

El Reglamento «Roma II»: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

por

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO «ROMA II» Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL:
 1. IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA II» EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL DEL SIGLO XXI.
 2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO «OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES» EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
 3. IMPORTANCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
- II. PLURALIDAD DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.
- III. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES. RASGOS BÁSICOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»:
 1. CUESTIONES METODOLÓGICAS (I). «RECONOCIMIENTO MUTUO» *VERSUS* «NORMAS DE CONFLICTO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II».
 2. CUESTIONES METODOLÓGICAS (II). LEY DEL «ESTADO DE ORIGEN» *VERSUS* «LEY DEL ESTADO DE DESTINO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II».

3. PERSPECTIVA CONFLICTUAL.
 4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO «ROMA II».
 5. CARÁCTER *ERGA OMNES* DEL REGLAMENTO «ROMA II».
 6. ORDEN PÚBLICO DEL FORO. DAÑOS PUNITIVOS.
- IV. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES. REGLAMENTO «ROMA II» Y OTROS INSTRUMENTOS LEGALES.
- V. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- VI. REGLAMENTO «ROMA II». REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES.
- VII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES:
1. FUNDAMENTO DE LA CONEXIÓN «AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL».
 2. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES. REQUISITOS.
 3. ELECCIÓN DE LEY EN RELACIÓN CON LOS CASOS «MERAMENTE INTERNOS» Y CASOS «COMPLETAMENTE COMUNITARIOS».
- VIII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN DE LAS PARTES.
- IX. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DEL LUGAR DONDE SE PRODUCE EL DAÑO (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*):
1. EL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*: LA HERENCIA DE LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES.
 2. JUSTIFICACIÓN DEL PUNTO DE CONEXIÓN *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*.
 3. DETERMINACIÓN DEL «TERRITORIO DEL ESTADO».
 4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*.
 5. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS A DISTANCIA».
 6. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS MOSAICO».
 7. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «DAÑOS INDIRECTOS».
 8. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «VÍCTIMAS INDIRECTAS».
 9. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y DAÑOS VERIFICADOS A BORDO DE BUQUE O AERONAVE O EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL.
- X. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. CLÁUSULA DE ESCAPE:
1. FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE.
 2. OPERATIVIDAD EN CASOS EXCEPCIONALES.
 3. MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE Y «CONEXIÓN ACCESORIA».
 4. CLÁUSULA DE ESCAPE Y DAÑOS VERIFICADOS EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL.
- XI. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE.
- XII. REGLAMENTO «ROMA II». CUESTIONES PARTICULARES:
1. ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE.
 2. SUBROGACIÓN.

3. RESPONSABILIDAD MÚLTIPLE.
4. VALIDEZ FORMAL.
5. PRESUNCIONES LEGALES Y CARGA DE LA PRUEBA.
6. MEDIOS DE PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES.

XIII. ACTOS VERIFICADOS EN INTERNET. LEY APLICABLE.

XIV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO «ROMA II» Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

1. IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA II» EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL DEL SIGLO XXI

1. El Diario Oficial de la Unión Europea, Ley 199/40, de 31 de julio de 2007, recoge el texto del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»). Dicho instrumento legal constituye un elemento de singular relevancia para el Derecho Internacional Privado español del siglo XXI. Dicho instrumento legal ha comportado un cambio radical en el régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. Tras el 11 de enero de 2009, la Ley aplicable a la mayor parte de los supuestos relativos a las obligaciones extracontractuales se fijará con arreglo a las normas de conflicto contenidas en este Reglamento «Roma II» (1).

2. El aterrizaje del Reglamento «Roma II» en el Derecho Internacional Privado español reviste una gran importancia. Las obligaciones extracontractuales constituyen una materia objeto de eterna polémica, en la que nada es lo que parece. Se trata de un sector de extraordinaria importancia práctica y económica. Un sector que se ha convertido, además, en una *vedette* académica, ambiente idóneo para la renovación y para el *New Learning* metodológico en Derecho Internacional Privado. En el presente estudio se recogerá, exclusivamente, un análisis sucinto de las reglas generales que contiene dicho Reglamento «Roma II» para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Quedan fuera de esta contribución las reglas específicas que contiene el Reglamento «Roma II», y que son las que siguen: a) *Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (art. 5 del Reg. «Roma II»); b) *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre*

(1) A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado: el Reglamento «Roma II»*, Comares, Granada, 2008.

competencia (art. 6 del Reg. «Roma II»); c) *Daño medioambiental* (art. 7 del Reg. «Roma II»); 4.º *Infracción de los derechos de propiedad intelectual* (art. 8 Reg. «Roma II»); 5.º *Acción de conflicto colectivo* (art. 9 del Reg. «Roma II»); 6.º *Enriquecimiento injusto* (art. 10 del Reg. «Roma II»); 7.º *Gestión de negocios ajenos* (art. 11 del Reg. «Roma II»); 8.º *Culpa in contrahendo* (art. 12 del Reg. «Roma II»).

2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO «OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES» EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3. A efectos del Derecho Internacional Privado, la expresión «obligaciones no contractuales» u «obligaciones extracontractuales» designa el conjunto de todas aquellas obligaciones que no derivan ni de contrato (art. 1.089 CC) ni de cualquier otra institución jurídica, como los alimentos, matrimonio, filiación, derechos reales, etc. A partir de este dato, pueden subrayarse diversos aspectos sobre este concepto:

1.º *Heterogeneidad de la categoría «obligaciones extracontractuales»*. Al tratarse de una categoría jurídica «residual» (= que se define negativamente, por exclusión), las obligaciones extracontractuales comprenden una gama muy heterogénea de situaciones jurídicas. En efecto: existe una pluralidad de conductas a las que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de una «obligación» y de una responsabilidad jurídica, al margen de un contrato y de cualquier otra institución jurídica. Ejemplos: son supuestos de «obligaciones extracontractuales», asuntos y cuestiones tan dispares como la vulneración del derecho a la intimidad de las personas físicas, las lesiones corporales, los daños causados al medio ambiente, los perjuicios derivados de los productos, los accidentes de circulación por carretera, la colisión de buques, el uso ilícito del nombre ajeno, los daños informáticos, la promesa de pública recompensa, los actos de competencia desleal, el enriquecimiento injusto, etc.

2.º *Derecho de daños y obligaciones extracontractuales*. En realidad, las obligaciones extracontractuales comprenden dos grupos de obligaciones: a) Las obligaciones derivadas de «daños producidos a terceros»: accidentes de circulación, contaminación del medio ambiente, delitos, agresiones contra la propiedad ajena, etc. El actual «Derecho de daños», desarrollo de la tradicional y romana «responsabilidad aquiliana», constituye el núcleo duro de las obligaciones extracontractuales. Debe indicarse que el moderno Derecho de daños es, en realidad, una creación legal del siglo xx (= *Tort Law*) (D. McCLEAN & K. BEEVERS) (2). El anterior Derecho de daños, marcado por

(2) D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 367.

la doctrina canónica, reposaba sobre la idea de que ciertos comportamientos son reprobables en sí mismos, por lo que la responsabilidad civil surge sólo cuando hay daño y cuando ha intervenido culpa del sujeto: «*se paga porque se ha pecado*» (= *punitur, quia peccatum est*) (L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS) (3). Y si se ha producido un daño pero no hay culpa del sujeto causante del daño, pues no hay «pecado» y no hay, por lo tanto, responsabilidad civil, dado que es un hecho que, simplemente, ha ocurrido por voluntad divina. Todo esto cambia en el siglo XIX y XX. El actual Derecho de daños es necesidad derivada de la mecanización de la vida actual, de la velocidad cotidiana de todas las cosas, de los actos jurídicos en masa, de la industrialización de la sociedad, de la cultura del sector terciario y de la multiplicación de las transacciones económicas, como ha puesto de manifiesto la doctrina española (F. REGLERO CAMPOS, L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS) (4). Estas circunstancias aconsejan que el ordenamiento jurídico establezca una responsabilidad objetiva y limitada. Es curioso constatar que un sistema de responsabilidad objetiva conduce a los prestadores de servicios a encarecer sus productos, pues deben asegurar sus actividades con empresas de seguros. Al final, el consumidor y la víctima de los daños, los paga por adelantado en forma de «incremento de precio»; b) Las demás obligaciones establecidas en la Ley al margen de cualquier otra institución legal pero que no derivan de hechos ilícitos ni de daños: enriquecimiento sin causa, obligaciones unilaterales no contractuales y gestión de negocios ajenos.

3.º) *Obligaciones que no nacen de contrato y sujetas a reglas propias.* Como antes se ha indicado, no deben considerarse como «obligaciones extracontractuales» a efectos del DIPr., aquellas obligaciones que derivan directamente de una relación jurídica preexistente entre las partes. Tales obligaciones, ciertamente, no derivan de «contrato». Pero derivan de otras instituciones o relaciones jurídicas, por lo que están sujetas a las normas de DIPr. que regulan tales relaciones (CH. VON BAR, J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, G. BALLADORE PALLIERI) (5). Ejemplo 1: la obligación de conservación de la «cosa común» que deriva del derecho real de «propiedad», es una obligación que no nace de contrato, pero debe regirse por las normas de DIPr. que rigen los derechos reales y no por las normas de DIPr. previstas para la categoría de las obligaciones ex-

(3) L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1995, págs. 591-657, esp. pág. 592.

(4) F. REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2003; L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, 1999; E. ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002.

(5) CH. VON BAR, «Negligence, Damage to property and purely economic losses», en *RabelsZ.*, 1992, págs. 410-442; J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, *Droit International Privé*, Dalloz, 15.ª ed., 2005, págs. 129-133, esp. pág. 130; G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto internazionale privato», en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. pág. 352.

tracontractuales (M. A. AMORES CONRADI) (6). Ejemplo 2: la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el tutor es una obligación que no nace de contrato, pero debe quedar sujeta a las normas de DIPr. que rigen la tutela y no a las normas de DIPr. previstas para las obligaciones extracontractuales (M. ESLAVA RODRÍGUEZ) (7). En suma, la denominación «obligaciones extracontractuales» no es exacta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA) (8), pero ha acabado por imponerse en legislación, jurisprudencia y doctrina. El empleo de esta denominación debe realizarse *cum grano salis*, y con las limitaciones intrínsecas de este concepto.

3. IMPORTANCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4. Como antes se ha avanzado, las obligaciones extracontractuales constituyen uno de los sectores más relevantes del DIPr. del siglo XXI. Ello se debe, principalmente, a dos fenómenos. Primero, a que la responsabilidad civil ha sido y es uno de los contextos de renovación teórica más importantes del DIPr. para el desarrollo del *New Learning* (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (9). Y segundo, a los caracteres singulares de las obligaciones extracontractuales en el comercio internacional actual, que sumariamente reseñados, son los siguientes (T. BALLARINO, M. BOGDAN, F. K. JUENGER) (10):

1.º) *Muy frecuente carácter internacional*. En la actualidad, resulta habitual que las obligaciones extracontractuales presenten un «carácter internacional». Explicación: las actividades de las empresas, de los Estados, y de las

(6) M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc.Min. Justicia*, 1991, págs. 127-130; Id., «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, esp. pág. 212.

(7) M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2007, 8.ª ed., págs. 535-591, esp. págs. 536-539.

(8) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. págs. 223-224; M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEL*, 2004, págs. 1-34, esp. págs. 3-6, con excelentes desarrollos sobre la cuestión.

(9) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé. Tome II. Partie spéciale*, Presses Universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 362-428, esp. pág. 362.

(10) T. BALLARINO, «Questions de droit international privé et dommages catastrophiques», en *RCADI*, 1990-I, vol. 220, págs. 289-388, esp. págs. 299-312; M. BOGDAN, «Aircraft accidents and the conflict of laws», en *RCADI*, 1988, vol. 208, págs. 9-168, esp. págs. 13-19; F. K. JUENGER, «Mass Disasters and the Conflict of Laws», en *University of Illinois Law Review*, 1989, págs. 105-128.

personas físicas, consumidores, y profesionales, traspasan habitualmente las fronteras de los Estados. La actividad económica se vuelve «transnacional» debido al desarrollo de la tecnología y a la apertura jurídica de los mercados nacionales. Los viajes internacionales de negocios son muy habituales. El turismo transfronterizo también. Y naturalmente, a mayor actividad transnacional, mayor probabilidad existe de que surjan obligaciones extracontractuales de «carácter internacional». Obligaciones respecto de las cuales es preciso fijar la competencia internacional de los tribunales y autoridades para conocer de dichas reclamaciones y la Ley reguladora de tales obligaciones. La deslocalización de empresas y de la producción industrial comporta un incremento espectacular de obligaciones extracontractuales de carácter internacional. Ejemplo: la inmensa mayoría de los automóviles y ordenadores que se venden y comercializan en España no están fabricados en España y/o contienen componentes fabricados en China, Corea, Singapur, Malasia, Taiwan, Indonesia y otros lejanos países. Si tales artefactos causan daños a consumidores y clientes que adquieren los mismos en España, se suscitarán serios problemas «internacionales» de responsabilidad civil extracontractual.

2.º) *Extrema complejidad técnica*. Es difícil encontrar hoy día casos sencillos de obligaciones extracontractuales. Los casos internacionales de responsabilidad civil extracontractual son muy complejos. Esta complejidad deriva de varios factores: a) *Son casos que presentan «conexiones» con multitud de países*. Así ocurrió con el famoso caso del «agente naranja». Como explica muy bien M. A. AMORES CONRADI, el «agente naranja» fue un producto herbicida que se empleó en los años sesenta y setenta del pasado siglo por las fuerzas armadas de los Estados Unidos en Vietnam, Laos y Camboya, y causó gravísimos daños a soldados norteamericanos y a los familiares de éstos, daños que se manifestaron años después en Estados Unidos. El «agente naranja» había sido fabricado en USA, Canadá y Alemania (11). Este problema se reprodujo en los años noventa del pasado siglo bajo el nombre del conocido «Síndrome de la Guerra del Golfo»: más de 2.000 veteranos de la I Guerra del Golfo demandaron a más de veinte empresas alemanas que fabricaron gases tóxicos que se utilizaron, al parecer, por el ejército iraquí en el desierto de Kuwait e Iraq (*Diario El País*, 4 de enero de 1995, pág. 18); b) *Son casos que muestran una enorme complejidad técnica*. El progreso de la tecnología hace que los aparatos y artefactos que emplean los humanos sean artefactos compuestos por millones de piezas articuladas y en los que se cruzan diseños muy distintos. Ejemplo 1: determinar la causa técnica concreta que provoca un accidente de aviación es todo un desafío. Ejemplo 2: el naufragio y hundimiento del buque

(11) M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, esp. págs. 226-227.

Prestige en 2002 en las costas gallegas ha suscitado enormes dudas sobre la verdadera causa de los daños causados en las costas españolas y francesas por el cargamento de fuel de dicho buque, ya que se dudaba de la responsabilidad del capitán, de la compañía armadora, de los políticos que ordenaron el alejamiento del buque de la costa en un momento crítico, de la compañía que había reparado el buque en China y de la que lo había inspeccionado en Letonia y San Petersburgo...

3.º) *Carácter plurilocalizado de tendencia mundial.* Con una altísima frecuencia se observan casos de obligaciones extracontractuales que afectan a numerosos países y a millones de personas al mismo tiempo (= son «ilícitos de masas»). Ejemplo: el reactor nuclear de la planta de Chernobyl sito cerca de Pripyat, en la entonces URSS y actual Ucrania, explotó el 26 de abril de 1986 a las 01:23:40 a.m. La explosión lanzó a la atmósfera una nube radioactiva que alcanzó toda Europa del Norte, Suiza, Francia e Italia del norte y a todos los países del Este de Europa (Bielorrusia, Ucrania, Polonia, países bálticos, etc.). La nube contaminante alcanzó también la costa noreste de los Estados Unidos de América. Más de veinte años después el 40 por 100 del suelo de la UE sufre altas dosis de contaminación radioactiva (*Diario El País*, 16 de abril de 2006, pág. 4). Determinar la competencia judicial de los tribunales y la Ley reguladora de estos hechos resulta sumamente complejo.

II. PLURALIDAD DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES EXTRA-CONTRACTUALES

5. Es necesario tener muy presente la multiplicidad de normas de DIPr. para determinar correctamente cuál es la norma de conflicto aplicable a un concreto litigio de obligaciones extracontractuales. Las normas españolas de DIPr. más relevantes para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son las que siguen.

6. a) *Reglamento (CE) 864/2007 de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»).* El texto más significativo para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II») (12). Varios datos previos deben siempre tenerse presentes en torno a este Reglamento:

1.º) El Reglamento «Roma II» señala la Ley aplicable a la mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales

(12) DOUE, Ley 199/40, de 31 de julio de 2007.

les. Pero el Reglamento «Roma II» no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros. Y ello por varios motivos: *a)* Algunos textos legales internacionales que determinan la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o que establecen un régimen jurídico material uniforme, prevalecen sobre el Reglamento «Roma II» y lo hacen inaplicable a algunas categorías específicas de obligaciones extracontractuales. Ejemplos: responsabilidad por daños causados por vertidos de hidrocarburos en el mar, responsabilidad por daños nucleares, responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera, etc.; *b)* En otros casos, el Reglamento «Roma II» no regula algunos tipos particulares de obligaciones extracontractuales y deja la determinación de la Ley aplicable a tales supuestos en manos de las normas de producción interna de los Estados miembros. Ejemplo: Ley aplicable a la vulneración del derecho a la intimidad, honor y propia imagen [art. 12.2.g) del Reg. «Roma II»].

2.º) El Reglamento «Roma II» es el fruto de un muy complejo proceso de elaboración normativa (vid. Propuesta de la Comisión de 22 de julio de 2003 en DOC COM 2003 427 final y Dictamen del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2005). El Reglamento «Roma II» es otro fruto más de la «comunitarización del DIPr.» (art. 65 TCE) y constituye el primer texto con «normas de conflicto uniformes» elaborado tras el Tratado de Ámsterdam de 1997 con encaje en el artículo 65 TCE. No obstante, los primeros pasos para la unificación del DIPr. en materia de obligaciones extracontractuales en la Comunidad Europea se dieron ya hace muchos años (J. L. IGLESIAS BUHIGUES, J. FOYER, M. GIULIANO, P. LAGARDE, O. LANDO) (13).

3.º) El Reglamento «Roma II» es irretroactivo. Se aplica exclusivamente a los «hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor» (art. 31 del Reg. «Roma II»). Lo relevante no es el momento en el que se verifica el «daño», sino el momento en el que tiene lugar el «hecho» generador del daño. Ejemplo: es relevante el momento en el que se produce

(13) J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Las obligaciones extracontractuales en el anteproyecto de convenio CEE y en el derecho conflictual español», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor A. Miaja de la Muela*, vol. II, Madrid, 1979, págs. 1123-1245; J. FOYER, «L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles», en *JDI Clunet*, 1976, vol. 103, págs. 555-652; P. LAGARDE, «Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *TCFDIP*, 1971-1973, págs. 147-201; 42; O. LANDO, «The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation», en *RabelsZ*, 1974, págs. 6-55. El trabajo de M. GIULIANO, «Expertise de droit international privé. Partie A: La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles», (juillet 1970), en *Consiglio nazionale del notariato. La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 1983, págs. 459-495, es un texto magistral sobre la Ley aplicable a las obligaciones en DIPr.

un vertido contaminante en un río a su paso por España y no el momento en el que un sujeto que se baña en el río a su paso por Portugal resulta dañado en su persona y/o bienes. El Reglamento «Roma II» se aplica íntegramente a partir del 11 de enero de 2009 (art. 32 del Reg. «Roma II»).

7. b) *Otros textos de Derecho Internacional Privado*. Existen también otras normativas contenidas en Convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales. Los textos legales vigentes para España más destacables son los que siguen:

1.º) *Abordaje marítimo*. Se aplica el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje de 23 de septiembre de 1910.

2.º) *Daños causados por aeronaves*. Rige el Convenio de Roma sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952.

3.º) *Accidente nuclear*. Se aplica el Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia nuclear, de 29 de julio de 1960, modificado por diversos Protocolos los años 1964, 1982 y 1991.

4.º) *Daños causados por la contaminación del mar por hidrocarburos*. Rige el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 enmendado por el Protocolo de 27 de noviembre de 1992. También debe considerarse el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971, relativo a la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización por los daños causados por la contaminación de hidrocarburos.

5.º) *Limitación de la responsabilidad derivada de reclamaciones de Derecho marítimo*. Se aplica el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones por Derecho marítimo hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, enmendado por el Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996.

6.º) *Responsabilidad en casos de Derecho aéreo*. Rige el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929 y el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999.

7.º) *Responsabilidad civil no contractual en el ámbito del Derecho de transporte por carretera y ferrocarril*. Rigen los siguientes instrumentos legales: Convenio de Ginebra, relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) de 19 de mayo de 1956; Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 13 de diciembre de 1974; Convenio de Berna relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980.

10.º) *Accidentes de circulación por carretera*. Se aplica el Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971.

11.º) *Responsabilidad por productos*. Rige el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.

8. c) *El artículo 10.9 del Código Civil*. El artículo 10.9 del Código Civil no ha sido derogado por el Reglamento «Roma II». Por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. Dicho precepto designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento «Roma II» ni por otros Convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Por otro lado, visto que ciertas Comunidades Autónomas españolas disponen de normas sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el artículo 10.9 del Código Civil designa la Ley aplicable a los casos Derecho interregional de obligaciones extracontractuales (art. 16 CC) (SAP de Girona, de 5 de marzo de 2007 [accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán]).

III. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES. RASGOS BÁSICOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»

9. La literatura jurídica especializada sobre el Reglamento «Roma II» es muy abundante. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ciertas contribuciones relativas a dicho Reglamento «Roma II» se han redactado sobre alguna de las diversas «propuestas de Reglamento» que han circulado durante el período 2001-2007. Por tanto, algunas de ellas no reflejan el estado real del Reglamento «Roma II», tal y como se ha aprobado y publicado oficialmente en el DOUE, pues hubo diversas «Propuestas de Reglamento» y las diferencias entre éstas y el texto, finalmente aprobado, son notables. En todo caso, los estudios sobre el Reglamento Roma permiten extraer sus principales rasgos básicos (14).

(14) Vid, *inter alia*: AA.VV., en A. MALATESTA (ed.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Cedam, Padova, 2006; J. BASEDOW, «European Private International Law of Obligations and Internal Market Legislation - A Matter of Coordination», en AA.VV., *Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, Munich, Sellier, 2006, págs. 13-24; J. BASEDOW, «Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations», en *RabelsZ*, 2003, págs. 1 y sigs.; A. BORRÁS, «Puesta en marcha de los trabajos para la elaboración de un Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales («Roma II»), en

1. CUESTIONES METODOLÓGICAS (I). «RECONOCIMIENTO MUTUO» *VERSUS* «NORMAS DE CONFLICTO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II»

10. La perspectiva metodológica acogida por el Reglamento «Roma II» reviste una extraordinaria importancia que exige el análisis de ciertos aspectos.

REDI, 1998-2, págs. 298-300; Id., «Reunión del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (Luxemburgo, 25-27 de septiembre de 1998)», REDI, 1998-2, págs. 296-297; N. BOUZA VIDAL/M. VINAIXA MIQUEL, «La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos, propuesta de regulación europea y Derecho Internacional Privado», en AEDIPr, 2003, págs. 75 y sigs.; C. BRIERE, «Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement “Rome II” et les conventions internationales», en JDI Clunet, 2005-3, págs. 677-694; C. BRIÈRE, «Le règlement (CE), núm. 864/2007, du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”)», en JDI Clunet, 2008, págs. 31-74; A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Daños al medio ambiente y regla de la ubicación en el artículo 8 del futuro Reglamento de “Roma II”», en InDret, 2006-3; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2006; A. DI MAJO, «Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo», en *Europa e diritto privato*, 2006, págs. 19-33; M. FALLON, «Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», en ERPL, 1999, págs. 45-68; E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, «Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en AC, 2003, núm. 34; P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir.: A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007; 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», en *RabelsZ*, pág. 1 y sigs.; N. HOFFMANN, *Die Koordination des Vertrags - und Deliktsrecht in Europa, eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Kollisionsrecht, Sachrecht und zum UN-Kaufrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «La cooperación judicial en materia civil», en *Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, núm. 5, 2001, págs. 47-58; GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1998), «Commentaire sur la Proposition pour une Convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», Luxemburgo (<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>); K. LANHE-CHALA, «Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño», en REDI, 2006, págs. 331-341; G. LÉGIER, «Le règlement “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», en *La semaine juridique - Edition générale*, I 207 (21 novembre 2007), pág. 14 y sigs.; L. DE LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Uma primeira apreciação do Regulamento comunitário “Roma II”», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir.: A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 9-44; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, «La Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento “Roma II”», en *Gaceta Jurídica*, núm. 235, 2005, págs. 23-43; D. LÜCK, *Neuere Entwicklungen des deutschen und europäischen internationalen Deliktsrechts*, Hamburg, Kovar, 2006; A. MALATESTA, «La legge applicabile agli incidenti stradali nella proposta di Regolamento (CE) “Roma II”», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2006, págs. 47-66; M. MARTÍN CASALAS, «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», en InDret, 2006, núm. 284; C. NOURISSAT/E. TREPPOZ, «Quelques obser-

11. a) *El problema de la diversidad de legislaciones en la UE como obstáculo a las libertades comunitarias.* Algunos expertos consideran que la diversidad de Leyes en los diferentes Estados miembros de la UE en relación con las obligaciones extracontractuales crea un obstáculo a la libre circulación y a la libre prestación de servicios, obstáculo prohibido por el Derecho Comunitario. Ejemplo: si el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de los daños causados por los productos es diferente en cada Estado miembro, los prestadores de servicios ven penalizada su situación legal, ya que si fabrican determinados productos con destino a diferentes Estados miembros, estarán sujetos a diferentes legislaciones sobre responsabilidad civil por productos y ello perjudica su «libre prestación de servicios» y dañaría el correcto funcionamiento del mercado interior (= deben ajustarse a distintos sistemas jurídicos, uno por cada Estado miembro, lo que, en cierto modo, «penaliza» su actividad económica internacional, pues la «encarece»).

12. b) *Primera opción: el principio del «mutuo reconocimiento».* Ciertos expertos indican que la solución al anterior problema descansa en el principio del «mutuo reconocimiento» o «principio del Estado de origen»: las obligaciones extracontractuales deberían regirse por la Ley del Estado en el que está radicado el prestador de servicios cuya responsabilidad civil se reclama. Este principio consiste en que una situación legalmente existente en un Estado miembro debe ser reconocida y admitida como legalmente existente en los demás Estados miembros (G. DE BAERE, S. BARIATTI, S. GRUNDMANN, M. AUDIT, M. LEISTNER, A. MALATESTA) (15). En torno a esta tesis cabe apuntar varios datos:

vations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II"», en *JDI Clunet*, 2003, págs. 7-32; G. PALAO MORENO/L. PRATS ALBENTOSA/M. J. REYES LÓPEZ (coords.), «Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del Anteproyecto de propuesta de Reglamento "Roma II")», en *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, 2003, págs. 271-299; F. POCAR, «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», en *RCDIP*, 1996, págs. 41-65; W.H. ROTH, «Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht», en *IPRax*, 2006, págs. 338-347; J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento "Roma II"», en *Indret*, 2005; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")», en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, dir. A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Ptaut, Paris, 2004, pág. 192 y sigs.; G. WAGNER, «Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktgerichtstand», en *IPRax*, 4/2006, págs. 372-390; G. WAGNER, «Die neue Rom-II-Verordnung», en *IPRax*, 2008, págs. 1-17; R. J. WEINTRAUB, «Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility», en *RDIPP*, 2005, págs. 561-572.

(15) Explican muy correctamente este principio, entre otros, G. DE BAERE, «Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004,

1.º) El principio del mutuo reconocimiento se basa en una técnica clásica del DIPr.: el «conflicto de sistemas». Que significa lo siguiente: no es relevante la Ley que se haya aplicado a la situación o institución jurídica (E. JAYME/CH. KÖHLER) (16), porque cualquiera que sea dicha Ley aplicada, la situación legalmente creada y existente en un Estado miembro, se considerará válidamente existente en los demás Estados miembros. Por tanto, la cuestión de la Ley aplicable se desvanece y desaparece y no debe ser resuelta mediante «normas de conflicto». En efecto, la situación jurídica legalmente existente en un Estado miembro, simplemente, se exporta «tal cual» a los demás Estados miembros, sea cual fuere la Ley estatal que se aplicó a dicha situación jurídica en el Estado miembro de origen. Ello evita situaciones jurídicas claudicantes (= *situation boiteuse*). Como subraya D. HENRICH, el método *Anerkennungsprinzip* - *Mutual Recognition* es un método totalmente diferente al clásico método decimonónico *made by Savigny* (17). Ahora bien, como ha indicado P. LAGARDE, la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a una situación privada internacional es una *question irréductible* (18). Y es irreductible porque, cuando una situación privada internacio-

págs. 287 y sigs.; S. BARIATTI, «The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)», en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, pág. 19 y sigs.; ID., «La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato», en *RDIPP*, 2005, págs. 5-24; S. GRUNDMANN, «Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order», en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, págs. 5-25; M. AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», en *JDI Clunet*, 2006, pág. 1333 y sigs.; M. LEISTNER, «The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle», en *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future*, dir. J. Drexler/A. Kur, Oxford, 2005, pág. 177 y sigs.; A. MALATESTA, «Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?», en *RDIPP*, 2007, págs. 293-312.

(16) E. JAYME/CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», en *IPRax*, 2001, págs. 501-512, esp. pág. 502, que subrayan que, igualmente, resulta indiferente, salvo vulneración del orden público internacional, la Ley aplicada por el juez de origen en el marco de un sistema moderno de reconocimiento de decisiones judiciales, como el recogido en el Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000.

(17) D. HENRICH, «Anerkennung statt IPR. Eine Grundsatzfrage», en *IPRax*, 2005, págs. 422-429, cuyas tesis comparte E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», en *RDIPP*, 2006, págs. 353-360, esp. pág. 355.

(18) P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», en *RebelsZ*, 2004, págs. 225-243, esp. pág. 229: «La question des conflits de lois est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l'occasion d'un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable».

nal se «crea» o se «constituye», es preciso aplicar, en todo caso, una Ley estatal. Dicha Ley estatal se determina con arreglo a las normas de conflicto del Estado miembro «de origen» de la situación jurídica (= capitulaciones matrimoniales, nombre de las personas, sociedad mercantil, etc.).

2.º) El principio del mutuo reconocimiento no se encuentra recogido en el TCE y el TCE no impone dicho principio como mecanismo para el correcto funcionamiento del mercado interior. Es sólo un principio aplicativo del Derecho Comunitario creado por el TJCE en un ejercicio muy notable de «desarrollo judicial» del Derecho Comunitario (STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [conocida como «*Cassis de Dijon*»]), asunto 120/78, *Rec.*, pág. 649 y sigs.) (19).

3.º) El origen real de este principio se encuentra en el sector de la validez extraterritorial de decisiones (vid. Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en DOCE de 15 de enero de 2001). Este principio ha sido acogido, posteriormente, en diversos instrumentos normativos de Derecho Comunitario derivado (M. AUDIT) (20). Instrumentos legales comunitarios que afectan, muy especialmente, al Derecho Público. Ejemplos de la operatividad de este principio son: la mercancía fabricada en un Estado miembro con arreglo al Derecho administrativo de dicho Estado, debe considerarse apta para su comercialización en toda la UE, el sujeto autorizado a operar como banquero o asegurador, o prestador de servicios por el Derecho administrativo de un Estado miembro, debe ser considerado como apto para operar como banquero o asegurador o prestador de servicios en toda la UE, etc. (vid. en el sector bancario, Directiva 89/646/CEE, sobre coordinación bancaria de 15 de diciembre de 1989; en el sector de los seguros, Directiva 92/49, de 18 de junio de 1992, Directiva 92/96, de 10 de noviembre de 1992; en el sector del comercio electrónico, Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 [Directiva sobre el comercio electrónico]; en el sector de los servicios, Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006 [servicios en el mercado interior]). Por otra parte, el TJCE ha admitido este principio por vía jurisprudencial en relación con el nombre de las personas físicas

(19) La legislación alemana impidió a un sujeto alemán la importación de un licor francés, el *Cassis de Dijon*, por la razón de que, en Alemania, este licor debía contener, al menos, el 25 por 100 de alcohol, mientras que el licor producido en Francia, el *Cassis de Dijon*, poseía tan sólo entre el 15 y el 20 por 100 de alcohol. El TJCE estimó que la medida alemana constituía una «medida de efecto equivalente», y que procedía su no aplicación. El TJCE consideró, también, que en ausencia de regulación armonizada comunitaria, los productos legalmente fabricados en un Estado miembro, deben ser considerados como legalmente fabricados y aptos para su comercialización en los demás Estados miembros (STJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Cassis de Dijon*, as. 120/78, *Rec.*, pág. 649).

(20) M. AUDIT, «Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois», en *JDI Clunet*, 2006, págs. 1333-1356.

(= STJCE, de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*) y las sociedades mercantiles (= STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*; STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*).

4.º) Sin embargo, el principio del mutuo reconocimiento no tiene ningún sentido en relación con las obligaciones extracontractuales (CH. KOHLER, S. BARIATTI, H. D. TEBBENS, M. V. BENEDETTELLI) (21). Y ello por varias razones muy claramente explicadas por la mejor doctrina italiana contemporánea (P. FRANZINA, A. MALATESTA) (22). Primera razón: dicho principio sólo es relevante cuando se trata de reconocer o admitir como válida y existente en un Estado miembro, una situación jurídica que ya ha sido válidamente creada y ya existe en otro Estado miembro distinto (= mercancía legalmente fabricada en un Estado miembro, testamento redactado ante Notario de un Estado miembro, sociedad legalmente creada en otro Estado miembro, etc.). No es ése el caso de las obligaciones extracontractuales, pues la responsabilidad civil no es parte del «producto» o del «servicio» que presta el agente económico y que éste «coloca en el mercado». El hecho de que el régimen jurídico de la responsabilidad civil sea diferente de Estado miembro a Estado miembro, no obliga al prestador de servicios a modificar el «contenido del servicio» que ofrece en el mercado comunitario. Por ello, no obstaculiza de ningún modo el funcionamiento del mercado interior. El principio del «mutuo reconocimiento», sencillamente, no puede operar cuando se trata de fijar la Ley aplicable a una situación privada internacional que todavía no existe. Por eso, dicho principio nada tiene que decir en relación con el problema de la determinación de la Ley aplicable a una situación privada internacional que todavía no ha nacido. El intento de proyectar este principio en relación con la cuestión de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, de la Ley aplicable a los contratos o de la Ley aplicable a los derechos reales, no sólo es inapropiado, sino que es completamente inútil, pese a los desva-

(21) CH. KOHLER, «La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé», en *TCFDIP*, 1993/95, París, 1996, págs. 71-87; S. BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», en *RDIPP*, 2003, págs. 671-706; S. BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», en *RDIPP*, 2006, págs. 361-376; H. D. TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», en *RCDIP*, 1994, págs. 451-482; M. V. BENEDETTELLI, «La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato», en *Rivista delle società*, 1997, págs. 39-113.

(22) P. FRANZINA, «Il Regolamento "Roma II" sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370; A. MALATESTA, «Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?», en *RDIPP*, 2007, págs. 293-312.

ríos de ciertos autores al respecto (23). En efecto, a la hora de señalar la Ley aplicable a un contrato o a la responsabilidad civil derivada de un daño, ¿qué puede aportar el principio del mutuo reconocimiento, si no hay «nada que reconocer». Segunda razón: el principio del mutuo reconocimiento suscita problemas porque, visto que el Reglamento «Roma II» es un Reglamento *erga omnes*, llevaría a aplicar el Derecho de terceros países. Tercera: las libertades comunitarias no obligan ni a unificar todo el Derecho Privado en la UE y tampoco obligan a seguir el principio del reconocimiento mutuo en perjuicio de la perspectiva tradicional de las normas de conflicto.

13. c) *Segunda opción: las normas de conflicto clásicas.* El Reglamento «Roma II» opta por el enfoque clásico: el régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales en DIPr. debe arrancar de la determinación de la Ley aplicable a las mismas a través de normas de conflicto y no a través del principio del mutuo reconocimiento. Esta opción de método es plenamente acertada, ya que el régimen jurídico de la responsabilidad civil *ex delicto* en DIPr. no puede concretarse mediante el principio del mutuo reconocimiento porque no existe ninguna previa situación legalmente creada en ningún Estado miembro. No hay nada que «reconocer», no existe una situación legal creada en un Estado miembro que pueda ser «reconocida» en los demás Estados miembros.

14. d) *Recapitulación: la eliminación de los obstáculos de Derecho Privado al mercado interior.* Los obstáculos al mercado interior, creados por la presencia de una diversidad de sistemas de Derecho Privado, pueden eliminarse mediante dos instrumentos metodológicos diferentes: a) El principio del mutuo reconocimiento, que sólo puede operar en relación con situaciones jurídicas «ya creadas» en un Estado miembro (= sentencias, autorizaciones administrativas, situaciones legales ajustadas a Derecho, etc.); b) La unificación de las normas de conflicto, que opera en relación con situaciones jurídicas todavía «no creadas»: determinación de la Ley aplicable a un contrato o a las obligaciones extracontractuales. Una vez fijada de modo uniforme en toda la UE la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el obstáculo al mercado interior desaparece, pues el sujeto conoce, *ex ante*, cuál es la Ley aplicable a su actividad y a su responsabilidad civil y porque la disciplina legal de las obligaciones extracontractuales queda fijada *ex ante* para todos los operadores que actúan en la UE. En efecto, todos los sujetos que causan daños en un Estado miembro X, quedan sometidos al sistema de responsabilidad civil del Estado miembro X (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). La unificación de las normas de conflicto se convierte, así, en un precioso instrumento

(23) Es el caso de F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, *ad ex.*, págs. 210-220.

para la consecución del mercado interior (S. BARIATTI, E. JAYME, P. LAGARDE, E. JAYME/CH. KÖHLER, D. BUREAU/H. MUIR WATT, D. HENRICH) (24).

2. CUESTIONES METODOLÓGICAS (II). LEY DEL «ESTADO DE ORIGEN» *VERSUS* «LEY DEL ESTADO DE DESTINO» EN EL REGLAMENTO «ROMA II»

15. Otra cuestión general de método, diferente a la anterior, aunque frecuentemente confundida con ésta en estudios poco meditados (25), debe ser también analizada *cum grano salis*. El Reglamento «Roma II» contiene, como se ha dicho, normas de conflicto. En este punto, otra polémica, también exquisitamente doctrinal, surge con fuerza (26):

1.º) Por un lado, ciertos autores subrayan que la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales debe ser la Ley del Estado de origen (= *Lex Originis*), la Ley del país en el que se halla situado el prestador al que se le imputa una responsabilidad civil no contractual. Así, ciertos autores opinan que las libertades comunitarias contienen una «norma de conflicto implícita» a cuyo tenor, la ley reguladora de una situación privada internacional debe ser la Ley del Estado de origen, a menos que la Ley del Estado de destino sea más favorable (J. BASEDOW) (27). Otros expertos, con más dulzura, indican que existe una «presunción de aplicación» en favor de la Ley del Estado de origen (L. G. RADICATI DI BROZOLO) (28). De ese modo, el prestador de ser-

(24) S. BARIATTI, «The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)», en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. Malatesta, Padova, 2006, págs. 19-33; Id., «La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato!», en *RDIPP*, 2005, págs. 5-24, esp. págs. 15-16; E. JAYME, «Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi», en *RDIPP*, 2006, págs. 353-360; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», en *RabelsZ*, 2004, págs. 225-243; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome I, Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 264 y 579-593; E. JAYME/CH. KÖHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», en *IPrax*, 2001, págs. 501-512.

(25) Es el caso de F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, págs. 74-77 y 206-220.

(26) Muy bien analizada por M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20.

(27) J. BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis» (“The Impact of the Free Movement of Goods and Services in the Single European Market Upon Private International Law: favor offerentis”), en *RabelsZ*, 1995, págs. 1-55.

(28) L. G. RADICATI DI BROZOLO, «Diritto comunitario e regole processuali interne, inapplicabilità dell'art.633 CPC», en *RDIPP*, 1993, págs. 607-616; L. RADICATI DI BROZO-

vicios podría comercializar sus productos y desplegar sus actividades económicas con arreglo a una sola Ley, su propia Ley, la Ley del Estado donde está establecido el prestador.

2.º) Por otra parte, otros autores sostienen que, como regla general, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales no debe ser la «Ley del Estado de origen» (*Lex Originis*), sino la «Ley del Estado de destino» (*Lex Damni*). Esta segunda opinión es correcta y se comprende mejor si se adopta una «perspectiva dinámica del prestador de servicios» vinculada estrechamente con su libre circulación intracomunitaria. En efecto, el criterio *Lex Originis* (= Ley del Estado de origen), en los casos de obligaciones extracontractuales, se convierte en un obstáculo a la libre prestación de servicios y al correcto funcionamiento del mercado interior. Ejemplo: un fabricante español de aparatos de música desea vender sus productos en Alemania. Si el criterio regulador de la eventual responsabilidad civil en la que el fabricante puede incurrir es la *Lex Originis* (= Ley del país donde el fabricante está establecido), y la Ley francesa, sueca, inglesa, portuguesa y finesa son más estrictas que la Ley española, dicho fabricante se sentirá desincentivado a establecerse en Suecia, Francia, Portugal y Finlandia. Su libre circulación resulta penalizada. O en otras palabras, se sentirá «tentado» a establecerse en España de un «modo oportunista» (= para buscar la aplicación de una Ley que le beneficia a él, al fabricante, en perjuicio de los consumidores finales de los productos). Ambos fenómenos distorsionan gravemente el correcto funcionamiento del mercado interior, porque los fabricantes elegirán para establecerse unos u otros Estados miembros con el objetivo de «trasladar a los consumidores» sus costes por los daños que casan los productos que fabrican. Los Estados miembros con legislaciones más laxas atraerán fabricantes deseosos a establecerse en su territorio, mientras que los Estados miembros con legislaciones más estrictas perderán fabricantes, que huirán espantados y no querrán saber nada de establecerse en los territorios de estos últimos Estados miembros (H. MUIR-WATT) (29). Por el contrario, si el criterio seguido es la aplicación, a las obligaciones extracontractuales, de la Ley del Estado miembro de destino o de comercialización del producto (= Ley del país en cuyo territorio se produce el daño/*Lex Damni*), el sujeto fabricante/productor del daño, puede moverse por toda la UE y establecerse en el Estado miembro que le parezca, pues la Ley reguladora de la responsabilidad civil en la que pudiera incurrir por daños causados por los productos que vende en Alemania será, siempre y únicamente, la Ley alemana. Como escriben M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «no hay incentivo para una búsqueda oprotunista del Estado

LO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation», en *RCDIP*, 1993, págs. 401-424.

(29) H. MUIR-WATT, «Aspects économiques du droit international privé», en *RCADI*, 2004, t. 307, págs. 29-383, esp. pág. 206.

de origen» (30). Y paralelamente, el sujeto que sufre un daño en Alemania sabe, *ex ante*, que los daños que sufre en Alemania serán indemnizados, en su caso, con arreglo a la Ley alemana, sin que sea en absoluto relevante el país en cuyo territorio esté establecido el sujeto o empresa que ocasiona el daño. De modo que «*en la práctica, esto implica que una víctima no se tiene por qué preocupar de dónde proviene el daño: el régimen, provenga de donde provenga el daño, es único*» (31).

3. PERSPECTIVA CONFLICTUAL

16. El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto. Las normas de conflicto se limitan a determinar la Ley estatal aplicable a las obligaciones extracontractuales. El Reglamento «Roma II» no recoge «normas materiales» que contengan, de modo directo, el régimen jurídico de la responsabilidad derivada de las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los Estados miembros, naturalmente, mantienen intactas sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales. Cada Estado miembro conserva su «Derecho material de daños».

17. La Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» es, en todo caso, la Ley material de dicho país, es decir, las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado (art. 24 del Reg. «Roma II»). El reenvío es imposible, está prohibido. Esta prohibición es muy relevante en materia de obligaciones extracontractuales, porque elimina también los casos de «reenvío de calificaciones» que se producen en materia de obligaciones extracontractuales. En efecto, las calificaciones difieren en los diferentes Derechos materiales. Ejemplo: los daños causados al pasajero oneroso se consideran un caso de responsabilidad contractual en Francia y Holanda, pero admiten la calificación de responsabilidad contractual o extracontractual, a elección del perjudicado en otros países (Bélgica, Inglaterra, Alemania, Italia, España). Pues bien, la prohibición del reenvío en el artículo 24 del Reglamento «Roma II» impide que la norma de conflicto contenida en el Reglamento conduzca a la Ley de un país donde el caso se califique como un supuesto de responsabilidad contractual y que, según la norma de conflicto de este país, la cuestión deba regirse

(30) M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20, esp. pág. 18.

(31) M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm. 251, 2004-4, noviembre de 2004, págs. 1-20, esp. pág. 18.

por otra Ley distinta, lo que provocaría un reenvío (G. BEITZKE, J. KROPHOLLER, L. GARAU JUANEDA) (32).

4. OBJETIVOS DEL REGLAMENTO «ROMA II»

18. El Reglamento «Roma II» unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales. Con ello, el Reglamento «Roma II» persigue diversos objetivos:

1.º) *Acabar con el «Forum Shopping»*. Con arreglo al Reglamento 44/2001 es posible demandar en un caso de obligaciones extracontractuales ante tribunales de Estados miembros distintos. Pues bien, gracias al Reglamento «Roma II», la Ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma, con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro. El demandante no podrá ya «especular» con la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, pues la Ley reguladora de tales obligaciones extracontractuales será siempre la misma con independencia del Estado miembro ante cuyos tribunales se presente la demanda.

2.º) *Potenciar la seguridad jurídica y la certeza legal*. Como la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales no cambia por el hecho de litigar en uno u otro Estado miembro, los sujetos que operan y habitan en la UE pueden saber, *ex ante*, con total certeza, cuál es la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y con absoluta independencia del Estado miembro cuyos tribunales conozcan.

3.º) *Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la Comunidad Europea*. Visto que gracias al Reglamento «Roma II» toda persona y toda empresa puede conocer, *ex ante*, cuál es la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales, ello le permite tomar la decisión de trasladarse de un Estado miembro a otro o de iniciar actividades en un Estado miembro o en otro. El traslado a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que potencia la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.

(32) G. BEITZKE, «Les obligations delictuelles en droit international privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübinga, 1990, págs. 423-446; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed., rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. págs. 477-478.

5. CARÁCTER *ERGA OMNES* DEL REGLAMENTO «ROMA II»

19. El Reglamento «Roma II» se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales. En efecto, el Reglamento se aplica aunque la Ley rectora de las obligaciones extracontractuales sea la Ley de un tercer Estado o de un Estado miembro (art. 3 del Reg. «Roma II»). En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento «Roma II». Por otro lado, el Reglamento «Roma II» es vinculante para todos los Estados miembros de la UE, excepto para Dinamarca (art. 1.4 del Reg. «Roma II»). El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento «Roma II». El Reglamento «Roma II» es un Reglamento comunitario, y como tal, es «directamente aplicable por los Estados miembros» y es «obligatorio en todos sus elementos» (art. 249 TCE). Al ser un Reglamento elaborado en el contexto del artículo 65 TCE («medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza»), su interpretación vinculante corresponde al TJCE en los términos, ciertamente restrictivos, recogidos en el artículo 68 TCE.

6. ORDEN PÚBLICO DEL FORO. DAÑOS PUNITIVOS

20. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento «Roma II» si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos deben anotarse al respecto:

21. a) *Orden público internacional. Concepto y operatividad.* El orden público internacional sirve para descartar la aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto (= daños a los «intereses generales», y a la «sociedad» del país cuyos tribunales conocen del asunto). El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional. Ejemplo: la Ley extranjera que no permita reparar «daños morales» puede considerarse contraria al orden público internacional español (en Francia: Sent. CA París, de 2 de octubre de 1963).

22. b) *Derecho aplicable*. En el caso de una Ley que produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el mismo Reglamento «Roma II» y no por la *Lex Fori* (= Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto). De ese modo se salvaguarda, hasta donde es posible, la certeza jurídica y la aplicación uniforme del Reglamento en la UE y se evitan las tentaciones de legeforismo, que podrían arruinar todo el sentido del Reglamento «Roma II» (P. FRANZINA).

23. c) *La cuestión de los Punitive Damages. Concepto*. En relación con el orden público internacional, es muy relevante la cuestión de los llamados «daños punitivos» en el sector de las obligaciones extracontractuales. Los daños punitivos (*Punitive Damages/Exemplary Damages*) consisten en una cantidad económica prevista en el Derecho de la mayor parte de los países anglosajones y que debe desembolsar el responsable de un daño no para compensar al demandante/víctima por el perjuicio sufrido, sino con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante. Los «daños punitivos» constituyen una especie de «pena privada» para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (P. SALVADOR CORDECH, E. D'ALESSANDRO, R. PARDOLESI) (33). Las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como «daños punitivos» alcanzan proporciones astronómicas. Su impacto social es enorme, como se puede apreciar en famosos films *made in Hollywood* como «*A Civil Action*» o «*Erin Brokovich*».

24. d) *Ley aplicable: orden público internacional. Punitive Damages*. Se suscita la cuestión de decidir si una Ley extranjera que, con arreglo al Reglamento «Roma II», regule las obligaciones extracontractuales y que conceda daños punitivos o daños e intereses ejemplares puede aplicarse en España o, por el contrario, debe ser rechazada por generar efectos contrarios al orden público internacional español. El Cons. [32] del Reglamento «Roma II» indica que debe procederse de la siguiente manera: a) *Test de proporcionalidad*. Como ha demostrado P. SALVADOR CORDECH, las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en Derecho español presentan una finalidad resarcitoria pero también, una finalidad sancionadora y preventiva. Una Ley extranjera que concede estos *Punitive Damages*, no será considerada

(33) P. SALVADOR CORDECH, «Punitive Damages», en *Indret*, septiembre de 2001; E. D'ALESSANDRO, «Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia», en *Rivista di diritto civile*, 2007, I, págs. 384 y sigs.; R. PARDOLESI, «Danni punitivi: frustrazione da “vorrei, ma non posso”?», en *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pág. 341 y sigs.

contraria al orden público internacional español si tales «daños e intereses ejemplares o punitivos» son proporcionales al daño y no excesivos; b) *Test de vinculación espacial*. Si por el contrario, los «daños e intereses ejemplares o punitivos» son de naturaleza excesiva, el órgano jurisdiccional competente dispone de la posibilidad de considerar que la aplicación de dicha Ley extranjera vulnera el orden público del foro. Para valorar dicha posible contrariedad, el tribunal deberá examinar las «circunstancias del caso» y su «ordenamiento jurídico» (O. BOSKOVIC, Y. DERAIS, S. SYMEONIDES) (34). Ello significa que el juez español debe valorar las «vinculaciones específicas del supuesto con España». Si el caso presenta «vinculaciones significativas» con España, la aplicación de una Ley extranjera que admite unos *Punitive Damages* no proporcionales, lesionará el orden público internacional español, porque el sistema «español» de responsabilidad civil se verá amenazado de forma muy grave (= y se producirá una «externalidad negativa» que dañará la coherencia jurídica de la sociedad española). Si el supuesto aparece muy alejado de la esfera española. No hay razón para una intervención del orden público internacional «español», pues la estructura jurídica básica del Derecho de daños «español» no se hallará amenazada (Z. CRESPI REGHIZZI, R. MORSE, E. D'ALESSANDRO, A. SARAVALLE) (35).

25. e) *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España: orden público internacional*. Los dos tests antes citados (proporcionalidad y vinculación espacial) pueden emplearse para valorar si una sentencia extranjera que concede estos *Punitive Damages* vulnera el orden público internacional y puede o no, ser reconocida y ejecutada en España: a) *Test de proporcionalidad*. En caso de daños punitivos excesivos, los tribunales suizos, alemanes e italianos se niegan a dar ejecución en sus respectivos países a las sentencias dictadas en USA y en las que se condena a pagar estos *Punitive Damages* (Sent. Corte Cass. Italia, de 19 de enero de 2007 [daño en Alabama por mal cierre de cascós para motocicletas fabricados en Italia],

(34) O. BOSKOVIC, «La réparation du préjudice en droit international privé», en *LGDJ*, 2003, París, 2003; Y. DERAIS, «Intérêts moratoires, dommages-intérêts en droit international privé», en *Études offertes à Bellet*, 1991, págs. 101-121; S. SYMEONIDES, «Resolving Punitive-Damages Conflicts», en *Yearbook of Private International Law*, 2003, págs. 1 y sigs.

(35) Z. CRESPI REGHIZZI, «Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a *punitive damages*», en *RDIPP*, 2002, págs. 977-990; R. MORSE, «Accidents, damages and the English Conflict of Laws, Three cases and a question», en *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, Munich, 2004, págs. 593-613; E. D'ALESSANDRO, «Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia», en *Rivista di Diritto Civile*, 2007, I, págs. 384-401; A. SARAVALLE, «I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali», en *RDIPP*, 1993, págs. 867-892; A. SARAVALLE, «Art. 62 Legge di riforma», en AA.VV., *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1996, págs. 1441-1451.

Sent. Trib. Venezia, de 15 de octubre de 2001) (36). En España, si las cantidades concedidas no son desproporcionadas, el TS concede el *exequatur* (ATS de 13 de noviembre de 2001); b) *Test de vinculación espacial*. Si el supuesto no presenta un ligamen sustancial con España, la ejecución en España de una sentencia extranjera que concede *Punitive Damages* debe admitirse (Sent. Cass Francia, de 20 de febrero de 2007, *Cornelissen*) (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (37).

26. Un ejemplo ayudará a ver más clara la cuestión de los *Punitive Damages*. Una empresa española fabrica cascos para motocicletas en los Estados Unidos de América y los vende en dicho país. Como consecuencia de un error de fabricación de los cascos, un casco se abrió con ocasión de un accidente de motocicleta ocurrido en Indiana. Un joven falleció por un casco con defectos de fábrica. La familia del joven reclama daños y perjuicios a la empresa fabricante ante los tribunales españoles y la condena de ésta al pago de *Punitive Damages*, ya que la responsabilidad no contractual derivada del defecto del casco se rige *ex* artículo 5 del Reglamento «Roma II» por la Ley norteamericana, donde tales daños están legalmente previstos. Pues bien, no existe ninguna razón para excluir por contrariedad con el orden público internacional «español», la aplicación de una Ley extranjera que regula la responsabilidad de un daño ocurrido en los Estados Unidos de América, que afecta a un sujeto residente y nacional de dicho país y que afecta a la comercialización de productos fabricados en y para los Estados Unidos, datos todos éstos que eran de perfecto conocimiento de la empresa fabricante española. Dicha empresa se beneficia del enorme mercado norteamericano porque se «sumerge» en el mismo, por lo que en consecuencia, es perfectamente consciente de que dicho mercado está sujeto a sus propias reglas, y al pago, en su caso, de *Punitive Damages*. La condena de la empresa española al pago de tales daños punitivos en nada perjudica el sistema «español» de responsabilidad civil, porque el caso afecta al mercado «norteamericano», no al mercado «español».

IV. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES. REGLAMENTO «ROMA II» Y OTROS INSTRUMENTOS LEGALES

27. En lo que se refiere a las relaciones entre el Reglamento «Roma II» y otros textos legales internacionales, es preciso diferenciar las siguientes situaciones y reglas:

(36) Vid. *RDIPP*, 2002, pág. 1021.

(37) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, pág. 392.

1.º) *Prevalencia de las disposiciones de Derecho Comunitario.* El Reglamento «Roma II» cede ante las disposiciones del Derecho Comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales (art. 27 del Reg. «Roma II»).

2.º) *Prevalencia de los convenios internacionales anteriores concluidos entre Estados miembros y terceros Estados.* El Reglamento «Roma II» dispone de varias pautas al respecto: a) El Reglamento «Roma II» no es aplicable para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales en los casos regulados por los convenios internacionales en los que sean parte uno o más Estados miembros y terceros países antes del 11 de julio de 2007. Es decir, prevalecen sobre el Reglamento «Roma II» tanto los convenios internacionales bilaterales como los multilaterales, que son más numerosos, siempre que sean anteriores al 11 de julio de 2007, fecha de la «adopción» del Reglamento «Roma II» (Cons. 36 del Reg. «Roma II»); b) Tales «convenios internacionales supervivientes» deben ser comunicados por los Estados miembros a la Comisión UE antes del 11 de julio de 2008; c) Estos Convenios internacionales pueden ser denunciados en el futuro por los Estados miembros. La denuncia se comunicará por los Estados miembros a la Comisión UE. La Comisión UE publicará en el DOUE, en el plazo de seis meses después de su recepción, tanto una lista de estos Convenios, como toda denuncia de los mismos (art. 29 del Reg. «Roma II»).

3.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre los convenios internacionales futuros.* El Reglamento «Roma II» impide que los Estados miembros celebren nuevos convenios internacionales entre sí o con terceros Estados en las materias cubiertas por el Reglamento «Roma II». La materia de las obligaciones extracontractuales ha quedado «comunitarizada». Por ello, es una materia que pertenece a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea: Los Estados miembros ya no pueden legislar sobre la cuestión ni mediante la elaboración de normas de producción interna ni tampoco mediante la conclusión de nuevos convenios internacionales u otras normas jurídicas con terceros Estados. Sin embargo, el Reglamento «Roma II» deja la puerta abierta para que, en determinadas circunstancias, uno o varios Estados miembros puedan negociar y concluir convenios internacionales con terceros Estados. Ello puede resultar útil para regular la Ley aplicable a ciertas obligaciones extracontractuales que afectan a obras públicas o privadas de gran envergadura y que afectan a ciertos países: canales, puentes, túneles estaciones espaciales, bases submarinas, etc. (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (38). En efecto, el Cons. [37] del Reglamento «Roma II» indica que la Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos y condiciones bajo los que

(38) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

los Estados miembros estarán autorizados, en casos particulares y excepcionales, a negociar y celebrar en nombre propio acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, con disposiciones sobre la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales.

4.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre los convenios internacionales celebrados entre Estados miembros.* El Reglamento «Roma II» prevalece sobre los convenios internacionales celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en las materias reguladas por el Reglamento «Roma II» (art. 28.2 del Reg. «Roma II»).

5.º) *Prevalencia del Reglamento «Roma II» sobre las normas de producción interna de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales.* En las materias reguladas por el Reglamento «Roma II», éste prevalece, en todo caso, sobre el artículo 10.9 del Código Civil. Esta prevalencia sólo afecta a los casos internacionales y no a los supuestos de Derecho interregional y sólo cubre las obligaciones extracontractuales reguladas efectivamente por el Reglamento «Roma II». Es decir, en las materias relativas a obligaciones extracontractuales pero excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma II», el artículo 10.9 del Código Civil sigue siendo la norma de DIPr. que debe emplearse para determinar la Ley aplicable. Ejemplo: la precisión de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que derivan de la vulneración del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, es una materia excluida del Reglamento «Roma II». La Ley aplicable a dichos aspectos se fijará con arreglo al artículo 10.9 del Código Civil.

V. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE APLICACIÓN

28. a) *Aplicación a supuestos internacionales.* El Reglamento «Roma II» determina, a través de sus normas de conflicto, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, «*en las situaciones que comportan un conflicto de leyes*» (art. 1 *in primis* del Reg. «Roma II»). Es decir, el Reglamento «Roma II» sólo es aplicable cuando el caso presenta «elementos extranjeros» que suscitan la duda de saber qué Ley estatal rige el supuesto. Varias observaciones son precisas al respecto:

1.º) *Remisión a la Ley de Estados plurilegislativos y sistema inglés de determinación de la Ley aplicable.* Cuando un Estado se compone de varias unidades territoriales con sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento «Roma II» (art. 25.1 del Reg. «Roma II»). Es el llamado «sistema inglés»: una unidad territorial con Derecho propio se considera «*as a country in the*

sense of the Conflict-Of-Laws». Ejemplo: un daño producido a una propiedad inmueble sita en Glasgow se rige por la Ley escocesa (art. 4.1 del Reg. «Roma II»), pues el daño se produce en Escocia y Escocia dispone de sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales.

2.º) *Supuestos de Derecho interregional*. Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones extracontractuales no está obligado a aplicar el Reglamento «Roma II» a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales. Por tanto, a falta de una «Declaración Oficial» por parte de un Estado miembro, puede afirmarse que el Reglamento «Roma II» no se aplica a tales casos de Derecho interregional. En el supuesto de España, y visto que España no ha formulado Declaración alguna al respecto, los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales quedan sujetos al artículo 10.9.1 del Código Civil. Dicho precepto señalará la normativa aplicable, común o foral, a dichas obligaciones extracontractuales en supuestos «interregionales» (aunque anterior a la entrada en vigor del Reglamento «Roma II», vid. SAP de Girona, de 5 de marzo de 2007 [accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán]).

29. b) *Materias reguladas por el Reglamento «Roma II»*. Varias observaciones son necesarias al respecto:

1.º) *Materia civil y mercantil*. El Reglamento «Roma II» señala la Ley estatal aplicable a todo tipo de obligaciones extracontractuales «*en materia civil y mercantil*». El concepto de «materia civil o mercantil» debe ser definido de modo autónomo, propio del Reglamento «Roma II». Dicho concepto coincide con el mismo concepto de «materia civil o mercantil» que emplea el artículo 1 R. 44/2001 según lo ha interpretado el TJCE en copiosa jurisprudencia (STJCE de 14 de octubre de 1976, *Eurocontrol*; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Steenbergen*; STJCE de 16 de diciembre de 1980, *Rüffer*; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Baten*; STJCE de 15 de mayo de 2003, *Préservatrice*; STJCE de 18 de mayo de 2006, *Èez*; STJUE de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*). Quedan excluidas las relaciones en las que interviene un Estado que ejercita sus potestades soberanas de Derecho Público.

2.º) *Concepto de «obligaciones extracontractuales»*. Varios datos deben subrayarse al respecto: a) El concepto de «obligaciones extracontractuales» es un concepto autónomo del Reglamento «Roma II». No debe ser extraído de los Derechos nacionales de los Estados miembros, y el artículo 12.1 del Código Civil es inaplicable (SAP Madrid, Sec. 21.ª, de 4 de enero de 1994). Ello asegura la aplicación uniforme del Reglamento «Roma II» en todos los Estados miembros (STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Mines de Potasse*; STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*); b) El concepto de «obligacio-

nes extracontractuales» no se define en el Reglamento «Roma II». Pero el TJCE acude al rescate, pues dicho tribunal ha perfilado este concepto en su jurisprudencia relativa al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. El TJCE entiende que las obligaciones extracontractuales son todas aquéllas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes, es decir, al margen de una «vinculación jurídica voluntaria entre las partes» (STJCE de 22 de marzo de 1983, *Peters*; STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado*; STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*; STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*; STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion*; STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*; STJCE de 1 de octubre de 2002, *Henkel*; STJCE de 5 de febrero de 2004, *Frahuil*). Sin embargo, la noción de «vinculación jurídica voluntaria entre las partes» y, en consecuencia, la noción de «materia contractual», es muy amplia. En efecto, el TJCE entiende que son materia contractual los pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de «contratos preliminares»: puede existir «materia contractual» incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente. Cuanto más amplia es la noción de «materia contractual», más restringida es la de «materia extracontractual» (STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*); c) La demanda en materia de obligaciones extracontractuales debe estar dirigida «a exigir la responsabilidad del demandado». Ello excluye de la «materia extracontractual» el ejercicio de la acción pauliana, que no tiene como objeto la responsabilidad extracontractual del deudor, sino la declaración de nulidad o ineficacia de ciertos contratos y actos jurídicos concluidos o realizados por el deudor (STJCE de 26 de marzo de 1992, *Dresdner Bank II*); d) Deben considerarse como «obligaciones extracontractuales» aquellas obligaciones que derivan de un hecho ilícito o no, siempre que no sean «contractuales» y no aparezcan estrechamente ligadas a otras instituciones jurídicas; e) Siempre quedarán hechos de difícil calificación, como los accidentes laborales o los que se producen en el contexto de un contrato de transporte (J. C. SEUBA TORREBLANCA) (39). En principio, cuando exista relación contractual entre demandante y demandado, la responsabilidad derivada de dichos accidentes, debe ser considerada como «contractual» (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE) (40). En caso contrario, debe primar su calificación extracontractual y el Reglamento «Roma II» será aplicable (L. FERRARI BRAVO, M. C. PRYLES, G. BALLADORE PALLIERI) (41); f) Debe

(39) J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento «Roma II»», en *Indret*, 2005, versión *on line*.

(40) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 225; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit International Privé*, París, Masson, 1987, págs. 606-615, esp. pág. 709.

(41) L. FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Nápoles, 1979; *Id.*, «Les rapports entre les contrats et les obligations delictuelles en Droit

considerarse que las obligaciones que nacen de hechos o actos «unilaterales» son obligaciones extracontractuales: promesa al público o promesa de pública recompensa, promesa de pago, reconocimiento de deuda, promesas unilaterales atípicas, etc. (E. VITTA, M. ELLAND-GOLDSMITH, A. SCHOLLEN, B. BAREL/ST. ARMELLINI) (42).

3.º) *Tipos de obligaciones extracontractuales cubiertas por el Reglamento «Roma II»*. El Reglamento «Roma II» determina la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales derivadas de los siguientes hechos y actos (art. 2 del Reg. «Roma II»): 1.º) Un hecho dañoso. El Reglamento «Roma II» se aplica a las obligaciones extracontractuales que nacen de todo tipo de hecho dañoso, ya constituya éste un mero ilícito civil o un ilícito penal, delito o falta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. GARDEÑES SANTIAGO) (43). En relación con los ilícitos penales, el Reglamento «Roma II» se aplica a las consecuencias civiles de tales ilícitos, es decir, a la responsabilidad civil *ex delicto*. Es irrelevante que el hecho tipificado como delito o falta sea competencia de los tribunales penales, y es también irrelevante que la responsabilidad civil *ex delicto* pueda venir regulada en Leyes de carácter penal y/o que se decida por tribunales penales (M. ESLAVA RODRÍGUEZ, M. A. AMORES CONRADI) (44). La «naturaleza» del carácter de la responsabilidad civil no cambia por el hecho de que derive de un ilícito penal. Sigue siendo responsabilidad «civil» y ello en nada perturba la correcta aplicación de las normas represivas pena-

International Privé», en *RCADI*, 1975, vol. 146, págs. 341-440; F. FERRARI, «New tort Protection for Cohabiting Parties in Italy», en *RabelsZ.*, 1992, págs. 757-765, si bien, mucho antes del Reglamento «Roma II»; M. C. PRYLES, «Tort and related obligations in private international law», en *RCADI*, 1991-II, vol. 227, págs. 9-206; G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. pág. 355.

(42) E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pág. 346; M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», en *IBLJ*, 1994-5, págs. 527-542; A. SCHOLLEN, «Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions?», en *IBLJ*, 1994-7, págs. 793-804; B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. págs. 214-215.

(43) Mucho antes del Reglamento «Roma II», era ya esta la solución seguida por la jurisprudencia francesa (Sent. Cour Cass. Crim. 31 de enero de 1902); H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 226; M. GARDEÑES SANTIAGO, «La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho Internacional Privado español», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, págs. 159-183.

(44) M. A. AMORES CONRADI, «Art. 10.9 del Código Civil», *Com.Cc.Min.Justicia*, 1991, págs. 127-130; Id., «Art. 10.9 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 729-769; Id., «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6.ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 209-240, antes ya del Reglamento «Roma II», esp. en pág. 214; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Comares, Granada, 2007 (8.ª ed.), págs. 535-591.

les (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (45); 2.º) Enriquecimiento injusto; 3.º) Gestión de negocios; 4.º) *Culpa in contrahendo*. Y todo tipo de daño está cubierto: daño material, moral o de cualquier otro tipo. El Reglamento «Roma II» también se aplica en casos de daños «futuros» o daños «inminentes» (art. 2 del Reg. «Roma II»). El Reglamento «Roma II» cubre tanto la «responsabilidad por culpa» como la «responsabilidad objetiva» (Cons. 11 del Reg. «Roma II»).

4.º) *Orden jurisdiccional*. Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o la autoridad pública que resulte competente para decidir del asunto. Toda autoridad pública de los Estados miembros debe aplicar el Reglamento «Roma II», ya se trate de un juez del orden jurisdiccional penal, contencioso-administrativo, laboral, civil, mercantil, etc. (vid. Cons. 8 del Reg. «Roma II»).

30. b) *Materias excluidas*. El Reglamento «Roma II» no se aplica, en particular, a las siguientes materias (art. 1.2 del Reg. «Roma II»):

1.º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho Público*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Indica el Cons. [9] del Reglamento «Roma II» que «las reclamaciones derivadas del ejercicio de la autoridad soberana (*acta iure imperii*) deben incluir reclamaciones contra el personal que actúe en nombre del Estado y la responsabilidad por actos de los poderes públicos, incluida la responsabilidad de los cargos públicos». Sobre esta exclusión deben formularse ciertas observaciones: a) En general, los actos cubiertos por la inmunidad de jurisdicción están excluidos del Reglamento «Roma II», pero el régimen jurídico de dicha «inmunidad de jurisdicción» no se rige por el Reglamento «Roma II»; b) Ciertos actos realizados por Estados o por personal dependiente del Estado no están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción e incluso se duda de si pueden ser calificados como *acta jure imperii*. Se trata de los actos que generan responsabilidad derivada de los actos de personal del Estado y del Ejército que son calificados como «crímenes contra la Humanidad» o similares. Esta responsabilidad está excluida del Reglamento «Roma II». Explicación: aunque tales actos pueden no estar cubiertos por la «inmunidad de jurisdicción», ya que no son actos realizados por sus autores «en el ejercicio de sus funciones públicas» y por tanto, los tribunales pueden conocer de la responsabilidad derivada de los mismos, el Cons. [9] del Reglamento «Roma II» los excluye con toda claridad del Reglamento «Roma II». En

(45) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.ª ed., París, 1983, págs. 235-256, esp. pág. 226.

efecto, basta que el presunto autor del acto «actúe en nombre del Estado» para que la responsabilidad que pudiera derivarse del acto quede excluida del Reglamento «Roma II»; c) La responsabilidad imputada al Estado por actos realizados a título particular (*acta iure gestionis*) está incluida en el ámbito material del Reglamento «Roma II».

2.º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos de Derecho de Familia*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos.

3.º) *Responsabilidad civil derivada en casos de Derecho sucesorio y matrimonial*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones.

4.º) *Obligaciones cartáceas*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable.

5.º) *Obligaciones propias del Derecho societario*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control legal de los documentos contables.

6.º) *Trust*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de manera voluntaria. Las obligaciones que surgen de un *trust* legal, en la medida en que puedan ser obligaciones extracontractuales, sí están incluidas en el Reglamento «Roma II».

7.º) *Obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear*. El Reglamento «Roma II» no se aplica a estas obligaciones extracontractuales. Explicación: aparte de tratarse de un tema políticamente muy espinoso respecto del que resulta muy complicado alcanzar un acuerdo total entre todos los Estados miembros, existen ciertos Convenios internacionales que ya regulan, aunque parcialmente, estas obligaciones extracontractuales.

8.º) *Obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad.* El Reglamento «Roma II» no se aplica a las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación. Esta exclusión resulta muy polémica. Los Estados miembros no alcanzaron un acuerdo satisfactorio para todos en torno a esta cuestión. Los Estados miembros en los que radican los medios de comunicación más poderosos se negaban a que la regla *Lex Loci Delicti Commissi* fuera aplicable a esta responsabilidad, pero los demás Estados miembros insistían en ello. En consecuencia, se decidió que esta materia no fuera regulada por el Reglamento «Roma II». Esta materia queda regida, en España, por la Ley determinada con arreglo al artículo 10.9.1 del Código Civil. El artículo 30.2 del Reglamento «Roma II» indica que, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad.

9.º) *Cuestiones relativas de la prueba y el proceso.* El Reglamento «Roma II» no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de los artículos 21 y 22 del Reglamento «Roma II».

VI. REGLAMENTO «ROMA II». REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

31. Varias consideraciones son precisas en torno al sistema de determinación de la Ley aplicable en el Reglamento «Roma II»:

1.º) *Sistema general de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.* El Reglamento «Roma II» contiene un «sistema general» de puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 14 y 4 del Reg. «Roma II»). Dicho «sistema general» se aplica para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales que no disponen, en dicho Reglamento, de una norma de conflicto específica. Es el caso de la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación por carretera, de las obligaciones civiles derivadas de delitos y faltas en general, etc., supuestos cuya Ley aplicable se determina con arreglo a los artículos 14 y 4 del Reglamento «Roma II».

2.º) *Reglas especiales para la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.* Junto a este sistema general de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el Reglamento «Roma II» incluye un amplio abanico de «reglas especiales» que precisan la

Ley aplicable a ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales (Cons. 14 del Reg. «Roma II»). Por tanto, el «sistema general» de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II») no opera en relación con estos supuestos especiales sujetos a sus propias normas de conflicto, y que son los siguientes: a) *Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* (art. 5 del Reg. «Roma II»); b) *Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia* (art. 6 del Reg. «Roma II»); c) *Daño medioambiental* (art. 7 del Reg. «Roma II»); 4.º *Infracción de los derechos de propiedad intelectual* (art. 8 del Reg. «Roma II»); 5.º *Acción de conflicto colectivo* (art. 9 del Reg. «Roma II»); 6.º *Enriquecimiento injusto* (art. 10 del Reg. «Roma II»); 7.º *Gestión de negocios ajenos* (art. 11 del Reg. «Roma II»); 8.º *Culpa in contrahendo* (art. 12 del Reg. «Roma II»). La presencia en el Reglamento «Roma II» de estas «normas de conflicto específicas» que precisan la Ley aplicable a ciertas obligaciones extracontractuales (arts. 5 a 12 del Reg. «Roma II») se explica por varios motivos: 1.º Porque en relación con estos supuestos específicos, las reglas generales de determinación de la Ley aplicable (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II») no siempre conducen a la Ley del Estado con una mayor vinculación con el litigio y, por tanto, provocan un incremento de los costes de transacción conflictuales que deben soportar las partes; 2.º Porque los criterios generales no operan correctamente en ciertos sectores jurídicos, razón por la cuál las reglas especiales actúan como «proyecciones específicas» de tales criterios generales en sectores concretos (P. Y. GAUTIER) (46). Las reglas especiales de determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento «Roma II» no son reglas «excepcionales» y no están sujetas a «interpretación restrictiva» alguna (P. FRANZINA) (47); 3.º Porque el legislador considera que, en relación con ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales, debe primar un concreto interés en favor de ciertos sujetos (consumidores, clientes, etc.) (Cons. 19 del Reg. «Roma II»).

32. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento «Roma II» recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 del Reg. «Roma II»):

1.º *Ley elegida por las partes*. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II».

(46) P. Y. GAUTIER, «Sur la localisation de certaines infractions économiques», en *RCDIP*, 1989, págs. 669-678.

(47) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

2.º) *Ley de la residencia habitual común de las partes*. En defecto de Ley elegida en las condiciones del artículo 14 del Reglamento «Roma II», las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»).

3.º) *Lex Loci Delicti Commissi*. En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

4.º) *Cláusula de excepción*. No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido al Ley aplicable con arreglo al artículo 14 el Reglamento «Roma II», si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 ó 4.2 del Reglamento «Roma II», se aplicará la ley de este otro país.

33. Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II» no impiden que los Estados miembros apliquen sus propias normas jurídicas imperativas («leyes de policía») reguladoras de las obligaciones extracontractuales, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual (art. 16 del Reg. «Roma II»). En efecto, los Estados miembros pueden disponer de normativas imperativas aplicables a las obligaciones extracontractuales en ciertos casos «internacionales». Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II» no impiden la aplicación de dichas normas imperativas. Al respecto, cabe incorporar diversas observaciones:

1.º) *Normas de extensión*. Dichas normas imperativas se aplican a determinados casos internacionales con arreglo a normas de extensión. Estas normas de extensión indican, de modo unilateral, los supuestos internacionales que quedan sujetos a estas normas imperativas de los Estados miembros.

2.º) *Normas internacionalmente imperativas de la Lex Fori*. El artículo 16 del Reglamento «Roma II» sólo prevé la posible aplicación de las normas imperativas pertenecientes al Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= Estado del foro: *Lex Fori*). Abrir la posibilidad de aplicación a normas internacionalmente imperativas de cualquier Estado del mundo habría complicado en exceso la determinación del régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales y habría incrementado de modo desproporcionado los costes de transacción conflictuales que deben soportar las partes en el litigio. De todos modos, debe recordarse que las normas internacionalmente

imperativas en materia de obligaciones extracontractuales no son abundantes (F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (48).

3.º) *Concepto de «Leyes de policía»*. Las «leyes de policía» son, según ha precisado el TJCE, aquellas «disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentra en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado» (STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*).

34. Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad (art. 17 del Reg. «Roma II»). Este precepto significa lo siguiente (D. BUREAU/H. MUIR WATT, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, L. GARAU JUANEDA) (49):

1.º) Que la responsabilidad de una persona se rige por la Ley designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II». Sin embargo, la observancia o no observancia, por tal sujeto, de las normas de seguridad y comportamiento del Derecho del país en el cual opera el sujeto presunto responsable, es un «dato» que el tribunal debe tener presente para valorar la actitud del sujeto presuntamente responsable del daño. Ello se explica porque el sujeto que actúa en un determinado país, puede haber ajustado su comportamiento a las Leyes y normas de dicho país. Para respetar la confianza jurídica del sujeto en dichas normas, que tal sujeto puede haber creído de aplicación al caso, el artículo 17 del Reglamento «Roma II», les otorga un relieve significativo.

2.º) La «toma en consideración» como un «dato» de la Ley del lugar donde el sujeto opera es obligatoria para el juez que conoce del asunto, pero sólo «en la medida en que sea apropiado». Ello significa que la responsabilidad extracontractual se rige por la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» generales y no necesariamente por la Ley del país donde opera el sujeto o por la Ley del país donde ha ocurrido el hecho del que deriva la responsabilidad civil no contractual. Y también significa que

(48) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

(49) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. págs. 482-484.

el juez procederá a tomar en consideración las normas del país donde opera el sujeto sólo si es razonable pensar que el sujeto confió en la aplicación de dichas normas a su conducta.

VII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES

35. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II». La regla de la libre elección de la Ley aplicable (*Electio Juris*) no es una norma de conflicto «excepcional» ni «especial», sino la regla primera y principal del Reglamento «Roma II». El hecho de que tal regla se halle colocada en el artículo 14 del Reglamento «Roma II», puede despistar, es cierto, pues antes que dicho punto de conexión aparecen, en el artículo 4 del Reglamento «Roma II», otros criterios de conexión como el *Locus Delicti Commissi* o la residencia habitual común de las partes. Pero se trata de un dato puramente formal que no tiene consecuencias sustanciales al respecto (P. FRANZINA) (50). Por tanto, se trata de la conexión principal y no debe ser objeto en ningún caso de una «interpretación restrictiva». En torno a esta primera conexión, varias cuestiones básicas deben ser destacadas.

1. FUNDAMENTO DE LA CONEXIÓN «AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL»

36. Varias razones principales pueden esgrimirse como fundamento de este primer punto de conexión «autonomía de la voluntad conflictual».

37. a) *Reducción de los costes de transacción conflictuales para las partes implicadas.* La preferencia de esta conexión (= Ley elegida por las partes) tiene su fundamento en que la Ley elegida libremente por las partes, sin imposiciones de una parte a otra, será, por definición, la Ley que menores costes de transacción conflictuales comporte para la presunta víctima y el presunto responsable de los daños civiles no contractuales. Es decir, será aquella Ley cuya aplicación al caso concreto favorece a ambas partes en una mayor medida, bien por que conocen previamente el contenido de dicha Ley, bien porque están habituados a litigar y a comportarse con arreglo a dicho ordenamiento jurídico, o bien porque su contenido material beneficia a ambas partes. Corresponde a la jurisprudencia francesa el mérito de haber acogido el criterio de la *Lex Voluntatis* en materia de obligaciones extracontractuales

(50) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(Sent. Cass. Francia, de 19 de abril de 1988 y 6 de diciembre de 1988) y en perjuicio del tradicional criterio *Lex Loci Delicti Commissi*. Cierta doctrina ya se había manifestado, con solvencia, en favor del criterio *Lex Voluntatis* en el sector de las obligaciones extracontractuales por comportar reducidos costes de transacción conflictuales para las partes en un campo en el que prima el principio dispositivo (M. FALLON, G. BEITZKE, W. WENGLER, J. KROPHOLLER, K. LANHE-CHALA) (51).

38. b) *Protección de la autoridad de la Ley del país en el que las obligaciones extracontractuales producen sus efectos sustanciales*. Debe recordarse que la mayor parte de los sistemas nacionales de Derecho Privado sustantivo relativos a las obligaciones extracontractuales, contiene normas jurídicas «dispositivas» y no normas «imperativas». Las partes pueden pactar lo que estimen oportuno para resolver los problemas jurídicos derivados de estas obligaciones extracontractuales. Por ello, la autoridad de la Ley de un Estado no se ve amenazada ni herida si las partes deciden que las obligaciones extracontractuales que les afectan se rijan por la Ley de otro Estado, incluso si tales obligaciones surten sus efectos principales en el Estado cuya Ley se ve «desaplicada» porque así lo han decidido las partes. Dicho esto, cabe recordar que el posible perjuicio que la elección de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales pueda comportar al Estado en el que las obligaciones extracontractuales repercuten de modo principal, puede quedar equilibrado mediante varios mecanismos: a) La aplicación de las normas internacionalmente imperativas de dicho ordenamiento (art. 16 del Reg. «Roma II»); b) Las normas de conflicto específicas que contiene el Reglamento «Roma II» y que en determinados sectores en los que los intereses públicos, generales y sociales son muy relevantes, no permiten a las partes excluir mediante pacto la aplicación de la Ley del país en el que las obligaciones extracontractuales producen sus efectos principales.

c) *Transacción privada*. La mayor parte de los litigios relativos a obligaciones extracontractuales se resuelven por vía de transacción judicial o extrajudicial. Por ello, la libre elección de la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales puede ayudar a una solución pactada del contencioso (M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA) (52).

(51) M. FALLON, «L'incidence de la volonté sur le droit applicable à la responsabilité non contractuelle», en *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, 1994, págs. 159-188; G. BEITZKE, «Les obligations délictuelles en droit international privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446; K. LANHE-CHALA, «Reflexiones sobre el perfil moderno del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño», en *REDI*, 2006, págs. 331-341.

(52) M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEI*, 2004, págs. 1-34, esp. pág. 30.

2. LEY ELEGIDA POR LAS PARTES. REQUISITOS

39. El acuerdo de elección de Ley entre las partes está sujeto a los siguientes requisitos:

40. a) *Momento de la elección de Ley entre sujetos no profesionales.* En el caso de que una de las partes implicadas no desarrollare una actividad comercial (= consumidor, trabajador, particular, cliente, etc.), el acuerdo de elección de la Ley aplicable debe ser «posterior al hecho generador del daño». Sigue el artículo 14 del Reglamento «Roma II» aquí, la tesis germana (art. 42 EGBGB). Dicho acuerdo puede ser anterior al «daño», pero habrá de ser siempre posterior al «hecho» que produjo o podría producir un daño. Esta previsión tiene como objetivo proteger al sujeto dotado de un poder negociador débil, como un consumidor, un cliente, etc. De ese modo, se evita que la elección de Ley sirva como un disfraz de una auténtica «imposición de Ley» por parte del profesional o comerciante que ha tenido lugar «antes» del momento en el que se ha producido el hecho generador del daño. Como se observa, entre profesionales, cabe elegir la Ley aplicable incluso antes de que se haya verificado el «hecho generador del daño», posibilidad que no se admite si una de las partes no es un «profesional». En tal caso, la elección de Ley sólo es válida si tiene lugar «después del hecho generador del daño».

41. b) *Momento de la elección de Ley entre profesionales.* En el caso de que todas las partes desarrollen una actividad comercial, cabe admitir un acuerdo de elección de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «negociado libremente antes del hecho generador del daño» (art. 14.1 del Reg. «Roma II»). Esta exigencia de «acuerdo negociado libremente» significa que las partes deben elegir la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «caso por caso», y no pueden admitirse elecciones de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales contenidas en «condiciones generales» u otros documentos *standard* predispuestas por un sujeto, normalmente, una empresa o un empresario. Con ello se evita que una de las partes lleve a cabo una «imposición de Ley» camuflada bajo una aparente «elección de Ley» a las obligaciones extracontractuales.

42. c) *Elección expresa y tácita.* La elección de la Ley aplicable debe manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso. Esta previsión legal tiene como objetivo facilitar la prueba de un verdadero acuerdo interpartes en torno a la elección de Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

43. d) *Respeto de los derechos de terceros.* La elección de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «no perjudicará los derechos de terceros». Esta previsión legal está dirigida, fundamentalmente, a los casos de «acción directa». En efecto, en numerosas ocasiones, la presunta víctima acciona directamente contra el asegurador de una responsabilidad extracon-

tractual (art. 18 del Reg. «Roma II»). Pues bien, la víctima podrá accionar directamente contra el asegurador sólo si la Ley reguladora de la responsabilidad extracontractual determinada con arreglo al artículo 4 del Reglamento «Roma II» o la Ley reguladora del contrato de seguro se lo permiten. En caso contrario, si ninguna de dichas leyes contempla la acción directa, entonces la presunta víctima y el autor del daño no pueden elegir una «tercera Ley» que permitiera a la víctima accionar directamente contra el asegurador. Ello perjudicaría los derechos del sujeto asegurador, que no podría razonablemente prever una «acción directa» ejercitada por la víctima contra él (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (53).

44. e) *Sujetos que pueden elegir la Ley.* La Ley debe ser elegida por «las partes». El Reglamento «Roma II» no especifica quiénes son esas «partes». En principio, debe tratarse de la «presunta víctima», por un lado, y del «presunto responsable», por otro (= que no es, necesariamente, la persona que ha producido el daño). Sin embargo, el crédito extracontractual y el débito extracontractual pueden transmitirse a terceros. Por ello, en caso de subrogación en los derechos de presunta víctima y presunto responsable, debe admitirse que las «nuevas partes» puedan elegir la Ley aplicable, siempre dentro de los límites recogidos en el artículo 14 del Reglamento «Roma II» (D. BUREAU/H. MUIR WATT, P. FRANZINA) (54).

45. f) *Sectores en los que no se admite la elección de Ley.* Las partes pueden elegir la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general. Ello incluye la responsabilidad derivada de daños no contractuales en general, y también la derivada de gestión de negocios ajenos, enriquecimiento injusto y *culpa in contrahendo*. Sin embargo, el Reglamento «Roma II» impide la elección de la Ley aplicable a las siguientes categorías específicas de obligaciones extracontractuales: a) Obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción del Derecho de la competencia (art. 6 del Reg. «Roma II»). Explicación: estos sectores jurídicos están regulados por normas imperativas cuyo objetivo es la preservación del orden en el mercado. Impedir la elección de Ley asegura que toda conducta con repercusión en un mercado nacional determinado queda siempre sujeta al Derecho de tal mercado. Ello protege el interés del Estado en preservar la organización jurídica de su mercado cuando los actos que generan obligaciones extracontractuales producen efectos sustanciales sobre dicho mercado; b) Obligaciones extracontractuales derivadas de la infrac-

(53) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

(54) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428; P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

ción de la propiedad intelectual e industrial. Explicación: de este modo la Ley reguladora del derecho inmaterial y de la responsabilidad derivada de la vulneración de tal derecho, es siempre la misma, la *Lex Loci Protectionis* o Ley del país en el que presuntamente se han infringido los derechos inmateriales. Resultaría absurdo que, con arreglo a la Ley elegida por las partes, hubiera que pagar una cantidad por haber infringido un derecho inmaterial que no existe según la Ley reguladora de la existencia de tal derecho inmaterial.

46. g) *Ley estatal*. Las partes pueden elegir, como Ley rectora de las obligaciones extracontractuales, la Ley de cualquier Estado. No es preciso que dicho Estado presente alguna «conexión objetiva» con el supuesto del que se trate. Naturalmente, pueden elegir la Ley de un Estado miembro o la Ley de un tercer Estado. La Ley elegida para regular las obligaciones extracontractuales, debe ser, en todo caso, «Ley estatal». Dicha Ley debe estar vigente y debe corresponder con un país existente en el momento de la elección. No cabe elegir a través del artículo 4 del Reglamento «Roma II», «regulaciones no estatales» para regular las obligaciones extracontractuales.

47. h) *Elección negativa imposible*. El artículo 14 del Reglamento «Roma II» no permite a las partes excluir la aplicación de una Ley estatal sin elegir positivamente la Ley de otro país para regir las obligaciones extracontractuales que les afectan (P. FRANZINA) (55).

48. i) *Posible dépeçage*. Nada en el artículo 14 del Reglamento «Roma II» se opone a que las partes elijan diversas Leyes reguladoras de aspectos distintos de las obligaciones extracontractuales (*dépeçage*) (P. FRANZINA) (56). No obstante, la elección de diversas Leyes estatales reguladoras no debe desembocar en un acuerdo incoherente. El tribunal vigilará la coherencia del acuerdo y declarará la ineficacia de aquellos acuerdos de elección de varias Leyes que resulten incoherentes.

49. j) *Existencia y validez sustancial del acuerdo de elección de Ley*. La existencia y validez sustancial del acuerdo de las partes por el que eligen una Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales son cuestiones no reguladas por el Reglamento «Roma II». Como muy justamente pone de relieve P. FRANZINA, tales cuestiones deben regirse, a través de una aplicación analógica del artículo 8 y 3.4 CR, por la Ley que regularía las obligaciones extracontractuales si el acuerdo de elección de Ley fuera válido (57). El ar-

(55) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(56) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

(57) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

título 9 CR puede aplicarse para determinar la Ley reguladora de la forma del acuerdo de elección de Ley y el artículo 11 CR puede aplicarse para proyectar la doctrina del «interés nacional» a las cuestiones de la capacidad del sujeto que intervienen en la elección de Ley.

3. ELECCIÓN DE LEY EN RELACIÓN CON LOS CASOS «MERAMENTE INTERNOS» Y CASOS «COMPLETAMENTE COMUNITARIOS»

50. En relación con la elección de Ley aplicable en los casos «meramente internos» y en los casos «completamente comunitarios», dos supuestos deben diferenciarse:

51. a) *Situación jurídica «objetivamente interna»*. Cuando la situación relativa a las obligaciones extracontractuales sea enteramente «nacional» y no existan elementos internacionales en la misma, las partes también pueden elegir la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Sin embargo, dicha elección tendrá un «efecto jurídico recortado». Así es, pues «cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo» (art. 14.2 del Reg. «Roma II»). Se aplicarán, en estos casos, las normas imperativas del país con el que la situación aparece natural y objetivamente conectada. El objetivo de esta previsión legal es evitar una fuga del Derecho del país naturalmente conectado con el caso y preservar el efecto útil de la legislación de dicho país en relación con supuestos que repercuten exclusivamente en dicho país. De ese modo, se evita que las partes «internacionalicen» de modo artificial un caso «interno».

52. b) *Situación jurídica «objetivamente comunitaria»*. Indica el artículo 14.3 del Reglamento «Roma II» que «cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Esta regla específica cubre el caso en el que existe una normativa de Derecho comunitario aplicable a todos los Estados miembros. Pues bien, en dicho supuesto, las partes pueden elegir como Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, la Ley de un «tercer Estado». Sin embargo, si la situación jurídica está conectada exclusivamente con la Comunidad Europea, el artículo 14.3 del Reglamento «Roma II» impide que las partes se sustraigan voluntariamente a la norma comunitaria y conecten el

supuesto, de modo artificial, con un tercer Estado con el objetivo de eludir la normativa comunitaria. En tal caso, la elección, por las partes, de la Ley de un tercer Estado, no podrá impedir la aplicación de la normativa legal comunitaria. El precepto, a partir de aquí, distingue dos situaciones: *a)* Casos en los que la normativa comunitaria es un Reglamento comunitario. En estos supuestos se aplicará dicho Reglamento comunitario, pues dicha norma es obligatoria y única para todos los Estados miembros; *b)* Casos en los que la normativa comunitaria está contenida en una Directiva comunitaria. En este supuesto puede suceder y de hecho sucede, que tal Directiva se desarrolle de manera distinta por cada Estado miembro. Pues bien, se aplicará el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (= *Lex Fori*, Ley del Estado del foro). Esta solución es realmente simplista. Más razonable hubiera sido abogar por la aplicación de la Ley del Estado miembro en el que repercuten de modo sustancial los efectos del hecho generador de la responsabilidad no contractual.

VIII. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL COMÚN DE LAS PARTES

53. En defecto de Ley elegida en las condiciones del artículo 14 del Reglamento «Roma II», las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»). Varias observaciones son precisas en torno a esta «segunda conexión» (*Lex Domicilii Communis Partium*) (58).

54. a) *Justificación del punto de conexión «residencia habitual común de las partes»: la resaca europea del síndrome «Babcock vs. Jackson».* Varios aspectos deben indicarse:

1.º) *Vinculación más estrecha.* Este punto de conexión contenido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» se justifica porque el legislador presupone que en el caso de que víctima y presunto responsable tengan su residencia habitual en el mismo Estado, la aplicación de la Ley de dicho Estado comporta, para las partes, costes de transacción conflictuales menores que los que les supondría la aplicación de la Ley del lugar donde se verifica el daño. Con otras palabras: el legislador presupone que el país de la residencia habitual de las partes es el más vinculado con la situación jurídica y representa

(58) T. W. DORNIS, «When in Rome, do as the Romans do? - A Defense of the *Lex Domicilii Communis* in the Rome II Regulation», en *European Legal Forum*, 2007, I, págs. 152 y sigs.

la «mayor proximidad» con el caso. Esta idea de un estatuto personal común como mejor conexión para las obligaciones extracontractuales ya había sido defendida por solvente doctrina. Mientras algunos expertos defendían la aplicación de la Ley nacional común (G. KEGEL) (59), y otros apostaban por la Ley del domicilio común (V. TRUTMANN) (60), algunos expertos sostuvieron la idea de que la conexión a retener era, precisamente, la residencia habitual común de las partes (J. KROPHOLLER) (61). El Reglamento «Roma II» acoge la idea de J. KROPHOLLER. Ejemplo 1: si dos españoles con residencia habitual en Madrid colisionan con torpeza sus automóviles en una carretera de Francia cuando pasan sus vacaciones en el vecino país, la aplicación de la Ley francesa a dicho supuesto supondría para las partes implicadas unos costes mucho más elevados que la aplicación de la Ley española. En efecto: las partes nada saben de la Ley francesa, y jamás han adaptado sus comportamientos a tal ordenamiento jurídico, por lo que tendrían que estudiar la Ley francesa, contratar especialistas en dicha Ley, etc. Es decir, en este caso, España es el país más estrechamente vinculado a este concreto supuesto extracontractual, mucho más que Francia. La Ley española debe regir la responsabilidad derivada de este accidente de circulación por carretera. Ejemplo 2: un sujeto español con residencia habitual en Valencia pasa sus vacaciones en un *Resort* del Algarve portugués. Una noche, y tras una acalorada disputa con los vecinos españoles del chalet contiguo, el sujeto, habitualmente residente en Valencia, pincha la rueda del automóvil de su vecino la víspera de un viaje que éste iba a iniciar. Una vez de vuelta a España, la víctima del acto interpone una demanda judicial ante jueces españoles por daños contra el que fuera su vecino de vacaciones en Portugal. La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen del pinchazo de la rueda debe ser, a falta de elección de Ley por las partes, la Ley española. España es el país más estrechamente vinculado con el supuesto y la aplicación de la Ley española al fondo del asunto comportará, para las partes, costes de transacción conflictuales más reducidos que la Ley portuguesa. Las partes no conocen la Ley portuguesa y por tanto deberían informarse sobre dicha Ley, contratar especialistas sobre la misma y adaptar su comportamiento a dicha Ley.

2.º) *Traducción europea del caso Babcock vs. Jackson*. Este punto de conexión contenido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» (residencia habitual común) es la «traducción europea» del celeberrimo caso *Babcock vs. Jackson*. La sentencia de la *Supreme Court State of New York*, de 9 de mayo de 1963, «*Babcock vs. Jackson*», se enfrentó al problema de la determinación

(59) G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munich, 1987, págs. 446-457.

(60) V. TRUTMANN, *Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen. Ein Beitrag zur Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen Kollisionsrechtlichen Theorien*, Basilea, 1973, págs. 33-37.

(61) J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446.

de la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de un accidente de circulación por carretera ocurrido en Canadá, pero en el que exclusivamente se habían visto envueltos ciudadanos norteamericanos residentes en Nueva York que se encontraban en Canadá de vacaciones. Con arreglo a la norma de DIPr. vigente en Nueva York, la Ley aplicable al supuesto debía ser la Ley canadiense y no la Ley del *State* de Nueva York. Era la tradicional regla *Locus Delicti Commissi*: el accidente y el daño se habían producido en Canadá, por lo que la Ley canadiense debía regir el supuesto. Sin embargo, el tribunal neoyorquino advirtió que el caso presentaba conexiones reales y sustanciales más estrechas con Nueva York que con Canadá. La aplicación de dicha Ley no satisfacía el interés público del Estado de Nueva York en la defensa de su sistema de responsabilidad civil y además, suponía unos costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes implicadas. En efecto, dos sujetos que sufren un accidente en Canadá pero que son neoyorkinos, que residen habitualmente en Nueva York y que litigan en Nueva York, esperan ver aplicada al caso la Ley de Nueva York y no la Ley del Canadá. Imponerles la aplicación de la Ley del Canadá a estos sujetos supondría imponer a las partes unos costes de transacción conflictuales muy elevados: deberían informarse sobre una Ley estatal de la que nada saben ni conocen y con arreglo a la cuál no están habituados a ajustar sus comportamientos.

55. b) *Residencia habitual del presunto responsable y del perjudicado*. El artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» sólo opera si «la persona cuya responsabilidad se alega» y «la persona perjudicada» tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño. Por tanto, es indiferente el país de residencia habitual del sujeto causante del daño, que puede ser una persona distinta a la persona a la que se exige la responsabilidad civil. Es relevante la residencia habitual del sujeto al que se le exige responsabilidad y la residencia habitual de la persona perjudicada, y no la residencia habitual del «autor material del daño».

56. c) *Determinación de la residencia habitual*. El artículo 23 del Reglamento «Roma II» contiene varias reglas para precisar la residencia habitual de los sujetos a los efectos del artículo 4.2 del Reglamento «Roma II»:

1.º) *Personas jurídicas*. La residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica, será el lugar de su «administración central». Sigue aquí el Reglamento «Roma II», de nuevo la tesis germana: el lugar relevante es el lugar desde donde se dirige la sociedad o persona jurídica en general.

2.º) *Sucursales, agencias y establecimientos*. No obstante, cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará «residencia habitual» el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado. Esta precisión protege las expectativas legales de las partes y de terceros, pues aunque una sucursal o agencia no tiene «persona-

lidad jurídica», se encuentra establecida con carácter estable y aparente en un determinado Estado.

3.º) *Personas físicas profesionales*. La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el «establecimiento principal» de dicha persona. Se refiere el artículo 23.2 del Reglamento «Roma II» a una persona física que despliega una actividad profesional. No es preciso que se trate de un «comerciante» o de una persona inscrita en un Registro profesional o mercantil de cualquier tipo. Ahora bien, la regla del artículo 23.2 del Reglamento «Roma II» sólo opera en relación con los supuestos derivados de una actuación de dicha persona en el ámbito de su actividad profesional y no en un ámbito privado, familiar o particular, completamente ajeno a su actividad profesional. El establecimiento principal de la persona profesional es el lugar donde radican las actividades centrales del sujeto en cuestión. Y puede presumirse que dicho lugar es, por similitud con las personas jurídicas, el lugar desde donde la persona física dirige su actividad profesional (= *place of administration*).

4.º) *Personas físicas no profesionales*. El concepto de residencia habitual de las personas físicas no profesionales no se recoge en el Reglamento «Roma II». Por tanto, la residencia habitual de una persona física se determinará con arreglo a los criterios vigentes en cada Estado miembro. En España, se aplicará el artículo 40 del Código Civil y la interpretación que el TS y la DGRN hacen del concepto «residencia habitual». Es el lugar donde la persona física tiene su centro social de vida, el lugar donde la persona física se encuentra de hecho (*domus colere*) con intención de permanecer de modo estable (*animus manendi*). La «residencia habitual» indica el «arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico» (J. M. ESPINAR VICENTE) (62).

57. d) *Pluralidad de presuntos responsables y de presuntas víctimas*. En los casos en los que existan varios sujetos a los que se reclama responsabilidad no contractual y/o varios sujetos que se presenten como presuntas víctimas, el criterio recogido en el artículo 4.2 del Reglamento «Roma II» sólo es operativo si todas las personas implicadas tienen su residencia habitual en el mismo país (P. FRANZINA) (63).

(62) J. M. ESPINAR VICENTE, «Residencia habitual (Derecho Internacional Privado)», en *EJB*, 1995, págs. 5876-5880.

(63) P. FRANZINA, «Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali», en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, págs. 299-370.

IX. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. LEY DEL LUGAR DONDE SE PRODUCE EL DAÑO (*LEX LOCI DELICTI COMMISSI*)

58. En defecto de elección de Ley por las partes y de residencia habitual común de las mismas, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). Se trata del tradicional criterio *Lex Loci Delicti Commissi* (= Ley del lugar donde ha ocurrido el hecho ilícito), si bien concretada bajo la forma de *Lex Damni* o *Erfolgsort* (= Ley del lugar donde se produce el daño derivado del hecho ilícito). Varias observaciones son precisas al respecto.

1. EL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*: LA HERENCIA DE LA HISTORIA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

59. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* cuenta con precedentes poderosos en Derecho griego clásico y en Derecho romano, como indica autorizada doctrina (H. LEWALD, P. BOUREL) (64). Sin embargo, los auténticos creadores del DIPr., los estatutarios medievales italianos del siglo XIII, fueron los que forjaron el punto de conexión *Locus Delicti Commissi* para designar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (65). La solución fue posteriormente acogida por los no menos grandes estatutarios franceses, como señala la doctrina (M. GUTZWILLER, A. LAINÉ, E. M. MEIJERS, P. BOUREL) (66). Este hecho es importante, porque el artículo 3.1 del Código Civil francés recogió la herencia estatutaria y dio cobijo al criterio *Lex Loci Delicti Commissi* como punto de conexión único para designar la

(64) H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, págs. 9-11; P. BOUREL, «Responsabilité civile», en *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, págs. 770-780; ID., «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», en *RCADI*, 1989, vol. 214, págs. 251-398.

(65) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 212-214.

(66) M. GUTZWILLER, «Le développement historique du Droit International Privé», en *RCADI*, 1929-IV, t. 29, págs. 287-400, esp. pág. 291; A. LAINÉ, *Introduction au Droit International Privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status* (2 vols.), París, 1888, vol. I, esp. pág. 118; E. M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit International Privé à partir du Moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale», en *RCADI*, 1934, vol. 49, págs. 543-686, esp. pág. 547; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, págs. 21-22; ID., «Responsabilité civile», en *E.Daloz DI*, vol. II, 1969, págs. 770-780.

Ley aplicable a todo supuesto relativo a obligaciones extracontractuales y la Cour francesa lo acogió sin dudar (Sent. Cour Cass. Francia, 25 de mayo de 1948, *Lautour* [accidente de circulación de dos franceses en España], Sent. Cour Cass. Francia, 1 de junio de 1976, *Luccantoni*). Debido a la gran influencia del Código Civil francés de 1804 en todo el mundo, el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* fue acogido en innumerables sistemas nacionales de DIPr., como el español (art. 10.9.I CC). No debe confundirse el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* con el criterio unilateral *Lex Fori* (= las obligaciones extracontractuales se regirían por la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto). Este criterio fue defendido por C. G. VON WÄCHTER, F. K. VON SAVIGNY y H. MAZEAUD, y se funda en un error: equiparar el tratamiento legal de los ilícitos civiles con el tratamiento legal de los ilícitos penales.

2. JUSTIFICACIÓN DEL PUNTO DE CONEXIÓN *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*

60. Este punto de conexión ha sido justificado a través de diversos argumentos.

61. a) *Argumento de Derecho Público*. La justificación tradicional del punto de conexión *Locus Delicti Commissi* es sencilla: las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley del país en cuyo territorio ha ocurrido el ilícito porque de ese modo se asegura el respeto a la soberanía de dicho país. Además, el criterio *Locus Delicti Commissi* era empleado también para fijar la Ley aplicable a los delitos y demás ilícitos penales, fuertemente ligados al ejercicio del *jus puniendi* que corresponde ejercer en su territorio al Estado en ejercicio de su soberanía. En suma, el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* permitía a cada Estado mantener su «control legal» sobre todos los ilícitos civiles y penales verificados en su territorio, que es el «ámbito natural» en el que el Estado ejerce su Soberanía. Hoy día este argumento es sólo parcialmente válido. Por ello, puede y debe ser reformulado en este sentido: la regla *Lex Loci Delicti Commissi* permite que el sistema de responsabilidad civil de cada Estado sea verdaderamente «eficaz» en el ámbito territorial de dicho Estado. Ayuda a preservar el «efecto útil» de la legislación del Estado en materia de responsabilidad extracontractual. Garantiza, en el territorio de cada Estado, el respeto del modo en que cada Estado organiza su sociedad en lo relativo al sistema de responsabilidad civil no contractual y muy en especial, el respeto y el efecto útil del «Derecho de daños».

62. b) *Argumentos de Derecho Privado*. Además del argumento anterior, numerosos argumentos de Derecho Privado han sido defendidos en apoyo del criterio *Lex Loci Delicti Commissi*:

1.º) *Argumento económico*. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* permite una identificación segura y veloz de la Ley aplicable, y conduce, en

condiciones normales, a una Ley cuya aplicación al caso es previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *Lex Loci Delicti Commissi* suele ser la Ley cuya aplicación suscita los costes de transacción conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. En tal sentido, se afirma que dicha Ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados (P. ARMINJON, B. AUDIT, M. ESLAVA RODRÍGUEZ, D. McCLEAN & K. BEEVERS) (67). En efecto, la *Lex Loci Delicti Commissi* suele corresponder al país «más estrechamente vinculado» al supuesto. Los costes de información de dicha Ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha Ley, son reducidos para las partes. Explicación: las personas que se hallan en el territorio de un concreto Estado y/o que dirigen sus actividades hacia el territorio de un determinado Estado están en una posición óptima para prever, razonablemente, que las actividades que desarrollan en dicho territorio están sujetas al Derecho de dicho Estado (= *When in Rome, do as Romans do*).

2.º) *Argumento jurídico*. Las obligaciones no disponen de un lugar físico o sede física donde están situadas. Las obligaciones no se encuentran en ningún país, al contrario de lo que sucede con las cosas físicas. Además, las obligaciones no afectan al «estado jurídico» de los sujetos que intervienen. Por ello, las obligaciones extracontractuales no se pueden localizar ni por su «objeto» ni por su «sujeto». Hay que localizarlas mediante su fuente. Y la fuente de las obligaciones extracontractuales son los hechos de los que derivan tales obligaciones. La Ley del país donde se verifican los hechos que hacen nacer las obligaciones extracontractuales, debe regir tales obligaciones. El criterio *Lex Loci Delicti Commissi* es acertado porque es el único que permite determinar una Ley que las partes pueden prever razonablemente (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (68). En efecto, un examen del objeto y de los sujetos de las obligaciones extracontractuales no permite vincular tales obligaciones con un país determinado. Sin embargo, un análisis de la «fuente» de las obligaciones extracontractuales permite a cualquier observador vincular dichas obligaciones con un país determinado, cuya Ley debe regirlas: la Ley del país donde se produce el hecho del que deriva la obligación.

(67) P. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, t. 1, 1934, Dalloz, núms. 120-122; B. AUDIT, *Droit International Privé*, Economica, París, 4.^a ed., 2006, págs. 639-653; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, Comares, Granada, 2007, 8.^a ed., págs. 535-591; D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 369; O. KAHN-FREUND, «Delictual liability and the conflict of laws», en *RCADI*, 1968, vol. 124, págs. 1-166, pág. 44.

(68) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, t. I, 8.^a ed., LGDJ, París, 1993, págs. 468-472.

3. DETERMINACIÓN DEL «TERRITORIO DEL ESTADO»

63. Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado, es preciso consultar los criterios clásicos de Derecho Internacional Público. Es territorio de un Estado la tierra firme del mismo, el Mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las Embajadas y otras Delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan, como es sabido, de ciertas «inmunidades legales», pero pertenecen al territorio del Estado donde se hallan situadas (*Host State*).

4. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL CRITERIO *LEX LOCI DELICTI COMMISSI*

64. Durante centenares de años, desde la Edad Media hasta el siglo XXI, numerosos países europeos, y entre ellos España, utilizaron el criterio *Lex Loci Delicti Commissi* como único criterio para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (vid. art. 10.9.I CC) (M. HANCOCK) (69). Pero este reinado feliz de la *Lex Loci Delicti Commissi* en el ámbito de las obligaciones extracontractuales ha llegado a su fin. En efecto, en el Reglamento «Roma II», la regla *Lex Loci Delicti Commissi* (art. 4.1 del Reg. «Roma II») es una regla meramente subsidiaria. Al respecto, deben subrayarse diversos datos.

65. a) *Demostración del carácter subsidiario de la regla Lex Loci Delicti Commissi en el Reglamento «Roma II».* Diversos motivos explican por qué esta regla es meramente subsidiaria en el Reglamento «Roma II»: a) Porque prevalecen sobre la regla *Lex Loci Delicti Commissi*, en su caso, la Ley libremente elegida por las partes (art. 14 del Reg. «Roma II») y la Ley del país de la residencia habitual común de las partes (art. 4.2 del Reg. «Roma II»); b) Porque no opera si se trata de una obligación no contractual regida por las normas de conflicto especiales contenidas en el Reglamento «Roma II», y que son las que siguen: artículo 5 [*responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*], artículo 6 [*competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia*], artículo 7 [*Daño medioambiental*], artículo 8 del Reglamento [*infracción de los derechos de propiedad intelectual*], artículo 9 [*acción de conflicto colectivo*], artículo 10 [*enriquecimiento injusto*], artículo 11 [*gestión de negocios*], artículo 12 [*culpa in contrahendo*]); c) Porque la regla *Lex Loci Delicti Commissi* tampoco opera si entra en acción la «cláusula de escape» (art. 4.3 del Reg. «Roma II»). En efecto, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto al país donde se ha producido el daño, la Ley de

(69) M. HANCOCK, *Torts in the Conflict of Laws*, Chicago, Callaghan & Co., 1942, esp. págs. 33-35; ID., «Les obligations délictuelles en Droit International Privé», en *An.IDI*, Annuaire, Session d'Edimbourg, Basilea, 1969.

dicho país no se aplicará, sino que la obligación extracontractual quedará sujeta a la ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos y no a la *Lex Loci Delicti Commissi*.

66. b) *Razones que explican el carácter subsidiario de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. Las razones que explican por qué el legislador comunitario ha convertido la *Lex Loci Delicti Commissi* en una mera regla subsidiaria y no principal son claras: 1.º) El «lugar del daño» puede, en ocasiones, ser fortuito y puede, en tales casos, conducir a una Ley cuya aplicación es imprevisible para las partes; 2.º) Visto que las normas imperativas en materia de obligaciones extracontractuales no son abundantes, la libre elección de Ley debe permitirse, pues en caso de que tal elección se produzca, conduce siempre a la Ley que comporta costes conflictuales menores para las partes y no se daña con ello, ningún interés general o público.

67. c) *Ámbito aplicativo real de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. En consecuencia, el ámbito aplicativo real de la regla *Lex Loci Delicti Commissi* ya no es el que era y ha quedado profundamente reducido: su ámbito más relevante son los accidentes de circulación por carretera (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (70). Pero no para España, pues en España la Ley aplicable a tales accidentes se fija con arreglo al Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 y no con arreglo al Reglamento «Roma II».

68. d) *Carácter «residual» y no «general» de la regla Lex Loci Delicti Commissi*. Debe ponerse de relieve con énfasis que, a pesar de que el Cons. 18 del Reglamento «Roma II» afirma que «la norma general en el presente Reglamento deberá ser la del *lex loci damni* mencionada en el artículo 4, apartado 1» y que «el artículo 4, apartado 2, debe considerarse como una excepción a este principio general, creándose una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país», ello no se corresponde con la letra del artículo 4 del Reglamento «Roma II» ni tampoco con la intención del legislador que redactó el Reglamento «Roma II». Ningún dato jurídico positivo apoya la idea de que el punto de conexión «general» sea el «lugar del daño» y ningún dato jurídico positivo apoya la idea de que la residencia habitual común de las partes sea una «excepción» al criterio *Lex Loci Delicti Commissi* que deba ser interpretada restrictivamente. El punto de conexión *Lex Damni* no es el punto de conexión «general» del Reglamento «Roma II». Es sólo el tercer punto de conexión en la cascada de criterios contenidos por el Reglamento.

(70) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

5. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS A DISTANCIA»

69. El punto de conexión *Locus Delicti Commissi* opera sin problemas frente a ilícitos de «naturaleza simple», generados en un país y que producen daños también, exclusivamente, en el territorio de ese mismo país. Sin embargo, suscita serios problemas en relación con los llamados «ilícitos a distancia». Varios puntos deben ser examinados.

70. a) *Ilícitos a distancia. Concepto*. Son los ilícitos en los cuales la acción causal se produce en un Estado mientras que las consecuencias de dicha acción se verifican en otro u otros Estados. Ejemplo 1: vertido de sustancias tóxicas en el río Tajo a su paso por España y que produce daños a plantaciones agrícolas situadas en Portugal. Ejemplo 2: un sujeto extrae el motor de una aeronave en Nueva York, lo que impide al vehículo prestar los servicios pactados entre Nueva York y España (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma]). La doctrina internacional-privatista más antigua ya percibió la existencia de estos *Distanzdelikte*. El gran jurista P. VÔET planteó el caso de una flecha que supera la frontera desde un país a otro (*De statutis eorumque concursu*).

71. b) *Distintas teorías*. La doctrina ha forjado tres grandes teorías para precisar cuál es el lugar relevante en los casos de ilícitos a distancia (F. POCAR, H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (71):

1.º) *Teoría de la actividad*. Es lugar relevante es el lugar donde el sujeto presuntamente responsable lleva a cabo el hecho generador o «acto causal» (*Handlungsort*) (E. BARTIN, P. ARMINJON) (72). Argumento: el país donde se localiza el hecho generador es o puede ser el único país en el que el autor del daño es consciente de proyectar su actividad, y además no es justo castigar a un sujeto por un hecho que, aunque puede generar responsabilidad civil en el país donde despliega sus efectos, puede ser perfectamente lícito en el país donde el acto se realiza. Es la tesis que recoge la Ley austríaca de DIPr. 1978 (art. 48.1). Sin embargo, esta tesis no convence. En efecto, el sujeto que realiza un acto está en posición óptima para conocer en qué países surte efectos el acto que realiza en otro Estado. Se le puede exigir que asuma las consecuencias de un acto que está en su «esfera de control».

(71) Muy bien explicadas en F. POCAR, «Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions», en *TCFDIP*, 1985-1986, págs. 71-80, en H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 220-222, y en F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit International Privé suisse*, 3.^a ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2004, págs. 281-299, esp. págs. 286-288.

(72) E. BARTIN, *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, vol. I, París, 1930, págs. 122-123; P. ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, t. 1, 1934, Dalloz, núms. 120-122.

2.º) *Teoría del resultado*. El lugar relevante es aquél donde se verifica el resultado dañoso. Argumento: el lugar donde se verifica el daño es el único relevante porque el responsable de la actividad que causa el daño debe asumir que una conducta que desarrolla y orienta hacia un determinado país y la víctima no puede verse «sorprendida» con la aplicación del Derecho de un país que para él resulta completamente imprevisible (G. BEITZKE) (73). Además, las normas sobre responsabilidad civil persiguen, hoy día, una función indemnizatoria o reparadora y no una función «culpabilizadora» o «penalizadora» del autor. Y como no hay indemnización sin daño, lo relevante es el «daño» y el país dónde éste se produce. No es relevante el lugar donde se realiza el acto causal, porque no se trata, como sí sucede en Derecho Penal, de aplicar normas para reprimir y castigar conductas inadmisibles, sino de aplicar normas para reparar el daño causado. La tesis del acto causal confunde el problema de los ilícitos penales con el problema de los ilícitos civiles. El Derecho Penal castiga conductas porque son socialmente reprobables como «conductas en sí», mientras que el Derecho Privado establece responsabilidad civil sólo si se produce un daño, y no porque el sujeto ha realizado una conducta u otra (G. BALLADORE PALLIERI, E. VITTA) (74). El Derecho de la responsabilidad civil tiene por objeto la reparación de perjuicios, no la punición de conductas (P. MAYER) (75). La tesis del lugar del daño es la tradicional en la jurisprudencia francesa (CA París, 18 de octubre de 1955; CA París, 7 de marzo de 1988; CA París, 16 de enero de 1997; Cour Cass. Francia, 8 de febrero de 1983), y ha sido seguida también por el artículo 62.1 de la Ley italiana de DIPr., de 31 de mayo de 1995, con matices muy relevantes (Sent. Cass. Italia, de 23 de enero de 1958) (A. DAVI, B. BAREL/ST. ARMELLINI) (76) y ha sido acogido también por la Ley suiza de DIPr. 1987 bajo una sofisticada y muy inteligente formulación (art. 133 de la Ley suiza DIPr. 1987) (A. BUCHER, S. STAJANOVIC) (77).

(73) G. BEITZKE, «Les obligations délictuelles en Droit International Privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, pág. 89.

(74) G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. págs. 357-358; E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pág. 355.

(75) P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pág. 505, núm. 685.

(76) A. DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo Diritto Internazionale Privato italiano*, Utet, Torino, 1997, esp. págs. 22-28; B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. pág. 223.

(77) A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau Droit International Privé suisse», en *Le nouveau Droit International Privé suisse*, Lausana, 1988, págs. 107-141; S. STAJANOVIC, «Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le Droit International Privé», en *RCDIP*, 1988, vol. LXXVII, págs. 261-289.

3.º) *Teoría de la ubicuidad*. Debe considerarse que el lugar relevante es tanto el lugar donde se realizó el acto causal como el lugar donde se verifica el resultado dañoso, de modo que el actor elige con arreglo a qué Ley desea demandar. Es la tesis seguida tradicionalmente en Alemania.

4.º) *Tesis oscilantes*. Según otros autores, es necesario distinguir según el carácter de la responsabilidad que se imputa. Si se trata de responsabilidad por infracción de comportamientos exigibles o por transgresión de reglas legales, es decir, una responsabilidad «por culpa», se aplicará la Ley del hecho causal, pero si se trata de responsabilidad objetiva sin culpa y derivada de la mera producción de un daño, se debe recurrir a la Ley del lugar del daño (W. WENGLER, D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE) (78).

72. c) *La tesis preferida por el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II»: el lugar del daño (Locus Damni)*. Pues bien, el Reglamento «Roma II» solventa de raíz, y de forma muy simple, la cuestión de los ilícitos a distancia. El Reglamento «Roma II» acoge la «tesis francesa». En efecto, en los supuestos de ilícitos a distancia, se aplicará la Ley del país en cuyo territorio se produce el «daño». No es relevante el país donde haya tenido lugar el «hecho generador del daño». Tampoco es relevante el país donde «se manifiesta el daño». Ello permite que la legislación de un Estado conserve su efecto útil en relación con los ilícitos que «repercuten» en su territorio. Los particulares que dirigen sus actividades hacia el territorio de otro país pueden saber, así, perfectamente, cuál es la Ley aplicable a las actividades transnacionales que dirigen hacia un concreto Estado. Y los sujetos que sufren un daño en el territorio de un país, pueden estar seguros de que la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de tal daño es la Ley de dicho Estado, cualquiera que sea el país donde se haya verificado el hecho generador del daño. País que para las víctimas resulta totalmente imprevisible e incluso, puede ser desconocido. En los casos de promesas unilaterales, el lugar donde se produce el daño es el país donde se emite la promesa (B. BAREL/St. ARMELLINI) (79). Ejemplo: una empresa cacereña vierte aceite industrial en el río Tajo. El agua contaminada produce daños en una fábrica de papel situada en Portugal. La empresa portuguesa reclama daños y perjuicios contra la empresa española. Se trata de un «ilícito a distancia». La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen del mismo es la Ley del país donde se verifica el «resultado dañoso», es decir, la Ley portu-

(78) W. WENGLER, «La responsabilité per fatto illecito nel Diritto Internazionale Privato», en *Annuaire Droit International*, 1966, págs. 1-21; D. HOLLEAUX/J. FOYER/G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit International Privé*, París, Masson, 1987, págs. 606-615, esp. pág. 707; G. LÉGIER, «Les conflits de lois relatifs à l'enrichissement sans cause», en *Mélanges en l'honneur du Professeur J. P. Béguet*, Faculté de Droit. Université de Toulon et du Var, 1985, págs. 167-197.

(79) B. BAREL/St. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, 2006, págs. 213-227, esp. pág. 215.

guesa. La empresa portuguesa sufre un daño «en Portugal» y la empresa española sabe perfectamente y está en la obligación de saber que la actividad de vertido de aceite que lleva a cabo en España podía producir daños «en Portugal». Por ello, la aplicación de la Ley portuguesa es «previsible» para ambos litigantes, suscita costes de transacción conflictuales reducidos para ambas empresas. La Ley portuguesa rige este caso (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

6. *LOCUS DELICTI COMMISSI* E «ILÍCITOS MOSAICO»

73. Algunos hechos producen daños en diversos países al mismo tiempo: un solo hecho generador, múltiples daños en distintos países. En estos supuestos, el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» sigue la tradicional teoría llamada «teoría del mosaico» (*Mosaic Principle* o *Mosaikbetrachtung*). Que significa lo que sigue: los daños verificados en el territorio de un Estado se rigen exclusivamente por la Ley de dicho Estado. Si se producen daños en varios Estados, es aplicable a cada uno de tales daños la Ley del Estado en cuyo territorio se han verificado los mismos: país por país, territorio por territorio, hasta componer el «mosaico completo» de todos los daños causados por un mismo hecho causal (P. MANKOWSKI) (80) (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma]). Esta tesis tiene origen francés (Sent. CA Angers, de 15 de diciembre de 1891 [competencia desleal en Francia e Inglaterra], Sent. CA Tribunal Civil de la Seine, de 1 de abril de 1925 [competencia desleal en Inglaterra y Francia], Sent. Cour Cass. Francia, 14 de enero de 1997 [competencia desleal]). Ejemplo: un *hacker* muy peligroso es contratado por una empresa suiza que desea vengarse de un ex-directivo que se ha fugado de esta empresa con secretos industriales y que ha fundado otra empresa con sede central en España y sucursales en Suiza y Francia. El *hacker* envía virus informáticos que destruyen completamente las bases de datos de la empresa situadas en España, Suiza y Francia. Es un supuesto de daños plurilocalizados. La Ley reguladora de los mismos debe determinarse «país por país» con arreglo a la «tesis del mosaico» (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). En consecuencia, los daños sufridos en Suiza se registrarán por la Ley suiza, los daños experimentados en España quedarán sometidos a la Ley española y los daños que se verifican en Francia quedan sujetos al Derecho francés.

(80) P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrag-und Delittrecht», en *RabelsZ*, 1999, vol. 69, págs. 206-294; ID., «Wider ein transnacionales Cyberlaw!», en *Archiv für Presrecht*, 1999, pág. 138 y sigs.; ID., «Jurisdiction and Enforcement in the Information Society», en R. NIELSEN *et al.* (eds.), *EU Electronic Commerce Law*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2004.

7. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «DAÑOS INDIRECTOS»

74. Algunos hechos producen, al mismo tiempo, daños «directos» y daños «indirectos». El daño directo es aquél que afecta de modo inmediato a una persona, derecho o bien. El daño indirecto es aquél que se padece como consecuencia de otro daño sufrido de modo directo (= «*victime par ricochet*»). Pues bien, el único lugar relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es el lugar donde se ha verificado el «daño directo». No es en ningún caso relevante el lugar donde se ha padecido un «daño indirecto» (D. BUREAU/H. MUIR WATT) (81). Así lo explica el Cons. 17 del Reglamento «Roma II»: «*en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente*». Así lo estimó el TJCE también al tratar la cuestión de la competencia judicial internacional en materia delictual (STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*). Explicación: el causante del daño no puede, de ninguna manera razonable, prever la aplicación a su conducta de la Ley del país donde el sujeto sufre un daño moral indirecto o donde experimenta una disminución de su patrimonio como consecuencia de daños directos verificados en otros países. El causante del daño sólo puede prever razonablemente la aplicación a su conducta de la Ley del país donde se produce el «daño directo». Ejemplo: un asesor financiero con residencia habitual en Bilbao y de nacionalidad suiza sugiere a una familia española con residencia habitual en Madrid que invierta los ahorros familiares de toda la vida en unos chalets situados en Brasil. La familia española transfiere a Brasil 500.000 euros. Tras dos meses, descubren aterrados que el sujeto ha invertido ese dinero en casas desmontables y que no hay noticias del resto del dinero. La familia española decide demandar al asesor financiero ante los tribunales españoles y alega que debe aplicarse la Ley española, pues es España el lugar donde su patrimonio se ha visto reducido a cenizas. Sin embargo la Ley que rige las obligaciones extracontractuales derivadas de la actuación de este sujeto no es la Ley española, porque España es el lugar del «daño indirecto» y es Brasil el lugar del «daño directo». El artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» conduce a la aplicación del Derecho brasileño.

8. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y «VÍCTIMAS INDIRECTAS»

75. En el ámbito del artículo 4.1 del Reglamento «Roma II», el único daño que cuenta es el daño directo y la única víctima relevante a efectos del

(81) D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. pág. 399.

artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es la víctima directa. No la víctima indirecta. La víctima indirecta es aquélla que experimenta un daño que es consecuencia del daño directamente sufrido por otra persona. Ejemplo: un menor de nacionalidad española sufre una lesión intestinal muy grave durante su estancia veraniega en Irlanda debida a una intoxicación alimenticia. Debe ser internado en un hospital y este hecho deja en estado de *shock* a sus padres, españoles con residencia habitual en Madrid. El padre sufre un infarto y es hospitalizado en España. El abogado de la familia sugiere al padre demandar a la empresa que servía las comidas en la residencia irlandesa. La Ley aplicable a dicha reclamación judicial no es la Ley española. Explicación: el padre es una mera «víctima indirecta». Por ello, no puede reclamar la aplicación de la Ley española con el argumento de que ha sufrido un daño «en España». Podrán reclamar, en su caso, con arreglo a la Ley irlandesa, que es la Ley del país donde se ha producido el «daño directo» (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

9. *LOCUS DELICTI COMMISSI* Y DAÑOS VERIFICADOS A BORDO DE BUQUE O AERONAVE O EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL

76. Deben diferenciarse varios supuestos: 1.º) *Daños verificados en una nave o aeronave situada en el mar territorial o espacio aéreo de un Estado*. En este caso, es aplicable la Ley del Estado en cuyas aguas o espacio aéreo se encuentra el buque o aeronave. El país cuyo pabellón enarbola el buque o aeronave es indiferente (STS, Social, de 15 de marzo de 1984); 2.º) *Daños verificados en buque o aeronave cuando ésta se halla en alta mar o espacio aéreo internacional*. La regla *Lex Loci Delicti Commissi* no puede operar y el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es inaplicable. Deberá recurrirse al artículo 4.3 del Reglamento «Roma II».

77. En cuanto a los daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal, cabe afirmar que cuando el acto ilícito se produce en estos espacios no sometidos a la soberanía territorial de ningún Estado, la regla *Lex Loci Delicti Commissi* no puede operar y el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» es inaplicable. Es el caso de daños verificados en el espacio exterior, la Antártida, en alta mar, los fondos marinos, etc. En estos supuestos, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales se fijará con arreglo al artículo 4.3 del Reglamento «Roma II».

X. REGLAMENTO «ROMA II». SISTEMA GENERAL. CLÁUSULA DE ESCAPE

78. No obstante las conexiones contenidas en el Reglamento «Roma II», y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales con arreglo al artículo 10 del Reglamento «Roma II», si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 del Reglamento «Roma II» (país donde se ha verificado el daño) o 4.2 del Reglamento «Roma II» (país de la residencia habitual común de las partes), se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 del Reg. «Roma II»). Esta regla constituye una «cláusula de escape» al sistema general de puntos de conexión recogido en el Reglamento «Roma II» (Cons. 14 y 18 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos relativos a esta «cláusula de escape» son importantes.

1. FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE

79. Esta cláusula de escape habilita al tribunal competente para descartar la regla de la «residencia habitual común» y/o la regla del «lugar del daño» si comprueba que tales puntos de conexión comportan costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes. Es decir, cuando el tribunal comprueba que las partes no pudieron, razonablemente, prever la aplicación de dichas Leyes al supuesto concreto y existe, por el contrario, otro país más vinculado con la situación cuya Ley comporta costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas. Otro país cuya Ley resulta más previsible para las partes, un país más estrechamente vinculado con el supuesto en cuestión. Se trata de una «cláusula de escape», porque todas las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» persiguen la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto de obligaciones extracontractuales. Sin embargo, cuando se comprueba que en un caso determinado, tales normas de conflicto conducen a la Ley de un país que no es el más estrechamente vinculado con el supuesto, es necesario «escapar» de dicha regla, porque tal regla «traiciona» al principio de proximidad en el que se basa el entero Reglamento «Roma II» (Cons. 14 y 16 del Reg. «Roma II»). El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» «permite escapar» de una norma de conflicto que conduce a la Ley de un país escasamente vinculado con la situación extracontractual y cuya aplicación generaría costes de transacción conflictuales elevados. Por tanto, el fundamento último de la cláusula de escape radica en la seguridad jurídica y en el «principio de proximidad», ya que dicha cláusula evita la aplicación de Leyes «imprevisibles para las par-

tes» (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, C. BRIÈRE) (82). En particular, la cláusula de escape del artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» es muy útil para evitar la aplicación de la *Lex Loci Delicti Commissi* (= Ley del lugar del daño: art. 4.1 del Reg. «Roma II») cuando el lugar donde se produce el daño es un lugar imprevisible para las partes, fortuito, fugaz, fugitivo, meramente casual (Sent. Cass. Civ. Francia, de 27 de marzo de 2007, *Bureau Veritas* [accidente casual en Madagascar y certificación del buque como «apto para navegar», realizada en Francia]) (J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE) (83).

80. Esta «cláusula de escape» refleja la idea, procedente del Derecho norteamericano, de que los casos de obligaciones extracontractuales (*torts*) no son fácilmente localizables en un país a través de conexiones rígidas. Debe procederse, como hacen los tribunales anglosajones en materia de contratos internacionales, a la búsqueda de la «Ley propia de cada ilícito», la Ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto. La Ley que corresponde al «centro de gravedad del supuesto». Y dicha Ley sólo puede determinarse caso por caso, contando y pesando los contactos del caso concreto con países determinados (Sent. Supreme Court NY, de 9 de mayo de 1963, *Babcock vs. Jackson*) (G. BEITZKE, P. BOUREL, H. BATIFFOL, F. A. MANN, C. G. J. MORSE, P. E. NYGH) (84). La idea de la *Proper Law Of The Tort* descende de un célebre, excelente y revolucionario trabajo de J. H. C. MORRIS (85). Idea que encontró reflejo en el complicado § 145 del *Restatement Second of Conflict-Of-Laws* de los Estados Unidos de América (T. BALLARINO, F. KNOEPFLER/ PH. SCHWEIZER/

(82) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé. Cours général», en *RCADI*, 2000, vol. 287, págs. 13-425, esp. págs. 214-216; C. BRIÈRE, «Le règlement (CE), núm. 864/2007 du 11 de juillet de 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»)», en *JDI Clunet*, 2008, págs. 31-74, esp. pág. 52.

(83) J. DERRUPÉ/J.-P. LABORDE, *Droit International Privé*, Dalloz, 15.^a ed., 2005, págs. 129-133, esp. pág. 129.

(84) G. BEITZKE, «Les obligations delictuelles en Droit International Privé», en *RCADI*, 1965, vol. 115, págs. 67-146, esp. págs. 72-75; P. BOUREL, «Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit International Privé», en *RCADI*, 1989, vol. 214, págs. 251-398, esp. págs. 253-254; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit International Privé*, París, 1956, pág. 240; F. A. MANN, «The proper law in the conflict of laws», en *ICLQ*, 1987, vol. 36, págs. 437-451; C. G. J. MORSE, «Choice of law in tort, A comparative study», en *AJCL*, 1984, vol. XXII, págs. 51-97; P. E. NYGH, «Some Thoughts on the Proper Law of a Tort», en *Contemporary Problems in the Conflict of Laws. Essays in Honour of J. H. C. Morris*, Leiden, Sijthoff, 1978, págs. 232-251.

(85) J. H. C. MORRIS, «The Proper Law Of The Tort», en *Harvard Law Review*, 1951, págs. 881-895. En el mismo sentido, también, H. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktsstatuts», en *RabelsZ*, 1955, págs. 401-499. Exponen la idea de la *Proper Law of The Tort*, con claridad y profundidad, M. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», en *REEI*, 2004, págs. 1-34, esp. págs. 10-11; J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento «Roma II»», en *Indret*, 2005, págs. 8-9.

S. OTHENIN-GIRARD, D. BUREAU/H. MUIR WATT) (86). Este *New Approach* fue muy bien recibido en Inglaterra, quizá porque J. H. C. MORRIS era inglés: la *House Of Lords* aplicó la Ley inglesa y no la Ley maltesa al accidente de circulación ocurrido en Malta entre dos militares ingleses con residencia habitual en Inglaterra y que se hallaban en Malta de modo temporal (Sent. Hol 1969, *Boys vs. Chaplin*). No obstante, la idea de la *Proper Law Of The Tort* no es original de J. H. C. MORRIS. Antes de su singular y muy valiosa aportación, existen poderosos precedentes: a) El famoso Decreto de 7 de diciembre de 1942, dictado en tiempos de la Segunda Guerra Mundial, firmado por H. GOERING. Este Decreto indicaba que la Ley alemana era aplicable a los ilícitos no contractuales verificados fuera de Alemania pero que afectaban a ciudadanos alemanes, esto es, en territorios extranjeros que habían sido ocupados o estaban siendo escenario de operaciones bélicas de conquista; b) Ya en 1944, A. SCHNITZER indicó que si el lugar donde se verifica el acto es meramente casual, la responsabilidad civil derivada de tal acto debe regirse por la Ley del Estado con el que el supuesto presenta una mayor relación (87). La idea vertebradora es siempre la misma: aplicar la *Lex Loci Delicti Commissi* no tenía sentido en estos casos, pues el lugar del acto podía ser meramente fugitivo y casual (P. LAGARDE, E. JAYME, D. BUREAU/H. MUIR WATT, L. GARAU JUANEDA) (88). En definitiva, y como ya avanzó el muy poderoso análisis de TH. M. DE BOER, la regla *Lex Loci Delicti Commissi* ha sufrido una fuerte erosión y en la actualidad, puede ser descartada si el supuesto presenta vínculos más estrechos con otro país diferente al país del daño (89).

81. Un ejemplo de caso propicio para el empleo de la cláusula de escape es el que sirvió de base a la Sent. Cass. Civ. Francia, de 27 de marzo de 2007,

(86) T. BALLARINO/A. BONOMI, *Diritto Internazionale Privato*, 3.ª ed., Cedam, 1999, págs. 690-691; F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit International Privé suisse*, 3.ª ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2004, págs. 281-299, esp. págs. 288-289; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. págs. 388-289.

(87) A. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Verlag für Recht und Gesellschaft A.-G., Basel, 2.ª ed., 1944, citado por L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. pág. 470.

(88) P. LAGARDE, «Les principes du Droit International Privé hier, aujourd'hui et demain», en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R. Carande, 1995, págs. 17-33, págs. 22-23; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne», en *RCADI*, 1995, vol. 251, págs. 9-267, esp. pág. 216; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 3.ª ed. rev., Madrid, 1990, págs. 467-509, esp. pág. 475; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit International Privé, Tome II, Partie spéciale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, págs. 363-428, esp. págs. 385-287.

(89) TH. M. DE BOER, «Beyond Lex Loci Delicti», en *Conflict Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, Deventer, Kluwer, 1987, *passim*.

Bureau Veritas (JDI Clunet, 2007, págs. 949-955). La Cour indicó que la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual es la Ley del Estado en cuyo territorio se ha producido el hecho dañoso (*Lex Loci Delicti Commissi*). Sin embargo, en el caso de un «delito complejo» en el que el hecho generador tiene lugar en un país y el daño se verifica en otro Estado diferente, el país donde se ha verificado el daño puede ser totalmente fortuito, y por tanto, imprevisible para las partes. En tal supuesto, conviene «escapar» de dicho lugar y aplicar la Ley de otro país con el que la situación presenta un vínculo más estrecho, que puede ser el país donde ha ocurrido el hecho generador. En el caso citado, la Cour de Cassation francesa comprobó que el lugar donde ocurrió el daño era Madagascar, lugar del naufragio del buque, pero se manifestó en dicho país de modo fortuito, pues era un lugar imprevisible para las partes: el buque cubría la ruta China-Gabón y el percance aconteció en Madagascar como podía haber acontecido en cualquier otro lugar. El tribunal decidió aplicar la Ley francesa, ya que fue en Francia donde la sociedad *Bureau Veritas* clasificó el buque como apto para la navegación y el transporte de manganeso, de modo presuntamente negligente, pues el navío se hallaba en un *état pitoyable* de corrosión y ello fue la causa del naufragio de la nave. La aplicación de la Ley francesa resultaba previsible para todos los implicados, pues todos ellos eran perfectamente conocedores de que el buque había sido certificado en Francia, como «apto para navegar» por una sociedad francesa.

82. Otro buen ejemplo de caso en el que debiera operar esta cláusula de escape es el clásico caso que describe éste con Bélgica P. GRAULICH (90). Unos jóvenes originarios de Gante realizan una excursión que se adentra en Holanda. Por desgracia, uno de los jóvenes excursionistas se ahoga en el río Braakman y fallece. Los progenitores del joven fallecido no podían reclamar «daños morales» porque éstos no estaban previstos en el Derecho holandés, aplicable al caso a través de la regla *Lex Loci Delicti Commissi*. El resultado es «injusto». Pero no porque el Derecho holandés no conceda «daños morales», sino porque la aplicación del Derecho holandés como *Lex Loci Delicti Commissi* no está justificada. El «contacto» con Holanda es puramente «accidental» y «casual»: es un supuesto no previsto por la regla *Lex Loci Delicti Commissi*, que puede y debe reducirse teleológicamente. Debe, por tanto, aplicarse el Derecho belga, ya que todos los demás datos del supuesto caso conectan a éste con Bélgica.

(90) P. GRAULICH, «La signification actuelle de la regle de conflit», en *Mélanges offerts a P. Weill*, París, Dalloz, 1983, págs. 295-302.

2. OPERATIVIDAD EN CASOS EXCEPCIONALES

83. Esta cláusula de escape opera sólo en casos excepcionales. En efecto, normalmente el país más vinculado con la situación, es decir, el país cuya Ley comportará costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas, será el país de la residencia habitual común o el país en cuyo territorio se ha verificado el daño, según los casos. Pero cuando ello no sea así, el juez puede hacer aplicable la Ley de otro país diferente, cuya aplicación al concreto supuesto suponga costes de transacción conflictuales menores para las partes implicadas. Los casos en los que se puede aplicar el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» serán escasos y excepcionales, pues es muy difícil que exista un país más vinculado al supuesto que el país de la residencia habitual de las partes y que el país en cuyo territorio ha ocurrido el daño. Las partes pueden reclamar al tribunal la «activación» de la cláusula de escape y el descarte de los artículos 4.1 y 4.2 del Reglamento «Roma II». Aunque nada impide que el juez active por sí solo la cláusula de escape contenida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II». Por otro lado, debe indicarse que la cláusula de escape contenida en el artículo 4-3 del Reglamento «Roma II» no puede operar si las partes han elegido la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales dentro de los límites exigidos por el artículo 14 del Reglamento «Roma II».

3. MOTIVACIÓN JUDICIAL DE LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ESCAPE Y «CONEXIÓN ACCESORIA»

84. El juez debe, en todo caso, motivar su decisión de activar la cláusula de escape. Debe explicar las razones que le han inducido a descartar la aplicación, en su caso, de la Ley del país de la residencia habitual común de las partes y/o de la *Lex Loci Delicti Commissi*. Pues bien, el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» proporciona un elemento que el juez debe, en todo caso, tener en cuenta para justificar la activación de la cláusula de escape. En efecto, el precepto indica que *«un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión»*. Ello significa que, en los casos de obligaciones extracontractuales conectados con un contrato u otra relación jurídica previa entre las partes, el juez cuenta con un «ejemplo cualificado» de supuesto en el que las obligaciones extracontractuales presentan vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del país del daño y/o del país de la residencia habitual común de las partes. Se trata del caso en el que el daño se produce en el marco de una *«relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato»*. En el

supuesto de obligaciones extracontractuales conectadas con relaciones jurídicas preexistentes, el juez deberá explicar y motivar por qué la Ley que rige dicha relación jurídica preexistente debe también regular o no, las obligaciones extracontractuales conectadas con la misma. El juez debe motivar su seguimiento o descarte de esta «conexión accesoria» (*akzessorische Anknüpfung*) que le proporciona el legislador. Ello es así porque el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» recibe la doctrina de la «conexión accesoria», a cuyo tenor, las obligaciones extracontractuales surgidas como consecuencia de relaciones jurídicas preexistentes entre las partes, el país más vinculado con tales obligaciones suele ser aquél cuya Ley regula las relaciones jurídicas preexistentes. En efecto, se trata del país cuya Ley las partes esperan ver aplicada a las consecuencias directas, indirectas o accesorias de su relación jurídica inicial. La idea de la conexión accesoria en materia de obligaciones extracontractuales cuenta con un amplio conjunto de adeptos y defensores (G. BALLADORE PALLIERI, G. C. GONZENBACH, K. U. M. PATRZEK, C. VON DER SEIPEN, K. FIRSCHING, F. SCHWIND) (91), pero la idea original es mérito, como tantas otras en este sector del DIPr., de J. KROPHOLLER (92).

85. Un buen ejemplo del método operativo de esta cláusula de escape puede suscitarse en el caso que falló la STS de 31 de octubre de 2007. Una empresa norteamericana arrendó un motor de aeronave a una empresa española y se sujetó el contrato al Derecho del Estado de Georgia. Como la arrendataria no pagaba, el arrendador entró en el hangar del aeropuerto JFK en Nueva York y extrajo el motor. Ello causó enormes daños a la empresa española (STS de 31 de octubre de 2007 [arrendamiento de motor de aeronave y daños a la misma, si bien el tribunal estima que la facultad de extracción del motor estaba prevista en el contrato y por tanto el caso generaba responsabilidad «contractual»]). Pues bien, para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de daño en este caso, el tribunal debe explicar y motivar por qué considera que el supuesto se halla o no se halla más vinculado con el país cuya Ley estatal rige el contrato de arrendamiento del motor de la aeronave. Si el tribunal no motiva por qué ha seguido

(91) G. BALLADORE PALLIERI, «Diritto Internazionale Privato», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 339-361, esp. págs. 354-355; G. C. GONZENBACH, *Die akzessorische Anknüpfung. Ein Beitrag zur Verwirklichung des Vertrauensprinzips im IPR*, Zürich, 1986, págs. 32-39; K. U. M. PATRZEK, *Die vertragsakzessorische Anknüpfung im internationalen Privatrecht: dargestellt anhand des Deliktrechts, der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Bereicherungsrechts und der culpa in contrahendo*, München, 1992, págs. 11-18; C. VON DER SEIPEN, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, 1989, págs. 44-49; K. FIRSCHING, «Übereinkommen über das aufertagliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht», *IPrax*, 1981, págs. 37-43; F. SCHWIND, «Von der Zersplitterung des Privatrechts durch das internationale Privatrecht und ihre Bekämpfung», *RebelsZ.*, 1958, págs. 449-465.

(92) J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 1990, págs. 423-446.

o no ha seguido esta «conexión accesoria», la decisión judicial es antijurídica, vulnera el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» y se puede recurrir.

4. CLÁUSULA DE ESCAPE Y DAÑOS VERIFICADOS EN ESPACIOS NO SUJETOS A SOBERANÍA ESTATAL

86. La cláusula de los «vínculos más estrechos» recogida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» resulta útil también para determinar la Ley aplicable en los supuestos en los que no pueda operar la regla *Lex Loci Delicti Commissi* porque el daño se ha producido en espacios no sometidos a la soberanía de ningún Estado (H. BATIFFOL/P. LAGARDE) (93). En este caso, la cláusula recogida en el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» no opera como «cláusula de escape» sino como «guía de determinación directa» de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En efecto, en estos casos, el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» indica al operador jurídico que las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocurridos en estos espacios sin soberanía deben regirse por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos. Ahora bien, el precepto se detiene precisamente ahí y deja las manos libres para que el tribunal concrete, caso por caso, cuál es el país más estrechamente vinculado con el supuesto. Varios aspectos deben precisarse.

87. a) *Daños verificados a bordo de buques o aeronaves que se hallan fuera del espacio de soberanía de los Estados.* Cabe presumir que el país más estrechamente vinculado con el supuesto es el país del pabellón del buque, aeronave o artefacto espacial. Por tanto, las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocurridos a bordo de buques, aeronaves o artefactos espaciales situados fuera del territorio de un Estado, se regirán por la Ley del abanderamiento de la nave (P. DE SENA) (94). Dicho esto, varias observaciones son necesarias: a) En el caso de «pabellones de complacencia», debe descartarse la solución «Ley del país del pabellón», pues no existe conexión «real» o «sustancial» entre el país del pabellón y el supuesto de obligaciones extracontractuales. En el caso de pabellones de complacencia, la aplicación de la Ley del pabellón comportaría costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes, pues su aplicación al caso es imprevisible para los particulares implicados. Deberán buscarse otros criterios de vinculación que conduzcan a un Derecho más previsible para las partes; b) Aunque la luna y otros cuerpos celestes no pueden ser objeto de apropiación territorial por la

(93) H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, 7.^{ème} ed., París, 1983, págs. 211-256, esp. págs. 219-220.

(94) P. DE SENA, «Questioni in tema di responsabilità internazionale per attività spaziali», en *RDI*, vol. LXXIII, 1990, págs. 294-319.

soberanía de ningún país, el artículo 12.1 del Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, indica con claridad que «*los Estados Partes retendrán la jurisdicción y el control sobre el personal, los vehículos, el equipo, el material, las estaciones y las instalaciones de su pertenencia que se encuentren en la Luna*» y que «*el derecho de propiedad de los vehículos espaciales, el equipo, el material, las estaciones y las instalaciones no resultará afectado por el hecho de que se hallen en la Luna*». Por tanto, los hechos ocurridos en la Luna y demás cuerpos celestes se consideran ocurridos en el Estado al que pertenezca la instalación espacial, si es que han ocurrido en tales estación espacial o vehículo.

88. b) *Daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal*. Cuando el acto ilícito se produce en el espacio exterior, en la Antártida, en los fondos marinos, en alta mar, etc., el principio de proximidad en el que se inspira el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» aconseja ponderar los contactos de la situación extracontractual con los distintos países, para identificar la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica de que se trate. El tribunal debe realizar un *Balancing Test* en el que «pondera», «cuenta» y «pesa» los contactos de la situación con los diferentes países. Gracias a ese *Balancing Test*, el tribunal detectará el país más vinculado al supuesto y aplicará la Ley de dicho Estado. Por definición, debe tratarse de la Ley cuya aplicación al caso sea la más previsible para las partes implicadas, esto es, la Ley cuya aplicación al supuesto genera los menores costes de transacción conflictuales para las partes. Según los casos concretos, podría darse aplicación a la Ley nacional común de las partes, a la Ley del país de residencia de ambos sujetos, a la Ley del abanderamiento de la nave, aeronave o artefacto implicado en el daño, país de lanzamiento de la nave o artefacto, etc. Ejemplo 1: en los casos de daños verificados en artefactos espaciales internacionales, como la ISS, durante su estancia en el espacio exterior, son criterios que revelan una fuerte vinculación con un país, por ejemplo, el país donde los astronautas han sido entrenados si se trata del mismo país, y la nacionalidad y residencia habitual del astronauta que se encuentre al mando de la misión espacial. Ejemplo 2: en los casos de abordaje marítimo internacional entre buques de la misma nacionalidad en alta mar, cabe recurrir, en defecto de convenio internacional aplicable, a la Ley nacional común de los buques si concurre en el caso, como indicó hace ya más de cien años la jurisprudencia francesa (Sent. CA de París, de 16 de junio de 1882, Sent. CA Aix, de 23 de enero de 1899).

89. c) *Soluciones descartables*. El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II», *a sensu contrario*, desautoriza de modo radical y taxativo otras soluciones, que no sintonizan ni respetan el principio de proximidad que vertebra el artículo 4.3 del Reglamento «Roma II». En este sentido, el artículo 4.3 del

Reglamento «Roma II» rechaza: a) La llamada «solución americana», consistente en aplicar *tout court*, sin más, la *Lex Fori* o Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto, a la responsabilidad derivada de daño acaecido en espacios no sujetos a soberanía estatal. Solución que la *Cour de Cassation* francesa también siguió para fijar la Ley reguladora del abordaje en alta mar entre navíos de diferente nacionalidad (Sent. Cour Cass. Francia, de 9 de marzo de 1966); b) La llamada «solución personal», consistente en aplicar simplemente, la «Ley personal del agresor» a la responsabilidad civil derivada de actos verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal (J. M. DE FARAMINÁN GILBERT). Ejemplo: Tras dos meses en la ISS (*International Space Station*), un astronauta español, en un ataque de miedo espacial, pierde el control, agrede a una astronauta rusa y le provoca diversos daños de notable consideración. De vuelta a la tierra, la astronauta rusa reclama daños y perjuicios ante un tribunal español. El artículo 4.3 del Reglamento «Roma II» permite al tribunal español llevar a cabo un *Balancing Test* y contar y pesar los contactos del caso con los diferentes países para hallar el país más vinculado con el caso. El supuesto se halla espacialmente muy disperso y conectado con multitud de Estados, pero ambos astronautas, agresor y agredido, saben y podían saberlo antes de la agresión, que el astronauta al mando de la ISS en ese momento, era un astronauta de nacionalidad francesa y con residencia habitual en Francia. La Ley francesa debe regir las obligaciones extracontractuales derivadas de esta agresión.

XI. REGLAMENTO «ROMA II». ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE

90. El ámbito de la Ley aplicable designada por el Reglamento «Roma II» como Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales es muy amplio. Las cuestiones que regula la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se relacionan, si bien de modo no exhaustivo, en el artículo 15 del Reglamento «Roma II». En concreto, la Ley designada por el Reglamento «Roma II» regulará los siguientes aspectos (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ) (95).

91. a) *Fundamento y alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos*. En concreto, la Ley reguladora de la obligación no contractual regirá las siguientes cuestiones: a) Carácter o tipo de la responsabilidad y reglas de imputación de la responsabilidad civil: responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o por generación de riesgo, responsabilidad por presunción de culpa con atribución de la carga de la prueba de la diligencia

(95) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)», en *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 de octubre de 2007.

al presunto responsable, etc.; *b*) Definición de ilícito, incluida la cuestión de saber si una omisión puede constituir un ilícito y hasta qué punto y la exigencia o no de antijuridicidad de la conducta que genera la responsabilidad; *c*) La espinosa cuestión del «vínculo de causalidad» entre el hecho generador y el daño producido y los criterios de imputación de la responsabilidad, así como el tipo de causalidad exigido para que ésta pueda acreditarse; *d*) La determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables del daño aunque no sean «autores» o «causantes directos» del mismo, tales como padres, tutores, guardadores de hecho, etc.; *e*) La capacidad delictual del sujeto, es decir, la cuestión de saber si un sujeto dispone de capacidad para ser considerado responsable del ilícito, como ya había indicado la mejor doctrina italiana (E. VITTA) (96).

92. *b*) *Causas de exoneración de la responsabilidad civil, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad.* Ello cubre las siguientes cuestiones: *a*) Limitación legal o contractual de la responsabilidad, límites máximos y mínimos de la misma, reparto de pagos y responsabilidades entre los distintos causantes de un mismo daño, y la llamada «conurrencia de culpas»; *b*) Las típicas causas de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, los hechos de un tercero, el muy frecuente *Factum Principis*, la víctima que provoca su propio daño, personas contra las que no puede reclamarse responsabilidad, etc.

93. *c*) *Existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada.* Esta previsión cubre toda evaluación de todo tipo de daño producido: moral, psicológico, material, de oportunidad, etc. Cubre también el sistema de determinación concreta de la indemnización derivada de los daños producidos.

94. *d*) *Dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales rige las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales regula, en el caso de «daños futuros», las medidas jurídicas que pueden adoptarse para prevenir tal daño futuro. Y en el caso de «daño presente», dicha Ley regula las medidas para detener el daño presente y reparar los perjuicios producidos por el mismo. Ahora bien, el artículo 15 del Reglamento «Roma II» permite que el tribunal que conoce del asunto pueda adoptar una medida cautelar prevista por su legislación (*Lex Fori*) pero en relación con bienes determinados respecto de los cuales la medida cautelar no puede adoptarse según la *Lex Fori*, aunque sí según la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales.

(96) E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.^a ed., 1989, págs. 355-356.

95. e) *Transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales con arreglo al Reglamento «Roma II» determina exclusivamente la «cedibilidad» o «transmisibilidad» del crédito, es decir, si dicho crédito es o no es «transmisible». El contrato de cesión de créditos puede afectar a un crédito nacido de obligaciones extracontractuales, pero dicho contrato no se rige por la Ley reguladora de tales obligaciones extracontractuales, sino por la Ley determinada por el artículo 12 CR. La transmisión por herencia de un crédito derivado de obligaciones extracontractuales se regula por la *Lex Successionis*, que es la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC). La *Lex Successionis* determina cómo se transmite dicho crédito y las personas que lo reciben. No obstante, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales determina, exclusivamente el carácter transmisible *mortis causa* de dicho crédito nacido de tales obligaciones extracontractuales.

96. f) *Personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente.* La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales con arreglo al Reglamento «Roma II» precisa qué sujetos pueden ser considerados como titulares del derecho a solicitar una indemnización por perjuicios sufridos en los bienes o personas de otros individuos por otras personas. Ejemplo: en el caso de fallecimiento de un familiar, la Ley rectora de las obligaciones extracontractuales determinará qué sujetos pueden solicitar la reparación de dicho daño: padres, cónyuge, descendientes, la propia persona víctima del daño, etc. La Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales según el Reglamento «Roma II» indica qué tipo de daños pueden ser reclamados: daños morales, daños económicos, daños «por conexión», etc.

97. g) *Responsabilidad por actos de terceros.* La Ley rectora de las obligaciones extracontractuales regula, por ejemplo, la cuestión de la responsabilidad de los padres por los daños producidos a terceros por los hijos sujetos a su patria potestad.

98. h) *Modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.* La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales regula la prescripción y la caducidad de la acción para solicitar la responsabilidad no contractual. Ello es relevante en relación con ordenamientos jurídicos que consideran que estas cuestiones presentan «carácter procesal» y se rigen por la *Lex Fori*. Dicha calificación ya no puede sostenerse y todas estas cuestiones quedarán sujetas a la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales.

XII. REGLAMENTO «ROMA II». CUESTIONES PARTICULARES

1. ACCIÓN DIRECTA DE LA VÍCTIMA CONTRA EL ASEGURADOR DEL RESPONSABLE

99. La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la Ley aplicable a la obligación extracontractual o la Ley aplicable al contrato de seguro (art. 18 del Reg. «Roma II»). Varios puntos deben destacarse al respecto:

1.º) El artículo 18 del Reglamento «Roma II» contiene una remisión doble y alternativa. Ello permite que la persona perjudicada pueda reclamar un resarcimiento del daño sufrido contra el asegurador de la persona responsable si ello está así previsto en la Ley aplicable a la obligación extracontractual o en la Ley aplicable al contrato de seguro. Esta doble remisión alternativa beneficia en gran medida al perjudicado, que puede ejercitar su acción directa si ésta es admitida por cualquiera de dos leyes estatales diferentes. Basta que una de tales Leyes lo admita para que la acción directa pueda ejercitarse contra el asegurador.

2.º) Las obligaciones que asume el asegurador, los límites hasta los que responde, los casos por los que responde y los requisitos bajo los que responde, son cuestiones sujetas, en todo caso, a la Ley que regula el contrato de seguro (vid. *obiter*, SAP de Madrid, Sección 21.ª, de 4 de enero de 1994; Auto AP de Barcelona, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 1994).

100. Un ejemplo puede ayudar a comprender esta regla. Un sujeto español es propietario de un chalet de vacaciones sito en los Alpes austríacos. Una noche, y debido al fuerte viento reinante en la zona, una antena parabólica de un chalet vecino se desprende de su ubicación original y colisiona y perfora gravemente el tejado del chalet del sujeto español. El sujeto perjudicado medita accionar directamente contra la compañía de seguros del vecino, que es una compañía de seguros suiza. El contrato de seguro entre el vecino y su compañía de seguros se rige por la Ley suiza. Pues bien, el perjudicado español podrá accionar directamente contra la compañía de seguros suiza si lo permite la Ley suiza, que es la Ley que rige el contrato de seguro, o bien si lo permite la Ley austríaca, que es la Ley que rige las obligaciones extracontractuales derivadas del impacto de la antena (art. 4.1 del Reg. «Roma II»).

2. SUBROGACIÓN

101. Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un

tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, éste puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones (art. 19 del Reg. «Roma II»). Ejemplo: una empresa de seguros alemana paga a un sujeto español con residencia habitual en Madrid y víctima de la rotura de una puerta que fue causada por un vecino japonés de dicha víctima. Para determinar si la empresa aseguradora puede emplear contra el vecino japonés los recursos jurídicos y las acciones que dicha víctima pudiera tener contra el responsable del daño, que es el vecino japonés, se aplicará la Ley que regula la obligación de pago del tercero, es decir, la Ley del Estado que regula el contrato de seguro entre la víctima o el responsable del daño y la empresa de seguros.

3. RESPONSABILIDAD MÚLTIPLE

102. Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor (art. 20 del Reg. «Roma II»). Varios aspectos deben destacarse:

1.º) Esta regla regula el Derecho aplicable a la «acción de repetición» del deudor que ha satisfecho la reclamación contra los otros codeudores que no han pagado al acreedor o víctima. Esta acción de repetición queda sujeta a la Ley reguladora de la responsabilidad del deudor pagador respecto de la víctima. El artículo 20 del Reglamento «Roma II» confirma la *vis atractiva* de la Ley reguladora de la responsabilidad del «primer pagador», pues la Ley reguladora de la responsabilidad de cada uno de los responsables puede ser distinta.

2.º) El artículo 20 del Reglamento «Roma II» beneficia, sin duda, al primer deudor, y ello es así porque se premia a dicho sujeto por haber pagado antes que los demás deudores responsables. Esta regla es útil porque la responsabilidad de cada deudor puede quedar sujeta a una Ley estatal diferente. Pues bien, el primer pagador puede repetir contra los demás responsables con arreglo a la Ley que regula «su» responsabilidad.

4. VALIDEZ FORMAL

103. Indica el artículo 21 del Reglamento «Roma II» que «un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual será válido en cuan-

to a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rige la obligación extracontractual o de la ley del país donde se haya celebrado el acto». En ciertos casos, como las promesas de pública recompensa y otras obligaciones extracontractuales, el obligado se compromete a través de «actos jurídicos unilaterales». Pues bien, el artículo 21 del Reglamento «Roma II» es una norma de conflicto que contiene diversos puntos de conexión estructurados en modo alternativo con el objetivo de potenciar la validez formal de dicho acto generador de la responsabilidad no contractual. El artículo 21 del Reglamento «Roma II» persigue impedir que el sujeto que se obliga unilateralmente en virtud de un acto jurídico, pueda «autodesvincularse» fácilmente de su propia responsabilidad por meros «motivos de forma».

5. PRESUNCIONES LEGALES Y CARGA DE LA PRUEBA

104. Indica el artículo 22.1 del Reglamento «Roma II», que la ley que regula la obligación extracontractual en virtud del Reglamento «Roma II» rige también las presunciones legales y el reparto de la carga de la prueba, si es que dicha Ley establece normas específicas sobre carga de la prueba y presunciones en materia de obligaciones extracontractuales. El artículo 22.1 del Reglamento «Roma II» evita la aplicación de la *Lex Fori* a estas cuestiones, cuya naturaleza procesal o sustantiva es discutida en ciertos Derechos estatales.

6. MEDIOS DE PRUEBA DE LOS ACTOS JURÍDICOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

105. Las partes pueden utilizar los medios de prueba de los «actos jurídicos» relacionados con las obligaciones extracontractuales previstos bien por la Ley del foro, o bien por cualquiera de las Leyes estatales contempladas en el artículo 21 del Reglamento «Roma II», precepto que regula la Ley reguladora de la validez formal de tales actos. Se exige, no obstante, que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto con arreglo a la *Lex Fori* (art. 3 LEC).

XIII. ACTOS VERIFICADOS EN INTERNET. LEY APLICABLE

106. *Reglamento «Roma II» e ilícitos en Internet.* Sorprende que el legislador que ha elaborado el Reglamento «Roma II» no haya previsto ninguna norma específica para determinar la Ley aplicable a las obligaciones

extracontractuales que surgen en Internet, visto el contexto tan especial de dicha «red de informaciones». Sin embargo, la postura del legislador es deliberada. Por lo tanto, el Reglamento «Roma II» es plenamente aplicable a dichos ilícitos y las dificultades que surjan debido a las particularidades del muy particular contexto cibernético de Internet, deben solventarse por «vía interpretativa». Algunos datos deben ponerse de relieve:

1.º) Aparte los ilícitos verificados en Internet y que cuentan con una regulación específica en el Reglamento «Roma II» (= infracción de la propiedad intelectual e industrial, competencia desleal, daños derivados de los productos, etc.), caen bajo la órbita de las reglas generales del Reglamento «Roma II» los llamados «daños informáticos». En efecto, una modalidad de responsabilidad no contractual muy usual en Internet es la difusión de contenidos dañinos para los sistemas informáticos en todo el mundo: *virus*, *worms*, *caballos de troya*, etc. Para precisar la Ley aplicable a estos ilícitos, se recurre al artículo 4 del Reglamento «Roma II». La Ley aplicable será, en primer lugar, la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento «Roma II». En su defecto, se aplicará la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 del Reg. «Roma II»). En defecto de este criterio se aplica la Ley del país donde se produce el daño (art. 4.1 del Reg. «Roma II»). El sujeto que comete estos actos asume el riesgo de la aplicación de la Ley del país de residencia del sujeto dañado, pues es país hacia el que «orienta su conducta». Finalmente, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 ó 4.2 del Reglamento «Roma II», se aplicará la ley de este otro país. Ejemplo: un *hacker* con residencia habitual en Berlín se dedica a enviar virus informáticos por e-mail. A sabiendas, remite un e-mail contaminado a una empresa española, cuyos equipos resultan dañados e inutilizados. Solución jurídica: se podrá demandar en España (art. 5.3 R. 44/2001) al sujeto alemán y con arreglo a la Ley española, país donde se produce el ilícito y el daño (art. 4 del Reg. «Roma II»).

2.º) Debe tenerse presente que la Ley aplicable a los casos de infracción de los derechos de la personalidad en Internet no se determina con arreglo al Reglamento «Roma II», sino con arreglo al artículo 10.9.I del Código Civil.

XIV. REFLEXIÓN FINAL

107. El Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento «Roma II»), incorpora un *set* de normas de

conflicto generales que contentará a todos los expertos en el Derecho Internacional Privado: normas de conflicto rígidas, normas de conflicto flexibles, normas inspiradas en criterios tomados del *Law and Economics*, normas internacionalmente imperativas, normas inspiradas en la *Conflict-Of-Laws Revolution* norteamericana, normas herencia de la Estatutaria medieval italiana... El Reglamento «Roma II» es un *perpetuum mobile* de ideas antiguas y nuevas. El legislador comunitario no ha tratado con ello de confundir a tribunales y de aviviar el fuego de los debates doctrinales, sino de proporcionar las reglas que permitan precisar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales de modo tal que se eliminen los obstáculos a la libre circulación de personas y agentes económicos en la UE. Porque el Derecho Internacional Privado es el elemento más eficaz para mantener la diversidad de Derechos Privados en la UE, sin que ello suponga freno a la libre circulación de personas y de factores productivos en el mercado comunitario. El Reglamento «Roma II» no permite decir adiós para siempre al artículo 10.9 del Código Civil, pero sí lo reduce a unos supuestos marginales. Tras el 11 de enero de 2009, la Ley aplicable a la mayor parte de los supuestos relativos a las obligaciones extracontractuales se concretará con arreglo a las normas de conflicto que recoge el Reglamento «Roma II». La riqueza de desarrollos y de ideas creativas que se contienen en las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» contribuirá a que, tras la primera impresión de su primera lectura, aparezcan durante la reflexión de los especialistas y de los tribunales en su aplicación práctica. Porque, como dejó escrito el gran Cicerón, *Postiores enim cogitationes, tu aiunt, sapientiores solet esse*: normalmente son más sabios los pensamientos que aparecen en un segundo momento (Cicerón, *Filípicas*).

RESUMEN

OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES

El Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II») constituye un elemento de singular relevancia para el Derecho Internacional Privado español en estos primeros años del siglo XXI. Dicho instrumento legal introduce una serie de reglas generales para la determinación de la Ley reguladora de las

ABSTRACT

EXTRACONTRACTUAL OBLIGATIONS

The Council Regulation (EC) 864/2007 of 11th July de 2007 on the Law applicable to non-contractual obligations («Rome II») represents one of the most relevant legal instruments for current Spanish Private International Law in the first years of the XXst Century. This Council Regulation Rome II introduces a set of general conflict-Of-Laws rules to specify the Law applicable to non-contractual obligations. Those Conflict-Of-Laws rules combine, in equal proportio-

obligaciones extracontractuales. Tales reglas combinan, en su justa proporción, la flexibilidad anglosajona y la rigidez continental de las normas de conflicto. El Reglamento «Roma II» constituye, igualmente, la punta de lanza del Derecho Internacional Privado comunitario en el sector del Derecho aplicable.

ns, the anglosaxon flexibility and continental legal certainty. This Council Regulation Rome II is, also, the forefront of a completely new European Private International Law which aim is to avoid Forum Shopping and to enhance free movement of individuals within the UE.

(Trabajo recibido el 18-04-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)