

XI TESIS SOBRE EL ESTATUTO DELICTUAL

Miguel A. Amores Conradi y Elisa Torralba Mendiola*

1. Esta vez parece que va en serio. Transcurridos más de treinta años desde los primeros intentos de establecer unas reglas comunes en el espacio comunitario sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de delito o daño, entonces de fuente convencional¹, la *Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*, de fecha 22 de julio de 2003², parece llevar camino de llegar a ser texto normativo vigente. El presente trabajo no pretende sino analizar algunas de sus opciones de fondo y proponer ciertas variantes concretas a sus reglas; no desde luego porque tengamos esperanza alguna de influir en la redacción final, sino, más simplemente, con intención de contribuir a su mejor comprensión y futura aplicación. Si, a pesar de la modestia de nuestro propósito, incluimos en anexo un texto articulado alternativo, aunque limitado a las normas de conflicto uniforme, es para

* Profesores de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid.

© Miguel A. Amores y Elisa Torralba. Todos los derechos reservados.

¹ Como es de sobras conocido, la idea inicial fue la de una reglamentación conjunta de las normas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, cual fue el caso del Anteproyecto de Convenio de 1972, origen remoto de lo que luego sería el Convenio de Roma de 1980, restringido a las contractuales precisamente por la dificultad de alcanzar un acuerdo en las materias entonces excluidas.

² La actual Propuesta de Reglamento tiene su origen en un Anteproyecto de 3 de mayo de 2002, elaborado por la Comisión y “colgado” en la red para general conocimiento y eventuales sugerencias. Sobre él cabe citar, entre nosotros, los trabajos de E. FERNANDEZ MASIA, “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, en AC, 2003 (cito por el texto disponible en la red); y G. PALAO MORENO, “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 G. PALAO MORENO-L. PRATS ALBENTOSA-M.J. REYES LOPEZ (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Pamplona, 2003, pp. 271 ss. que se detiene además, particularmente, en narrar el trabajoso camino seguido hasta el texto actual. Entre las reacciones más notables al texto, por el amplio y prestigioso grupo de juristas que representan: GEDIP (=Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado), Actas de la XII reunión, París, septiembre de 2002 (disponibles en www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html). HGPIL (=Hamburg Group for Private International Law: en adelante “Grupo de Hamburgo”), “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations”, en *RabelsZ*, 2003, pp. 1 ss. Centraremos nuestro trabajo sobre el texto de la Propuesta tal y como se publicó en red con fecha 22 de julio de 2003; dado nuestro propósito, que si alguna utilidad tiene será la del contraste, no creemos que las sucesivas reformas que ya se van produciendo sobre dicho texto nos deban resultar especialmente relevantes, al menos hasta su definitiva fijación (y más que probable aprobación final).

evitar la tacha de falta de claridad o incluso de falta de compromiso concreto por nuestra parte³.

2. No creemos que merezca la pena detenernos demasiado en el problema del fundamento competencial de la Propuesta. Bien que discutida⁴, de los términos de los arts. 61 c) y 65 b) TCE, puede deducirse una innegable base legitimadora de la actuación de las instituciones comunitarias en este terreno, tanto al menos como la que otorga legitimidad a los Reglamentos 44/2001 o 1346/2000. Si acaso, la discusión no puede centrarse sino en el *alcance territorial* de dicha competencia, pues es claro que el art. 65 limita la atribución competencial “*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*”, cláusula que el propio servicio jurídico del Consejo⁵ interpreta en el sentido de que limita la competencia normativa de las instituciones comunitarias por lo que se refiere a los *supuestos extracomunitarios*, estos es, objetivamente desvinculados de los países miembros.

Tal conclusión, ya defendida con anterioridad⁶, parte sin embargo, a nuestro juicio, de un equívoco en cuanto al sentido posible de las normas de conflicto multilaterales y fundamentaría –con idéntica razón– la afirmación de que todas éstas, de origen estatal, institucional o convencional, resultarían internacionalmente ilícitas en cuanto vulnerarían el principio de territorialidad del poder. Naturalmente, no se trata de esto. Cuando el legislador español ordena que la relación jurídica X se someta al ordenamiento del Estado A, B, o C, no hace otra cosa que ordenar a las *autoridades españolas* que apliquen tal o cual ordenamiento a una determinada cuestión, pero en modo alguno pretende imponer a las autoridades de A, B, o C idéntico comportamiento⁷. Pues bien, en el mismo sentido, las eventuales normas sobre ley

³ Dicho texto, que conoció dos redacciones sucesivas, la sometimos a juicio de buen número de compañeros en sucesivas sesiones del seminario de profesores de Dipr. de la UAM, ampliado para la ocasión con compañeros de Castilla La Mancha, Valencia, Zaragoza, UNED, Alcalá de Henares y Universidad Rey Juan Carlos, en el mes de noviembre de 2003. Sirva esta nota de sincero agradecimiento a la variada gama de sugerencias y comentarios que allí se nos formularon, pero también de pleno descargo de responsabilidad: la propuesta que se ofrece, buena o mala, debe imputársenos exclusivamente a nosotros..

⁴ En particular, C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité de Maastricht”, *Rev. Critique*, 1999, pp. ss.; J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, pp. 687 ss.; O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *CMLR*, 2001, pp. 53 ss.; entre nosotros, A. BORRAS RODRIGUEZ, “Derecho Internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, 1999, proporciona una más que suficiente perspectiva. Con relación específica al Anteproyecto de 2002, C. NOURISSAT-E. TREPPOZ, “Quelques observations sur l’avant-projet de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II »”, *JDI*, 2003, pp. 12-13.

⁵ En opinión expresada el 2 de marzo de 2004, texto no publicado.

⁶ En particular, O. REMIEN, “European...”, cit. pp. 75-76.

⁷ Ni siquiera ocurre así, en puridad, cuando nuestro ordenamiento condiciona el reconocimiento de una determinada resolución a la aplicación por ella de determinadas reglas o a la consecución de un determinado resultado material. Así, p. ej., si el art. 223 de la Ley Concursal introduce determinadas cláusulas de relatividad conflictual del reconocimiento, no pretende afirmar que la resolución extranjera sólo *es válida* en cuanto sigue criterios similares a los nuestros, sino que *no producirá determinados efectos en España* más que cuando se cumplan las condiciones que recoge.

aplicable que contenga el futuro Reglamento comunitario no tienen como destinatarias a las autoridades, judiciales o no, de cualesquiera países, sino a las de los países miembros, y no porque la competencia de las instituciones comunitarias para establecer reglas uniformes de conflicto de leyes deba limitarse a conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior, sino porque las autoridades europeas carecen de autoridad alguna para imponer ninguna regla a autoridades de países no comunitarios. Si a ello añadimos la innegable perturbación en el funcionamiento práctico del sistema que implicaría la coexistencia de dos cuerpos paralelos y distintos de reglas sobre ley aplicable –uno de fuente comunitaria y aplicable a relaciones intra-comunitarias u objetivamente vinculadas a los países miembros y otro de fuente estatal aplicable a supuestos sólo vinculados con terceros Estados⁸-, se comprenderá que concluyamos en el mismo sentido que la Propuesta de Reglamento elaborada por la Comisión⁹. No parece que la cuestión merezca mayor detenimiento¹⁰.

I

3. Para formular reglas uniformes sobre ley aplicable a una determinada institución, lo primero que debemos tener establecido con claridad es de qué institución estamos hablando.

Es una obviedad que probablemente lleve al desocupado lector a abandonar inmediatamente estas líneas maldiciendo el tiempo hasta ahora perdido. Si, con todo, nos permitimos suplicar algo de paciencia antes de descalificar por completo el contenido de este trabajo, no es sólo por coherencia con ocupaciones previas de uno de nosotros¹¹, sino porque a veces da la sensación de que tan pacífica afirmación no siempre resulta obvia, o lisa y llanamente se desconoce. Viene esto a cuento, creemos, por cuanto parece que si algún elemento común caracteriza a la globalidad de las materias objeto de las normas que se proponen, éste es el hecho de que *una determinada obligación –normalmente de naturaleza estrictamente resarcitoria- surge entre partes previamente desvinculadas entre sí, o al menos que la obligación surge fuera del ámbito de intereses recíprocos a que se refiere, o cubiertos por, una posible relación jurídica previa que liga a las partes de la nueva obligación*. Por así decir, el elemento definitorio del objeto de las nuevas reglas no es otro que su carácter externo, su autonomía, respecto a cualquier otra relación que ligue a las mismas partes de la obligación, sea de naturaleza contractual, familiar, sucesoria o cualquier otra.

⁸ En este sentido, J. BASEDOW, “The Communitarization...”, cit., pp. 701 ss.; Grupo de Hamburgo, p. 4.

⁹ “Art. 2 *Carácter universal*: La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque sea la de un Estado no miembro”.

¹⁰ A decir verdad, los argumentos en los que el Servicio Jurídico del Consejo apoya la limitación de la competencia comunitaria resultan, además, especialmente infelices. En particular, se argumenta que en los casos “totalmente extracomunitarios”, el Reglamento sólo tendrá sentido si un Tribunal europeo es competente para conocer del asunto... (y esto se considera un vínculo demasiado débil ¿?)

¹¹ Siguiendo la estela de L. GARAU JUANEDA, “Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil”, en *La responsabilidad internacional. Actas de las XIII jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pp. 403 ss., también M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.9”, en M. ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.I, vol. 2, Madrid, 1995, tuvo que dedicar demasiadas páginas al problema.

4. Ello explica, de una parte y sobre esto volveremos, el fundamento último de la regla *lex loci delicti*, pero también, y es lo que ahora nos interesa, al menos tres consecuencias en la redacción de las reglas uniformes sobre ley aplicable: 1ª) Cierta impropiedad en la terminología de la Propuesta de la Comisión (“obligaciones *extracontractuales*”); 2ª) La inconveniencia de una lista de materias excluidas tan larga como la que recoge el art. 1. 2; 3ª) La necesidad de someter a la ley rectora de una relación jurídica previa que ligue a las partes, las posibles obligaciones más o menos resarcitorias que tengan su origen en el ámbito de intereses a que se refiere esa relación jurídica previa; pero también, por razones puramente prácticas, a tener en cuenta la existencia de esa posible relación jurídica previa a efectos de determinar la ley rectora de una eventual obligación autónoma a tal relación, pero que liga a las mismas partes.

5. Así, en primer lugar, no parece suficientemente expresivo hablar de obligaciones *extracontractuales*, pese a la indudable raigambre histórica de la expresión en nuestra tradición, cuando de lo que se está hablando es principalmente de obligaciones tan *extracontractuales* como *extrafamiliares*, *extrasucesorias*, o, en general, simplemente ajenas a cualquier otro tipo de relación jurídica. De ahí que, pues elemento común de las materias a que se refiere la Propuesta es *la existencia de una obligación derivada de que se ha dañado, o amenaza dañarse, a otro*, prefiramos emplear la expresión *obligaciones derivadas de daño* para designar el objeto de las nuevas reglas uniformes sobre ley aplicable¹². Con ello, además, y en el contexto multinacional de un texto normativo comunitario, se da entrada a un término relativamente neutro y, esto es lo importante, autónomo de cualquier referente de Derecho nacional.

Ciertamente, nada más enojoso que una discusión *de nominibus*; pero también es cierto que las expresiones legales deben resultar lo menos engañosas que sea posible, y tal requisito no lo cumple en absoluto la terminología de la propuesta.

Excurso: El presente trabajo no trata las cuestiones relativas a la ley aplicable a los *cuasi-contratos* (en la terminología española) u “obligaciones *extracontractuales derivadas de un hecho no delictivo*”, en la más bien impresentable terminología del texto español de la Propuesta (Cap. II, Secc. 2). Tampoco tratamos aquí más que de algunos problemas del ámbito de aplicación y de las normas uniformes sobre ley aplicable (Capítulos I y II, Sección 1, de la Propuesta¹³), y no de la totalidad de los problemas que plantea un texto comunitario que pretenda regular globalmente el Derecho de daños internacional. Algún límite tiene que tener cualquier trabajo, y el fijado a estas tesis nos parece tan arbitrario como cualquier otro.

Con todo, esta exclusión precisa de alguna confesión: pese a que uno de nosotros apareció en su día como autor de unas pocas páginas sobre el art. 10.9 II y III Cc, sobre gestión de negocios sin mandato y enriquecimiento sin causa¹⁴, se confiesa ahora del todo ignorante en tales materias, mucho más todavía de lo que lo es en las que sí forman parte de nuestro estudio.

¹² Parece suficientemente expresivo el título dado por L. DÍEZ PICAZO a su brillante tratado: *Derecho de daños*, Madrid, 1999.

¹³ Es obvio para nosotros, dicho sea de paso, que el art. 10 –sobre elección por las partes de la ley aplicable– debe estar ubicado sistemáticamente en esta Sección 1, que es la que contiene las reglas uniformes de designación de la ley aplicable.

¹⁴ M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.9”, pp. 763-769.

Valga tal confesión y su relativa lenidad, pues no parece haber miríadas de casos internacionales de cuasi-contratos, de expurgo de conciencia, aunque no justifique más bien nada. En realidad, a nuestro juicio, los casos de enriquecimiento sin causa y gestión de negocios sin mandato podrían entrar sin mayor problema en el ámbito de aplicación de las normas generales que proponemos en el Anexo, o incluso estamos dispuestos a aceptar sin más la Propuesta de la Comisión –aunque con fuertes dudas en cuanto a la regla sobre gestión de negocios sin mandato: parece preferible, aparte las reglas generales, aplicar la ley del lugar de ejercicio de la gestión-. En realidad, si para nosotros la regulación de la ley aplicable a estas materias debe quedar fuera del texto normativo que proponemos es más por espíritu geométrico que otra cosa (=estricta correspondencia del nombre con su contenido, sin que aquél resulte del todo disperso) y cierto prurito dogmático: como entre nosotros explica con sencilla brillantez L. DIEZ PICAZO¹⁵, las acciones derivadas de daños y las de enriquecimiento tienen poco o nada que ver entre sí, ni en su supuesto, ni en la función que cumplen, siendo lamentablemente frecuente la confusión de unas con otras, con efectos nada positivos.

II

6. Bastante más relevante es la segunda de las consecuencias que antes avanzábamos. Si el referente de las normas propuestas son obligaciones autónomas respecto de cualquier relación jurídica previa –esto es, que no se originan en el ámbito de intereses común a las partes como consecuencia de la existencia de esa relación jurídica previa-, no se alcanza la razón por la cual existe tan larga serie de materias excluidas en el núm. 2 del art. 1, en buena medida trasunto de las que en su día fueron excluidas –por variadas razones- del ámbito de aplicación del venerable Convenio de Roma de 1980.

En efecto, si lo que se quiere dejar fuera del ámbito de aplicación del Reglamento son eventuales obligaciones resarcitorias originadas en el, y funcionales al, ámbito de intereses a que se refiere la relación jurídico-familiar, sucesoria, de tipo societario o por la existencia de un *trust*, la exclusión no puede tener más sentido que el meramente enunciativo o ejemplificativo, pues es claro que tales obligaciones no son meramente derivadas de la existencia de un daño presente o posible, sino obligaciones originadas en el Derecho de Familia, sucesorio, societario, etc. (o simplemente obligaciones contractuales, cuando la relación previa que liga a las partes lo es de este tipo). Ello no sería de por sí perturbador si no fuera porque de este modo se corre el riesgo de dejar también fuera del ámbito de aplicación del Reglamento eventuales obligaciones resarcitorias o derivadas de daño *externas* al ámbito de intereses que liga a las partes en virtud de ese otro tipo de relación, pero surgidas justamente entre las mismas partes de este otro tipo de relación.

7. Pero sobre todo, y pasamos a la tercera de las consecuencias antes enunciadas, si tales obligaciones se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento, se pierde la ocasión de dejar claro que tales obligaciones, resarcitorias o no, surgidas en y funcionales al ámbito de intereses común a las partes por razón de la existencia entre ellas de un vínculo contractual, familiar, sucesorio, societario o de cualquier otro tipo, deben regirse por la misma ley que determina la existencia y alcance de tal vínculo contractual, familiar, etc.. Es decir, lo relevante no es que el Reglamento no deba

¹⁵ *Derecho de daños*, pp. 48 y ss.

extenderse a determinar la ley aplicable a tales obligaciones, sino que las reglas uniformes de los arts. 4 y ss. no son funcionales para determinar la ley que les es aplicable, en tanto en cuanto, precisamente por originarse en el seno de otro tipo de relación jurídica, su origen, carácter y contenido sólo tiene sentido desde la óptica del ordenamiento rector de tal relación.

Este es el sentido de nuestra propuesta en cuanto al (nuevo) art. 1.3¹⁶: la ley aplicable a tales obligaciones, si derivadas de la existencia de un daño contractual, familiar, sucesorio, etc., viene desde luego determinada por el Reglamento, pero sólo para afirmar que su ley rectora es la misma que la de la relación en cuyo seno y ámbito se originan, pues sólo teniendo en cuenta el contenido concreto de la relación jurídica de que se trate es dable que tales obligaciones existan y lo hagan con un determinado contenido: el que les otorgue el ordenamiento rector de la relación cuya existencia y carácter determinarán también los de la propia obligación resarcitoria¹⁷. Ello explica, además, que la lista de materias excluidas contenida en la Propuesta de la Comisión nos parezca a todas luces inconveniente¹⁸.

8. Puras razones de conveniencia práctica, aunque con alcance poco más que presuntivo, llevan a la consecuencia de que obligaciones no derivadas de una relación preexistente entre las mismas partes, o no inscritas en el ámbito de intereses común a las partes por razón de una relación previa, pero surgidas entre quienes sí se encuentran en tal relación, se rijan, en principio, por la misma ley rectora de la relación que les liga. Aunque el fundamento último de esta propuesta (reflejada en el art. 7/9.1 último inciso del anexo) tiene más que ver con la debilidad de la regla *lex loci delicti* que con

¹⁶ Grupo de Hamburgo, p. 6.

¹⁷ Por lo demás, no parece que la razón apuntada en la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Comisión para renunciar a establecer reglas sobre la ley aplicable a estas obligaciones –la inexistencia de normas uniformes de conflicto de leyes en materia familiar, etc., a escala comunitaria– resulte muy convincente. Como más abajo se argumentará en detalle, tesis **VIII**, esto supone confundir la reglamentación sobre ley aplicable a determinados bienes o relaciones jurídicas con la de la ley aplicable a las obligaciones que por lesión a tales bienes o en el marco de tales relaciones, puedan surgir.

¹⁸ Los otros dos extremos en los que la regulación del ámbito material de aplicación de la Propuesta nos parece merecedora de alguna variación, apenas requieren explicación: 1ª) Lo relevante para determinar dicho ámbito es la materia “obligaciones derivadas de daño”, con independencia de cuál sea para cada ordenamiento el orden jurisdiccional que deba conocer del asunto (en términos idénticos a los empleados en el Reglamento de Bruselas para definir la materia civil y mercantil); 2ª) El entendimiento restrictivo que debe darse a las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados (STC 140/1995, por todas) explica que quede fuera del ámbito de aplicación del Reglamento la imputación de responsabilidad al Estado en los casos en que éste actúa en el ejercicio de funciones soberanas, no en los demás casos ni en cuanto a extremos distintos. De otra parte, y teniendo en cuenta el conjunto de las reglas generales sobre ley aplicable que proponemos, no parece que la actividad *iure gestionis* de las administraciones públicas merezca una regla específica en el sentido de que deba aplicarse siempre la ley del Estado cuya responsabilidad está en juego, coincida o no con el *locus delicti*. La cuestión, ciertamente muy menor – pues los problemas sólo surgirán en supuestos de actuación extraterritorial de tales administraciones–, sólo tiene sentido para quien piense que la responsabilidad de las diversas administraciones públicas en estos supuestos –actuación *no* como poder público– merece un régimen sustantivo del todo diverso al de los demás sujetos del tráfico: basta la lectura atenta de F. PANTALEON (“Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *DA*, 1994, pp. 226 ss.) para convencerse justamente de lo contrario.

cualquier otra cosa (v. próxima tesis, **III**), la regla que proponemos posee una ventaja indudable: reduce en lo posible los arduos problemas derivados de tener que calificar como ínsitas en el ámbito cubierto por la relación jurídica previa, o no, las obligaciones resarcitorias nacidas en tales circunstancias¹⁹.

Como más adelante se verá (tesis **IV**), tal propuesta resulta coherente con nuestra idea sobre el papel que debe jugar la existencia entre las partes de un nexo más general: el de la residencia habitual-domicilio en un mismo Estado.

III

9. Porque si alguna conclusión arroja la evolución del Derecho de daños internacional en las últimas décadas es, a nuestro juicio y como antes apuntamos, la acusada debilidad del fundamento de la regla *lex loci delicti*.

En efecto, sin pretender agotar al lector con una exposición detallada de la larga marcha hacia la destrucción de tan venerable regla²⁰, lo cierto es que la sumisión de las obligaciones derivadas de daño al ordenamiento vigente en el lugar donde acaece el hecho de que deriven –con los más que notorios problemas que de por sí confluyen en tan abstracta nomenclatura-, participa del carácter bifronte del neonato Tratado que instituye una Constitución de la Unión Europea: a pocos puede dejar satisfecho; pero está por inventar un texto mejor, de ser tal cosa posible.

Y no hay mejor alternativa (como tampoco parece haberla a la impropriadamente llamada Constitución de la UE) por la propia naturaleza –perdón por la solemnidad de las palabras- de las obligaciones derivadas de daño y no vinculadas a relación jurídica previa entre las partes: nacidas más o menos accidentalmente, en circunstancias tantas veces imprevisibles, sin que nada tenga por qué vincular *ex ante* a las partes de la nueva obligación, su sometimiento a la ley del *locus damni* viene poco menos que forzado por las circunstancias: alguna ley tiene que ser aplicable, y ninguna otra fórmula de conexión parece arrojar ventajas comparativas significativas, al menos como regla general. O dicho de otro modo, las normas sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño se refieren a supuestos tan acusadamente residuales (=sólo se refieren a aquellas obligaciones que no sean susceptibles de incardinarse en alguna otra relación

¹⁹ Lo aquí expuesto no es sino trasunto de la teoría de la *akzessorische Anknüpfung*, de notable éxito, sobre todo doctrinal, en Alemania. Por todos, J. KROPHOLLER, en su muy influyente “Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut”, *RabelsZ*, 1969, pp. 625 ss.. entre nosotros, con abundancia de datos, K. FACH GÓMEZ, *La contaminación transfronteriza en Derecho Internacional privado*, Barcelona, 2002, pp. 212 ss.. En el mismo sentido de nuestra propuesta, ya el art. 3.5 de la Proposición de Convenio elaborado por el GEDIP en 1998.

²⁰ Labor más que brillantemente realizada, p. ej., por Th. DE BOER, *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, 1987. Entre nosotros, especialmente L. GARAU JUANEDA, en las primeras ediciones del *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, vol. II, dirigido por J.D. GONZALEZ CAMPOS (luego desafortunadamente sustituido por uno de nosotros).

jurídica), que apenas restan circunstancias objetivamente relevantes para a su través designar la ley aplicable a las mismas²¹.

10. Obviamente no pretendemos afirmar que una regla tan históricamente arraigada y universalmente extendida carezca completamente de fundamento objetivo²². Es obvio que el lugar del hecho que da origen a la obligación –en particular si no existe dispersión geográfica entre el lugar del acontecer causal y el de manifestación del resultado– implica de por sí fuertes vínculos objetivos con el ordenamiento allí vigente, especialmente relevantes si se considera que sólo tal ordenamiento puede cumplir funciones tales como determinar la licitud o no de la acción, las reglas de imputación de la responsabilidad, y hasta la propia existencia de daño o su ausencia. Pero tan claro fundamento pierde casi por completo su poder de convicción justamente en los casos más típicamente *internacionales*: aquéllos en los que no existe propiamente *un* lugar del hecho, sino una diversidad de lugares con mayor o menor relevancia sobre el conjunto del acontecer que da origen a la obligación de reparar (cuestión sobre la que inevitablemente habremos de volver más adelante).

En definitiva, el propio carácter acusadamente residual de la materia regulada (“obligaciones derivadas de daño”: aquéllas que no pueden calificarse de otra manera), y la relativa debilidad de la regla tradicional sobre la ley que le es aplicable, explican la generalizada insatisfacción con reglas tan aparentemente indiscutibles como nuestro art. 10.9, y la reiteración de intentos normativos como el que da origen a estas páginas.

IV

11. Justamente por ese carácter más bien residual de su sentido y fundamento, la regla *locus* se ve particularmente cuestionada cuando la obligación surge entre partes, si no especialmente vinculadas entre sí a través de una relación jurídica previa, que sí comparten circunstancias más generales que les unen a un mismo ordenamiento: aquél en cuyo ámbito desarrollan la globalidad de sus relaciones jurídicas y sociales, esto es, el de su común residencia habitual o domicilio²³. Este es, en definitiva, el fundamento último de la regla *Jackson*²⁴, luego ampliamente recogido tanto en sucesivas

²¹ No deja de ser llamativo que, sin embargo, sí que existe un fundamento objetivo más fuerte para fundar la competencia judicial de los tribunales del lugar del daño: justamente su proximidad objetiva a los hechos y, consiguientemente, al material probatorio. Paradójicamente, si se quiere, la razonabilidad de la competencia de los tribunales del lugar del hecho es un buen argumento a favor de la aplicación de esa misma ley, correlación *forum-ius*, etc.

²² V. un completo estudio sobre el origen y evolución de la regla en M. ROHE, *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatuts*, Tubinga, 1994.

²³ Es claro para nosotros, por el contrario, que compartir una misma nacionalidad no resulta de por sí suficientemente significativo como para afectar a la vinculación objetiva que se expresa a través de la regla *locus* –quizás salvo en supuestos tan específicos como las que justificaron la célebre Orden alemana de 7 de diciembre de 1942, que lleva la firma de H. Göring, sobre aplicación del Derecho alemán a acciones resarcitorias derivadas de daños acaecidos entre alemanes en el extranjero–: en materias de Derecho privado patrimonial, ni el Derecho español ni la generalidad de los europeos conceden mayor relevancia a tal circunstancia.

²⁴ Obviamente nos referimos a la celeberrima sentencia *Babcock c. Jackson* de 1963, que –si bien no es exactamente la primera decisión americana que puso en cuestión las reglas de conflicto tradicionales–

codificaciones nacionales²⁵, como en la Propuesta de Reglamento (art. 3.2) en la cual aparece como *excepción general* –valga la expresión- a la regla *locus*.

Nada tiene ello de reprochable en la medida en que, como venimos afirmando, la regla general carece de fundamentos suficientemente fuertes aparte la ausencia, en principio y con alcance igualmente general, de cualquier otra circunstancia de similar relevancia a efectos localizadores de la obligación. La concurrencia *en el caso* de esa circunstancia personal-objetiva común a las partes, puede justificar, sin duda, la aplicación de la ley que les es común, con las obvias ventajas prácticas que de ello se derivan tanto desde el punto de vista de la previsibilidad –para sujetos no expertos en los vericuetos del Derecho privado internacional y que habitualmente desarrollan su actividad en determinado medio social, nada más “obvio” que la aplicación de “su” ley-, como de la practicabilidad de la solución, tanto desde el punto de vista de la accesibilidad a las partes del Derecho aplicable, como de la siempre aconsejable correlación *forum-ius* si se litiga, como a primera vista parece obvio, ante tribunales que a los implicados les resultan igualmente “próximos” y, por así decir, “conocidos”.

12. Siendo todo esto cierto, o al menos razonable, el exceso de comillas que acabamos de cometer, no muy cándido de nuestra parte, demuestra alguna de las debilidades de tan sencilla aproximación. En efecto, “obvio”, “propio”, “próximo”, “conocido”, resultan calificativos demasiado simples para las realidades del Derecho de daños internacional, tan simples como para no resultar en modo alguno convincentes: “obvia” puede ser para una determinada parte la aplicación del Derecho de su residencia habitual, que coincide con la de la otra parte, si es que tal ley le resulta *favorable*; tanto como la del Derecho del *locus damni* para esta otra, si materialmente le resulta más útil la aplicación de dicha ley. La misma reversibilidad, creemos, es aplicable al resto de los epítetos entrecomillados. En particular, si hay algún tribunal que –por su proximidad objetiva, v. nota 19- está en mejor disposición de dictar una adecuada justicia al caso, lo es sin duda el del lugar de los hechos, cualesquiera sean las circunstancias personales de las partes: de modo que si la correlación *forum-ius* siempre es un desiderátum, el argumento juega más a favor de la regla *locus* que de cualquier otra.

Más en general, lo cierto es que si la regla *Jackson* tiene un indudable fundamento en supuestos como el que le dio origen –de completa desvinculación de todas las partes implicadas con el lugar en el que ocurrió el accidente-, no deja de ser cierto que *entendida de un modo rígido* puede resultar tan inconveniente como su contrapunto tradicional, la regla *locus*. En particular, su aplicación en supuestos en los que existan

inició una época de “revolución metodológica” que todavía continúa marcando la evolución académica y jurisprudencial en dicho país, Th. DE BOER, *Beyond...*, p. 4; últimamente, merece la pena citar el muy completo repaso doctrinal, legal y jurisprudencial de J. KROPHOLLER y J. VON HEIN, “From approach to Rule Orientation in American Tort Conflicts?”, en J.A.R. NEIZIGER y S.C. SYMEONIDES (Eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in the Honor of Arthur T. v. Mehren*, 2002, pp. 331 ss..

²⁵ Así, sin ir más lejos, en el parág. 40.2 EGBGB, tras su última reforma; art. 133.1 de la Ley Suiza de DIPr. Con alguna condición añadida es también el caso del art. 62.2 de la ley italiana. En la Propuesta de Convenio elaborado por el GEDIP en 1998 (www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-7pf.html), aparecía como presunción de vínculos más estrechos –regla ésta que era la general-objetiva prevista en dicho texto-.

más de dos sujetos en la obligación, unos con residencia habitual-domicilio en un mismo Estado y otros que no, lleva a la más bien insólita consecuencia –que un lego en Derecho percibe inmediatamente como injusta-, de que unos mismos hechos puedan resultar regidos por ordenamientos del todo diferentes y con consecuencias materiales distintas según las circunstancias personales de las partes –y de “circunstancias” reducidas a su domicilio-residencia-, cuando éstas pueden ser –y normalmente serán– por completo irrelevantes para los hechos que dan origen a la obligación²⁶.

13. Lo que, en definitiva, nos parece digno de retener, es que la sujeción incondicionada a la ley de la residencia habitual común de las partes de todo tipo de obligaciones derivadas de daño puede presentar en el caso el mismo tipo de inconvenientes que su rígido sometimiento a la ley del lugar del hecho. De ahí que no nos parezca convincente el modo en que tal conexión aparece configurada en el núm. 2 del art. 3 de la Propuesta de Reglamento²⁷, como *excepción incondicionada* a la regla general que prescribe la aplicación de la ley del lugar del daño.

Su función en el conjunto de las reglas, por el contrario, no creemos que deba ser más relevante que aquélla que determina la aplicación del ordenamiento que rige una relación jurídica previa y específica entre las partes de la obligación derivada de daño, aun en los casos en que la obligación resarcitoria *no* se incardina en el ámbito de intereses cubierto por esa relación especial entre las partes (*supra*, tesis **II**, núm. 8; ej.: daño extracontractual entre sujetos ligados contractualmente entre sí). Si bien se mira, ambos supuestos poseen un fundamento común: pueden justificar el desplazamiento de la regla *locus* por la existencia de un *vínculo previo* entre las partes, sólo que en un caso tal vínculo es específico entre ellas y en el otro posee una naturaleza más general (el hábito de actuar conforme al ordenamiento del lugar donde desarrollan la generalidad de sus actividades). Este es el sentido, que terminaremos de explicar en la siguiente tesis, del art. 7/9.1 que figura en el anexo.

V

14. Hace ya más de cincuenta años que J.H.C. Morris²⁸ propusiera la traslación al ámbito del Derecho de daños del principio de los “vínculos más estrechos” como criterio flexible de reglamentación, procedente del ámbito del Derecho de contratos internacional, y casi también medio siglo que H. Binder²⁹ llegara a conclusiones similares en un trabajo ya clásico cuyo título tiene el alcance de un manifiesto. Desde entonces, tanto el Derecho comparado³⁰, como las sucesivas propuestas de

²⁶ Este es, sin embargo el resultado a que conducen las abigarradas normas del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, tan justamente criticado, y del todo inaplicable, no sin razón, por nuestros tribunales.

²⁷ Aunque ciertamente matizada por el dato de que tanto esta regla como la general del art. 3.1 quedan sometidas a la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos del art. 3.3. Inmediatamente volvemos sobre esta cláusula.

²⁸ JHC MORRIS, “The Proper Law Of A Tort”, *H.L.R.*, 1951, pp. 881 ss..

²⁹ H. BINDER, “Zur Auflockerung des Deliktstatuts”, *RebelsZ*, 1955, pp. 401 ss., en p. 480 ss..

³⁰ Sea como cláusula general –por todas, el celeberrimo art. 15 de la Ley Suiza- o bien específica de las obligaciones extracontractuales: parág. 41 EGBGB, también por todas

reglamentación europea han venido recogiendo el principio con mayor o menor amplitud³¹, y a idéntico planteamiento responde el art. 3.3 de la Propuesta de la Comisión, donde aparece como excepción tanto a la regla general del *locus damni* como a la conexión, también de alcance general, que prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual común a las partes³².

Nada tenemos que oponer, en vía de principio, ni a la bondad del mecanismo flexibilizador que con ello se consagra, ni al limitado juego con que los términos de la Propuesta la recogen, con carácter claramente excepcional (“vínculos *manifiestamente* más estrechos”; el texto inglés exige que tal conclusión se desprenda con claridad), pues la no demasiado favorable experiencia de su paralelo en el ámbito contractual (que parece haber propiciado cierto *homeward-trend* con la excusa de la búsqueda del ordenamiento más estrechamente conectado a la situación) aconseja notable prudencia en la acogida de reglas –como esta- producto de una tradición jurídica bien diferenciada en textos normativos cuyo más frecuentes aplicadores resultarán ser juristas continentales.

15. Lo que ya no nos resulta tan fácil de compartir es la ubicación sistemática de la regla –que redundaría en su ámbito de aplicación-, ni los términos exactos con los que aparece formulada, en ambos casos por resultarnos en exceso limitadores de las oportunidades que ofrece.

Es, en efecto, claro que si la cláusula de vínculos más estrechos aparece recogida en el art. 3.3 de la Propuesta de la Comisión como excepción a la regla *locus* y a su excepción sobre aplicación de la ley de la residencia habitual común, su ámbito de aplicación se reduce al de estas mismas reglas y no al cubierto por las especiales de los arts. 4-8 y 9, a menos que en éstas se haga una llamada específica a su posible aplicación –como ocurre en los arts. 4 y 5.2-, o se reproduzca lisa y llanamente una regla en el mismo sentido –art. 9.5-. Todo ello, sobre poco o nada elegante en términos de técnica legislativa, podría tener sentido si existieran fuertes razones para sostener que en materia de competencia desleal, vulneración de la intimidad y derechos de la personalidad, medio ambiente y derechos de propiedad intelectual e industrial, existen poderosas razones para sostener que sólo las reglas especiales de los arts. 5-8 tienen sentido, y que en modo alguno es imaginable un supuesto en el que – pese a las reglas especiales que rigen en la materia- existan vínculos más estrechos con otro posible ordenamiento.

El caso es que esto no es así, y ni siquiera se argumenta en absoluto³³. En particular, dados los términos exactos del art. 3.3, es más que posible que existan razones poderosas para someter obligaciones resarcitorias por vulneración de derechos de propiedad industrial al mismo ordenamiento que rige, p. ej., un contrato de licencia de

³¹ La máxima, en el Proyecto de Convenio del GEDIP, de 1998, art. 3, que aparece redactado como trasunto en la materia del art. 4 del Convenio de Roma de 1980.

³² Conviene precisar que el texto de la Propuesta incluye la existencia de un vínculo jurídico específico previo entre las partes, tal que un contrato, como *indicio* de la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos con el ordenamiento que rige tal relación.

³³ En este mismo sentido, C. NOURISSAT-E.TREPPOZ, “Quelques observations...”, p. 28.

explotación de cualquier invención que liga a las mismas partes; o que determinadas lesiones medioambientales resulten particularmente imbricadas con una concesión, licencia o compra de derechos de emisión contaminante. Más en general, la textura abierta y la naturaleza excepcional de la cláusula de los vínculos más estrechos, se compadece mal con su limitación a determinados ámbitos, y no existen –nosotros al menos no conocemos– argumentos específicos que demuestren su inutilidad o inconveniencia en las materias descritas. Es por ello que, a nuestro juicio, dicha cláusula debe reputarse aplicable a la totalidad de las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁴, y tal es el sentido del art. 7/9.1 del Anexo (v. además *infra*, núm. 28).

16. La serie de consideraciones más arriba realizadas en cuanto al sentido posible de la regla *Jackson*, y a la relevancia de una relación jurídica previa entre las partes –aún en los casos en que la obligación resarcitoria es externa a la relación misma– explican que, para nosotros, ambos supuestos constituyan *indicios* de vinculación más estrecha con el ordenamiento al que las partes se hayan de algún modo vinculados, por comparación con el ordenamiento que resultaría aplicable según la regla general o las especiales de los arts. 4-8 y 9. Basadas en un fundamento similar, como antes desarrollamos, es lógico que su papel en la posible flexibilización de la regla *locus* sea también el mismo. Además, de esta manera se supera la –a nuestro juicio– excesiva rigidez del art. 3.2 de la Propuesta de la Comisión, y se amplían los márgenes de flexibilidad en la determinación del ordenamiento aplicable.

17. Poca o ninguna explicación requiere la cláusula *subsidiaria* –no excepcional– que proponemos en el art 8/10 del Anexo. Pensada en principio para daños localizados en espacios no sujetos a soberanía –tampoco por razón de pabellón–, puede resultar igualmente útil en supuestos en los que no es posible determinar el lugar del daño, por lo que pretende cumplir una función similar a la que en el Convenio de Roma desempeña el primer inciso del art. 4.5. Pero al mismo tiempo la regla expresa el *principio de regulación* esencial que, es de suponer, pretenden llevar a término la totalidad de las reglas uniformes de designación de la ley aplicable, por lo que su sentido es también relativamente próximo al art. 4.1 C. Roma, sin llegar a constituir, no obstante, la regla general.

18. Tampoco parece preciso que nos detengamos especialmente en explicar el alcance del núm. 2 del art. 7/9 del Anexo. Aunque se trate de supuestos ciertamente marginales, no es imposible que un determinado caso presente vínculos manifiestamente más estrechos *con el conjunto de los Estados miembro* que los que presente con un *país tercero*, incluso aunque este último sea el lugar del daño, aunque comparados los vínculos del caso con este país tercero con respecto a cada uno de los Europeos, individualmente considerados, no se dé esa manifiesta y más estrecha vinculación.

³⁴ En el mismo sentido, Grupo de Hamburgo, pp. 37 ss., y GEDIP, en su toma de posición de 2002 (cit. en nota 2), p. 7.

Tal posibilidad, en principio, no tendría por qué afectar al Derecho aplicable, a menos que se pretenda sostener la preferente aplicación del Derecho de cualquier país comunitario con respecto a terceros, idea ésta que, en general, carece del menor sentido. Ahora bien, a nuestro juicio, la conclusión debe ser otra cuando en las condiciones descritas –esto es, una clara y manifiesta más estrecha vinculación con el conjunto de los Estados miembro que con el país tercero-, la obligación se deriva de daños en un *sector materialmente armonizado o uniformizado* del ordenamiento, esto es, cuando en puridad el Derecho de cada Estado miembro es *materialmente europeo* con independencia de su expresión formal. Así, p.ej., de existir esa más estrecha vinculación con país europeo en supuestos de responsabilidad por productos, en la medida en que éste es un sector materialmente armonizado, la comparación a realizar sobre los vínculos que presente el supuesto no debe ser por países, sino entre Europa (=el Derecho europeo en la materia) y un país tercero, pues de otro modo se estaría desconociendo la peculiar naturaleza materialmente europea de las disposiciones vigentes en la materia.

Razones similares, de otra parte, son las que subyacen al art. 10.3 de la Propuesta de la Comisión, sobre el que inmediatamente nos detendremos (v. *infra*, tesis VI), fundando una limitación adicional al ámbito posible de la libertad de elección por las partes del Derecho aplicable, en la medida en que, de otra manera, también por esta vía podría desnaturalizarse el contenido material (=europeo) del Derecho vigente en los países de la Unión.

VI

19. Tradicionalmente ajena al ámbito de cuestiones sometidas al estatuto delictual, la voluntad de las partes lleva tiempo siendo defendida, con variable alcance, como uno de los principios de regulación a tener en cuenta en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño, tanto doctrinalmente³⁵, como en el Derecho comparado³⁶, y así ocurre también en la Propuesta de la Comisión (art. 10) ahora sí con ámbito de aplicación material general, como se deduce de su ubicación sistemática³⁷ (aunque v. *infra*, núm. 21).

³⁵ Por todos, con gran influencia posterior, J. KROPHOLLER, “Ein Anknüpfungssystem ...”, cit., pp. 640 ss..

³⁶ Aunque normalmente sólo para aceptar los acuerdos *posteriores* al momento en que acaece el hecho de que deriva la obligación. P.ej., art. 132 Ley Suiza, parág. 42 EGBGB; también en la Proposición de Convenio del GEDIP, de 1998, art. 8. En otros casos, el silencio legislativo se interpreta en el sentido de que no prohíbe tal elección, como ocurre en Italia según la generalidad de la doctrina: G. CARELLA, *Autonomia della volontà ed scelta di legge nel Diritto internazionale privato*, Bari, 1999, pp. 189 ss.. En general, también M. FALLON, “L’incidence de l’autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle”, *Mélanges Roger O. Dalq*, 1994, pp. 159 ss., y J.v. HEIN, « Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht », *RabelsZ*, 2000, pp. 595 ss..

³⁷ Lo cual, dicho sea de paso, refuerza por contraste nuestro juicio sobre el sinsentido de que la cláusula de vínculos más estrechos *no* posea idéntico ámbito de aplicación.

20. No seremos nosotros quienes nos opongamos a tal posibilidad –cierto que no muy importante en la práctica³⁸-, sino más bien lo contrario. Lo que no nos resulta convincente es lo muy reducido de su reconocimiento en la Propuesta de la Comisión, que a nuestro juicio tropieza además con cierta confusión en cuanto a qué extremos son los gobernados por la ley designada por las partes (=hasta dónde llega el ámbito de la ley que rige la obligación derivada de daño).

Así, en primer lugar, la completa inadmisión de la elección de ley *antes* del “nacimiento de(l) conflicto” –expresión nada feliz en castellano-, convierte en la previsión del art. 10, a nuestro juicio, en un cadáver antes de nacer. Una al menos, y no la menor, de las indiscutibles ventajas prácticas de la autonomía de la voluntad como regla de determinación de la ley aplicable –aparte fundamentos más o menos ontológicos, y con perdón por la solemnidad de las palabras³⁹-, consiste en la dosis de seguridad que aporta a las partes al hacer predecible el ordenamiento aplicable a sus relaciones. Pues bien, no sólo no resultará insólito, sino del todo racional, que partes imbricadas en una compleja relación contractual, p.ej., acuerden elegir el Derecho aplicable no sólo a sus relaciones contractuales, sino también a obligaciones resarcitorias externas al propio ámbito contractual, aunque sólo sea para evitar o minimizar las repercusiones negativas de eventuales problemas de calificación sobre su carácter contractual o no, o simplemente prevenir la aplicación de reglas de Derecho de daños de un determinado ordenamiento que, sin embargo, sí se considera adecuado para regir la relación contractual⁴⁰. Y no vale decir que en estos casos regirá el ordenamiento aplicable a la relación jurídica previa, pues el último ejemplo que acabamos de mencionar demuestra que pueden existir razones justamente para lo contrario, y, sobre todo, la existencia de esa relación jurídica previa no es más que *indicio* de la existencia de una vinculación con el ordenamiento que la regula más estrecho que el que presenta con el *locus damni*. Nada menos, pero tampoco nada más.

³⁸ Aunque con excepciones: sometimiento a la ley que rige el contrato y, sobre todo, múltiples elecciones tácitas, que en tantas ocasiones se ejercen sin siquiera conciencia de estar haciéndolo.

³⁹ Si creemos que nada mejor que la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a las obligaciones de que aquí tratamos, es sobre todo por una razón que, por decirlo con términos pomposos, pertenece a la propia “esencia” de tales obligaciones: se trata de reparar un daño que alguien ha causado a otro; así las cosas, ¿qué intereses, salvo los de las partes de la obligación, están en juego? ¿quién, mejor que esas mismas partes, está en posición de determinar el ordenamiento que debe regir sus –y nada más que *sus*- relaciones?. Este es también el fondo de la muy influyente opinión de J. KROPHOLLER, “Ein Anknüpfungssystem ...”, *op. et loc. cit.*. Precisamente por ello, la escasa importancia práctica que, en la realidad de las cosas, está llamada a tener –al menos en la realidad *litigiosa* de las cosas-, nos resulta más bien indiferente, aunque no tanto como para no defender su viabilidad –justamente- en los supuestos donde cabe esperar que tenga más sentido.

⁴⁰ Ej. que tomamos de Jan v. HEIN (Rechtswahlfreiheit ...”, p. 601): Sometimiento de un contrato a las leyes del Estado de California con expresa exclusión de la aplicación de las reglas sobre *Torts*, a fin de evitar una posible condena por *punitive damages*

21. Menos convincente todavía nos parece la excepción de la Propuesta de Reglamento en cuanto a la inadmisibilidad de la elección de ley en supuestos de daño a los derechos de propiedad intelectual (e industrial)⁴¹.

Si lo que con ello se quiere afirmar es el fuerte interés público presente en la regulación material de tales derechos –en proceso de progresiva uniformización, además, en la Unión-, hay que decir que idéntico interés incide en cualquier otra regulación material de los derechos reales, de la personalidad o en la definición de la libre competencia no falseada, por no hablar de la protección de los consumidores, la responsabilidad por productos, protección del medio ambiente, etc.; de modo que, si tal es el fundamento de la excepción, su ámbito material debería ser casi, o del todo, general.

Pero, naturalmente, no se trata de esto. Claro que existe un fuerte interés general en que la regulación material de los derechos de propiedad intelectual e industrial sea de tal o cual manera, pero esto no tiene demasiado que ver con el problema de qué ley debe regir las consecuencias resarcitorias de una lesión o daño de los mismos. La ley rectora de tales derechos, es la que deberá ser determinada, entre otras cosas, teniendo en cuenta la existencia de tal interés público y el modo acusadamente imperativo –o no, son cuestiones ajenas al presente estudio- en el que dichos derechos se configuran en nuestro ordenamiento, y determinará la titularidad y contenido de los mismos. Pero esto es problema distinto –aunque se produzca una coincidencia sustancial, volveremos sobre ello en la tesis VIII-, al de determinar el ordenamiento que rige las obligaciones derivadas de una lesión de tales derechos: si alguien causa daño a una propiedad inmueble ajena, no es el ordenamiento que rige el estatuto jurídico-real del inmueble el que por esto mismo determinará las consecuencias obligacionales de esa lesión, y ello aunque *lex rei sitae* y *lex loci delicti* coincidan en la realidad –y, a decir verdad, menos mal que coinciden en la realidad: principio de *armonía material o interna*, para quienes recuerden, como todos debiéramos, las categorías de W. Wengler-. La determinación de la ley rectora del estatuto delictual debe responder a la lógica propia del Derecho de daños, no a la de los Derechos reales, etc., y ello aunque conduzcan –sólo que por caminos distintos- a la aplicación de un mismo ordenamiento: no tiene por qué ser *necesariamente* así.

22. Lo que con todo ello queremos poner de manifiesto, en definitiva, es que la admisibilidad o no de la voluntad de las partes como regla de determinación de la ley aplicable en materia de daños internacionales, sus límites y condiciones formales y materiales de ejercicio, no tiene por qué presentar rasgos distintivos específicos en materia de obligaciones derivadas de daño con respecto a cualquier otra materia de Derecho privado patrimonial –y en particular de Derecho de obligaciones-, pues de esto, y sólo de esto, estamos tratando.

Vistas así las cosas, se comprende con facilidad, así lo creemos, el sentido de la propuesta normativa que figura en el art. 9/11 del Anexo. En él, simplemente, se

⁴¹ Más bien ausente de justificación, por otra parte, en el Memorando explicatorio que acompaña a la propuesta, que se limita a afirmar que la autonomía de la voluntad en estas materias “no sería adecuada.” (¿?).

mencionan las disposiciones del Convenio de Roma que disciplinan el régimen jurídico de las cláusulas de elección de Derecho aplicable, con la elemental salvedad de prever su derogación/sustitución por otras, previsiblemente en forma de nuevo Reglamento, además de recoger la hipótesis –tan similar al actual art. 3.3 C. Roma- del art. 10.3 de la Propuesta, con variaciones meramente de estilo. Con ello, además de resultar inútil –por repetitivo- el art. 10.2, creemos que se atiende a la naturaleza inequívocamente contractual de los acuerdos de elección de Derecho y se evitan los inconvenientes de una duplicidad de regulaciones, además de quedar resueltos los problemas presentes en caso de contratación por parte débil.

Las diferencias entre el ámbito de aplicación material de la normativa contenida en el Anexo y el del Convenio de Roma, no creemos que den lugar a dificultades añadidas.

VII

23. Quizás la decisión político-legislativa más intensa de la Propuesta elaborada por la Comisión sea la *opción por el locus damni, y no por el locus delicti* como regla general de determinación del Derecho aplicable. Es, esta vez sí, una opción claramente meditada y con fuerte apoyo tanto en el Derecho comparado como entre los estudiosos en la materia, aunque tampoco falten uno y otro apoyo a la opción por la ley del actuar, por el principio de ubicuidad, u otras variantes⁴². Basada esencialmente en “la concepción moderna del derecho de la responsabilidad civil, que ya no se inclina, como en la primera mitad del siglo, hacia el castigo de un comportamiento culpable”, sino que “actualmente prima la función indemnizadora, lo que se refleja sobre todo en el desarrollo de sistemas de responsabilidades objetivas sin culpa”⁴³, la Propuesta afirma también perseguir como objetivos la seguridad/previsibilidad del Derecho aplicable y el encontrar “un equilibrio razonable entre los divergentes intereses de las partes”⁴⁴.

24. Lejos, desde luego, de nuestro ánimo terciar en polémica de por sí inacabable, y menos cuando las posibilidades de incidir en ella serían del todo pretenciosas. Pero tampoco podemos sustraernos a cierta obligación de señalar, por lo menos, los posibles inconvenientes de la regla propuesta, que a nuestro juicio son esencialmente los siguientes: 1º) Desde un punto de vista más o menos dogmático es tan cierta la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, como lo contrario: no es sólo que la responsabilidad culposa siga siendo la regla –y única legal de alcance general: art. 1902 Cc- en sistemas como el español, sino que funciones no estrictamente resarcitorias –como la tan traída y llevada función preventiva⁴⁵- del sistema de responsabilidad,

⁴² En general, como afirman C. NOURISSAT y E. TREPPOZ (“Quelques observations...”, p. 23), la solución no planteará problema alguno de aceptación en lugares como Francia –dada la tradicional jurisprudencia en la materia- y el Reino Unido –según la reforma de 1995: C.G.J. MORSE, “Torts in Private International Law: A New Statutory Framework”, *ICLQ*, 1996, pp. 896 ss.-, y también en Italia (aunque el dañado puede optar por la aplicación de la ley del actuar, art. 62), mientras que la última reforma alemana (parág. 40 EGBGB) va en sentido contrario.

⁴³ Exposición de Motivos de la Propuesta de la Comisión, pp. 12-13

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Entre nosotros particularmente defendida por P.SALVADOR CODERCH-M.T. CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997, espec. pp. 153 ss. y, particularmente también, objetada por F.

encuentran natural acomodo más bien en la imputación por culpa⁴⁶. 2º) Tan cierto es que, en una sociedad como la actual, el lugar de involuntario padecer del daño por la víctima debe considerarse como más significativo que el de la confianza del autor en las reglas legales vigentes en el lugar donde actúa⁴⁷, como su contrario: la imputación de responsabilidad basada en reglas distintas a las del lugar del actuar carece en principio de justificación⁴⁸; en general, el principio de ubicuidad se basa justamente en la imposibilidad, al menos como regla, de preferir uno u otro lugares, o si se quiere, de discernir *ex ante* una vinculación objetiva comparativamente mayor del lugar del resultado o viceversa⁴⁹. 3º) “Favorece”, normalmente, a los residentes en países donde la configuración de la responsabilidad es más estricta con respecto a los que desenvuelven normalmente su actividad en sistemas más laxos: si son causantes del daño porque no se aplicará su Derecho –más estricto-, sino el del lugar del resultado; si víctimas, porque normalmente padecerán el daño en el lugar de su residencia⁵⁰. 4º) Rompe la –siempre deseable- correlación entre Tribunal competente y Derecho aplicable, dada la tradicional jurisprudencia del TJCE a propósito del art. 5.3 RB⁵¹. 5º) Obligará, en la generalidad de los casos significativos, a una aplicación por lo menos distributiva de las leyes del lugar de actuación –vía reglas de seguridad y conducta del art. 13 de la Propuesta- y las del lugar del daño. 6º) Siendo más frecuentes los supuestos de plurilocalización del resultado que los de la conducta generadora del daño, multiplica

PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en *AFDUAM*, 2000, pp. 167 ss.

⁴⁶ Al menos en el Derecho español, es bastante claro que –pese a vaivenes jurisprudenciales- la regla general de nuestro sistema de responsabilidad civil es la exigencia de *culpa* (art. 1902) y la responsabilidad objetiva la excepción: F. PANTALEÓN, *op. et. loc. ult. cit.* y mucho antes en el Comentario al art. 1902 de los editados por el Ministerio de Justicia en 1991; L. DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 351 ss., y *passim*, y también en “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual”, *AFDUAM*, 2000, pp. 153 ss.; incluso quienes, como P. SALVADOR CODERCH y M.T. CASTIÑEIRA PALOU, defienden funciones del sistema de responsabilidad civil añadidas a la típicamente resarcitoria –aunque ciertamente se trata de problemas distintos-, no dudan en afirmar el papel central de la culpa como criterio de imputación en nuestro sistema, hasta el punto de sostener la exigencia de una mediación legislativa explícita para que sea admisible la responsabilidad objetiva o por riesgo: *Prevenir y...*, cit., pp. 17-18 y 133 ss.

⁴⁷ En este sentido, Grupo de Hamburgo, p. 11.

⁴⁸ O al menos, carece por completo de lógica si al autor no le es previsible que su actuación trascienda las fronteras de ese lugar. Volveremos inmediatamente sobre esta cuestión para fundar una de las reglas que proponemos en el Anexo.

⁴⁹ Esto mismo viene afirmando desde hace años uno de nosotros, M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.9”, cit., pp. 754-755, tan influido entonces como ahora por L. GARAU (“Las fuentes...”, cit., p. 450).

⁵⁰ Si esto es así, como parece, el sistema de la Propuesta puede resultar “ventajoso” desde el punto de vista de eventuales relaciones Europa-Tercer Mundo o Europa-Países en desarrollo, pero exactamente lo contrario desde el punto de vista de las relaciones Europa-EE.UU, en particular si se atiende a los *punitive damages*. Quede claro, no obstante –y aunque sea cuestión ajena al ámbito de nuestro trabajo, sobre ella E. RODRÍGUEZ PINEAU, “*Punitive damages* y orden público ¿comunitario?”, aún inédito, del que isponemos por cortesía de la autora-, que la cláusula del art. 24 de la Propuesta de la Comisión (que considera contraria al orden público comunitario cualquier condena no compensatoria de los daños causados) nos parece especialmente infeliz. También sobre la cuestión, entre nosotros, P. SALVADOR CODERCH, “*Punitive damages*”, *AFDUAM*, 2000, pp. 139 ss..

⁵¹ SSTJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier*, y de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill*, en especial.

las leyes aplicables a un mismo caso⁵², particularmente en supuestos de lesión de derechos de la personalidad y grandes catástrofes, que son justamente, y junto a los de responsabilidad por producto⁵³, los supuestos típicos de *Distanzdelikte*; esto no sólo complica las cosas, sino que se percibe intuitivamente como injusto (¿distintas consecuencias, según dónde y para quién, de un mismo actuar?). 7º) Mucho nos tememos que favorece una cierta “huida” a la cláusula de vínculos más estrechos, especialmente en los casos en los que el tribunal que conozca del asunto sea el del lugar del acontecer causar-domicilio del demandado⁵⁴.

25. Pues bien, pese a todo ello, la cuestión parece zanjada desde el punto de vista político-legislativo, de modo que nuestra modesta propuesta de reglas parte de la consagración del *locus damni* como único relevante en la regla general, en la que también se aceptan sin más las especificaciones de la Propuesta de la Comisión en cuanto a la irrelevancia del lugar de eventuales daños indirectos o subjetivos y la previsión respecto a *ex-ante injunctions*⁵⁵.

Ahora bien, por mucho que aceptemos el principio esencial de la Propuesta, una matización parece de todo punto necesaria, incluso sin afectar a dicho principio, y se refiere a la necesidad de que para imputar la responsabilidad al obligado a reparar conforme a las leyes del lugar del resultado, tal lugar sea *objetivamente previsible*. Con ello, en realidad, apenas se afirma mucho más de lo que la Propuesta de la Comisión prevé en su art. 4⁵⁶, atendiendo a una de las más evidentes consecuencias negativas de la opción por el *locus damni* como regla general (*supra*, nº 24), y siguiendo abundantes precedentes de Derecho comparado y convencional, pero se extiende, una vez más, su ámbito de aplicación a la generalidad de los casos de aplicación de la regla igualmente general. Es claro que el ámbito natural posible de la excepción será el de la responsabilidad por productos, pero no hay que excluir absolutamente que idéntica falta

⁵² Particularmente críticos con esta consecuencia, C. NOURISSAT-E. TREPPOZ, “Quelques observations...”, p. 24.

⁵³ Precisamente por esto serán necesarias reglas especiales en estas –y, para nosotros, sólo en estas– materias: v. tesis **VIII-XI**.

⁵⁴ El único, además, con competencia para conocer de la totalidad de los hechos, según la regla sentada por el TJCE en la Sentencia *Fiona Shevill*. Entre nosotros, crítico también con el *locus delicti* como regla general, G. PALAO MORENO, “Hacia la unificación...”, pp. 287-288.

⁵⁵ En ambos casos es perceptible la influencia del art. 5.3 RB y de la jurisprudencia del TJCE que vino interpretando su precedente convencional, como también de las observaciones del Grupo de Hamburgo al anteproyecto de 2002: p. 12.

⁵⁶ En el que la aplicación de la Ley de la residencia habitual del perjudicado se excepciona si “... la persona cuya responsabilidad se alega prueb(a) que el producto se comercializó en este país sin su consentimiento (...)”. Ciertamente nuestra propuesta se aparta de esta peculiar redacción en dos extremos nada irrelevantes: 1º) No se trata de excepcionar la aplicación de la Ley normalmente aplicable según la mayor o menor diligencia o las percepciones subjetivas de aquél a quien se imputa la responsabilidad, sino de que *objetivamente no sea razonable prever* que las consecuencias de su actuar puedan llegar al Estado de manifestación, igualmente objetiva, del resultado lesivo: este es el modelo de la Ley Suiza o del Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos (art. 7); 2º) La excepción no debe quedar sujeta a las alegaciones de la persona cuya responsabilidad se imputa, pues de este modo se le acaba concediendo una *opción* entre la aplicación de una u otra leyes. Crítico, por inconcreta, con una regla como la que nosotros proponemos, el GEDIP en sus observaciones de 2002 al Anteproyecto de la Comisión.

de previsibilidad *pueda* darse en algún otro supuesto: ej.: difamación oral y en ámbito absolutamente privado que inesperadamente trasciende –por grabación subrepticia- incluso las fronteras del país donde se formuló. Somos conscientes de la muy posible lenidad de la regla que proponemos (art. 3.2 del Anexo), pero, con todo, también estamos convencidos que el fundamento de la excepción no se limita a los supuestos en que esté en cuestión la responsabilidad del fabricante, sino la de cualquier imputado. Tal es el único sentido de la regla que proponemos.

VIII

26. Formuladas una serie de reglas generales sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño –conexión objetiva general, cláusulas de excepción y subsidiaria, autonomía de la voluntad-, eventuales reglas especiales sólo tienen sentido para determinar que, por razones especiales de la materia regulada –esto es, *daños* producidos en el ámbito de *materias específicas*-, la ley debe determinarse de un modo igualmente específico y distinto.

En particular, a nuestro juicio, una serie de reglas sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño *no* debe tener por función determinar *dónde están situados los bienes susceptibles de lesión*, aunque el daño o lesión sea a su vez fundamento de la obligación de reparar.

27. Si alguno de nuestros lectores no ha desfallecido todavía y se toma la molestia de ojear nuestro Anexo, observará que en él dos artículos (4 y 5) se reproducen en *cursiva* y que, a partir de ellos, la numeración es doble, según que se les tenga o no por existentes. Pues bien, la razón no es otra que, a nuestro juicio, se trata de preceptos o inútiles –meramente narrativos-, o –algo peor- impropios del objeto y función de la reglamentación sobre obligaciones resarcitorias, o –en definitiva- materialmente perturbadores.

Lo primero no requiere especial esfuerzo argumentativo y se limita a constatar la evidencia de que los arts. 5 y 8 de la Propuesta de la Comisión –cuya materia corresponde a la de los arts. 4 y 5 de nuestro Anexo- no son en realidad reglas que excepcionen la aplicación de la conexión general objetiva, *locus damni*, sino que afirman que en materia de competencia desleal y derechos de propiedad intelectual e industrial, tal *locus* es uno en concreto, y no otro, como otros preceptos podrían, p.ej., señalar que la lesión de un bien inmueble sólo puede regirse por la ley del lugar donde está situado –y no, también p.j., donde su propietario está domiciliado-, o que el naufragio de un buque no ocurre necesariamente en el lugar de su pabellón, sino en las aguas territoriales del Estado donde materialmente ocurra el naufragio –problema distinto es el del naufragio en alta mar, v. núm. 17-, etc.. En este primer sentido, tales reglas simplemente describen, con mayor o menor precisión, el resultado de aplicar las reglas que disciplinan el ordenamiento aplicable a la competencia desleal y los derechos de propiedad intelectual e industrial, de modo que resultarían más bien inocuas.

28. Sin embargo, y por razones de orden más general, la relativa indiferencia de una tal regulación resulta, a la postre, negativa. Desde luego, desde un punto de vista formal, resulta más bien sorprendente que una normativa pensada para designar –conforme a su lógica específica- la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño, termine conteniendo reglas sobre hasta dónde se predica la protección de un determinado derecho de propiedad industrial o la extensión de las reglas de competencia desleal.

Pero lo grave, a nuestro juicio, es que la inadecuación formal termina repercutiendo en el sentido material de las reglas, y no para mejorarlas. Así, sin ir más lejos, antes analizamos (v. núm. 21) cómo la lógica propia del Derecho Internacional de las propiedades inmateriales *contaminaba* la regla relativa a la designación por las partes de la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño en tal materia, por confundir la lógica de la reglamentación específica de esas propiedades con la de las obligaciones que aquí examinamos. Pues bien, en un orden más general, exactamente lo mismo ocurre –aunque no se exprese de forma tan directa- con la exclusión de la cláusula de vínculos más estrechos para las materias en las que existe una regla especial, que resulta de su ubicación sistemática en la Propuesta de la Comisión (art. 3.3; v. *supra*, núm. 15), salvo las llamadas específicas de los arts. 4, 5.2 y 6. Razones para tal exclusión no existen que sepamos⁵⁷, pero sí cabe advertir una curiosa contaminación inconsciente que podría darle sentido: ¿no será porque se piense, *à tort*, que la cláusula de vínculos más estrechos, por su flexibilidad, es del todo incompatible con las exigencias de certeza y seguridad que precisa, p. ej., la reglamentación de la propiedad industrial?

Mucho nos tememos que así sea y aquí radica exactamente la base del problema. Porque los arts. 4 ss. de la Propuesta de la Comisión *no* tienen por objeto regular la extensión de los derechos de propiedad inmateriales, ni la ley rectora de los derechos de la personalidad, ni la extensión espacial de las reglas de competencia en el mercado. Sólo pretenden designar qué ley rige eventuales consecuencias resarcitorias de los daños causados a tales bienes o derechos, cuestión que, dicho sea de paso, a nadie más interesa que al dañado y a aquél a quien se imputa la responsabilidad. Por ello, tales normas no tienen por qué responder a exigencias propias del Derecho de la competencia o de la propiedad industrial (=no hay razones para que obligaciones derivadas de daño a bienes de este tipo se tengan que regir *necesariamente* por el ordenamiento que rige la competencia o el derecho de propiedad de que se trate), exactamente igual y por las mismas razones que los contratos sobre derechos de propiedad *no* se rigen por el ordenamiento que rige la propiedad misma (aunque la eficacia traslativa del contrato sobre la titularidad jurídico-real dependa de este último).

Lo que con ello se termina poniendo de manifiesto, en definitiva, es que la pretendida irrelevancia de normas aparentemente narrativas, termina incidiendo en la reglamentación sustancial y en un sentido nada adecuado a la lógica propia del sistema

⁵⁷ Así, la Exposición de Motivos de la Propuesta de la Comisión, se limita a afirmar, p. ej., que “la cláusula de excepción no se adapta a esta materia en general” (p. 16) para referirse a los daños concurrentes (art. 5, pero v. su núm. 2); la exposición relativa a daños al medio ambiente (art. 7) y derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 8) simplemente *silencian la cuestión*. Para el resto de las reglas especiales, existe una específica llamada a la cláusula.

de reglas sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño. Por ello, a nuestro juicio, el mejor destino de tales reglas es su desaparición. Sólo cuando, como pasamos a analizar, existen motivos *proprios del Derecho de daños* para establecer una regla distinta a la que lleva a la aplicación pura y simple de la ley del *locus damni*⁵⁸, está justificada la existencia de una norma especial⁵⁹.

IX

29. El primero de estos casos, a nuestro juicio, es el de los daños a derechos de la personalidad, y en particular a los derechos a la intimidad personal y familiar, honor y propia imagen, de naturaleza fundamental además en nuestro ordenamiento, como todos sabemos.

Debemos confesar de entrada que es en esta materia –también en responsabilidad por productos- donde más dudas se nos han suscitado tanto a la hora de decidir la conveniencia de apartarnos de la regla general del art. 3, como a la de proponer la/s conexión/es específica/s. Si al final nos hemos decidido por proponer una regla especial, ha sido por la razón esencial de evitar una *exagerada pluralidad de leyes aplicables* a un mismo caso de posible difamación o invasión de la intimidad. Así, en efecto, en términos estrictamente jurídicos, ciertamente todos tenemos “derecho a la intimidad”, pero, en realidad, tantos “derechos a la intimidad” como ordenamientos en el mundo lo regulan y en los que nuestro reducto privado, íntimo, pueda resultar relevante/ser vulnerado⁶⁰, cuestión que además se complica con el carácter fundamental que en nuestro ordenamiento, y en tantos otros, posee el contenido de este y otros derechos de la personalidad. De modo que estos derechos inmateriales presentan la peculiaridad de ser susceptibles de ser dañados en una multiplicidad de lugares/países –también otros derechos, distintos según cada ordenamiento, pero cuyo contenido es una misma realidad económica: una pluralidad de marcas nacionales, o nacionales y comunitarias, relativas a un mismo producto o serie-, no digamos desde el momento en que la posible difamación o invasión de la intimidad aparece en la red, aunque también sea verdad que, en la realidad de las cosas, sólo personas de muy especial relevancia pública podrán

⁵⁸ No existen, sin embargo y como antes analizamos (*supra*, núms. 15 y 21), razones que conozcamos que aconsejen la exclusión de la cláusula de excepción ni de la autonomía de la voluntad en ninguna de las *materias regidas* por el conjunto de reglas que proponemos: obligaciones derivadas de daño.

⁵⁹ En todo caso, y como nuestra particular opinión carece de la menor relevancia, tampoco vamos a hurtar al lector –si alguno queda- de alguna matización a las reglas propuestas a la Comisión en las materias en las que, creemos, no deberían existir: tal es el caso del art. 5.2, simplemente inútil para nosotros, desde el momento en que la cláusula de excepción debe tener vigencia general. Por cierto, quien ande sobrado de tiempo y melancólico de espíritu, puede comparar la fundamentación de esta regla en el texto español con sus paralelos en francés, inglés, italiano, portugués y alemán: éstos hablan, respectivamente, de posibles casos de *débauchage de salariés*, *enticing away a competitor's staff*, *accapparramento di dipendenti*, *aliciamento de empregados* y de *Abwerbung von Angestellten*, para describir un caso de competencia desleal dirigido hacia un sólo competidor, junto a supuestos como los de espionaje industrial, revelación de secretos comerciales, etc.; el texto español de “despido temporal por falta de trabajo de asalariados”. No es broma.

⁶⁰ En contra, insistiendo en la unicidad de la realidad sustancial que suya a los distintos ordenamientos, G. BEITZKE, “Les obligations delictuelles en dipr.”, *Rec. des C.*, 1965-II, p. 88.

sentir afectada su intimidad en más de un país: sí el Príncipe de Gales o el Presidente de los EE.UU.; difícilmente Elisa Torralba o Miguel Amores.

30. A decir verdad, una primera posibilidad de limitar los efectos perniciosos de tanta multiplicación de leyes aplicables sería la importación al ámbito de la ley aplicable de la regla establecida por el TJCE en el caso *Fiona Shevill*, que permitiría, al menos, encontrar un ordenamiento que cubriría la totalidad del supuesto –el del lugar de publicación– sin excluir del todo la posibilidad de aplicar los de los distintos “lugares de daño”, con la ventaja añadida de la correlación ley aplicable-tribunal competente. Ahora bien, ¿tiene alguna relevancia el lugar de publicación en medios como internet? Los supuestos de difamación o invasión de la intimidad de personajes tan notorios como para gozar de fama/reputación internacionales, ¿justifican la existencia de una regla que implica la multiplicación de leyes aplicables a un mismo caso?

Si, en definitiva, nos hemos decantado por la aplicación de la *Ley del lugar de residencia habitual de la persona cuya intimidad/honor se reputa lesionada*⁶¹ –y, naturalmente, sin excluir la aplicación de la ley de otro país que presente vínculos manifiestamente más estrechos, según la cláusula de excepción–, es por la suma de las siguientes consideraciones: 1º) Proporciona una respuesta adecuada a la inmensa mayoría de los casos –todos en los que la reputación/intimidad de la persona no es “internacional” o sólo lo es muy ocasionalmente–: el lugar de residencia habitual es el centro de relaciones sociales, económicas y personales que pueden verse afectadas por la posible difamación/invasión de la intimidad –normalmente coincide con el *locus damni*, aunque no sea una mera regla de fijación del lugar del daño, pues nada excluye que haya otros–, además de ser un vínculo voluntario para el lesionado –y previsible para quien es imputado como responsable⁶²– y un medio y entorno institucional y jurídico en el que esta habituado a desenvolverse(=optimiza sus posibilidades de acceso al entorno institucional); 2º) En cualquier caso, el carácter fundamental de los derechos protegidos y también de la posible colisión entre ellos –libertades de comunicación– derechos al honor e intimidad–, asegurará que la resolución de fondo sea necesariamente coherente con el ordenamiento del foro (vía orden público/normas imperativas), cualquiera sea la ley que resulte en principio aplicable; 3º) Aplicación de la Ley del lugar de residencia habitual del titular del derecho lesionado no significa estricta territorialidad de la protección: p.ej., eventuales condenas de rectificación o aclaración

⁶¹ Conclusión que será cualquier cosa menos original: ya H. BINDER, “Zur Auflockerung...”, pp. 477, 496; G. BEITZKE, “Les obligations...”, cit., p. 88; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en dip”, *Rec. des C.*, 1989-II, p. 339. Entre nosotros, M. ESLAVA RODRIGUEZ, *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1998, p. 146.

⁶² Esto es: es razonable que el lesionado se vea protegido por el ordenamiento donde está establecido y no por otro desconocido para él; a su vez, dado que la víctima de una eventual difamación no será normalmente desconocido para el autor del acto –o, al menos, estará en condiciones de conocer sus circunstancias personales–, la aplicación del ordenamiento de esa residencia resultará del todo previsible para él. En este sentido, C. NOURISSAT-E. TREPPOZ, “Quelques...”, p. 24; Grupo de Hamburgo, pp. 24-25. El GEDIP, que en su proposición de 1998 había propuesto el lugar de residencia de la víctima como presunción especial de vínculo más estrecho (art. 4 a), no llegó sin embargo a un consenso claro obre la materia en sus observaciones de 2002.

de informaciones invasoras del Derecho no tienen por qué ser eficaces sólo en el país donde se adopte la resolución de condena, y menos en el ámbito europeo⁶³; 4º) Para algo existe la cláusula de excepción: justamente para los supuestos en los que el lugar de residencia no implique un vínculo suficientemente estrecho con la situación contemplada en su conjunto, o, incluso, para supuestos en los que no sea fácil determinar cuál es el centro efectivo de relaciones sociales de una persona en concreto – como regla subsidiaria-: más vale atenerse a las reglas generales que multiplicar reglas especiales cada vez más complejas.

Hay pues razones suficientes para excepcionar la aplicación de la regla general objetiva y una conexión comparativamente más adecuada, de modo que la existencia y contenido de una regla especial como la que proponemos (en el Anexo, art. 4/6) parece suficientemente justificada⁶⁴.

30. Todo lo contrario, a nuestro juicio, que el art. 6 de la Propuesta de la Comisión, y ya es lástima, pues la redacción del Anteproyecto de 2002 iba exactamente en el sentido que a nosotros nos parece debido.

Para empezar, en cuanto al núm. 1 del precepto, la regla de la Comisión no es una norma de designación de la ley aplicable, sino una *cláusula especial de orden público* y, como tal, del todo innecesaria pues ya existe una cláusula general en el art. 22. Además, dado el carácter fundamental de las libertades allí mencionadas, su expresa mención es todavía más inútil, pues ninguna autoridad pública –española desde luego, pero tampoco de la generalidad de los países comunitarios- puede dar aplicación a normativa alguna que conduzca a limitarlas más allá de donde lo permita su propio ordenamiento.

Pero mucho nos tememos que el propósito de la regla propuesta resulta mucho menos inocente –por inútil- de lo que venimos afirmando. El hecho de que sólo resulten mencionadas las libertades de expresión e información –y no su frecuente límite constitucional, los derechos al honor e intimidad- resulta de por sí ilustrativo de una voluntad legislativa no muy equilibrada, conclusión que se refuerza atendiendo tanto a la fundamentación de la regla en la Exposición de Motivos como al núm. 2 del art. 6, que sí es una norma de ley aplicable, y que establece una muy clara regla de favor a editores y difusores en general de opiniones e informaciones. Así, en efecto, los motivos aducidos para excluir la aplicación de la ley de la residencia habitual del titular de los derechos presuntamente lesionados⁶⁵, carecen fuerza argumental alguna: 1º) Que

⁶³ Tamaña obviedad no nos habría parecido digna de ser expresada si no fuera porque el contenido del art. 6.2 de la Propuesta de la Comisión provoca serias dudas; volvemos sobre ello inmediatamente.

⁶⁴ Conviene, con todo, añadir, que el carácter de Derecho Fundamental/libertad pública de buena parte de los contenidos jurídico materiales en cuestión, es más que probable que lleve, expresa o implícitamente, a aplicar la *lex fori*, o, al menos, a un resultado material coincidente con ella. Ya lo advertimos hace algún tiempo (M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.9”, cit., p. 758), y sobre ello volvemos de inmediato.

⁶⁵ Que “no siempre es fácil conocer la residencia habitual de las personas famosas” y que un editor podría resultar condenado conforme a dicha Ley “aunque el producto se ajustara perfectamente a las normas vigentes en el Estado de la sede del editor y ningún ejemplar del mismo se hubiera difundido en el Estado donde reside la víctima”. Además, se afirma que la propuesta de 2002 –aplicación de la ley del lugar de

en algunos –muy pocos- casos, no sea fácil determinar el lugar de residencia de una personalidad, no justifica en absoluto modificar una regla aplicable a la universalidad de los sujetos: para eso está la cláusula de excepción o la subsidiaria. 2º) Si no hay difusión alguna de la información u opinión supuestamente lesiva de derechos en el país de residencia habitual de la hipotética víctima, da igual que se aplique o no ese ordenamiento: lo que no hay es daño resarcible alguno⁶⁶. 3º) En todo caso, insistimos, para algo está la cláusula de orden público, y para algo está también la noción misma de derecho o libertad fundamental: ninguna autoridad pública, en nuestro Estado democrático –en la generalidad de Europa-, puede aplicar reglas que vulneren el delicado equilibrio entre libertades de comunicación y núcleo irreductible de intimidad y honor propio de una sociedad libre y democrática. 4º) Las “importantes críticas” recibidas por el Anteproyecto de 2002 *no existieron en la literatura jurídica*⁶⁷, sino de determinados grupos de presión⁶⁸, francamente obtusos en la comprensión de aquella propuesta: ningún riesgo para las libertades de comunicación entendidas en el más amplio sentido democrático podía derivar de ella –simplemente porque tal cosa es conceptualmente imposible que lo pueda hacer una regla de Derecho comunitario derivado-, como tampoco trato de favor o privilegio de las personalidades públicas.

31. No mejor juicio nos merece el núm. 2 del art 6 de la Propuesta, aplicación de la ley del lugar de residencia del “organismo de radiodifusión o el editor de prensa” en cuanto al “derecho de respuesta o medidas equivalentes”. Es más bien absurdo, para empezar, someter a distintos ordenamientos la existencia de una lesión y uno de los posibles remedios a la misma⁶⁹. Pero, sobre todo, se basa en un entendimiento por lo menos curioso de qué es considerar aplicable un determinado ordenamiento y cuáles son los

residencia de la posible víctima- “fue objeto de importantes críticas en las consultas organizadas al respecto”.

⁶⁶ Nadie tiene *un* derecho al honor/intimidad, como antes expusimos, sino tantos derechos al honor/intimidad cuantos ordenamientos existen en la materia (otra cosa es que, para la generalidad de las personas, resulten del todo irrelevantes todos menos el de “su” ordenamiento (=el del país de su residencia habitual): tales derechos sólo pueden ser lesionados cuando existe difusión de la información/opinión supuestamente lesivos en el ámbito de cada ordenamiento, luego la hipótesis citada en la nota anterior es falsa.

⁶⁷ Antes bien, Grupo de Hamburgo, pp. 24-25, C. NOURISSAT-E. TREPPOZ, “Quelques...”, p. 24. V. también los autores citados en nota 61.

⁶⁸ Quien quiera comprobarlo, no tiene más que preguntar a Mr. Google por “Roma II” y “libertad de expresión” en algún que otro idioma además del español. Última prueba de la indudable eficacia de ciertos grupos de presión a la hora de modelar a su conveniencia las reglas que a todos afectan: el nuevo art. 525.3 LEC –según LO 19/2003 de 23 de diciembre-: frente a la tendencia general de la LEC y la muy explícita regla del art. 524.5 (=“La ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrá carácter preferente”), ahora se afirma que “No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen.” V. P. SALVADOR CODERCH—S. RAMOS GONZÁLEZ- A. LUNA YERGA, “Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del art. 525 LEC”, *InDret*, 2/2004. Si uno se toma en serio el significado y función de la tutela provisional, no podrá sino concluir que esta especie de degradación por el legislador orgánico de unos derechos fundamentales frente a otros, sobre materialmente repugnante, es inconstitucional.

⁶⁹ No hay más que comprobar, en el art. 11 de la misma Propuesta, el ámbito de la ley rectora de la obligación.

poderes de un tribunal. Ninguna “víctima” está en disposición de obligar a nadie a “publicar una versión corregida de los hechos y ejercer un derecho de respuesta”, salvo consentimiento del propio editor u orden judicial. De ocurrir esto último, naturalmente, el Juez aplicará el ordenamiento que sus reglas de conflicto le designen y si entiende que tal ordenamiento vulnera el ámbito de libertades constitucionalmente garantizado en su propio ordenamiento, simplemente lo desaplicará por contrario a su orden público/normas imperativas. Y tal cosa lo hará sea decidiendo sobre el caso con plena jurisdicción –de ser el tribunal que conoce del asunto-, sea en el procedimiento de declaración de ejecutividad de una decisión de otro tribunal que así lo ordene, pues en ambos supuestos será eventualmente aplicable la cláusula de orden público.

En definitiva, y una vez más, un caso particular –la eventual contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento donde deba desplegar sus efectos de la decisión sobre el derecho de rectificación o similar- pretende servir de fundamento a una regla general –se aplica la ley del editor/radiodifusor-, a costa de un insólito fraccionamiento del/los ordenamiento/s aplicable/s y para favorecer *ex ante* la posición de una de las partes. No es buena técnica en general, y tampoco en el caso.

X

32. Una regla especial sobre ley aplicable a los daños ambientales puede estar justificada, como cualquier otra, porque la regla general-objetiva del art. 3 no resulte adecuada a la específica materia considerada, o bien por la existencia de una *policy* sustancial que justifique apartarnos del criterio objetivo en favor de la consecución de un determinado resultado material.

Así las cosas, a nuestro juicio, el art. 7 de la Propuesta de la Comisión hace bien en permitir una opción a favor del perjudicado entre la aplicación del ordenamiento del lugar del daño o el del hecho generador, pues la materia probablemente impone cierto reforzamiento de la *función preventiva* del Derecho de daños, que, parece claro, se favorece mediante la posibilidad de que la parte que sostenga la existencia de la obligación pueda hacerlo conforme al ordenamiento más estricto de entre los objetivamente vinculados con la obligación, lo que supone a su vez, para el eventual imputado, la necesidad de acomodar su conducta al *standard* más estricto.

33. Ahora bien, como toda regla de *favor laesi*, ésta debe sustentarse en poderosas razones de Derecho material. Pues bien, siempre a nuestro juicio, tales razones concurren con claridad en lo que se refiere al *daño puramente ecológico* o *daño medioambiental*⁷⁰, en sentido estricto, mientras que resulta mucho más dudoso en lo que se refiere a los producidos en personas o bienes singulares.

⁷⁰ En nuestro Derecho, L. GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Pamplona, 1998, pp. 63 ss.; N. ALVAREZ LATA, en L.F. REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Pamplona, 2003, pp. 1701 ss., espec. 1713-1716. Con tal expresión se quieren individualizar las lesiones ocasionadas al medio ambiente *en sí*, como conjunto de elementos naturales (y para algunos también culturales) que configuran el espacio en el que se desenvuelven la totalidad de las actividades humanas.

Ello resulta de la extrema dificultad con la que, por lo menos en la actualidad⁷¹, se configura la posibilidad de que el daño puramente ecológico se configure como *daño resarcible*, y, como tal, susceptible de fundar un obligación de reparar. En efecto, el puro interés ciudadano por la indemnidad del medio ambiente en general no constituye para la generalidad de la doctrina un interés suficientemente individualizado para obtener su tutela a través de la acción de responsabilidad civil⁷², sin que tampoco, al menos en el Derecho español, las vías procesales de defensa de los intereses difusos puedan ser útiles a tal propósito, pues lo que nuestra LEC configura como acciones de clase (arts. 6.1.7º, 7.7, 13.1, 15, etc.), no es en propiedad una legitimación plural en defensa de intereses colectivos, sino que una pluralidad de afectados más o menos determinados por un daño individual puedan personarse colectivamente⁷³. De este modo, la defensa de ese interés colectivo, tiende a articularse más bien a través de mecanismos jurídico-administrativos mediante los cuales, además de eventuales sanciones a comportamientos ambientalmente dañosos en sectores regulados, se llega a articular la reparación del daño⁷⁴, aunque más como defensa por las administraciones públicas de sus bienes patrimoniales o demaniales que otra cosa (=en defensa de su peculiar interés), lo que se situaría fuera del daño medioambiental en sentido estricto.

Así las cosas, las dificultades señaladas pueden justificar una regla de favor, aunque sea tan limitada como la que permite la opción entre el ordenamiento del lugar de la acción y el del resultado⁷⁵. Nótese, por añadir algo, que en este entendimiento la referencia del

⁷¹ Muy probablemente, la situación no está llamada a cambiar en exceso, desde el punto de vista del Derecho de la responsabilidad civil, si llega a entrar en vigor la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, de Enero de 2002, *DOCE*, C 151 E, de 25 de junio de 2002; existe ya Dictamen del Parlamento, de Enero de 2004, no publicado en el *DOCE* y que propone cambios más bien exigüos. En ella, en efecto, la reparación/prevenición del daño ambiental se desvía a mecanismos administrativos, haciendo más bien inoperantes eventuales acciones de responsabilidad civil en la materia. Conviene advertir que el Proyecto sólo se refiere, justamente a los daños medioambientales en sentido estricto (definidos en el art. 2.1.18: daños a la biodiversidad, aguas y suelo), y no a los irrogados a particulares (art.3.8).

⁷² N. ALVAREZ LATA, en *Tratado...*, cit., p. 1714, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

⁷³ *Ibid.*, p. 1743. V., no obstante J.J. MARIN LOPEZ, *InDret*, núm 3/2001.

⁷⁴ *Op.ult.cit.*, , 1702 ss. Más en general, L. GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad...*, *passim*.

⁷⁵ Cuanto aquí afirmamos no es sino trasunto de la solución defendida por A. CRESPO HERNÁNDEZ en cuanto a la competencia judicial internacional para conocer de obligaciones e este tipo: *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999, pp. 100 ss. y 299 ss. Por el contrario, G. PALAO MORENO, *La responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente (Aspectos Internacionales)*, Valencia, 1998, p. 118, se inclina por la aplicación de la ley del lugar del resultado; más matizada fue en su día la opinión de N. BOUZA VIDAL, "Aspectos de Derecho Internacional pivado en la protección del Medio Ambiente", en *Problemas internacionales del Medio Ambiente. Actas de las VIII Jornadas de la AEPDIRI*, Barcelona, 1985, pp. 55 ss., que entonces propugnó la aplicación *distributiva* de los ordenamientos del resultado y de la acción causal. K. FACH GÓMEZ, por su parte, en su muy documentado estudio (*La documentación transfronteriza...*, cit., pp. 419-420) *parece* inclinarse por la solución que –en general, no sólo para daños medioambientales- se contiene en el parág. 40.1 EGBGB, que viene a coincidir on la opción que aquí defendemos: *lex favorabilior*.

art. 13⁷⁶ a las reglas de seguridad y conducta del lugar de la acción está más bien fuera de lugar: la licitud del actuar *conforme a* determinado ordenamiento no tiene por qué significar *irresponsabilidad* conforme a otro, cuando lo que se está buscando es, precisamente, qué ordenamiento es más eficaz en la *prevención* de tal actuar. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la responsabilidad por daño medioambiental suele estar materialmente configurada como *objetiva* o *por riesgo*⁷⁷.

34. No parece, sin embargo, que idéntica solución pueda trasladarse a las obligaciones derivadas de daños a bienes o personas individuales⁷⁸. Aquí, a diferencia del daño puramente ecológico, no parecen existir razones materiales específicas para privilegiar al dañado por un medio comisario atentatorio del medio ambiente frente al que lo es de otra manera⁷⁹, pues todo se reduce al resarcimiento de daños objetivos y verificables⁸⁰, sólo que, normalmente, con la característica añadida de que existirá una gran cantidad de dañados. Para cada uno de ellos, individualmente considerados, tanto da que, p.ej., la destrucción de una plantación de frutales sea resultado de la lluvia ácida, la contaminación de las aguas usadas en el riego o de una pandilla de vándalos o enfermos mentales dedicados deportivamente a la tala y desmonte.

XI

35. El ámbito en el que con mayor claridad se aprecian razones propias del derecho de daños que justifican la existencia de una norma de conflicto especial alejada de la aplicación de la ley del *locus damni* es, muy probablemente, el de la responsabilidad por productos⁸¹. Así, en efecto, este tipo de asuntos presenta, en mucha mayor medida que

⁷⁶ Que, recuérdese, no ordena *la aplicación* de las reglas de seguridad y conducta del lugar de la acción, sino que *deberán ser tenidas en cuenta* para determinar la responsabilidad.

⁷⁷ En contra, Exposición de Motivos de la Propuesta de la Comisión, en la fundamentación del art. 7.

⁷⁸ Aunque, a decir verdad, personalmente nos resultaría del todo aceptable: pero no porque existan razones específicas para proteger a los *individualmente dañados por actividades contaminantes*, sino porque para nosotros la opción entre la ley del acontecer y la del resultado debía ser la regla general: *supra*, núm. 24. Razones de coherencia del sistema, sin embargo, nos llevan a sostener lo contrario, partiendo, naturalmente, de que la regla general-objetiva es la que es.

⁷⁹ Así J. KROPHOLLER, con especial claridad en *Internationales Privatrecht*, 1990, p. 433; Th. DE BOER, *Beyond...*, p. 75; M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.9”, pp. 754-755; también A. CRESPO, *La responsabilidad...*, aunque concluya –en cuanto a la competencia judicial internacional– en sentido distinto al del texto.

⁸⁰ Como es obvio, nos movemos en el ámbito de materias *no regido* por los numerosos convenios internacionales existentes en la materia. Téngase en cuenta el art. 25 de la Propuesta de la Comisión, que queda fuera del ámbito de nuestro estudio.

⁸¹ Ciertos autores han propugnado la introducción en el texto de la directiva comunitaria sobre responsabilidad por productos de una norma específica que establezca la competencia judicial y la ley aplicable en materia de responsabilidad por productos para el ámbito comunitario. En este sentido: J.J. MARÍN LÓPEZ: *Daños por productos: estado de la cuestión*; Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 207. A cambio, en otros Estados, como Alemania donde se ha legislado recientemente en materia de responsabilidad extracontractual, no se ha introducido una norma específica para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por productos. Para un análisis de la situación en Derecho comparado ver J. KROPHOLLER y J. VON HEIN: “From approach to...”, cit, pp. 331 y ss. Para la ley alemana: A. JUNKER: “Das Internationale Unfallrecht nach der IPR-Reform von 1999”, JZ 2000, p.p. 477-486; A. SPICKHOFF: “Die Tatortregel im neuen Deliktskollisionsrecht”, *Iprax*, 2000, p.p.1-8; K. FACH

otros, una posible dislocación hecho/s generador/es-lugar/es del daño⁸², que hace que la consideración exclusiva del *locus damni* no resulte en muchos casos suficientemente significativa por comparación a la suma de los demás elementos del caso. Además, al menos en el ámbito comunitario, existe una regulación material específica y separada este tipo de responsabilidad a través de la Directiva 85/374/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos⁸³, que establece un sistema de responsabilidad desvinculada de la culpa si bien permite la subsistencia de las disposiciones nacionales basadas en ésta.

No parece, en efecto, que la regla general-objetiva de la Propuesta de Reglamento, como tampoco la defendida en este trabajo, respondan a las necesidades específicas del sector. Ello se debe, esencialmente, a que la conexión lugar de manifestación del daño, será en la mayor parte de los supuestos irrelevante por comparación a otros en la medida en que –dada la movilidad del producto dañante– puede ser un lugar totalmente azaroso y casual tanto para el perjudicado como para aquél a quien se imputa la responsabilidad.

36. La Propuesta de Reglamento⁸⁴ se sitúa en esta línea al establecer una solución conflictual especial para estos supuestos, pero dicha solución presenta, a nuestro juicio, una serie de problemas. El primero de ellos es su falta de claridad: la referencia a que la regla prevista en el artículo 4 para los casos de responsabilidad por productos se aplicará “sin perjuicio” de lo previsto en los artículos 3.2 (residencia habitual en el mismo país de responsable y perjudicado) y 3.3 (vínculos más estrechos) ¿implica que se van a aplicar primero esas dos reglas y sólo subsidiariamente la del artículo 4? Si fuera así estaríamos ante el absurdo de que la regla especial para productos prevista en el artículo 4 de la Propuesta se aplicaría sólo en aquellos casos en los que el supuesto no presentara vínculos más estrechos con otros países, invirtiendo de este modo la estructura general del Reglamento. Probablemente no se trata más que de un problema de redacción y lo que se ha querido decir realmente es que en la determinación de la ley aplicable se sigue el siguiente orden (en que las disposiciones son de aplicación subsidiaria): primero.-país de la residencia habitual común del perjudicado y de la persona cuya

GOMEZ: “La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y del Derecho de cosas en Derecho Internacional Privado alemán”, *REDI*, 1999, p.p. 287-295. Sobre la situación en Inglaterra: C.G.J. MORSE: “Torts in Private International Law: a New Statutory Framework”, *ICLQ*, 1996, p.p. 888-902.

⁸² En este sentido: G. ESTEBAN DE LA ROSA: “Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho Internacional Privado español”, *R.G.D.*, 2000, 667, p.p. 4363-4364.

⁸³ Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985 (DOCE L219 de 7 de agosto de 1985), modificada por Directiva 1999/34 del Parlamento y del Consejo de 10 de mayo de 1999 (DOCE L141 de 4 de junio de 1999).

⁸⁴ Aplicación de la ley del país de la residencia habitual del perjudicado salvo que la persona cuya responsabilidad se alega pruebe que el producto se comercializó en ese país sin su consentimiento, en cuyo caso será aplicable la ley del país de la residencia habitual de aquel a quien se imputa la responsabilidad. Lo anterior se prevé “sin perjuicio” de la aplicación de la ley del país de la residencia habitual de la víctima y de la persona a la que se imputa la responsabilidad y, “sin perjuicio” de la aplicación de la ley del país de la residencia habitual de la víctima y de la persona a la que se imputa la responsabilidad, y sin perjuicio, además, de la ley que presente los vínculos más estrechos con el supuesto. Junto a ello, las partes pueden escoger la ley aplicable a su disputa según lo previsto en el artículo 10.

responsabilidad se alega; segundo.- país de la residencia habitual de la víctima si es previsible para aquél a quien se imputa la responsabilidad; tercero.- país de la residencia habitual de aquél a quien se imputa la responsabilidad; cuarto.- Vínculos más estrechos.

Tampoco parece especialmente acertado en la redacción actual de la Propuesta de Reglamento el tratamiento de la previsibilidad. El artículo 4 no se refiere a este concepto sino a que la persona cuya responsabilidad se reclama pruebe que “el producto se comercializó en este país sin su consentimiento”⁸⁵. Si se lee el precepto según su tenor literal, para que deje de aplicarse la ley del país donde se produjo o amenaza producirse el daño el responsable deberá probar que no consintió a la comercialización en el mismo del producto en cuestión. Pues bien, no tiene ningún sentido exigir ese consentimiento a la comercialización, y mucho menos referido al producto concreto. La formulación debe ser más bien la inversa: se aplica esa ley salvo que no fuera previsible para aquél a quien se imputa la responsabilidad y no lo es si el producto causante del daño u otros del mismo tipo y fabricante no se comercializa en dicho país por los cauces comerciales habituales. En los demás casos la aplicación de dicha ley es previsible para él, con independencia de que haya consentido específicamente a ello o no⁸⁶.

Por otra parte, llama la atención el hecho de que todos los puntos de conexión retenidos se basen en la residencia habitual: residencia habitual común, residencia habitual de la víctima, residencia habitual de aquél a quien se imputa la responsabilidad. Dejando de lado los problemas que la determinación de la residencia habitual del responsable puede generar en ciertos casos, lo cierto es que parece más adecuado dar entrada a otros puntos de conexión como el país de comercialización, o el de adquisición, o, en su caso, el de producción del daño, no sólo vinculado a la residencia habitual común⁸⁷.

37. La propuesta que en el Anexo se propone como alternativa a la planteada por la Comisión⁸⁸ en su Propuesta de Reglamento supone que:

⁸⁵ Esta redacción está tomada de la Ley suiza y cuenta entre nosotros con algunos defensores, como G. ESTEBAN DE LA ROSA, *op. cit.* p. 4375, si bien al explicar las razones de su adhesión interpreta esos términos como una pura “previsibilidad objetiva”, que, a nuestro juicio, está mejor formulada de la forma que se propone en este trabajo.

⁸⁶ En la medida en que, como ya vimos *supra*, la cláusula de previsibilidad deja en manos del fabricante una opción, aunque limitada, ya que la alegará sólo si con ello la ley aplicable le resulte más beneficiosa y no en caso contrario, es necesario darle al menos un contenido objetivo.

⁸⁷ Partidario de la residencia habitual como regla, al menos en el caso inglés, y sea como residencia habitual común, como opción del demandante entre la suya y la del demandado, o como las dos actuando acumulativamente P. KAYE: *Private International Law of Tort and Product Liability . Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*, Dartmouth Publishing Company, Ltd., 1991, pp. 99 y ss.

⁸⁸ Tampoco se adopta el modelo del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos respecto del que el Preámbulo de la Propuesta alude a su innecesaria complejidad y señala la voluntad de la Comisión de proporcionar soluciones más simples para estos casos. Si bien es cierto que la técnica del “grouping of contacts” garantiza más que otras la posibilidad de llegar a una ley efectivamente vinculada con el asunto en estos supuestos, tiene en su aplicación en el Convenio, el inconveniente de una complejidad excesiva que puede incluso resultar “disuasoria” para su aplicación (Ciertos autores ponen en duda la utilidad, desde el punto de vista práctico, de la solución adoptada por el Convenio. A. SARAVALLE: *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1991, pp. 185-187). Por eso se intenta en este trabajo proporcionar una alternativa

Primero.- En primer lugar se va aplicar la ley que las partes acuerden expresa o tácitamente y sólo en el supuesto de inexistencia de acuerdo en ese punto, se aplica la norma de conflicto específicamente prevista en materia de productos. La conveniencia de admitir la autonomía de la voluntad en este ámbito, aparte de por las razones generales ya enunciadas en páginas anteriores, en el que gran parte de las reclamaciones que se plantean se resuelven por transacción, es evidente, ya que las partes van a escoger, incluso tácitamente, aquella legislación que consideren que se adecua mejor a los intereses de ambos y, en consecuencia, a las leyes más neutrales en la materia, lo cual es deseable en un ámbito en el que no hay razones sustanciales para primar *ex ante* los intereses de ninguna de ellas.

Segundo.- Subsidiariamente será de aplicación la ley del país de comercialización del producto si éste coincide con el de la residencia habitual de la víctima directa del daño. Es esta una solución que si bien no es literalmente igual a la que propone la Comisión, sí conduce al mismo resultado y tiene la ventaja de que, además de presentar conexiones evidentemente relevantes con los supuestos posibles, es una ley objetivamente previsible para ambas partes.

Tercera.- En el caso de que tampoco se verifique la conexión anterior el modelo que aquí se propone prevé la aplicación de la ley del país de comercialización si coincide con el de adquisición del producto. El país de adquisición del producto es aquél en el que confluyen las actuaciones que ponen en contacto, directa o indirectamente, al causante del daño y a la víctima del mismo. Desde esa perspectiva sería un punto de conexión más relevante que el de la residencia habitual y que debería figurar con preferencia sobre ésta⁸⁹. No obstante, hay casos en los que la determinación del lugar de adquisición es difícil. Piénsese por ejemplo en los supuestos de fallecimiento de la víctima en los que reclaman sus herederos que no saben donde se adquirió el producto, o en los casos en que la víctima directa del daño es un tercero que no tiene por qué saber donde fue adquirido el producto. Es cierto que esos supuestos pueden resolverse acudiéndolo a los vínculos más estrechos, pero colocar en primer lugar una conexión que obliga a acudir con frecuencia a la cláusula de excepción no parece la técnica más adecuada. Frente a ello la residencia habitual de la víctima directa del daño es más fácil de determinar. Es además más accesible para la víctima y del todo previsible –como lugar de comercialización del producto o productos del mismo tipo-, para el fabricante, por lo que, en definitiva, consideramos preferible que esta sea la primera conexión objetiva.

Cuarta.- Si tampoco se verifica la conexión anterior se acude a la cláusula general, siendo además de aplicación la cláusula de los vínculos más estrechos, para

más simple y que, al mismo tiempo, trate de ser respetuosa con las soluciones propuestas por la Comisión.

⁸⁹ Por lugar de adquisición entendemos el lugar en que el producto ha sido materialmente adquirido, con independencia del lugar en el que se ha adquirido el derecho sobre el producto. En este sentido W. REESE: *Rapport Explicatif, Actes et Documents de la 12 ème session*, T.III. *Responsabilité du fait des produits*, p. 262.

cuya determinación es especialmente relevante la existencia de una relación jurídica que ligue a las partes y su residencia habitual, si la tienen en un mismo país. La cláusula de conexión comunitaria, por otra parte, sí que cobra especial importancia en el ámbito de la responsabilidad por productos, en el que, como se ha señalado, la regulación material se encuentra armonizada en los Estados miembros a través de la Directiva 85/374/CEE. Por último será de aplicación la cláusula subsidiaria, según la cual si de conformidad con las reglas precedentes no resulta posible designar la ley de ningún país, se aplicará la del que presente vínculos más estrechos con la situación considerada en su conjunto, atendiendo a las circunstancias del caso y a las personas implicadas en el mismo.

38. Cuanto hasta ahora hemos sostenido no pretende más que resultar coherente. Ni de lejos se nos ocurre que el producto de nuestra imaginación, más o menos desinformada, pueda deparar un resultado “mejor” que el que definitivamente elaboren Parlamento y Consejo, tras tantos años de detenida consideración, en la que además han colaborado – cierto que en muy distinto grado- varios de los más esclarecidos juristas especializados tanto en Derecho (material) de daños, como en Derecho Internacional privado. Ya afirmábamos al inicio que, si acaso, nuestro esfuerzo pudiera tener alguna utilidad *por contraste*: aquí se presenta un modelo –que sí creemos coherente-, a partir de ciertos fundamentos –desde luego dudosos-; y algunos buenos amigos, es de suponer que por serlo, no lo desapruaban del todo. Todo lo demás, nos importa menos.

Anexo

Propuesta articulada alternativa de reglas uniformes sobre ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño

Capítulo I Ámbito de aplicación

Artículo 1.- Ámbito de aplicación material

1. El presente Reglamento determina la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño en materias de Derecho privado con independencia de la naturaleza de la jurisdicción que conozca del asunto.

2. No se aplicará en materia fiscal y aduanera. Tampoco regirá la ley aplicable a las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra una Administración pública cuando ésta actúe en el ejercicio de funciones soberanas.

3. Las obligaciones derivadas de daños producidos en el ámbito de una relación jurídica que ligue a las partes se regirán por la ley aplicable a esa relación.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación espacial

1. La ley designada por el presente Reglamento se aplicará con independencia de que se trate o no de la Ley de un Estado miembro.

2. A los fines del presente Reglamento (el Reino Unido, la República de Irlanda y) Dinamarca no se considerará Estado miembro.

Capítulo II Normas uniformes

Artículo 3.- Norma general

1. La Ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño es la del lugar en la que éste se produce o amenaza producirse, con independencia del lugar donde se desarrolle la conducta generadora del daño y del país o países donde se manifiesten consecuencias indirectas.

2. No obstante, si el lugar de manifestación del resultado no fuera objetivamente previsible, se aplicará la Ley del lugar donde se lleva a cabo, o amenaza a ser llevada a cabo, la conducta generadora de la obligación.

Artículo 4.- Derecho de la competencia

Las obligaciones derivadas de daño concurrencial se rigen por la Ley del país a cuyo mercado afecte o amenace afectar sustancialmente la conducta concurrencial dañosa.

Artículo 5.- Daño a derechos de propiedad intelectual e industrial

1. *La Ley aplicable a las obligaciones que resulten de daños a los derechos de propiedad intelectual e industrial es la del país para el que se demanda la protección del derecho.*

2. *Si el derecho para el que se demanda la protección es de ámbito comunitario, se aplicará su normativa específica. Los aspectos no regulados en ésta se regirán por la Ley designada conforme al art. 4.*

Artículo 4/6.- Daño a derechos de la personalidad

La Ley aplicable a las obligaciones que resulten de daños a los derechos de la personalidad será la del país de residencia habitual del titular del derecho o derechos lesionados.

Artículo 5/7.- Daño medioambiental

En el caso de obligaciones que deriven de daños causados al medio ambiente, quien sostenga la pretensión preservatoria o resarcitoria podrá optar, en el momento de presentación de la demanda, bien por la Ley designada de conformidad con el art. 3, bien por la del lugar donde tenga lugar o amenace tener lugar la conducta generadora de la obligación.

Artículo 6/8.- Daño causado por productos

1. La Ley aplicable a las obligaciones que resulten de daños causados por productos es la del país de comercialización del producto o productos del mismo tipo del mismo fabricante que coincida:

- A) Con el de residencia habitual de la persona directamente dañada; en su defecto,
- B) Con el de adquisición.

2. No dándose las circunstancias anteriores se aplicará la Ley designada conforme al art. 3.

Artículo 7/9.- Cláusula de excepción

1. Excepcionalmente, si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la Ley de éste. En la consideración de estos vínculos se prestará particular atención a la existencia de una relación jurídica que ligue a las partes y a su residencia habitual, si la tienen en un mismo país.

2. Si la Ley aplicable conforme a las disposiciones anteriores resulta ser la de un Estado no miembro y la obligación, derivada de daños en un sector materialmente armonizado o uniformizado por normas contenidas en actos de las instituciones europeas, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la Comunidad, será de aplicación la Ley de cualquier Estado miembro con el que la obligación presente una vinculación efectiva.

Artículo 8/10.- Cláusula subsidiaria

Si de conformidad con los artículos precedentes no resulta posible designar la Ley de ningún país, se aplicará la del que presente vínculos más estrechos con la

situación considerada en su conjunto, atendidas las circunstancias del caso y las personas implicadas en el mismo.

Artículo 9/11.- Libertad de elección

1. No obstante, dentro de su poder de disposición, la Ley elegida por las partes se aplicará con preferencia a cualquier otra. La forma y límites de esa elección se regirá por los arts. 3, 5, 6, 8, 9 y 11 del (Reglamento-Convenio) sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), o preceptos equivalentes del instrumento de Derecho Internacional o comunitario que en el futuro lo sustituya, incluso para las materias incluidas en el ámbito de aplicación material de este Reglamento y que aquél excluya del mismo.

2. La elección por las partes del ordenamiento de un país no comunitario, no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas del ordenamiento europeo cuando, en el momento en que se origina la obligación, la totalidad de los vínculos objetivos de la situación se dan con países comunitarios.
