp. 314-315) también considera que no hay razones que justifiquen atribuir a alguien la opción por una u otra legislación, excepción hecha de los casos de Derecho de consumo. Otra cuestión discutida sobre la teoría de alternatividad es la relativa a determinar a quién corresponde la elección, si al Juez (en este sentido, PÉREZ VERA, 1998, p. 311) o a la víctima.

Sea como fuere, si nos detenemos en el análisis de cada una de las posibilidades, seguimos encontrando problemas de localización. Así, por lo que se refiere al lugar de realización de la acción, quedan sin resolver todavía las cuestiones relativas a una pluralidad de cursos causales; por lo que respecta a la manifestación del daño, debería distinguirse entre las diferentes fases de manifestación del daño y su localización geográfica (así, p.e., en casos de daños corporales, la distinción pasaría por determinar si el lugar relevante es aquél donde se manifiestan los síntomas o donde, desgraciadamente, acaba falleciendo la víctima) así como la posibilidad que se produzcan una dispersión geográfica de los daños; y, finalmente, la teoría de la alternatividad presenta el importante problema de la determinación de la persona que puede elegir.

### b. Crítica

El artículo 10.9 CC recoge la regla tradicional *lex loci delicti commissi* que, si bien parece que satisface generalmente tanto los intereses del Estado como los de particulares, pues otorga seguridad sobre la ley aplicable, siendo una regla neutra, permite que se reparen los daños causados en un territorio según las reglas en él previstas (PÉREZ VERA, 1998, p. 309; MARÍN LÓPEZ, 2001, pp. 387) y conduce a tener en cuenta la diligencia exigible en el lugar donde se comete el ilícito, ha sido criticada por su simplicidad y rigidez.

Efectivamente, la regla es simple y funciona bien en aquellos casos en los que la relación causal es sencilla y única, en el sentido de que no existen otras interferencias causales, así como cuando los bienes o derechos dañados son fácilmente localizables (AMORES, 1995, p. 753). Ahora bien, la regla no funciona bien cuando existen una pluralidad de cursos causales, ya sean coetáneos o sucesivos, que influyen en el resultado ni tampoco cuando la víctima contribuye con su actuación al resultado.

La falta de previsión legal de mecanismos que permitan apreciar estas circunstancias y corregir el resultado es lo que ha provocado que la doctrina califique también la regla como rígida. Rigidez que viene demostrada también por otro factor: que el lugar de producción del hecho sea meramente anecdótico o circunstancial y, por ello, tenga poca relevancia para las partes (así, piénsese en los daños que sufre una persona de viaje por las autopistas alemanas a quien, mientras se encuentra en una estación de servicio, le explota una botella de cerveza española y adquirida en España). De nuevo, la falta de criterios para modular la regla provoca, en su aplicación estricta, que el caso sea resuelto mediante la aplicación de la legislación de un Estado que poco o nada tiene que ver con los intereses de las partes, demandante y demandado, excepción hecha del lugar de producción (y el nada despreciable interés del Estado de que se resuelvan según su legislación los accidentes que se producen en su territorio).

A pesar de las críticas al criterio del lugar del daño como regla general, como señalan AMORES/TORRALBA (2004, p. 7) "está por inventar un texto mejor, de ser tal cosa posible. Y no hay otra alternativa... por la propia naturaleza... de las obligaciones derivadas de daño y no vinculadas a relación jurídica previa entre las partes:... su sometimiento a la ley del *locus damni* viene poco menos que forzado por las circunstancias: alguna ley tiene que ser aplicable, y ninguna otra fórmula de conexión parece arrojar ventajas comparativas significativas, al menos como regla general".

### c. Huida

La rigidez y simplicidad de la regla del lugar de producción del daño han llevado a la doctrina de diversos ordenamientos a formular una serie de propuestas correctoras que, en alguna ocasión, han tenido reflejo jurídico, ya sea en su expresión legislativa o jurisprudencial.

Así, en los países del *Common Law* los Jueces recurren a conexiones más flexibles para determinar la ley aplicable atendiendo a las circunstancias del caso. Es lo que se conoce en la teoría norteamericana como la *Proper Law of the Tort* (doctrina cuyo origen se encuentra en el Derecho contractual y que J. H. C. MORRIS, "The Proper Law of a Tort", 64 *Harvard Law Review* 881 (1951) propuso importar en el ámbito del Derecho de daños [*vid. en concreto* p. 883]). Tratamiento éste adoptado también por el §145 Restatement (Second) of Conflict of Laws, según el cual:

#### § 145. The General Principle

- (1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6.
- (2) Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place where the injury occurred,
- (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
- (c) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
- (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

En el derecho continental, algunos países también se apartan de alguna manera del criterio rígido de la *lex loci* bien estableciendo una cláusula de salvaguarda por la que no se aplica la ley que ha sido designada en virtud de la norma de conflicto, bien prefiriendo aquella otra ley que presente "vínculos más estrechos". La referencia a los "vínculos más estrechos" no deja de ser polémica y provocar controversia en la medida en que, como criterio *ex ante*, otorga muy poca seguridad jurídica: la decisión de cuál, de entre varios, es el vínculo más estrecho contiene gran subjetividad. Es por ello que su uso es excepcional y debería ser considerado como un mecanismo corrector, mas no como un criterio general. La Propuesta de Reglamento Roma II utiliza tal criterio (art. 3.3).

La tendencia actual, como veremos en el Convenio La Haya 1973 sobre responsabilidad por productos y en la Propuesta de Reglamento, es intentar que coincidan diversos puntos que tienen relevancia a fin de evitar que sea designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos. También se pretende evitar hacer depender la determinación de la legislación de un único punto.

Y así, recogiendo todos estos desarrollos legales y doctrinales, PALAO MORENO (1997, pp. 1812-1814) ensaya cómo flexibilizar la rigidez del art. 10.9 CC en el supuesto de hecho de los servicios médicos. Él propone, en primer lugar, aplicar la *Proper Law* o los "vínculos más estrechos" en aquellos casos en los que la ley designada por el art. 10.9 CC sea "gratuita". Tales vínculos más estrechos se podrían encontrar – continúa – en la residencia o nacionalidad comunes o en el lugar de establecimiento principal del médico. Una segunda posibilidad consistiría en aplicar la ley del contrato de servicios médicos preexistente ("conexión accesoria") de la siguiente forma: "haríamos uso de los criterios de conexión del estatuto contractual en vez de aplicar el criterio que recoge el 10.9 CC, aunque sin dejar de considerar el supuesto como un ilícito civil de naturaleza no contractual".

### **3. Régimen convencional y Reglamentos comunitarios. En especial, Responsabilidad por Productos y Accidentes Aéreos**

#### **3.1. Pluralidad de Convenios**

Visto el art. 10.9 CC y su función como regla general-subsidiaria, el segundo mecanismo importante en el Derecho español para determinar la legislación aplicable a los casos de responsabilidad civil relevantes internacionalmente es el régimen convencional. Habitualmente, estos convenios contienen reglas de Derecho material uniforme, esto es contienen las reglas que el operador jurídico debe aplicar para resolver el litigio. En este caso, tal operador no debe realizar operación alguna para determinar la legislación aplicable, pues ésta se encuentra en el Convenio.

Su tarea consiste en identificar que el Convenio sea de aplicación, determinar si el hecho se encuentra en su ámbito de aplicación (que normalmente se determina por razón del objeto, aunque también puede serlo por razón del espacio o de las personas) y comprobar que el Convenio ha sido ratificado por el Estado donde se plantea el litigio.

Así, en el ordenamiento español son Convenios de Derecho material uniforme, entre otros, el Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910, relativo al abordaje, el Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952, relativo a los daños causados por aeronaves, el Convenio de París de 29 de julio de 1960, relativos a accidentes nucleares y el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, relativo a la contaminación del medio marítimo por hidrocarburos.

En contraposición a los convenios de Derecho material uniforme se encuentran los Convenios sobre Ley aplicable. En el ordenamiento español tienen esta consideración el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre accidentes de circulación, y el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre responsabilidad por productos defectuosos. El resultado de aplicar este tipo de convenios consiste en la identificación de la legislación que debe aplicarse en el caso en concreto.

A continuación se presentan dos Convenios de diferente naturaleza, uno de legislación aplicable y otro material, para comprobar cómo funcionan dichos textos y advertir los principales problemas que provocan su aplicación.

### 3.2. Responsabilidad por productos

#### a. Aspectos generales

El Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973, sobre [Ley aplicable a la responsabilidad por productos](#), es un convenio de derecho internacional privado uniforme, sin contenido de Derecho material, firmado en la actualidad por trece países (Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España y, como sucesoras de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, Croacia, Serbia y Montenegro, Eslovenia y Macedonia), de los cuales tres (Bélgica, Italia y Portugal) todavía no lo han ratificado.

El Convenio entró en vigor en España el 1 de febrero de 1989 (BOE núm. 21, 25 enero 1989, p. 2054) y sustituye al art. 10.9 CC en este ámbito material por el carácter universal que tiene (art. 11; en este sentido, AMORES, 1995, p. 762, ZABALO, 1991, pp. 78, 105-106; ESTEBAN DE LA ROSA, 2000, pp. 4369-4370 cuestiona el alcance de tal sustitución). Consta de 22 artículos: los tres primeros tratan del ámbito del Convenio; los arts. 4-6 contienen las reglas de determinación de la legislación aplicable, con la excepción prevista, a favor del demandado, en el art. 7 y con la salvaguarda contenida en el art. 9 según el cual la determinación de una legislación no impedirá que se tomen en consideración las normas de seguridad vigentes en el Estado donde se ha introducido el producto; el art. 8 relaciona los aspectos cuya legislación determina el Convenio; el art. 10 recoge una excepción de orden público y el art. 11 determina la aplicación del Convenio con independencia de condiciones de reciprocidad; los arts. 12-14 se ocupan de los casos de pluralidad legislativa en materia de productos en un mismo Estado, considerando que cada "unidad territorial" será considerada como Estado a los efectos del Convenio; el art. 15 establece que el Convenio no deroga otros que se refieran a responsabilidad por productos y de los que sean o

vayan a ser parte los Estados contratantes; el art. 16 relaciona las posibles reservas que los estados pueden hacer al Convenio; y los arts. 17-22 se ocupan de los temas relativos a la ratificación.

Los motivos que se han aludido sobre la escasa repercusión que a nivel internacional ha tenido el Convenio son su excesiva complejidad e incerteza, producto de la pretensión de regular todos los posibles casos que se pueden dar en el ámbito internacional de la responsabilidad por productos, dejándose por ello muchas cuestiones abiertas (en este sentido, SARAVALLE, 1991).

Y dado que pocos países han incorporado el Convenio, la jurisprudencia de que sobre él disponemos es muy escasa, tanto en los Tribunales españoles, como, en la medida en que ha sido posible localizarla, en la de los otros Estados signatarios del Convenio. Así, en la jurisprudencia española, el Convenio se cita únicamente en la STS, 1<sup>a</sup>, 29 mayo 1993, mas no se aplica. En el caso, la cita sirve para hacer referencia a cómo textos legislativos se ocupan de los defectos de información. En la jurisprudencia comparada, SUMAMPOUW (1996, p. 319), hace referencia a dos casos: 1) RB. Alkmaar 22 diciembre 1988 (NIPR [Nederlands internationaal privaatrecht: Repertorium op verdragenrecht, wetgiving rechtspraak en literatur] 1989 nr. 112): de los datos del caso, sabemos que el demandante estaba establecido en Holanda y el demandado, fabricante del producto, en Alemania. En virtud del art. 4 Convenio, el derecho holandés fue el aplicable en tanto que derecho interno del Estado en cuyo territorio se produjo el hecho dañoso, dado que la víctima estaba establecida en ese mismo país; 2) RB. Rotterdam 15 octubre 1993 (S6S 1994 80; NIPR 1995 nr. 240): la demandante 1, establecida en Hong Kong, había entregado a otra compañía, la demandante 2, combustible, el cual había sido suministrado por el demandado, establecido en Holanda. El Tribunal consideró que las partes habían optado implícitamente por el derecho holandés, al haber basado sus escritos en este derecho. El Convenio no supone obstáculo alguno, afirmó el juez, para que las partes escogen el derecho aplicable.

La pretensión del Convenio es determinar la ley aplicable a la responsabilidad de fabricantes (y de otros, relacionados en el art. 3, que intervienen en la cadena de fabricación y distribución) por los daños causados por un producto (art. 1.1).

El Convenio se aplica sólo respecto de los daños derivados de relaciones extracontractuales. Es por ello que según su art. 1.2 *“Cuando hubiere sido transferida la propiedad o el disfrute de un producto a la persona que sufra el daño por aquélla a quien se imputa la responsabilidad, no se aplicará el Convenio a las relaciones entre las mismas”*. W. L. M. REESE, encargado por la Conferencia de preparar la [Memoria explicativa](#), da razón de la regla: por un lado, se consideró que tales situaciones quedaban debidamente protegidas por la regulación de la relación existente entre las partes; por otro, se pensó que su inclusión minoraría la adopción de la Convención (1974, p. 257).

Adviértase que la regla no califica la relación por la que se transfiere la propiedad o el disfrute con términos relacionados con el Derecho de contratos. Ello es debido a que el uso de la palabra “contrato” hubiera creado dificultades en la aplicación dado el diferente campo semántico de que goza en función del ordenamiento de que se trate, explica REESE, 1974, p. 257. Tal decisión, aunque consigue evitar la difícil distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, presenta problemas: piénsese en el caso, presentado por GONZÁLEZ CAMPOS, 1993, p. 309, de daños a un consumidor final, que demanda al distribuidor y al fabricante. Según el Convenio, la ley por la que debe regirse la responsabilidad del distribuidor será la del contrato, mientras que la del fabricante, la que determine la Convención.

En el art. 2 se realizan las definiciones de “producto”, “daño” y “persona”. Por “producto” se entienden los naturales y los industriales, así como los muebles y los inmuebles. El concepto de

“daño” hace referencia tanto a los corporales como los patrimoniales (“daño a las personas o bienes, así como la pérdida económica”, dice el art. 2.b), quedando excluidos los daños al propio producto. Finalmente, la expresión “persona” alude tanto a las físicas como a las jurídicas.

Y el art. 3, por su parte, relaciona los sujetos cuya responsabilidad se puede exigir en virtud del Convenio, que son: los fabricantes de productos acabados o de componentes, los productores de productos naturales, los proveedores de productos, así como “otras personas”, entre los que se incluyen reparadores, almacenistas y aquéllos que intervienen en la cadena comercial de preparación y distribución del producto.

### **b. Las reglas de determinación de la ley aplicable**

En los arts. 4-6 encontramos las reglas que determinan la legislación aplicable en los casos de responsabilidad por productos. La justificación que se encuentra en la formulación de los arts. 4 y 5 responde a la consideración de que no existe localización alguna que de por si sola justifique la determinación de la ley aplicable. Es por ello que se exige que coincidan dos localizaciones de las que consideradas relevantes internacionalmente y a efectos de responsabilidad (REESE, 1974, p. 260-262), que en el Convenio son: a) el lugar de producción del daño; b) la residencia de la persona directamente perjudicada; c) el lugar del establecimiento principal del responsable; d) el lugar de adquisición.

Y así, el art. 4 establece que la legislación aplicable será la del lugar de producción del daño si es también a) la residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o b) donde se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se exige responsabilidad, o c) donde la víctima directa adquirió el producto.

Por su parte, el art. 5 determina que, no obstante lo dispuesto en el art. 4, la ley aplicable será el de la residencia habitual de la víctima directa si es también a) donde se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se exige responsabilidad, o b) donde la víctima directa adquirió el producto.

REESE realiza una serie de precisiones sobre el entendimiento de los artículos. Por un lado, la regla del art. 5 prevale a la prevista en el art. 4 cuando una situación quede comprendida en ambos artículos (1974, p. 262). Por otro, el “lugar del daño” será en la mayoría de casos, afirma, aquél en el que la víctima sufre “el primer impacto”, aunque rápidamente advierte de la existencia de casos en los que el daño no se manifieste inmediatamente a aquel contacto. Sobre tal aspecto, la Conferencia, explica, decidió que el término “lugar del daño” debía ser entendido de manera suficientemente flexible como para permitir al Juez seleccionar entre el lugar del primer contacto o donde el daño se manifestó, mas nunca donde, una vez manifestado, se acabó extendiendo (p. 261). Finalmente, el lugar de adquisición del producto alude a aquél en el que se realizó el traspaso posesorio, no, en cambio, aquél en el que el título del producto fue acordado (p. 262).

El art. 6, por su parte, establece una cláusula de cierre para el caso en el que, aplicados los arts. 4 y 5, no haya sido posible la concreción de una localización. En tales casos, “será aplicable el derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la

*responsabilidad, a menos que el demandante base su reclamación en el derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiese producido el daño".* El artículo contiene, pues, un derecho de opción a favor del demandante, que puede preferir la legislación del lugar de producción del daño a la del establecimiento principal. Se ha visto en esta opción una manifestación del principio *favor laesi* en la determinación de la legislación aplicable, principio importado del Derecho material (ZABALO, 1991, pp. 93-94). Opción, por otra parte, calificada de "irreal" (ESTEBAN DE LA ROSA, 2000, p. 4373) porque el juego de los arts. 4 y 5 hace poco probable que sea de aplicación el art. 6.

No obstante lo dicho, el lugar de producción del daño y el de la residencia habitual de la víctima pueden ser excepcionados por el demandado si "*demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo habrían de comercializarse en el Estado de que se trate*", según establece el art. 7. Este artículo recoge la denominada "cláusula de previsibilidad" (al respecto, ESTEBAN DE LA ROSA, 2000, pp. 4373-4376, ZABALO, 1991, pp. 96-97).

### 3.3. Responsabilidad por transporte aéreo

El Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, *para la unificación de determinadas reglas relativas al transporte aéreo*, es el primer texto de referencia a tener en cuenta respecto a los daños ocurridos en transportes aéreos internacionales, esto es, aquéllos en los que el origen y el destino se encuentran en diferentes países (art. 1.2). España ratificó el texto el 31 de enero de 1930; el Convenio entró en vigor el 13 de febrero de 1933 y actualmente forman parte de él 151 Estados, según los datos de la [Organización Internacional de Aviación Civil](#).

Este Convenio ha sufrido diversas modificaciones significativas (entre otras, Convenio de La Haya de 28 septiembre 1955 y Convenio de Guadalajara de 18 septiembre 1961) mediante las cuales se pretendía adecuar los límites indemnizatorios y las causas de exoneración, entre otras medidas, a las exigencias sociales dados los desarrollos tecnológicos y los cambios económicos que se producían. No obstante, la modificación más importante – que ha supuesto un cambio en las fuentes legales – fue la adopción en 1999 del Convenio *para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional* (Convenio de Montreal). Este Convenio, del que forman parte en la actualidad 33 Estados y la Unión Europea, entró en vigor el 4 de noviembre de 2003.

A nivel comunitario, por otro lado, la eliminación de la distinción entre transporte nacional e internacional en el mercado interior provocó tener que replantear la aplicación del Convenio de Varsovia. A tal efecto, se aprobó el [Reglamento \(CE\) 2027/97](#) del Consejo, de 9 de octubre de 1997, *relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje* (DOCE L núm. 285, de 17 de octubre de 1997, p. 1), el cual, a su vez, y como respuesta a la adopción del Convenio de Montreal, fue modificado por el [Reglamento \(CE\) 889/2002](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002 (DOCE L núm. 140, de 30 de mayo de 2002, p. 2).

La [Decisión](#) del Consejo de 5 de abril de 2001 decidió la aprobación por la Comunidad Europea del *Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional* ([Convenio de Montreal](#)) (DOCE L 194, 18 julio 2001, p. 38).

El Convenio define así su ámbito de aplicación en relación al objeto cuando en su art. 1 establece que “se aplica a todo transporte internacional de personas, equipaje o carga efectuado en aeronaves, a cambio de remuneración. Se aplica igualmente al transporte gratuito efectuado en aeronaves por una empresa de transporte aéreo”.

Téngase en cuenta que según el art. 55 Convenio Montreal éste prevalece sobre cualquier otra regla que se aplique al transporte aéreo internacional.

Por otra parte, al mismo punto de partida (el Convenio de Montreal) llegamos si nos referimos a la determinación de la legislación aplicable para exigir la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria, pues el art. 3 Reglamento 889/2002 establece que ésta “se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad”.

El Convenio de Montreal puede calificarse como un convenio de Derecho material que contiene el régimen sustantivo aplicable – por lo que ahora nos interesa – a los daños, personales y materiales, de los que debe responder la compañía aérea (Capítulo III, arts. 17-37).

Los citados artículos se ocupan de las siguientes cuestiones: el art. 17 establece la responsabilidad del transportista por los daños corporales así como por la muerte que puedan sufrir los pasajeros por causa de un accidente producido a bordo de la aeronave. También es responsable de los daños que puedan sufrir el equipaje (art. 17.2) y la carga (art. 18) y por los retrasos (art. 19). Mas no es ésta una responsabilidad ni objetiva ni absoluta en todos los casos pues se prevén supuestos de exoneración (art. 20, sobre interrupción o interferencia del nexo causal por la propia víctima), así como en algunos otros se valora la diligencia del transportista (p.e., en relación con los retrasos). Por otra parte, la responsabilidad está limitada económicamente a los “derechos especiales de giro” previstos en los arts. 21 (para el caso de muerte o daños corporales) y 22 (para los casos de equipaje, carga y retraso), unidad ésta cuyo procedimiento de conversión a unidades monetarias se contempla en el art. 23. No obstante, el transportista puede limitar su responsabilidad a límites superiores a los previstos en dichos artículos (art. 25). Los límites han de ser revisados cada cinco años (art. 24). El art. 26 establece la nulidad de las cláusulas contractuales de exoneración y de aquéllas que establezcan límites inferiores a los previstos en el Convenio. El art. 27 está dedicado a la “libertad contractual” y el 28, a los efectos que sobre la responsabilidad pueden tener pagos anticipados que deba afrontar el transportista por las lesiones o muerte que se le reclama. El art. 29 trata del fundamento de la pretensión indemnizatoria y en él se remarca que, con independencia de cuál sea (el propio Convenio, un contrato o un acto ilícito), la responsabilidad se exigirá de acuerdo y con los límites del Convenio. Y concluye el artículo: “En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria”. El art. 30 permite que la responsabilidad de los dependientes y agentes del transportista quede también regulada por el Convenio (y, por ello, limitada) si demuestran que actuaban en el ejercicio de sus funciones. El art. 31 se ocupa de los efectos de la ausencia de protesta, así como de sus requisitos, respecto del recibo de equipaje, la cual se equipara a la recepción en buen estado. El art. 32 establece una regla de sucesión en la responsabilidad, por la que, caso de fallecer la persona responsable, la acción se ejercerá contra sus causahabientes. El art. 33 determina las reglas de jurisdicción competente ante la que iniciar una acción de daños, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a arbitraje, si así se ha previsto (art. 34). El art. 35 establece el plazo de “extinción” de la acción en dos años, siendo el momento *a quo* la fecha de llegada a destino (o en la que debería haber llegado). El art. 36 somete

también a las reglas del Convenio los casos de transporte sucesivo y, finalmente, el art. 37 se ocupa de la acción de regreso, sobre la que no se pronuncia.

Las ahora brevemente descritas constituyen las reglas principales en materia de responsabilidad. No obstante, hay que saber también que en los dos Capítulos siguientes (Cap. IV, *"Transporte combinado"*, art. 38, y Cap. V, *"Transporte aéreo efectuado por una persona diferente del transportista contractual"*, arts. 36-48) se contienen reglas de responsabilidad.

Puede afirmarse así que los problemas sobre la determinación de la legislación aplicable cuando el operador jurídico se encuentra con un convenio sustantivo quedan reducidos en aquellos casos, como el que nos ocupa, en el que queda bien definido el ámbito de aplicación.

Ahora bien, aunque el Convenio de Montreal contenga el régimen sustantivo, ello no implica que en algún aspecto deban ser aplicadas otras normas. Ello será así, en primer lugar, en relación a las posibles lagunas sustantivas que puedan existir; en segundo lugar, cuando el propio Convenio haga remisión a aquel Derecho en algún concreta institución (así, p.e., el art. 35 establece que “la forma de calcular [el] plazo se determinará por la ley del tribunal que conoce el caso” y el art. 28 establece que la determinación sobre si el transportista debe realizar o no pagos anticipados a la víctima por las lesiones que ésta haya sufrido se regirá por “su ley nacional”).

El principal problema, no obstante, de los convenios materiales como el de Montreal es que, aunque garantizan la existencia de un Derecho uniforme en todos los Estados en los que constituye Derecho vigente, no existe garantía alguna de que su aplicación judicial sea uniforme. En este sentido es útil acudir a la jurisprudencia dictada sobre uno de los aspectos más discutidos del Convenio, el concepto de “accidente”, para advertirlo (*vid.* en este punto el resumen de jurisprudencia norteamericana [The Liability Reporter](#), de febrero de 2004, elaborado por el despacho Condon & Forsyth LLP, a petición de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo ([IATA](#)), pp. 34-46, sobre si “la enfermedad de la clase turista” constituye o no un accidente a los efectos del Convenio).

#### **4. La propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)**

##### **4.1. Aspectos generales**

La [Propuesta de Reglamento](#) del Parlamento europeo y del Consejo, *relativa a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (Roma II), presentada por la Comisión, de 22 de julio de 2003 [COM(2003) 427 final - 2003/0168 (COD)], tiene por objeto unificar las normas de conflicto de las leyes de los Estados miembros sobre obligaciones extracontractuales. El Comité Económico y Social (CES) aprobó el [dictamen](#) sobre el texto en junio de 2004 (DOUE C 241, 28 septiembre 2004, p. 1). En noviembre de 2004, se publicó el [Proyecto de Informe](#) elaborado por la ponente de la Comisión de Asuntos Jurídicos, Diana Wallis (en adelante, Proyecto de Informe Wallis), en el que se proponen importantes modificaciones al texto inicialmente presentado (p.e., la supresión de

los artículos dedicados a los daños causados por productos defectuosos, al medioambiente y a la competencia desleal).

En mayo de 2002 la Comisión presentó un [Anteproyecto](#) para someterlo a consideración pública, el cual suscitó el interés de la doctrina, española y extranjera, como lo demuestra el número de [comentarios](#) que se presentaron así como artículos doctrinales que sobre él se han publicado. Así, por orden alfabético, en este trabajo se utilizan los siguientes: Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ, "Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", *Actualidad civil*, nº 34, 15-21 septiembre 2003; HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", *RabelsZ Bd.* 67 (2003), p. 1-56. Ya sobre la Propuesta, *vid.* Miguel A. AMORES CONRADI, Elisa TORRALBA MENDIOLA, "XI tesis sobre el estatuto delictual", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), nº 8, pp. 1-34, 2004. Dicho Anteproyecto, a su vez, encuentra sus raíces en la *Proposal for a European Convention on the law applicable to non-contractual obligations* elaborada por el European Group for Private International Law ([EGPIL](#)) en septiembre de 1998 (al respecto, Antonio MARÍN LÓPEZ, "El proyecto de convenio sobre obligaciones no contractuales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, pp. 385-412, 2000/2001).

El trabajo se enmarca en la armonización del Derecho internacional privado en materia de obligaciones civiles y mercantiles: el Reglamento de Bruselas de 1968 se ocupó de la jurisdicción competente (actualmente, el texto vigente es el Reglamento 44/2001 [Bruselas II]); el Convenio de Roma de 1980, de la legislación aplicable en materia de obligaciones contractuales.

La Propuesta, que contiene 27 artículos, se estructura en cuatro capítulos de la siguiente forma:

- Cap. I: ámbito de aplicación (arts. 1-2)
- Cap. II: Normas uniformes (arts. 3-17)
  - a) Secc. 1<sup>a</sup>: obligaciones extracontractuales de carácter delictual (arts. 3-8).
  - b) Secc. 2<sup>a</sup>: obligaciones extracontractuales de carácter no delictual: enriquecimiento injusto y gestión de negocios ajenos (art. 9).
  - c) Sección 3<sup>a</sup>: Normas comunes (arts. 10-17).
- Cap. III: otras disposiciones (arts. 18-25).
- Cap. IV: disposiciones finales (arts. 26-27).

#### 4.2. Ámbito de aplicación

Según el art. 1.1, el ámbito de aplicación material del Reglamento lo constituyen las obligaciones extracontractuales, siempre que, lógicamente, exista un conflicto de leyes.

De nuevo, aquí, se vuelve a plantear el problema de la definición y clasificación de la obligación extracontractual. Según la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el art. 5.3 Convenio Bruselas, la obligación extracontractual tiene carácter residual respecto de la obligación contractual de tal forma que aquélla que no sea contractual, será extracontractual. AMORES/TORRALBA, 2004, p. 4, critican el uso del término "extracontractual" ("de lo que se está hablando es principalmente de obligaciones tan extracontractuales como extrafamiliares, extrasucesorias, o, en general, simplemente ajenas a cualquier otro tipo de relación jurídica", afirman) y proponen el uso de la expresión "obligaciones derivadas de daño".

Hecha una delimitación positiva de las obligaciones extracontractuales, el Proyecto realiza a continuación una delimitación negativa al afirmar, por un lado, que “no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas” (art. 1.1, 2º párrafo; en igual sentido, art. 1.1 Bruselas II) y, por otro, al listar una serie de obligaciones extracontractuales que tampoco quedan incluidas y que son: 1) las derivadas de relaciones familiares o asimiladas que dependan del Derecho de familia, 2) las derivadas de los regímenes matrimonial y sucesorio, 3) las relacionadas con instrumentos negociables, 4) las de los socios y órganos sociales respecto a las deudas de la sociedad, así como las relacionadas con los encargados del control legal de los documentos contables, 5) las surgidas entre fideicomitentes, fiduciarios y fideicomisarios, y 6) las derivadas de un daño nuclear.

Tanto la exclusión prevista en el art. 1.1, 2º párrafo como la lista del art. 1.2 presentan problemas interpretativos y han sido objeto de crítica. Así, en general, se ha criticado la larga serie listada (AMORES/TORRALBA, 2004, p. 5, HAMBURG GROUP, 2003, pp. 5-6) por innecesaria, ya que la justificación es que tales relaciones quedan reguladas por la institución de la que dependen (Derecho de familia, de sucesiones, de sociedades,...). Es más, como advierten AMORES/TORRALBA, 2004, p. 5, el problema de la relación prolífica no consiste tanto en que sea innecesaria como en el efecto “perturbador” que puede provocar al poder quedar fuera del ámbito del Convenio obligaciones derivadas de un daño que, aún produciéndose en el seno de la institución excluida, son externas al ámbito de intereses propio de aquélla.

La relación de materias excluidas por la Propuesta varía en relación a la prevista por el Anteproyecto, de tal forma que se han suscitado nuevos problemas interpretativos y de oportunidad de la decisión. Valgan dos ejemplos, uno de cada tipo: 1) el Anteproyecto excluía del ámbito de aplicación del Reglamento “la responsabilidad por el ejercicio del poder público” (art. 1.2.e); ahora, habiendo sido suprimida tal referida, la Propuesta excluye, entre otras, “las materias... administrativas” (art. 1.1, 2º párrafo). ¿Es la responsabilidad patrimonial de la Administración una de esas materias? Aunque la sucesión de textos nos pueda hacer dudar, hay que tener en cuenta que tradicionalmente se ha considerado excluida del ámbito de las obligaciones extracontractuales la responsabilidad derivada del ejercicio de poder público (en este sentido, el art. 1.2.c Propuesta EGPIL); 2) el Anteproyecto no hacía referencia alguna al daño nuclear en la lista de exclusiones, decisión acogida favorablemente por un sector de la doctrina (HAMBURG GROUP, 2003, pp. 6-9); ahora, la Propuesta excluye “las obligaciones contractuales que se derivan de un daño nuclear” (art. 1.2.f). En el Dictamen CES (p. 3) se justifica tal decisión por el hecho de que el ámbito de aplicación de los textos normativos que se ocupan de tales materias (principalmente, Convenio de París de 1960) se extiende más allá de la Comunidad.

Por otra parte, el Reglamento tiene un “carácter universal”, como anuncia el título del art. 2, esto es, sus normas uniformes de conflicto de leyes pueden referirse tanto a la Ley de un Estado miembro de la Unión como la de un Estado no miembro.

#### 4.3. Normas de conflicto

En la Propuesta, las obligaciones extracontractuales se dividen en dos categorías: a) las derivadas de un hecho delictivo (arts. 3-8), b) las derivadas de un hecho no delictivo, a saber, enriquecimiento injusto y gestión de negocios ajenos (art. 9), estableciéndose específicas normas

de conflicto para cada caso. A su vez, por lo que respecta a las primeras, tras establecerse una norma general (art. 3), se otorga a diversos supuestos específicos una norma de conflicto propia.

#### **a. Norma general: lugar de producción del daño**

El art. 3 opta por establecer como punto de conexión general el ya clásico del lugar de producción del daño, en el sentido de lugar donde se manifiesta, con independencia del lugar del hecho generador del daño o del lugar donde se producen las consecuencias “indirectas” del daño. Esta solución (lugar de manifestación del daño) se considera un equilibrio entre la aplicación del hecho generador y el derecho de opción de la víctima (Informe Propuesta, p. 12).

El Dictamen CES (p. 3) explica tal equilibrio: “la elección [del legislador europeo por la ley del lugar en el que se produce el daño] se justifica sobre la base de que se da prioridad a la protección de la parte que sufre el daño, sin descuidar completamente los intereses del autor del daño. Esto ocurriría si sólo se tuviera en cuenta el lugar de residencia habitual de la parte perjudicada. Tener en cuenta exclusivamente el lugar en que se produce el hecho generador del daño favorecería excesivamente al autor del daño, y no se atendería a las legítimas expectativas de protección de la parte que sufre el daño. Los esfuerzos del legislador por equilibrar los intereses de los afectados parecen aceptables desde este punto de vista”.

Realizada la opción por este punto de conexión, pues no se trata más que de eso, de una opción de política legislativa (en este sentido, *vid.* el Dictamen CES, p. 3, cuando afirma que “es tarea del legislador europeo establecer urgentemente un conjunto uniforme de normas en todos los Estados miembros. Esta es la tarea principal, e importa menos cuál de las soluciones planteadas se escoja. En la aplicación práctica hay que tener en cuenta que todos o muchos de esos criterios en la mayoría de los casos coinciden en la práctica. ... Por consiguiente, en la mayoría de los casos el conflicto para determinar el lugar es más bien teórico”), lo que parece más discutible es afirmar que la *lex loci delicti commissi* “corresponde también a la concepción moderna del Derecho de la responsabilidad civil y al desarrollo de los sistemas de responsabilidad objetiva” (Considerando 8 *in fine*; el Proyecto de Informe Wallis propone la supresión de la citada referencia [p. 7]).

Críticos también con el punto de conexión elegido por el legislador comunitario, AMORES/TORRALBA (2004, pp. 16-18), aduciendo que las justificaciones alegadas por la Comisión para justificarlo (la referida tendencia en el Derecho de daños, la responsabilidad objetiva,...) son discutibles pues la regla general sigue siendo la responsabilidad por culpa y la finalidad indemnizatoria es la resarcitoria. Además, continúan, tal localización “[r]ompe la – siempre deseable correlación entre Tribunal competente y Derecho aplicable”, “multiplica las leyes aplicables a un caso” y, en definitiva, “favorece una cierta “huida” a la cláusula de vínculos más estrechos”.

Puede resultar, no obstante, que la ley aplicable en virtud del art. 3.1 no sea apropiada por ser simplemente fortuita la vinculación con aquel ordenamiento. A tal efecto, se recogen dos excepciones: primero, la de la residencia habitual del causante y de la víctima, siendo ambas común (art. 3.2) y, segundo, la de aquel otro país que presenta “vínculos manifiestamente más estrechos” con la obligación extracontractual. Esta última cláusula debe ser utilizada de forma excepcional – se dice en el Informe Propuesta, p. 13 – dada la inseguridad jurídica que introduce. Sobre tal excepcionalidad está de acuerdo también el CES, que advierte que “habrá que velar por garantizar que esta cláusula de excepción no se emplee en casos concretos en los Estados

miembros que hasta ahora han aplicado la ley del lugar del hecho generador del daño para eludir el nuevo enfoque previsto por el legislador comunitario" (p. 3).

AMORES/TORRALBA (2004, p. 11) critican la ubicación sistemática del punto de conexión relativo a los vínculos más estrechos, pues consideran que, al encontrarse en el artículo dedicado a las normas generales y como última excepción, no alcanza a las reglas especiales.

La Propuesta EGPIL, en cambio, establece como criterio de localización principal el de los vínculos más estrechos (art. 3.1), criterio que es concretado a continuación mediante una serie de presunciones: p.e., si las partes tienen residencia común, ésta se considerará la legislación con la que la obligación presenta vínculos más estrechos (art. 3.2), en materia de derecho al honor, el lugar donde se produce el daño, que se presume, a su vez, que es el del domicilio habitual de la víctima (art. 4.a),...

### **b. Criterios especiales**

A continuación siguen en la Propuesta unos criterios especiales para los daños causados por productos defectuosos, derivados de la competencia desleal, relacionados con la intimidad y los producidos contra el medio ambiente y la propiedad intelectual. La razón de por qué para estos casos y no para otros se encuentra en que, según el Considerando 9º Propuesta, la norma general del art. 3 "no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en presencia".

Con independencia de la corrección u oportunidad de los criterios que a continuación se describen, el uso de tales categorías especiales ha sido criticado recientemente en el Proyecto de Informe Wallis, en el que se propone la supresión de los referidos a productos defectuosos, medio ambiente y competencia desleal (*rectius*, la ponente reubica una regla específica en el art. 3 por lo que a los productos defectuosos se refiere) así como la inclusión de un artículo, el 6 bis, dedicado a la "Acción sindical" (Proyecto de Informe Wallis, pp. 14-18). AMORES/TORRALBA (2004, pp. 19-21) consideran que no merecen un criterio especial la competencia desleal ni los derechos de propiedad intelectual e industrial; en cambio, sí que es necesario aquel criterio en los casos de daños a la personalidad (p. 21-25), medio ambiente (pp.25-27) y productos defectuosos (pp. 27-31).

#### **Productos defectuosos**

El art. 4 propone, por lo que a los daños por productos defectuosos se refiere, que la legislación aplicable sea la del lugar de residencia habitual de la víctima, siempre que el producto haya sido comercializado allí con el consentimiento del demandado ("*a menos que el demandado pruebe que el producto se comercializó en ese país sin su consentimiento*"). En tal caso, se aplicaría la ley de la residencia habitual del demandado.

Esta excepción es conocida como "cláusula de comercialización", diferente de la "cláusula de previsibilidad" prevista en el Convenio de La Haya de 1973 (sobre sus diferencias, *vid. ESTEBAN DE LA ROSA, 2000, pp. 4373-4376*). AMORES/TORRALBA (2004, p. 29) critican la exigencia del consentimiento prevista por el art. 4 y consideran que la formulación debería ser a la inversa.

La regla prescinde así de los puntos de lugar de producción del daño (sea el de realización de la acción, sea el de manifestación del daño), así como el lugar de adquisición (entendido como requisito único) por considerarse que tales localizaciones pueden ser fortuitas, poco relevantes o de difícil determinación (en este sentido, *vid. Dictamen CES*, p. 4). Con ello se quiere introducir un punto de equilibrio entre víctima y causante del daño, de tal forma que, en uso de la cláusula de comercialización antes aludida, se permite al demandado controlar el ámbito de su responsabilidad y saber qué ley puede regularla.

Si la víctima ha adquirido el producto en un país que no es su residencia habitual, se distinguen en el Informe Propuesta (p. 15) dos casos, según se comercialice o no también en aquel país el producto. En caso afirmativo, se aplicará la legislación del país de residencia habitual de la víctima; en caso negativo, la del domicilio del demandado.

En el Anteproyecto (art. 5), la regla propuesta era la del lugar de residencia de la víctima si coincidía también con o el del establecimiento principal del demandado o el país donde se había adquirido el producto. La remisión al lugar “donde se hubiere cometido el delito” cerraba el sistema.

No obstante, hay que tener presente que el régimen ahora descrito de la Propuesta lo es “[s]in perjuicio de los apartados 2 y 3 del art. 3” (art. 4), que, como sabemos, forman parte de las reglas generales (sobre los problemas, entonces, del orden de aplicación de los criterios, *vid. AMORES/TORRALBA*, 2004, p. 28). Quizás sea por ello que el Proyecto de Informe Wallis haya vuelto a cuestionar la necesidad de establecer un régimen especial respecto a la ley aplicable a los daños causados por productos defectuosos. En dicho Informe (pp. 14-15) se propone la supresión de tal regla especial por considerarse que los criterios generales también son válidos para la determinación de la ley en estos casos, si bien se especifica que para determinar si en un caso de responsabilidad por productos existen vínculos manifiestamente más estrechos con otro país “podrá tenerse en cuenta... el país o los países en que debía comercializarse o al que estaba directamente destinado un producto”.

Tradicionalmente, el ámbito de la responsabilidad por productos es uno de los que más ha ocupado la atención de doctrina y proyectos legislativos, quizás juntamente con el de los daños a los derechos de la personalidad. La variabilidad depende de qué elementos internacionales sean considerados relevantes en el supuesto de hecho. Algunos ejemplos: el EGPIL, en su [comentario](#) al Anteproyecto de 2002, propone que sea la ley del país de la residencia del causante del daño la que rija la pretensión, a no ser que la víctima opte por la de su residencia, la cual, a su vez, podrá ser excepcionada por el causante del daño si no pudo prever que el producto se comercializara allí; el HAMBURG GROUP (2003, pp. 15-18) opta por el lugar de comercialización a no ser que el de residencia sea común; AMORES/TORRALBA (2004, pp. 30-31) proponen que se aplique la legislación, primero, del lugar que hayan acordado las partes; en su defecto, la del país de comercialización si coincide con el de residencia habitual de la víctima; en su defecto, la del país de comercialización si coincide con el de adquisición del producto; y, finalmente, como cláusula de cierre, la cláusula general y la de vínculos más estrechos. En Derecho comparado se pueden también encontrar ensayos de otras reglas. Así, SYMEONIDES (2004, p. 268) propone una regla en la que diferencia la ley aplicable al régimen de responsabilidad de la aplicable al régimen de determinación de los daños. La primera queda en decisión, primero, del demandante y, si no lo hace, del demandado, que podrán optar por alguno de los siguientes lugares que determinarán la legislación

aplicable siempre que concurran dos (en el caso del demandante) o tres (en el caso del demandado): lugar del daño; domicilio o residencia habitual de la víctima; lugar de fabricación del producto; lugar donde se entregó el producto al primer adquirente y usuario final. La determinación de la ley que rige la cuantía de los daños, en el caso de que procedan, queda en poder del Juez. Según el citado autor, con esta regla se permite la previsión de la ley que se aplicará y con la intervención del juez se consigue equilibrar el régimen de responsabilidad y la indemnización resultante.

### Competencia desleal

El art. 5 propone que los daños derivados de actos de competencia desleal se rijan por la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos han sido afectados (o corren riesgo de serlo) de manera directa y esencial. Este criterio es tradicional en este sector y pretende garantizar la igualdad de trato de competidores nacionales y extranjeros (al respecto, *vid. Dictamen CES*, p. 4, donde se advierte, además, de la necesidad de concordar el punto de conexión de la Propuesta con el del art. 4.1 Propuesta Directiva sobre prácticas comerciales desleales [COM(2003) 356 final - 2003/0134 (COD)], en el que la ley aplicable es la del Estado miembro en el que esté establecido el comerciante, así como de la conveniencia de cambiar el título del artículo por el de “Competencia y prácticas comerciales desleales”, ciertamente parecido al recogido en el art. 6 del Anteproyecto, “Competencia y prácticas desleales”).

### Intimidad y derechos de la personalidad

Según el art. 6 Propuesta, los daños causados por violación al derecho a la intimidad y otros derechos de la personalidad se regirán por la ley aplicable que determina el art. 3. Ahora bien, en aquellos casos en los que, por aplicación del referido artículo, la ley resultante sea contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información, la ley de aplicación será la del foro (referencia que puede resultar reiterativa con el contenido del art. 22, como señala el Dictamen CES, p. 4).

El Anteproyecto (art. 6, titulado “*Difamación*”), en cambio, optaba por el lugar de residencia de la víctima en el momento de la comisión del hecho (también a favor de este criterio, AMORES/TORRALBA, 2004, pp. 22-23, por proporcionar una respuesta más adecuada pues coincide con el lugar del daño, al ser también el del centro de las relaciones sociales, económicas y personales, y permite dar una resolución coherente con la *lex fori*). No obstante, el lugar de residencia fue rechazado, según el Informe Propuesta (p. 19), por las importantes críticas recibidas al respecto, “por el hecho de que no es siempre fácil conocer la residencia habitual de las personalidades famosas” y para evitar un extraño efecto derivado de la interrelación entre las normas de competencia judicial y legislación aplicable por el cual el Tribunal del Estado del editor, competente para conocer del caso, lo condenara aplicando las leyes de la residencia de la víctima, incluso en el caso en que la acción delictual fuera conforme a la *lex fori*.

En el apartado 2º se establece que la ley aplicable relativa “al derecho de respuesta” o medidas equivalentes es la del país donde el editor tiene su residencia habitual.

El Proyecto de Informe Wallis propone un texto alternativo que difiere totalmente del de la Comisión (p. 17). En él se propone que tales daños se rijan por la ley del país en la que ocurran los “más significativos del daño”. No obstante, se prevé también el punto de los vínculos

manifestamente más estrechos, que se manifiestan a partir de factores tales como el país al que se destina la publicación, la lengua de la publicación o el volumen de ventas.

### **Medio ambiente**

El art. 7 Propuesta está dedicado a los daños contra el medio ambiente, los cuales se regirán por la ley “resultante de la aplicación del apartado 1 del art. 3”, esto es, la del país donde se produce el daño, “a menos que la persona perjudicada haya elegido basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”.

Uno de los principales problemas de este artículo es que no define qué entiende por “medio ambiente” (por ello, el Proyecto de Informe Wallis, pp. 10, 18-19, plantea la conveniencia de hacerlo, en el caso de que no prosperara su propuesta de suprimir el régimen especial y reconducirlos al general). La cuestión de la definición es importante y, partir de ella, AMORES/TORRALBA, 2004, pp. 25-27, consideran que la regla – con la opción que incorpora – está justificada en los casos de “daño puramente ecológico o daño medioambiental”, mas no cuando se trata de daños que han sufrido personas individuales o su patrimonio.

Sobre la responsabilidad civil en materia ambiental, *vid.* la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE L 143, 30 abril 2004, p. 56), que se refiere exclusivamente al daño medioambiental pues, como se establece en el Considerando 14, “[l]a presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños”.

Adviértase, por otro lado, en la concesión de un derecho de opción a la víctima, cuyo fundamento se encuentra en evitar que la ley resultante del lugar de manifestación del daño tenga un nivel de protección inferior a la del hecho generador (Informe Propuesta, p. 21), así como en “obligar [a los potenciales contaminadores medioambientales] a ocuparse con especial cuidado de la protección del medio ambiente” (Dictamen CES, p. 4). En el Anteproyecto (art. 8) tal opción no existía.

### **Propiedad intelectual**

Finalmente, el último supuesto que la Propuesta trata de forma especial es el relativo a los daños a los derechos de propiedad intelectual (art. 8), respecto de los cuales se establece la aplicación de la ley del país en el cual se reclama la protección. Este principio de territorialidad es habitual en este sector del ordenamiento (AMORES, 1995, pp. 737-739): “sería difícil justificar”, leemos en el Dictamen CES (p. 4) “por qué los frutos de la labor intelectual de un ciudadano extranjero habrían de recibir más o menos protección que los de un ciudadano de la UE”.

El Proyecto de Informe Wallis (p. 10) introduce en este punto una modificación, aunque no en el texto del artículo propuesto sino en el del Considerando que lo justifica, el 14. En él se añade que “[e]n el caso de daños cometidos por Internet o como resultado de radiodifusiones por satélite, la

ley aplicable debería ser la del país de recepción". El texto propuesto en dicho Proyecto de Informe es desconcertante: primero, porque no se incorpora modificación alguna en el texto normativo, esto es, en el artículo 8; y segundo, por la conjugación del verbo en condicional ("debería"), impropia de un texto legislativo y que provoca dudas sobre si la frase se trata de una afirmación o de un *desideratum*.

#### 4.4. Responsabilidad civil no delictual

El art. 9 constituye el artículo único de la Sección 2<sup>a</sup>, dedicada a las obligaciones extracontractuales derivadas de un hecho no delictivo: el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios. Según el art. 9.1, la ley de aplicación es la que regula la relación preexistente, siempre que la residencia habitual de las partes no sea común, en cuyo caso será ésta la aplicable (art. 9.2).

Estos criterios actúan como norma general y por ello deben ceder ante las reglas específicas que a continuación se señalan: en materia de enriquecimiento injusto, se aplicará la ley del país donde se produce tal enriquecimiento (art. 9.3; en contra de este criterio se manifiesta el Proyecto de Informe Wallis, pp. 20-21, pues se considera que tal localización puede ser fortuita, motivo por el que se propone la aplicación de la ley donde se han producido los hechos que han dado lugar al enriquecimiento [art. 9 bis.2]); en materia de gestión de negocios, la del país donde tiene su residencia habitual el dueño del negocio en el momento de la gestión (art. 9.4), a no ser que "la obligación extracontractual resultante de una gestión de negocios se produzca en beneficio de la protección física de una persona o de la protección de un bien corporal determinado", en cuyo caso es la ley de ese lugar la aplicable.

Siguiendo esta línea, el Dictamen CES (p. 5) propone a la Comisión que examine "la posibilidad... de practicar la neutralidad en materia de conflicto de leyes declarando aplicable la ley del lugar donde se gestiona el negocio".

A su vez, el texto vuelve a incorporar una excepción: cuando del conjunto de circunstancia se desprenda que la obligación extracontractual presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país (art. 9.5).

#### 4.5. Normas comunes

La Sección 3<sup>a</sup> del Capítulo II (arts. 10-17) está dedicada a una serie de "normas comunes" a ambos tipos de responsabilidad extracontractual, la delictual y la no delictual.

Así, en primer lugar, el art. 10 ("*Libertad de elección*") se ocupa de la posibilidad que las partes ejerzan su autonomía privada en materia de determinación de la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales (excepción hecha de los daños contra la propiedad intelectual; en contra de esta excepción, Proyecto de Informe Wallis, pp. 13-14, AMORES/TORRALBA, 2004, p. 15). Se trataría éste de un negocio de fijación, realizado mediante convenio posterior al nacimiento del

conflicto. La elección “*debe ser deliberada o resultar de manera clara de las circunstancias de la causa*” (art. 10.1).

Existen dudas interpretativas sobre el sentido de la expresión “circunstancias de la causa” pues, si comparamos las versiones de los diferentes textos, unas parecen referirse a la causa y otras al caso. Así, en el primer grupo encontraríamos las versiones española y la francesa (“*des circonstances de la cause*”); en el segundo, la inglesa (“*the circumstances of the case*”), la alemana (“*aus den Umständen des Falles*”) y la italiana (“*dalle circostanze del caso di specie*”). El anteproyecto exigía únicamente que la elección fuera “expresa”.

Aunque se exige que la elección sea realizada mediante “convenio *posterior* al nacimiento de su conflicto”, se ha apuntado la posibilidad de que tal determinación pueda también ser realizada *ex ante* cuando “exista una relación comercial independiente preexistente” (Proyecto de Informe Wallis, pp. 13-14; AMORES/TORRALBA, 2004, p. 14, también a favor de esta opción, que consideran útil – incluso más, a nivel práctico, que el convenio posterior – en los casos de complejas relaciones contractuales; en igual sentido, FERNÁNDEZ MASIÁ, 2003, §17). De hecho, el art. 11 Anteproyecto no se pronunciaba sobre el momento en que debía realizarse la opción, silencio que había sido interpretado por la doctrina en el sentido de admitir el convenio *ex ante* (FERNÁNDEZ MASIÁ, 2003, §20).

Otra cuestión que queda indeterminada en el artículo es la de saber quiénes son las partes que pueden realizar este convenio. De una primera lectura, puede concluirse que lo son la víctima y el causante. Más correctamente, los eventuales actores y demandados. Y si ello es así, la cuestión que se plantea es saber si posibles responsables subsidiarios o solidarios (p.e., el empresario por los daños causados por su trabajador) pueden realizar tal convenio.

Por otra parte, se establece que la elección no afecta a los derechos de terceros (Art. 10.1 *in fine*). La redacción actual parece mejorar la posible consecuencia que se derivaba de la redacción del Anteproyecto, en la que se establecía que la elección “no podrá afectar a los derechos de terceros”. De esta forma, en caso de afectación, no hace falta acudir a una nulidad parcial o reducción del negocio, como se debería hacer si hubiera prosperado esta redacción. En la actual, esta inoponibilidad deriva *ex lege*.

Ahora bien, la redacción inglesa parece indicar que no se ha producido tal cambio, pues establece simplemente que “*It may not affect the rights of third parties*”.

Finalmente, el apartado tercero se ocupa de evitar que la lección provoque la no aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario “cuando, en el momento del nacimiento de la obligación, todos los restantes elementos de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros de la Comunidad Europea”.

El art. 11 (“*Ámbito de la ley aplicable*”) relaciona las materias que quedan reguladas por la ley que ha resultado de aplicación. Tales materias son: a) las condiciones y alcance de la responsabilidad; b) las causas de exoneración, limitación y reparto de la responsabilidad; c) la existencia y naturaleza de los daños; d) las medidas que el Juez puede adoptar para garantizar la

prevención, el cese y la reparación del daño; e) la evaluación del daño; f) la transmisibilidad del derecho de reparación; g) las personas que pueden ejercitar la pretensión; h) la responsabilidad por actos de terceros; i) los modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y caducidad.

La referencia a las medidas para prevenir, hacer cesar y reparar el daño (letra d) plantea el problema de su calificación pues si se consideran, como es habitual, instrumentos procesales y no derechos sustantivos, deben regirse por la *lex fori* (en este sentido, Dictamen CES, p. 5).

El art. 12 (“*Leyes de policía*”) establece que las disposiciones imperativas de otro país diferente del de la ley que se aplica pueden ser aplicadas siempre que exista una situación de “estrecho vínculo”. A su vez, el apartado segundo permite la aplicación de las leyes de policía del foro.

Las leyes de policía hacen referencia a aquel conjunto normativo de un país que se considera esencial para su organización política, social o económica. El Juez aplica estas leyes antes incluso de saber cuál es la ley aplicable (Memoria Propuesta, p. 26). Una de las manifestaciones de cómo las leyes de policía se diferencian del orden público se da en que el juez, en este último caso, ha identificado la norma de aplicación, la cual decide, en concreto, no aplicar por ser contraria al orden público del foro (Memoria Propuesta, pág. 30).

El art. 13 (“*Normas de seguridad y de comportamiento*”) exige que, con independencia de la legislación que resulte de aplicación, se deberán tener en cuenta las normas sobre seguridad vigentes en el lugar y momento del hecho que causa el daño por el que se reclama. Algunos de los problemas que presenta este artículo son que, por una parte, no aclara en qué sentido deben tenerse en cuenta tales disposiciones, dado que no resultan de aplicación; por otra, vuelve a dejar abierta la determinación del lugar del hecho que genera la responsabilidad.

El art. 14 (“*Acción directa contra el asegurador del responsable*”) determina como ley aplicable a tal acción la misma que regula la obligación extracontractual, a no ser que la víctima haya elegido fundar sus pretensiones en la ley aplicable al contrato de seguro. Este artículo es uno de los pocos casos en los que se concede un derecho de opción a favor de la víctima, mas tal, limitada a la ley del contrato, no conduce a la localización de la legislación en lugar sorpresivo alguno para el asegurador. Quizás convendría preguntarse, a la inversa, si la referencia a la legislación que regula la obligación extracontractual es demasiado gravosa para la aseguradora. En este punto, la Memoria Propuesta (p. 27) considera que se ha introducido un “equilibrio razonable” entre los intereses de la víctima y las posibles regulaciones a aplicar.

Adviértase que la referencia a la ley que regula la obligación extracontractual supone que ésta ya ha sido determinada y que ha conducido a alguno de los puntos de los arts. 3-9 (lugar de producción del daño, residencia habitual, vínculos más estrechos,...), mas también a aquél elegido en virtud de la autonomía privada *ex art.* 10. Y en este caso, si hubieran optado por un ordenamiento en el que se reconoce tal acción directa, la aseguradora parece que deberá afrontar el pago y que no podrá alegar la limitación que el art. 10.3 realiza al hacer referencia a que dicha

elección no afectará a los derechos de terceros, pues la acción directa constituye una obligación para la aseguradora y un derecho para la víctima.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, como expone la Memoria Propuesta (p. 27), el alcance de la obligación del asegurador se rige por la ley aplicable al contrato de seguro. Pero, ¿qué se entiende por "alcance"? El contenido del contrato lo determinará: así, p.e., la determinación de la cuantía asegurada o cantidad máxima que deberá pagar. Mas, ¿también otros aspectos y circunstancias tenidos en cuenta a la hora de delimitar el riesgo – y con ello, la prima – como, p.e., que el accidente se produzca en territorio español o que se rija por la legislación española? Y es que no hay que olvidar que en la determinación de la prima se tiene en cuenta, aparte del riesgo asegurado, la legislación por la que se rige el contrato y las prestaciones de él resultantes. Y en este punto se pueden encontrar situaciones en las que esto quiebre. Una norma como la descrita puede provocar dos tipos de reacciones: una de orden económico, que supondrá un aumento de las primas; otra de orden contractual, que implicará la imposibilidad del asegurado y aseguradora de prever la legislación aplicable a la acción directa. Cuestión ésta importante porque la referencia a "acción directa" no es únicamente a la posibilidad de ejercitarse, sino también a su régimen sustantivo según el ordenamiento que ha sido llamado (en el caso español, art. 76 LCS), en el que destaca el tratamiento de las excepciones oponibles por la aseguradora contra quien reclama o las personas que pueden ejercitar la acción (perjudicado o herederos, en el caso español).

El art. 15 ("*Subrogación y pluralidad de autores*") establece en su primer apartado que en los casos en los que un tercero deba satisfacer o haya satisfecho el pago resultante de la obligación extracontractual, será la "ley aplicable a esta obligación del tercero" la que determinará si puede o no subrogarse en la posición que tenía el acreedor contra el deudor. Según la Memoria Propuesta (p. 28), el artículo se aplica principalmente a las relaciones entre la aseguradora y el autor del daño. Ahora bien, ¿se trata efectivamente de una "subrogación"? Parece que aunque el artículo se titule "subrogación" comprende también otras figuras con efectos parecidos, como puede ser el derecho de reembolso. Por ello, el artículo también está llamado a ser de aplicación en los casos de: 1) responsabilidad por hecho ajeno, 2) subrogación convencional, y 3) pago realizado por tercero.

Y tratándose de una subrogación convencional, entonces surge la duda de saber si ésta se regirá por el Convenio de Roma sobre obligaciones contractuales o si lo hará por la Propuesta de Roma II, caso de tener cabida en el art. 11.f (esto es, la ley aplicable a la obligación extracontractual determina "f) la transmisibilidad del derecho"). Al respecto, *vid.* HAMBURG GROUP, p. 47.

En el segundo apartado del artículo se establece que la misma regla (ley aplicable a la obligación del tercero) se dará en los casos de pluralidad de causantes y pago por uno de ellos de la obligación.

El art. 16 ("*Forma*") se ocupa de la ley que regula la forma exigible a actos jurídicos unilaterales relativos a obligaciones extracontractuales. Tal acto será reputado válido si se realiza según las exigencias previstas por la ley que se aplica a la obligación o por la del país donde se celebra el

acto. Reconociendo dos regulaciones, el legislador comunitario quiere ampliar las posibilidades de validez de actos relativos a obligaciones extracontractuales. *Vid.* que se predica únicamente respecto de la forma, no respecto ni del contenido ni de la capacidad.

Finalmente, el art. 17 (“*Prueba*”) permite que la ley relativa a la obligación extracontractual determine también la aplicación de presunciones legales o reparto la carga de la prueba. La norma es importante porque, en principio, las cuestiones vinculadas con la prueba se rigen por el derecho procesal regulado por la *lex fori*.

#### 4.6. Orden público del foro y comunitario

El Capítulo III, titulado “*Otras disposiciones*” (arts. 18-24) se ocupa, en primer lugar, de establecer una serie de asimilaciones respecto al territorio de un Estado (art. 18) y a la residencia habitual (art. 19); asimismo, excluye el reenvío (art. 20) y aclara el régimen legal a aplicar en los casos de Estados compuestos por varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, considerando a cada una de ellas como país a efectos de la determinación de la legislación aplicable (art. 21). Finalmente, establece que las disposiciones del Reglamento no afectarán la aplicación de los Convenios internacionales de los que formen parte los Estados miembros y que regulen los conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual (art. 25).

Ya hemos visto con anterioridad cómo los Convenios de la Haya de 1971 sobre accidentes de circulación y de 1973 sobre responsabilidad por productos son convenios de derecho aplicable que entrarían en la previsión del art. 25. El Proyecto de Informe Wallis (p. 27) propone, respecto de estos dos convenios, que “cuando todos los elementos relacionados con la situación en el momento en que se produzcan los daños estén localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea, las normas del presente Reglamento prevalecerán” sobre aquéllos (art. 25.1 bis).

De este Capítulo interesa destacar sus arts. 22 (“*Orden público del foro*”), 23 (“*Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario*”) y 24 (“*Daños e intereses no compensatorios*”). El orden público del foro constituye una forma de evitar la aplicación de la ley extranjera designada. Ahora bien, la mera diferencia entre el contenido del derecho que tiene que aplicarse y el del foro no determina *per se* la apreciación de la excepción de orden público, pues éste está integrado por principios y valores esenciales. Es más: el uso de esta excepción tiene carácter excepcional, como se desprende del requisito “manifiestamente incompatible” exigido por el art. 21.

Por otra parte, el concepto de orden público del foro no coincide con el de orden público comunitario ni tampoco con el internacional: p.e., aunque en un ámbito diferente al del Derecho de daños, la legítima supone una limitación a la disposición *mortis causa* en Derecho español y por ello constituye orden público, mas no así en Derecho inglés; el ejercicio conjunto de la patria potestad, al ser manifestación del principio de igualdad de sexos, constituye orden público comunitario (e internacional) (ejemplos tomados de FERNÁNDEZ ROZAS/ SÁNCHEZ LORENZO, 1999, p. 216). A fin de concretar en cierta medida qué constituye ese orden público a nivel comunitario, el Proyecto de Informe Wallis (p. 25) propone la adición de un nuevo párrafo al art.

22 según el cual "En particular, la aplicación de una disposición jurídica de cualquier país designada por el presente Reglamento podrá excluirse y/o podrá aplicarse la ley del foro si esta aplicación infringiera los derechos y las libertades fundamentales consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las disposiciones constitucionales nacionales y el Derecho humanitario internacional".

El art. 24 establece expresamente que la remisión a una ley en la que se permiten daños punitivos es contraria al orden público comunitario, previsión ésta que no estaba contemplada en el Anteproyecto. Adviértase que la técnica utilizada en este caso es la de una norma específica y no la posible utilización del orden público del foro (como ocurre en el caso alemán, art. 40.3 EGBGB). El artículo, según la Memoria Propuesta (p. 31), concreta el art. 23.1 3r apartado. El Dictamen CES (p. 6), donde se manifiesta compartir las razones de política legislativa que inspiran el texto, propone uno alternativo: "La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento no justifica el derecho a una prestación en la medida en que ésta sirva a fines distintos de los de una adecuada compensación de la parte dañada". Con ello se quiere evitar que una víctima no reciba una indemnización que, si bien puede ser considerada "aceptable... desde el punto de vista de los Estados miembros, [sea] inaceptable como compensación de daños ejemplares y punitivos". El Proyecto de Informe Wallis (p. 25), por su parte, considera en este punto que "suprimir la posibilidad de asignar daños e intereses ejemplares o punitivos como propone la Comisión en el artículo 24 va más allá del ámbito del presente Reglamento". Y con este entendimiento, propone una redacción del artículo en el siguiente sentido: "[l]a aplicación de una disposición jurídica designada por el presente Reglamento que conduzca a la asignación de daños e intereses no compensatorios, como los daños e intereses ejemplares o punitivos, PODRÁ considerarse contraria al orden público del foro" (énfasis añadido).

También AMORES/TORRALBA (2004, p. 17, nota 50 *in fine*) se muestran críticos con el art. 24, que la califican de "especialmente infeliz".

## 5. Bibliografía

Miguel A. AMORES CONRADI (1995), "Comentario al art. 10, apartado 9 del Código civil", en Manuel ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2º (Arts. 8 a 16), 2ª ed., EDERSA, Madrid, pp. 729-769.

Miguel A. AMORES CONRADI, Elisa TORRALBA MENDIOLA (2004), "XI tesis sobre el estatuto delictual", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* ([www.reei.org](http://www.reei.org)), nº 8, pp. 1-34.

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA (2000), "Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español", *Revista General de Derecho*, nº 667, pp. 4363-4390.

Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ (2003), "Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", *Actualidad civil*, nº 34, pp. 15-21, septiembre 2003.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, Sixto SÁNCHEZ LORENZO (1999), *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Civitas, Madrid.

Miguel GARDEÑES SANTIAGO (2000), "La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2000, pp. 159-183.

Julio GONZÁLEZ CAMPOS (1993), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed., Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid.

HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW (2003), "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", *RabelsZ Bd.* 67 (2003), p. 1-56. Disponible en [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_ii/max\\_planck\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/max_planck_en.pdf)

Antonio MARÍN LÓPEZ (2001), "El anteproyecto de convenio de obligaciones no contractuales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000-2001, pp. 385-412.

Guillermo PALAO MORENO (1997), "La ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en derecho internacional privado español", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 1793-1815.

Elisa PÉREZ VERA (coord.) (1998), *Derecho internacional privado*, vol. II, *Derecho civil internacional*, UNED, Madrid.

W. L. M. REESE (1974), "Explanatory Report", en CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Convention on the Law Applicable to Products Liability, Actes et documents de la*

*Douzième session* (1972), Tome III, Responsabilité du fait des produits, La Haye, pp. 252-273. Disponible en <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl22.pdf>.

ALBERTO SARAVALLE (1991), *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Studi e pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Cedam, Padova.

Symeon C. SYMEONIDES (2004), "Party Choice of Law in Product-Liability Conflicts", 12 *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution* 263 (2004).

Mathilde SUMAMPOUW (1996), *Les nouvelles Conventions de La Haye - leur application par les juges nationaux*, Tome V, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London.

Maria Elena ZABALO ESCUDERO (1991), "La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el derecho internacional privado español", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 43, pp. 75-107.