



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MÓDULO II

TEMA 6

EL REGLAMENTO 864/2007, DE 11 DE JULIO, RELATIVO A LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES (ROMA II)

AUTOR

Mónica HERRANZ BALLESTEROS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
de la UNED

**CURSO VIRTUAL
UN ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ESPACIO
JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA CIVIL
Y MERCANTIL
2009-2010**



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne

LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES: EL *REGLAMENTO (CE) N° 864/2007 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO DE 11 DE JULIO DE 2007 (ROMA II)*¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N° 864/2007: (A) TEMPORAL, (B) ESPACIAL, (C) MATERIAL; 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: SU IRRUPCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS; 4. FUNCIONAMIENTO DE LA REGLA GENERAL; 5. REGLAS ESPECIALES; 6. RESPONSABILIDAD CIVIL NO DELICUAL; 7. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO DESIGNADO; 8. OTRAS DISPOSICIONES: PROBLEMAS DE APLICACIÓN. RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS COMUNITARIOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

1. INTRODUCCIÓN

La unificación de normas de conflicto por el *Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento y del Consejo de 11 de julio de 2007* (en adelante Roma II) supone un importante avance en el entramado del Derecho internacional privado europeo. La determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales fue una materia que trató de incluirse en el propio *Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980* sin embargo, como es sabido, tales iniciativas no prosperaron.

Los antecedentes u orígenes del actual texto se encuentran en la Propuesta de la Comisión de 22 de julio de 2003², sobre la que el Parlamento presenta numerosas enmiendas rechazadas por la Comisión. El 28 de noviembre de 2006 se produce una *Posición Común (CE) N° 22/2006 aprobada por el Consejo el 25 de septiembre de 2006 con vistas a la adopción del Reglamento CE n°.../2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de... relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (<<Roma II>>)*³ y finalmente el texto Roma II se publica el 31 de julio de 2007⁴.

Este instrumento comunitario supone la unificación a nivel conflictual del derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales mientras que la diversidad, donde la haya, a nivel material de los distintos ordenamientos jurídicos en tal materia se mantiene.

Hay que advertir de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1 del texto que sólo resulta aplicable a aquellas situaciones que impliquen un conflicto de leyes lo que supone su funcionamiento únicamente cuando varios sistemas jurídicos se vean implicados.

Sin duda la noción de internacionalidad plantea los interrogantes que ya suscitara el *Convenio de Roma de 1980* que recogía la misma norma en su artículo 1.1.⁵, y ahora se reitera en el *Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) N° 864/2007: (A) TEMPORAL, (B) ESPACIAL, (C) MATERIAL

¹ Por Mónica Herranz Ballesteros Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la UNED.

² COM 2003 427 final

³ DO C289E/68 de 28 de noviembre de 2006.

⁴ DO L 199/40.

⁵ Sobre tales dificultades con motivo de la referencia a la internacionalidad del contrato puede verse *Derecho internacional privado* Vol. II, UNED COLEX, 4ª edición diciembre de 2004, pp. 304-305.

(A) ÁMBITO TEMPORAL

De conformidad con lo previsto en su artículo 32 el Reglamento entró en vigor el 11 de enero de 2009. La fecha que habrá de tenerse en cuenta, para determinar si el supuesto está o no comprendido en el ámbito de aplicación temporal de Roma II conforme a lo dispuesto en el artículo 31, será la del momento en el que ocurre el hecho generador del daño, fecha que puede ser anterior o simultánea al momento de manifestación del mismo en función de los casos.

Hay que advertir que lo previsto en el artículo 29, por el que los Estados comunicarán a la Comisión la lista de Convenios a los que se refiere el artículo 28.1 así como su denuncia, entra en vigor el 11 de julio de 2008⁶.

(B) ÁMBITO ESPACIAL

El carácter universal del texto establecido en su artículo 3 supone que el derecho material aplicable en el marco de un proceso sobre las obligaciones extracontractuales, contenidas en el ámbito material de Roma II, será incluso la ley de un Estado al que no le resulta aplicable el texto. El articulado de Roma II será siempre aplicable, con independencia de donde se haya producido el daño, cuando un Tribunal de un Estado Miembro (en adelante EM) sea competente⁷.

Conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 1 se entiende por EM todos los EM menos Dinamarca que, haciendo uso del *opting out* previsto en el artículo 69 del Tratado de Ámsterdam y el Protocolo sobre la posición de este Estado anejo al Tratado de la UE de 1997, no le resulta aplicable el citado texto comunitario⁸.

En consecuencia, la unificación conflictual no se produce de forma total en el espacio comunitario dado que las normas de conflicto danesas continuarán siendo aplicables cuando ante los Tribunales del citado Estado se planté un litigio sobre la mencionada materia.

En referencia al ámbito espacial de aplicación lo cierto es que aunque se planteó una importante polémica, ahora ya superada, sobre la competencia comunitaria a la hora de elaborar un texto con alcance universal dicha universalidad ha sido, como explica el profesor GARCIMARTÍN, preferida por razones de diversa índole: por la dificultad de distinguir en el ámbito de la ley aplicable supuestos *intra* o *extra* comunitarios así como por el sistema doble que se produciría al mantener dos textos de distinta aplicación en función de que se produzca un supuesto *intra* o *extra* comunitario⁹.

(C) ÁMBITO MATERIAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 1 las previsiones de Roma II se aplicarán a las materias civiles y mercantiles. Son numerosas las sentencias del TJ que han venido a definir la materia civil y mercantil en el marco del *Reglamento (CE)*

⁶ Este precepto, como se analizará el apartado 8, se refiere a aquellos convenios ya ratificados por EM y por terceros Estados.

⁷ Exceptuando el caso de que nos encontremos ante conflictos internos para los que Roma II no resulta obligatorio.

⁸ No ocurre así el Reino Unido e Irlanda para quienes el Roma II sí resulta aplicable.

⁹ *Vid.*, GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., “La unificación del derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (<<Roma II>>)”, *La Ley* núm., 6798 jueves 11 de octubre de 2007

Nº 44/2000 (en adelante Reglamento Bruselas I) y que, sin duda, han de servir como referencia para la delimitación de ambos conceptos en el marco del nuevo instrumento comunitario. A su vez, según se refleja en el Considerando 8, lo relevante no será la naturaleza del órgano jurisdiccional competente sino la materia objeto del litigio.

Como se sostiene en el marco del artículo 1.1, y en relación al Considerando 9, las previsiones del Reglamento no se aplican a los casos en los que el Estado incurra en responsabilidad por accidentes u omisiones cuando se trate de *actos iure imperii*; en sentido contrario las disposiciones reglamentarias sí resultarán de aplicación para las reclamaciones de un particular contra un Estado cuando se trate de *actos iure gestionis*.

Al igual que sucede con la definición civil y mercantil la interpretación sobre lo que se entiende por *obligación extracontractual* en el marco del Reglamento Bruselas I sirve de referente para Roma II. Conforme a la jurisprudencia del TJ la definición de la materia extracontractual incluye todas las demandas destinadas a exigir responsabilidades al demandado y que no se encuentran en relación a la materia contractual¹⁰. Lo cierto es que la interpretación de la materia extracontractual ha tenido siempre un carácter residual frente a la contractual¹¹.

El ámbito de aplicación de Roma II se extiende también a las denominadas acciones preventivas, esto es, se incluyen los daños que puedan producirse.

Es en el artículo 1.2 donde se enumera una larga lista de materias excluidas. Este listado ha sido muy criticado por parte de la doctrina quien ha resaltado como lo realmente importante no es que Roma II no extienda su ámbito material de aplicación a tales materias sino que lo relevante sería determinar que la ley aplicable a las mismas será el ordenamiento que rige tal relación¹². Las materias excluidas son las siguientes:

- a) las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tiene efectos comparables, incluidas la obligación de alimentos; b) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio y de testamentos y sucesiones; c) las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable; d) las obligaciones derivadas del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras

¹⁰ Asunto C-189/1987, Kalfelis de 27 de septiembre de 1988; asunto C-26/1991, Hadte de 17 de junio de 1992; asunto C-51/1997 Réunion de 27 de octubre de 1998.

¹¹ Aunque el *modus operandi* del TJCE no ha sido siempre el mismo. Al respecto pueden verse el asunto Tacconi C-334/00; y el asunto Henkel C-167/00. Un comentario sobre los mismo en REQUEJO ISIDRO, M., “Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 1968: método de delimitación y determinación del Tribunal competente”, La Ley núm., 5709 viernes 31 de marzo de 2003. En la doctrina española sobre la definición de obligaciones extracontractuales referida al texto comunitario puede verse AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDILOLA, E., “XI Tesis sobre el Estatuto delictual”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, en reei.org

¹² HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *Rebels* 2003, pp. 1-56, en espec., pp. 5-6. *Ibid*, AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDILOLA, E.,

personas jurídicas, de la responsabilidad personal de los socios y de los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas y de la responsabilidad personal de los auditores frente a una sociedad o sus socios en el control de los documentos contables; e) las obligaciones que se deriven de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de forma voluntaria; f) las obligaciones que se deriven de un daño nuclear

Por último, pero sin duda la que creemos es la exclusión más importante, se suprime del ámbito de aplicación de Roma II los daños a la intimidad o a los derechos de la personalidad, incluida la difamación. Su exclusión mermará considerablemente la aplicación práctica del texto comunitario. Lo cierto es que se trata de una materia que si bien sí estaba incorporada en la Propuesta de la Comisión, el Parlamento en sus enmiendas al texto lo suprime del ámbito de aplicación material debido, según mantiene la doctrina, a una campaña de lobby. Finalmente en la *Posición Común (CE) Nº 22/2006 aprobada por el Consejo el 25 de septiembre de 2006 con vistas a la adopción del Reglamento CE nº.../2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de... relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (<<Roma II>>)* se descarta del ámbito material de aplicación. Sin duda los daños internacionales más frecuentes, y más aún en el desarrollo actual de la sociedad de la información en la que vivimos, serán los daños a los derechos de la personalidad¹³.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: SU IRRUPCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS

La elección por las partes del ordenamiento jurídico que regula la responsabilidad extracontractual se contiene en el artículo 14 de Roma II como conexión principal en el marco del instrumento comunitario. Las conexiones que determinan los ordenamientos jurídicos aplicables por su orden de funcionamiento son las siguientes: (1) la autonomía de la voluntad de las partes; (2) la residencia habitual común de las partes; (3) el criterio de los vínculos más estrechos siempre que los haya; (4) *la lex loci delicti*.

Los distintos aspectos que se analizan en torno al régimen jurídico de la cláusula de elección son: (A) *ámbito*, (B) el *momento de elección*, (C) los *límites a dicha elección*, y (D) el *modo* mediante el que las partes expresarán dicha elección.

(A) En lo relativo al ámbito de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable se extiende a los daños extracontractuales, la *culpa in contrahendo* y a los cuasi contratos. Además, hay que advertir, como ya hemos analizado en lo relativo a la aplicación universal de Roma II, que las partes podrán optar por un ordenamiento de un EM o un ordenamiento de un país extracomunitario.

Esta última posibilidad, elección de un ordenamiento de un Estado no Miembro, se encuentra en relación con el artículo 14.3 que trata de salvaguardar la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario cuando todos los elementos de la relación se encuentran localizados en uno o varios EM. De igual forma el 14.2 determina la imposibilidad de derogar por acuerdo de las partes la aplicación de las normas imperativas del Estado donde se encuentran localizados todos los elementos pertinentes de la relación aunque éstas hayan elegido el ordenamiento jurídico de otro Estado¹⁴.

¹³ En particular en relación a esta materia véase la Cláusula de revisión del artículo 30 de Roma II. Sobre tales daños particular en la Red *vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Cívitas, 3 edición, 2002, pp. 529-578.

¹⁴ Sobre este aspecto se pueden plantear las mismas dudas que ya se suscitaron en el *Convenio de Roma de 1980* en la medida que se cuestiona si la relación puede no volverse internacional por la autonomía de las

(B) El momento de elección, en el texto Roma II se admite la elección bien *ex antes* o *ex post* al hecho generador del daño, a diferencia que lo que ocurría en la Propuesta de la Comisión en la que no se admitía la elección del derecho aplicable por la autonomía de la voluntad de las partes *ex antes*. Para la elección *ex ante*, se han incorporado dos condiciones que han de cumplirse de forma cumulativa para que sea posible la elección del ordenamiento por la autonomía de la voluntad: que *ambas partes desarrollen una actividad comercial* y que *la cláusula sea negociada libremente*.

(C) La elección del derecho aplicable por las partes encuentra límites que podrían calificarse de dos tipos: en cuanto a las (a) *materias* en las que lo previsto en el artículo 14 no opera y en cuanto al (b) *contenido* del derecho elegido por las partes.

(a) En relación a las materias las partes no podrán pactar el derecho aplicable ni en caso de infracción de los derechos de la propiedad intelectual o industrial ni al derecho de la libre competencia. En consecuencia los ordenamientos que resulten aplicables según lo dispuesto, para la primera en el artículo 8 y para la segunda en el artículo 6, serán obligatorios. El argumento defendido para no admitir la autonomía de la voluntad en ambas materias reside en la defensa de los intereses públicos presentes en su regulación material que aconsejan sustraer las mismas a la autonomía de la voluntad de la partes¹⁵.

(b) En referencia al contenido del derecho elegido por las partes. El artículo 14 determina como dicho ordenamiento no puede perjudicar a terceros¹⁶.

Lo que en ningún caso supone un límite en la cláusula de elección de ley es que las partes tengan que pactar la aplicación de un derecho con el que tengan vinculación es más, éste ordenamiento puede ser completamente extraño a las mismas.

(D) El modo o la forma mediante la que las partes expresan la elección del derecho aplicable puede ser de manera *expresa* o *derivarse de los elementos del caso*. Si bien en la primera de las opciones, de manera expresa, no parece haber dificultades de interpretación, en la segunda se abre la elección de ley de forma implícita teniendo el juez que interpretar en base a circunstancias de distinta índole a que ordenamiento jurídico se somete la responsabilidad extracontractual.

Lo cierto es que aunque se haya conseguido, y recibido con buenas críticas, la incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho de daños su aplicabilidad queda muy reducida, por un lado dada su prohibición en determinadas materias y por otro la dificultad de que en la práctica tenga efectividad.

4. FUNCIONAMIENTO DE LA REGLA GENERAL

partes al elegir un ordenamiento extranjero cuando todos los elementos de la relación están situados en un mismo Estado. Sobre este aspecto la doctrina muestra gran escepticismo.

¹⁵ Muy críticos con este argumento se han mostrado AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., p. 15.

¹⁶ El profesor F.J., GARCIMARTÍN pone un ejemplo en relación a las aseguradoras. En efecto, el artículo 18 de Roma II recoge la posibilidad de acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable cuando lo contemple la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al seguro; de forma que en combinación con el 14.1 supone que éste no les permite elegir un ordenamiento que fuera más favorable, o que en definitiva permitiera dicha acción directa, “La unificación del derecho conflictual en Europa:...” , *op. cit.*,

La regla general se encuentra contenida en el artículo 4 de Roma II, precepto que recoge en su primer apartado la *lex loci delicti commissi*; en el segundo apartado del referido precepto se incorpora el criterio de la residencia habitual común de las partes; para finalizar, en el 4.3. con la conexión de los vínculos más estrechos. Aunque en la redacción del texto se parte como regla general de la *lex loci delicti commissi* de la lectura completa del artículo se deduce un resultado distinto. En efecto, la primera de las conexiones enunciadas se aplicará en realidad en último lugar, tras la no coincidencia de la residencia habitual común de las partes y de que no exista un ordenamiento jurídico con el que el hecho dañoso mantenga los vínculos más estrechos. A continuación de forma breve se analizan cada una de las conexiones de la regla general por su orden de aplicación:

(A) La ley de la residencia habitual común de las partes: su origen se encuentra en la famosa regla *Jackson*¹⁷. En el marco del artículo 4 de Roma II este criterio interviene como una excepción a la *lex loci* funcionando con prevalencia absoluta sobre la misma. El lugar de residencia habitual que hay que tener en cuenta es aquel de quien se alega la responsabilidad (que puede ser distinto de quien lo causó) y de quien sufre el daño.

Entre las ventajas que se atribuyen a esta regla se apuntan las siguientes: la elección del ordenamiento de la residencia habitual común de las partes es más predecible para las mismas, a la vez que será más conocido y puede, si se litiga ante los Tribunales más próximos, producirse una correlación *forum-ius*. Ahora bien, es cierto que puede darse una situación complicada cuando existan más sujetos y no todos tengan la residencia habitual común en el mismo Estado, de forma que serán aplicables distintos ordenamientos jurídicos con posibles resultados materiales diferentes¹⁸.

Roma II concreta en el artículo 23 el lugar de la residencia habitual de las personas jurídicas situándolo en el lugar de su administración central. Cuando exista una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento se considera que el lugar de su residencia habitual será donde esté situado¹⁹. En el mismo artículo se hace una referencia al lugar de residencia de las personas físicas únicamente cuando éstas son profesionales, de forma que se entenderá que se encuentra situada en el establecimiento principal donde ejerce la actividad profesional.

(B) El criterio de los vínculos más estrechos: la cláusula abierta de los vínculos más estrechos irrumpe, como el criterio de la autonomía de la voluntad, en el marco de Roma II en su artículo 4 apartado 3. El criterio de los vínculos más estrechos ha de ser aplicado de forma excepcional si se tiene en cuenta la redacción del precepto en el que se incluye el adverbio *manifiestamente* más estrechos. De igual manera, hay que observar que esta cláusula no resulta aplicable a los supuestos regulados por las reglas específicas, a no ser que de una forma concreta aparezca recogida en el

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva York en el caso *Babcok v. Jackson* en la que decide abandonar el criterio *lex loci delicti* dada la desvinculación de todas las partes con el lugar del accidente y aplica el criterio de la residencia habitual común.

¹⁸ AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., “XI Tesis sobre el estatuto...”, p. 10.

¹⁹ Véase la diferencia que existe con la regulación que se hace en el Reglamento Bruselas I en materia de competencia judicial internacional conforme al cual se permite demandar bien ante el domicilio de la sociedad matriz o bien, de conformidad con el artículo 5, ante los Tribunales del lugar donde la sucursal, agencia o cualquier establecimiento se encuentren situadas. La diferencia no es baladí en la medida que la opción de Roma II permitirá que las sociedades abran lugares de producción cuyos ordenamientos jurídicos tengan niveles de protección más bajos que donde se encuentra la administración central lugar donde en realidad se adoptan las decisiones, siendo el ordenamiento jurídico del primer Estado el que resulte aplicable.

precepto que está siendo de aplicación (*ad. ex.* artículo 5, artículo 10, artículo 11 y artículo 12).

En el propio precepto se señala como la existencia de un vínculo manifiestamente más estrecho podría deducirse de una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté vinculado con el hecho dañoso. Por tanto, el órgano judicial puede interpretar que el ordenamiento jurídico que regula la relación contractual tiene un vínculo manifiestamente estrecho con el hecho dañoso y extender la aplicación de tal ordenamiento a la responsabilidad extracontractual derivada del daño.

(C) *Locus damni*: el apartado 1 del artículo 4 consagra la aplicación de la ley del lugar del daño. Aunque situada en primer lugar su aplicación tiene un carácter subsidiario respecto de conexiones como el de la autonomía de la voluntad, la ley de la residencia habitual común, o la posible aplicación del ordenamiento con el que la situación mantiene los vínculos más estrechos cuando los haya. A su vez, hay que observar que la conexión *locus damni* tendrá también una aplicación subsidiaria frente a las reglas especiales que se fijan en Roma II.

Con la elección de la ley del lugar del daño se descarta la aplicación del ordenamiento jurídico donde ocurre el hecho que dio lugar al daño así como aquellos ordenamientos de los Estados donde se producen daños indirectos²⁰.

En cuanto a lo primero, como se observa, Roma II excluye la posible ubicuidad (aplicación bien de la ley donde ocurrió el evento dañoso o del lugar del daño), diferenciándose de la jurisprudencia el TJ que interpreta el 5.3. del Reglamento Bruselas I; en efecto, con esta solución en el caso de daños a distancia en Roma II se opta por la aplicación del ordenamiento del lugar del daño. Situación distinta es cuando la acción causa daños directos en más de un Estado, en este supuesto sí serán aplicables cada una de las leyes materiales de los Estados donde se produjeron los daños directos. En relación a lo segundo, daños indirectos, sí sirve la jurisprudencia del TJ en la medida que éste ha determinado: "*El concepto de "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso", que figura en el número 3 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que no se refiere al lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante*"²¹.

5. REGLAS ESPECIALES

Las reglas especiales se han previsto para aquellos casos en los que el criterio *locus damni* se entiende que no es el adecuado para resolver ciertas categorías de ilícitos tendiéndose a la especialización por materias. Las mencionadas categorías son: (A) responsabilidad del fabricante por los productos, (B) competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, (C) daños al medioambiente, (D) infracción de los derechos de la propiedad industrial e intelectual y (E) la acción de conflicto colectivo.

(A) Responsabilidad del fabricante por los productos: la solución especial recogida en el artículo 5 no desplaza en su totalidad a lo previsto en la norma general del artículo 4. En efecto, es la regla general, *locus damni*, la que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 no resultará aplicable; sin embargo, según lo previsto en el mencionado precepto se permite la aplicación de la ley de la residencial habitual común de las partes contenida en el 4.2. Este último ordenamiento jurídico dejará de ser aplicable

²⁰ Véanse los Considerandos 15, 16 y 17.

²¹ As. Antonio Marinari contra Lloyds Bank Plc y Zubaidi Trading Company C-364/93.

cuando: (a) la comercialización del producto se produce en el Estado de la residencia habitual del perjudicado, en cuyo caso se aplica la ley de éste último; (b) la adquisición del producto se produce en el Estado en el que se comercializa, en cuyo caso se aplica el ordenamiento de éste último; (c) cuando el lugar de producción del daño se corresponde con el lugar de comercialización, en cuyo caso se aplica la ley de éste último país.

Lo cierto es que se mantiene una destacable neutralidad de la norma de conflicto destinada a regular la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos y ello debido al objetivo perseguido, esto es, el equilibrio entre los intereses de la partes. Se pretende que el ordenamiento jurídico aplicable sea próximo al perjudicado pero también que el responsable del daño pueda prever su sometimiento a la mencionada ley. Esto último encuentra su sede en la cláusula de comercialización contenida en el precepto, de forma que si el responsable del producto no pudo prever razonablemente que el producto sería comercializado en el país cuyo ordenamiento resulta aplicable conforme a las letras a), b) y c) la ley que resulta aplicable es la de la residencia habitual del responsable.

Por último Roma II prevé en el artículo 5.2 una cláusula de excepción específica para esta categoría de ilícitos que extiende la posible aplicación del ordenamiento con el que el hecho dañoso tenga vínculos más estrechos. Hay que apuntar como para la concreción de la ley más estrechamente vinculada se propone una presunción basada en la existencia de una relación jurídica previa; de forma que, el ordenamiento jurídico que regule ésta, normalmente se tratará de una relación contractual, se extenderá a la responsabilidad que se derive por los daños causados por productos defectuosos²².

En relación a esta categoría de ilícitos no puede olvidarse el *Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes por los productos*, hecho en la Haya el 2 de octubre de 1973 y la incidencia que el mismo tiene en la aplicación del Reglamento como se analizará en el apartado 8 del tema.

(B) Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia: supuestos recogidos el artículo 6 en sus distintos apartados. Como ha observado la doctrina en realidad lo previsto en el mencionado artículo no recoge una nueva norma sino que concreta la regla general del artículo 4. Así, en esta materia se concreta el *locus delicti* en el mercado afectado²³, descartando el artículo 6 el juego de la conexión residencia habitual común de las partes, el criterio de los vínculos más estrechos y como ya vimos la conexión de la autonomía de la voluntad. Son dos los casos que se distinguen en el artículo 6: competencia desleal y actos restrictivos de la libre competencia²⁴.

Para el primero de los supuestos se contemplan dos casos distintos en función de que el acto afecte a los intereses colectivos de los consumidores, esto es, al mercado en

²² Esta circunstancia se producirá de forma habitual, *vid.*, TORRALBA MENDIOLA, E., “El Proyecto de Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm., 13, p. 63.

²³ Este tipo de normas ha sido muy criticado por sectores doctrinales que han apoyado su desaparición, AMORES CONRADI, M., TORRALBA MENDIOLA, E., “XI Tesis sobre el estatuto...”, pp. 19-21.

²⁴ Sobre este aspecto la Comisión elaboró un *Libro verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias en defensa de la libre competencia*, Bruselas 19 de diciembre de 2005 COM (2005) 672 final. Y el Parlamento Europeo una *Resolución de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. Finalmente la Comisión ha elaborado un *Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

general o que únicamente se vea afectado un consumidor. Así mientras que para el primero resulta aplicable la ley del Estado en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses de los consumidores resulten afectados, para el segundo caso resulta aplicable el artículo 4.

En relación a los actos que impidan la libre competencia se aplicará la ley del Estado donde el mercado resulte afectado. En el supuesto en el que el mercado pueda ser afectado en más de un país quien reclama la indemnización, si presentara la demanda ante los Tribunales del domicilio del demandado, puede elegir por la aplicación del ordenamiento del foro produciéndose una unión entre *forum-ius*; esto es posible si tal mercado es también de los afectados de forma directa por el acto que restringe la competencia. Cuando hay varios demandados y el actor quiere presentar la demanda ante el domicilio de uno de ellos podrá aplicarse este ordenamiento si tal mercado es también el de los afectados de forma directa por el acto que restringe la competencia

(C) Daños al medio ambiente: es el artículo 7 de Roma I donde se contiene la norma referida a tales daños²⁵. El precepto recoge la aplicación, en principio, del ordenamiento del Estado donde se padece el daño, sin embargo si la víctima lo quiere podrá aplicarse la ley del Estado de origen. Ésta opción evita situaciones en las que se pretende inaplicar legislaciones cuyos controles sean más estrictos y que resulten, en consecuencia, aplicables ordenamientos jurídicos más flexibles²⁶; en efecto, la norma está inspirada en un claro *favor laesi* defendido de forma contundente en el Considerando 25 del texto.

Los supuestos a los que se extiende el citado precepto no son sólo a los daños medioambientales de carácter público sino también daños privados es decir, aquellos que se causen a personas o bienes²⁷. Hay que observar también que la operatividad de la autonomía de la voluntad no se descarta en esta materia por lo que el ordenamiento aplicable puede ser modificado aunque parece una opción poco probable.

(D) Propiedad intelectual e industrial: recogida la solución en el artículo 8 del texto determina la aplicación de la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección, solución inspirada en un claro principio territorialista. El funcionamiento del artículo 8 en relación a los demás preceptos es como sigue: la regla general del artículo 4 no resulta aplicable y tampoco el ordenamiento llamado a regular la responsabilidad extracontractual por los daños a la propiedad industrial o intelectual puede desplazarse por la autonomía de la voluntad, opción esta última muy criticada por la doctrina.

La elección de la *lex loci protectionis* presenta ventajas indudables aunque también han sido denunciadas las desventajas de una regla tan rígida para solventar determinados problemas actuales. En relación a éstas últimas entendemos adecuado referirnos especialmente, dado el incremento importante en el empleo de Internet en el momento actual, a las infracciones de derechos de autor plurilocalizados cada vez más frecuentes en la sociedad de la información. Sin duda la multiplicidad de leyes

²⁵ La definición de daños al medio ambiente se encuentra en el Considerando 24 del texto por el que se entiende *el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad de los recursos vivos*. En la Propuesta de Reglamento Roma II para la definición del concepto de daño al medioambiente el texto se remitía a la Directiva 2004/35/CE de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación a la prevención y reparación de daños medioambientales, DO L143/56 de 30 de abril de 2004.

²⁶ Un análisis sobre la misma puede verse en, CRESPO HERNÁNDEZ, A., “Daños al medio ambiente y regla de la ubicuidad en el art. 8 del futuro Reglamento Roma II”, InDret, julio 2006, en www.indret.com

²⁷ La regla de la ubicuidad para este último supuesto ha sido muy criticada.

que están llamadas a aplicarse, tantas como Estados en los que se ha producido la infracción, dificulta mucho la actuación de todo tipo de operadores jurídicos²⁸.

El artículo 13 determina la aplicación del ordenamiento llamado a resolver el asunto según la solución del artículo 8 y no aquel que resulte de aplicar las normas previstas en el Capítulo III²⁹ (enriquecimiento sin causa, culpa *in contrahendo* y la gestión de negocios).

Por último, en el apartado 2 del artículo 8 se distinguen aquellos supuestos en los que la obligación extracontractual se deriva de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario. En este caso la ley aplicable ya no es como en el anterior la *lex loci protectionis* sino la *lex loci delicti commissi* (la ley del Estado donde se ha producido la infracción). Ahora bien, este ordenamiento regulará aquellas cuestiones que no se encuentren ya ordenadas por los distintos instrumentos comunitarios³⁰.

(E) Acciones colectivas: la definición de lo que en el artículo 9 de Roma II se ha de considerar como acción colectiva se encuentra en el Considerando 27 refiriéndose en particular a la huelga o el cierre patronal. El artículo 9 determina como aplicable a los daños extracontractuales producidos por las acciones colectivas la ley del Estado donde la acción se emprende o vaya a emprenderse. Esta norma se entiende no como especial sino como una concreción del artículo 4; de forma que si se producen daños extracontractuales a empresarios situados en el extranjero por dichas acciones el ordenamiento jurídico aplicable no será el del lugar donde éste se encuentra sino la ley del Estado donde la acción se emprende o vaya a emprenderse³¹.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL NO DELICUAL

El Capítulo III conformado por los artículos 10, 11 y 12 se dedica a las obligaciones civiles no delictuales en particular al (A) enriquecimiento injusto; (B) gestión de negocios y (C) culpa *in contrahendo*.

(A) Enriquecimiento injusto: el artículo 10 de Roma II recoge una norma de conflicto cuyas conexiones funcionan de manera subsidiaria. Así en primer lugar si la obligación extracontractual ha surgido en el marco de una relación preexistente entre las partes, por ejemplo un contrato, el mismo ordenamiento que regula dicha relación se aplicará a los daños extracontractuales originados por el enriquecimiento sin causa. Si la ley aplicable no pudiera determinarse conforme a la conexión del apartado 1, el 10.2 determina que el ordenamiento aplicable será la de la residencia habitual común de las

²⁸ Sobre este aspecto en particular y las distintas propuestas doctrinales *vid.*, LÓPEZ-TARRUELLA, A., “Ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la propuesta de Reglamento Roma II”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm., 235, 2005, pp. 38-41.

²⁹ Así por ejemplo como expone F.J. GARCIMARTÍN las reclamaciones por enriquecimiento injusto derivado de una violación de derechos de propiedad industrial o intelectual quedan sujetas al artículo 8 y no al 10, *vid.*, “La unificación del derecho conflictual en Europa...”

³⁰ Entre los que se encuentran: Reglamento 40/1994 sobre marca comunitaria, DO L11 de 14 de enero de 1994; Reglamento 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios DO L3, de 5 de enero de 2002; Reglamento 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales DO L 227 de 1 de septiembre de 1994 modificado por el Reglamento 873/2004 del Consejo DO L162 de 30 de abril de 2004; Reglamento 2081/92 del Consejo, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios DO L 208 de 24 de julio de 1992.

³¹ Véase la diferencia que existe en esta materia cuando de lo que se trata es de resolver la competencia judicial internacional de conformidad con el *Reglamento Bruselas I*, permitiendo la regla de la ubicuidad esto es se entiende que el lugar donde se ha producido el hecho dañoso puede ser el lugar en que se haya producido el daño o en el lugar del hecho causal. Esto en derecho aplicable podría conllevar aplicar un derecho diferente al del lugar donde se lleva a cabo la acción colectiva, circunstancia que el artículo 9 trata de evitar.

partes, cuando la hubiera. En tercer lugar si el ordenamiento aplicable no puede determinarse ni de conformidad al apartado 1 ni al apartado 2 se aplicará la ley del Estado del lugar donde se produjo el enriquecimiento injusto. Por último, el apartado 4 recoge una cláusula de escape que permite aplicar otro ordenamiento jurídico distinto de los anteriores si existe una ley con la que la relación mantiene vínculos más estrechos.

(B) Gestión de negocios: nos remitimos a lo dicho para el artículo 10, ya que el artículo 11 recoge de forma exacta los puntos de conexión empleados para el enriquecimiento injusto así como el funcionamiento de los mismos.

C) Culpa *in contrahendo*: para la definición de culpa *in contrahendo* el Considerando 30 de Roma II se refiere de forma expresa a un concepto autónomo que no tiene que estar incluido en las legislaciones nacionales. El mencionado Considerando se refiere expresamente a la violación del deber de información y a la ruptura de tratos contractuales incluyendo sólo las obligaciones extracontractuales con vínculos directos con los tratos previos a la celebración de un contrato. El ordenamiento aplicable a la responsabilidad extracontractual por culpa *in contrahendo* será el regiría el contrato de haberse concluido éste. Si no fuera posible determinar la ley aplicable operan entonces las conexiones previstas para la responsabilidad extracontractual de cualquier otro daño, es decir, la ley de la residencia habitual común de las partes si la hay, la ley donde se produjo el daño y por último se recoge la cláusula abierta de los vínculos más estrechos cuando los haya.

7. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO DESIGNADO

En este apartado haremos referencia a un elenco de preceptos (artículos 15 al 22) que regulan aspectos distintos.

(A) Ámbito de la ley que resulte aplicable: determina el ámbito de aplicación del ordenamiento que resulte aplicable de conformidad con las conexiones previstas en Roma II.

Entre otras son: a) funcionamiento y alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que pueden considerarse responsables por sus propios actos; b) causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; c) existencia, naturaleza y evaluación del daño o la indemnización solicitada; d) dentro de los límites atribuidos al Tribunal por sus leyes procesales, las medidas que se pueden tomar para prevenir o poner fin a un daño o para asegurar la provisión de una compensación; e) la transmisibilidad incluida por herencia, el derecho a reclamar o pedir indemnización; f) las personas que tiene derecho a la reparación del daño; g) la responsabilidad por actos de terceros; h) modos de extinción así como la prescripción la caducidad incluidos el inicio e interrupción de plazos.

(B) Leyes de policía: la aplicación de normas internacionalmente imperativas del foro se produce con independencia de que sea otro ordenamiento el que regule la responsabilidad. Por norma internacionalmente imperativa se entiende el conjunto normativo de un país esencial para su organización política, social o económica.

(C) Normas de seguridad y de comportamiento: se trata de un conjunto de normas vigentes en el lugar y en el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad, las cuales se habrán de tener en cuenta para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega.

Conforme a la redacción del precepto el juez tomará en cuenta tales normas en la medida que sea procedente, por tanto, las únicas que en realidad ha de aplicar serán aquellas a las que remita la norma de conflicto que resulte aplicable. En definitiva se trata de no dejar ninguna duda en torno a que el ordenamiento clave es el designado para regular la responsabilidad extracontractual de conformidad con Roma II.

(D) Acción directa contra el asegurador responsable: el artículo 18 permite que el perjudicado pueda ejercitar la acción directa siempre que lo disponga a la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al seguro. El funcionamiento de las conexiones es alternativo permitiendo que sea la víctima quien elija.

Hay que recordar sobre este aspecto que si las partes han hecho uso de la autonomía de la voluntad y han elegido el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual este no puede perjudicar a terceros, según lo previsto en el artículo 14; así el causante del daño y la víctima no pueden perjudicar a la aseguradora en lo que a la acción directa se refiere, si tal acción no está prevista ni en el ordenamiento del lugar del daño ni en la ley aplicable al contrato³².

(E) Subrogación: se contempla el supuesto en el que un tercero (por ejemplo se puede pensar en una compañía aseguradora) ha satisfecho o está obligado a satisfacer un pago al acreedor en virtud de una responsabilidad extracontractual. La ley aplicable a la obligación de pago del tercero determinará en qué medida éste (el tercero) puede o no emplear los derechos de la víctima (el acreedor) frente al deudor.

(F) Responsabilidad múltiple: en caso de existir varios deudores, y de que el acreedor se haya dirigido contra uno solo quien además ha satisfecho la deuda, el precepto prevé que será la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual la que regulará el derecho del deudor a dirigirse contra los demás. En efecto, este ordenamiento puede ser distinto para unos deudores y para otros.

(G) Validez formal: este precepto prevé la validez formal de un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual si se realiza bien conforme a la ley del lugar donde se ha celebrado el acto o bien de conformidad con la ley que rige la obligación extracontractual.

(H) La prueba: conforme al artículo 22 si la ley que regula la obligación extracontractual establece presunciones legales o reparte la carga de la prueba en materia de obligaciones extracontractuales, este ordenamiento será el aplicable a dichos aspectos. En cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba de los actos jurídicos quedan sujetos bien a la ley del foro bien a los ordenamientos por los que se regula la validez formal de dicho acto (por la ley que regula la obligación extracontractual o la ley del lugar de celebración del acto).

8. OTRAS DISPOSICIONES: PROBLEMAS DE APLICACIÓN. RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS COMUNITARIOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

En relación a los problemas de aplicación Roma II se refiere en particular a los siguientes:

³² F.J., GARCIMARTÍN, “La unificación del derecho conflictual en Europa:...”, *op. cit.*, En sentido contrario, esto es, la imposibilidad de alegar tal limitación dado que la acción directa constituye una obligación para la aseguradora y no un derecho para la víctima, *vid.*, SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, *In Dret*, núm., 269, febrero, 2005. p. 25.

(A) El artículo 24 excluye el reenvío dado que descarta la aplicación de las normas de conflicto del ordenamiento al que remite Roma II.

(B) Para los sistemas no unificados el artículo 25 recoge dos situaciones: (a) la remisión a sistemas complejos, adoptando como solución la remisión directa; (b) en relación a la aplicación del Reglamento a los conflictos internos cuando existan unidades territoriales en un mismo Estado con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales la aplicación del Reglamento no será obligatoria, por tanto queda a discreción del Estado la posible extensión de la norma comunitaria para tales casos.

(C) Orden público: como ya sucede en otros instrumentos en el artículo 26 de Roma II se contiene una cláusula de orden público que descarta la aplicación del ordenamiento extranjero cuando éste sea *manifiestamente* contrario al orden público del foro.

En el Considerando 32 de Roma II se pone como ejemplo para la aplicación del orden público que el ordenamiento extranjero asigne daños o e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva.

En torno a la relación de Roma II con otras disposiciones de Derecho comunitario y con otros convenios internacionales se tratan, a continuación, los dos supuestos de forma separada:

(A) En relación al primer supuesto, la aplicación de Roma II con otras disposiciones de Derecho comunitario, el artículo 27 determina la superioridad del derecho derivado que exista en las materias particulares frente a lo previsto en Roma II.

(B) La relación de Roma II con otros convenios internacionales se divide en dos situaciones:

(a) La primera viene referida a las relaciones entre EM y Estados no Miembros cuando ya exista un convenio en la materia en el momento de la adopción del Reglamento. Para este supuesto las normas del Reglamento no afectan a la aplicación del convenio que exista. Así, a modo de ejemplo, textos como el *Convenio sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera*, hecho en La Haya en 1971 o el *Convenio sobre ley aplicable a productos defectuosos*, hecho en La Haya en 1973, que han sido ratificados por un gran número de EM seguirán aplicándose en relación a estas materias entre un EM y no miembro y en las relaciones entre EM. Sobre este aspecto hay que tener en cuenta el artículo 29 en el que se establece la comunicación a la Comisión tanto de la lista de convenios del artículo 28.1 como su posible denuncia.

(b) La segunda se refiere a las relaciones entre EM, en la que Roma II tiene preferencia sobre aquellos convenios celebrados únicamente entre tales EM.

Hay que apreciar que tanto el supuesto a) como el b) se refieren a los convenios que ya estuvieran en vigor en el momento de ser aplicable Roma II. Sin embargo, en relación a los futuros convenios la materia se ha comunitarizado lo que provoca que los Estados no puedan celebrar convenios con otros Estados sobre tales materias. Con objeto de suavizar las consecuencias de dicha situación el Considerando 37 se refiere a la adopción de un procedimiento mediante el que los EM estarán autorizados, en casos particulares y excepcionales, a negociar y celebrar en nombre propio

acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, con disposiciones sobre legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales³³

³³ Sobre este aspecto hay que consultar *Reglamento (CE) N° 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales*, DO L200 de 31 de julio de 2009.