



Universitat de Lleida

Los accidentes de esquí en Derecho internacional privado

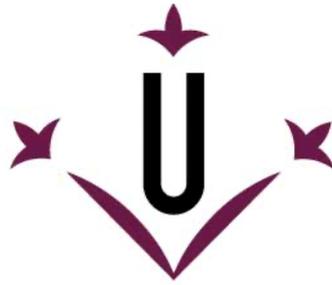
Irene Oromí Segarra

<http://hdl.handle.net/10803/691310>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Lleida

TESIS DOCTORAL

Los accidentes de esquí en Derecho internacional privado

Irene Oromí Segarra

Memoria presentada para optar al grado de Doctor por la Universidad de Lleida
Programa de Doctorado en Derecho y Administración de Empresas

Director

Dr. Josep Maria Fontanellas Morell

Tutor

Dr. Antoni Vaquer Aloy

2024

A J. M. Fontanellas, por sus consejos, apoyo y compromiso

“The timorous may stay at home”

[Los miedosos pueden quedarse en casa]

Murphy v. Steeplechase Amusement Co., 250 N.Y. 479, 483, 166 N.E. 173
[1929]

Mi personal doble *black diamond*

[febrero 2024]

ÍNDICE:

Resumen.....	12
Abreviaturas y siglas utilizadas.....	15

INTRODUCCIÓN EXPLICATIVA

I. Líneas preliminares: delimitación del objeto de estudio.....	17
II. Breve evolución del Derecho de daños. Conceptos: responsabilidad civil contractual extracontractual.....	17
III. Situaciones [in]equivocas.....	23
IV. Los accidentes de esquí como situaciones internacionales privadas de responsabilidad extracontractual.....	26

Los accidentes de esquí en Derecho internacional privado

I. La relevancia del elemento extranjero.....	33
II. La calificación en Derecho internacional privado.....	34
III. La calificación en el contexto europeo actual..... ¿Qué sucede con la calificación en el ámbito de los daños?.....	38
IV. El contenido de este trabajo	54

CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO MATERIAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL.**Sección 1ª) La responsabilidad civil: concepto, presupuestos, criterios de imputación, acciones y prescripción**

I. La responsabilidad por daños: conceptualización.....	56
II. Presupuestos de la responsabilidad civil en el sistema español: la acción u omisión, la antijuricidad, el daño y el nexo causal	
a) Acción u omisión. Antijuricidad.....	58
b) Responsabilidad por hecho ajeno.....	59
c) La diligencia exigible.....	62
d) El daño.....	64
e) El nexo causal.....	71
f) Teorías sobre la causalidad.....	72
g) Caso fortuito o fuerza mayor.....	77
h) La intervención de un tercero.....	79
i) Conducta de la víctima.....	80
III. Criterios de imputación de la responsabilidad civil extracontractual.....	82
IV. Responsabilidad subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual: la culpa y el dolo	83
a) Antijuricidad.....	86
b) Legítima defensa.....	86
c) Estado de necesidad.....	87

d)	El consentimiento del perjudicado.....	88
V.	Responsabilidad objetiva de la responsabilidad civil extracontractual: el riesgo.....	89
VI.	El seguro de responsabilidad civil extracontractual	95
VII.	Acciones ante los tribunales	97
	a) Acción de reclamación de la responsabilidad	98
	b) Acción directa	99
	c) Acción declarativa negativa de la responsabilidad o de exoneración y acción de cesación o negatoria.....	101
VIII.	La prescripción de las acciones de responsabilidad civil	102
	a) Comienzo del plazo de prescripción.....	104
	b) Interrupción del plazo de prescripción.....	105
	c) Suspensión del plazo de prescripción.....	106

Sección 2ª) La responsabilidad civil derivada de los accidentes de esquí en España

I.	El esquí como actividad deportiva.....	107
II.	El esquí como actividad deportiva de riesgo	112
III.	En el espacio europeo: cinco regímenes de responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes de esquí	114
IV.	Criterios de la jurisprudencia española	119
V.	Clasificación de los accidentes de esquí. Los accidentes de esquí como materia extracontractual o cuasidelictual.....	121
	a) Colisión entre esquiadores	124
	b) Impacto del esquiador contra objetos de la pista	127
	c) Caída en solitario del esquiador	132
VI.	Las reglas de la Federación Internacional del Esquí (FIS) como normas de conducta y de seguridad al esquiar: «decálogo del esquiador»	134
	a) Contenido de la reglas FIS	135
	b) Naturaleza de las reglas FIS	140
VII.	El seguro de responsabilidad civil en el esquí	142
VIII.	Las acciones para reclamar la reparación del daño derivado de los accidentes de esquí	144
IX.	La prescripción en el ámbito del esquí	147

CAPÍTULO II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNAICIONAL

Sección 1ª) El Derecho internacional privado y la competencia judicial internacional

I.	Concepto y caracteres	151
II.	El objeto del Derecho internacional privado	155

III.	El contenido: los sectores del Derecho internacional privado	157
IV.	El sistema de fuentes del Derecho internacional privado	
	a) Derecho privado internacional estatal o autónomo	158
	b) Derecho privado internacional convencional	160
	c) Derecho privado internacional de la Unión Europeo o institucional	161
V.	La estructura del Derecho internacional privado español. Marco general.....	165
VI.	La competencia judicial internacional: concepto	170

El Reglamento n.º 1215/2012 (RBI *bis*) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

I.	Introducción	172
	a) Ámbito de aplicación material	173
	b) Ámbito de aplicación temporal	177
	c) Ámbito de aplicación espacial o territorial	178
	d) Ámbito de aplicación personal	179
II.	Articulación de los foros de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I <i>bis</i>	182
	a) Foros exclusivos [art. 24 RBI <i>bis</i>]	183
	b) El foro de sumisión de las partes [art. 25 y 26 RBI <i>bis</i>]	184
	c) El foro general del domicilio del demandado [art. 4 RBI <i>bis</i>]	188
	d) Foros especiales por razón de la materia [foros de ataque]	190
	e) Foros especiales de conexión procesal [art. 8 RBI <i>bis</i>]	192
	f) Foros especiales tuitivos o de protección	194
III.	Análisis del foro especial en materia delictual o cuasidelictual del lugar del hecho dañoso [art. 7(2) RBI <i>bis</i>]	
	a) Materia delictual o cuasidelictual: concepto	195
	b) Acciones amparadas por el art. 7(2) RBI <i>bis</i>	197
	c) El daño y la víctima «directos»	202
	d) Coperpetración del hecho dañoso	205
	e) «El lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso».....	206
	f) Ilícitos a distancia	206
	i. Daños ambientales	208
	ii. Derechos de la personalidad	209
	iii. Derechos de la propiedad intelectual o industrial	214
	iv. Derechos de autor	215
	v. Productos defectuosos	217
	vi. Competencia desleal	218
IV.	Litispendencia y materias conexas en el RBI <i>bis</i>	223

Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007 (CLII)
.....**228**

II.	Ámbito material	229
III.	Ámbito personal	229

Normas de competencia judicial internacional sobre obligaciones extracontractuales en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)231

- I. El foro general del domicilio del demandado232
- II. El foro especial por razón de la materia233
- III. La litispendencia y la conexidad [CLII, LOPJ]235

Sección 2ª) La competencia judicial internacional en los accidentes de esquí236

Las fuentes del Derecho internacional privado237

El Reglamento 1215/2012:

- I. Ámbitos temporal, territorial y personal238
- II. Ámbito material. El accidente de esquí como materia cuasidelictual239
 - a) El daño en el accidente de esquí241
 - b) El perjudicado en el accidente de esquí242
- III. Daños durante el esquí no clasificados como accidentes de esquí: accidentes causados por material defectuoso (ilícitos a distancia)242
- IV. Daños clasificados como accidentes de esquí propios244
 - a) Colisión o choque de esquiadores244
 - b) Impactos y caídas245
- V. Acciones en materia de responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de esquí246
 - a) Acción de reclamación de daños y perjuicios contra el causante del accidente247
 - b) Acción directa contra la aseguradora250
 - c) Acción declarativa negativa contra el perjudicado del accidente254
- VI. Foros competenciales en materia de accidentes de esquí (Reglamento 1215/2012)
 - a) Los foros de la autonomía de la voluntad:258
 - i) Sumisión expresa [art. 25 RBI bis]260
 - ii) Sumisión tácita [art. 26 RBI bis]262
 - b) El foro general del domicilio del demandado [art. 4 RBI bis].....264
 - c) El foro especial del lugar del daños [art. 7.2 RBI bis]265
 - d) Interrelación entre el foro general del domicilio del demandado y el foro especial del lugar del daño [art. 4 y art. 7.2 RBI bis]
 - i) El lugar de producción del daño267
 - ii) Accidente de esquí que tienen lugar en territorio de un Estado miembro.....268
 - iii) Accidente de esquí que tiene lugar fuera del territorio de un Estado miembro270
 - iv) Lugares del daño *¿Cabén los ilícitos a distancia o los disociados en materia de daños por accidentes de esquí?*.....273

	• Accidentes en pistas de esquí y lugares transfronterizos	273
	• Accidentes en lugares transfronterizos indeterminados	274
e)	El foro procesal en caso de copetración del daño [art. 8.1 RBI <i>bis</i>]	275
VII.	La litispendencia y las materias conexas	
	La litispendencia	277
	La conexidad	279

CAPITULO III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA LEY APLICABLE

Sección 1.ª) El Derecho internacional privado y las obligaciones extracontractuales

I.	Los sectores del Derecho internacional privado	281
II.	Aspectos generales de las normas de conflicto y obligaciones extracontractuales	
	a) Concepto y estructura de la norma de conflicto	281
	b) La pluralidad y la especialización de las normas de conflicto y las obligaciones extracontractuales	288
	c) Normas de Derecho internacional privado vigentes en España para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales	289

El Reglamento 864/2007 (RRII) relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

I.	Características básicas: objetivo y ámbitos de aplicación	
	a) Objetivo del «RRII»	291
	b) Ámbito de aplicación temporal. Entrada en vigor	292
	c) Ámbito de aplicación personal. Carácter universal	293
	d) Ámbito de aplicación material	294
	e) La remisión material	297
	f) Ámbito de aplicación espacial o territorial.....	298
II.	Reglas generales para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el RRII. Puntos de conexión	
	a) La autonomía de la voluntad [art. 14 RRII]	301
	b) Regla de la residencia habitual común [art. 4.2 RRII].....	305
	c) Regla general del lugar de producción del daño [art. 4.1 RRII]	310
	i) Ley aplicable a los ilícitos a distancia	310
	ii) Ley aplicable a los ilícitos plurilocalizados o ilícitos mosaico	313
	iii) El daño directo [daño conflictual]	313
	iv) Los daños diferidos o manifestados	316
	v) Daños verificados a bordo de buque o de aeronave	317
	vi) Daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal	317
	d) La cláusula de escape o de excepción [art. 4.3 RRII]	318

III.	Ley aplicable a ilícitos específicos	325
	a) Daños causados por productos defectuosos [art. 5 RRII]	325
	b) Daños derivados de actos de competencia desleal y que restrinjan la libre competencia [art. 6 RRII]	327
	c) Daños al medioambiente [art. 7 RRII]	331
	d) Daños derivados de infracciones a la propiedad intelectual e industrial [art. 8 RRII]	332
	e) Acción de conflicto colectivo [art. 9 RRII].....	337
IV.	Ley aplicable a la responsabilidad civil por hecho lícitos. Los cuasicontratos y la responsabilidad precontractual	338
	a) En el caso de un enriquecimiento injusto [art. 10 RRII]	340
	b) En el caso de responsabilidad derivada de una gestión de negocios ajenos sin mandato [art. 11 RRII]	343
	c) En el caso de responsabilidad por culpa <i>in contrahendo</i> [art. 12 RRII]	344
V.	Reglas complementarias [arts. 15 a 22 RRII]	
	a) Ámbito de la ley aplicable [art. 15 RRII].....	346
	b) Leyes de policía [art. 16 RRII]. Normas materiales imperativas	348
	c) Normas de seguridad y de comportamiento [art. 17 RRII]	351
	d) La acción directa contra la aseguradora del responsable del daño [art. 18 RRII].....	355
	e) La subrogación [art. 19 RRII] y la responsabilidad múltiple [art. 20 RRII]	358
	f) La validez formal de los actos unilaterales relativos a una obligación extracontractual y carga de la prueba [art. 21 RRII]	360
VI.	Tratamiento procesal del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto: principio de alegación y prueba por las partes	361
VII.	Problemas de aplicación [art. 23 a 26 RRII]	
	a) El reenvío [art. 24 RRII]	368
	b) El orden público del foro [art. 26 RRII]	369
	c) Remisión a sistemas no unificados o a Estados plurilegislativos [art. 25 RRII]	373
	• Remisión directa [ART. 25.1 RRII]	377
	• Conflictos de leyes internos [art. 25.2 RRII]	380
	El Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos (CLH73)	384
I.	Ámbito material de aplicación	385
II.	Criterios de conexión	386
III.	Cláusula de previsibilidad	387
IV.	Remisión a un Estado plurilegislativo	388

Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (CLH71)388

I.	Ámbito de aplicación	390
II.	Carácter universal del Convenio, el orden público y las normas de seguridad.....	391
III.	Criterios de determinación de la ley aplicable	392
IV.	La acción directa	394
V.	Remisión a un Estado plurilegislativo	395

Artículo 10(9) Código civil

I.	Aplicabilidad y alcance del art. 10(9) CC.....	396
II.	La solución: <i>lex loci delicti commissi</i>	397
III.	Ámbito de la ley aplicable	397

Sección 2.ª) Los accidentes de esquí con repercusión transfronteriza y el derecho aplicable

I.	El accidente de esquí como fuente de obligación extracontractual.....	399
II.	Determinación de la ley aplicable: la normativa conflictuar	401
III.	Ámbito de aplicación: temporal, espacial, personal y material	402
IV.	Puntos de conexión del Reglamento 864/2007 para determinar la ley aplicable en materia de daños derivados de un accidente de esquí	404
	a) Libertad de elección de las partes [art. 14 RRII].....	404
	b) El lugar de residencia común [art. 4.2 RRII]	406
	c) El lugar de producción del daño [art. 4.1 RRII]	410
	i) Concepción del daño a los efectos del art. 4.1 RRII	411
	ii) Casos de discutible aplicación del art. 4.1 RRII	413
	• ¿Disociación del daños en caso de accidente de esquí?	413
	• Accidentes transfronterizos: casos de accidentes «continuados» de esquí	414
	• Accidentes en lugares indeterminados	415
	• Accidente medioambiental ¿los aludes provocados por un esquiador son daños medioambientales?	415
	• Accidente de esquí a causa de la mala fabricación del producto	416
	d) Cláusula de escape como excepción a los anteriores puntos de conexión [art. 4.3 RRII]	419
V.	Reglas complementarias [arts. 15, 16 y 17 RRII]	
	a) Ámbito de la ley aplicable	420
	La prescripción: ¿ley de policía o de orden público?	421
	b) Las normas de seguridad y de comportamiento [art. 17 RRII]	426
	c) La posibilidad del ejercicio de la acción directa [art. 18 RRII]	432

VI.	Problemas de aplicación en Estados plurilegislativos	
	a) La determinación de la ley aplicable a los accidentes de esquí cuando interviene un sistema no unificado [art. 25.1 RRII]	435
	b) La dimensión interna del problema [art. 25.2 RRII]	438

CONCLUSIONES441

I.	Responsabilidad civil extracontractual	
II.	El accidente de esquí como una situación de daños extracontractuales	
III.	La «heterogeneidad» del Derecho internacional privado y la calificación en el contexto europeo	
IV.	Las fuentes del Derecho internacional privado	
V.	Competencia judicial internacional	
VI.	Articulación de los foros del Reglamento Bruselas I <i>bis</i>	
VII.	Foro especial alternativo [art. 7.2 RBl <i>bis</i>): materia delictual o cuasidelictual	
VIII.	Foro especial alternativo [art. 7.2 RBl <i>bis</i>): ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya o pueda producirse el hecho dañoso. Daño y víctima directos	
IX.	Foro especial alternativo [art. 7.2 RBl <i>bis</i>): el lugar del daño en los accidentes transfronterizos	
X.	El «lugar del daño» en el caso de que el accidente traiga causa de defectos en el material [ilícito a distancia]	
XI.	El ejercicio de la acción directa en ocasión de un accidente de esquí internacional y el <i>forum actoris</i>	
XII.	El Convenio de Lugano II y la LOPJ	
XIII.	Ley aplicable. El Reglamento 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [«Roma II»]	
XIV.	Los accidentes internacionales de esquí y el «RRII»	
XV.	La ley aplicable a los accidentes internacionales de esquí	
XVI.	Soluciones del Reglamento «Roma II» en ocasión de los accidentes internacionales de esquí: autonomía de la voluntad y residencia habitual común	
XVII.	Soluciones del Reglamento «Roma II» en ocasión de los accidentes internacionales de esquí: el lugar del daño y la cláusula de escape	
XVIII.	El accidente de esquí no es un daño medioambiental a los efectos del art. 7 RRII	
XIX.	La reglas de la Federación Internacional del Esquí «FIS» y el Reglamento «Roma II»	
XX.	La ley aplicable a un accidente de esquí a causa de la mala fabricación del material utilizado	
XXI.	La remisión a un Estado plurilegislativo [art. 25.1 RRII]	
XXII.	Los plazos de prescripción y los accidentes internacionales de esquí	

AGRADECIMIENTOS 459

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA UTILIZADA460

RESOLUCIONES JUDICIALES CONSULTADAS481

El esquí es un deporte de riesgo en el que en caso de accidente (choque, impacto o caída) el resultado puede ser dañoso. Este daño será, por lo general, de naturaleza extracontractual. Este trabajo aborda los accidentes de esquí en su dimensión internacional, esto es, cuando ocurre el accidente en un país extranjero y/o hay personas con diferentes domicilios o residencias en los que concurren diferentes ordenamientos jurídicos y en los que hay que determinar qué país tiene competencia judicial (CJI) para conocer del asunto y que ordenamiento jurídico regirá la controversia (ley aplicable). Concretar el lugar del daño es esencial porque *a priori* parece indiscutible que éste es el lugar en el que se produce el accidente, pero ¿qué sucede en casos de accidentes de esquí transfronterizos? Y, ¿en los que se desconoce el lugar exacto en el que se ha producido la colisión o la caída? y, ¿en los casos de accidentes causados por la mala fabricación del material? Y, ¿cuál es el daño que atribuye CJI? Y, con respecto a la víctima, ¿quién es la víctima directa del daño? ¿qué sucede si son varias víctimas? y, si son varias personas responsables del accidente y una de ellas no tiene domicilio en un Estado miembro, ¿cómo se resuelve? ¿es relevante que la víctima y la persona responsable del accidente tengan residencia común en el mismo Estado? ¿qué sucede si este Estado es plurilegislativo? Conforme a la dinámica del accidente de esquí ¿qué son las normas de comportamiento y de seguridad? ¿cómo se tienen en cuenta? ¿Las reglas de la Federación Internacional del Esquí son normas de conducta a tales efectos? ¿Son obligatorias?, y, las normas específicas de la estación de esquí, en su caso, ¿qué naturaleza y obligatoriedad tienen? ¿es obligatorio suscribir un seguro de responsabilidad civil a terceros para esquiar? Dando respuesta a estos y otros interrogantes, la finalidad de esta tesis ha sido la de realizar una investigación innovadora y completa que arroje luz en el ámbito del derecho de daños derivados de los accidentes de esquí internacionales que, hasta el momento, no ha recibido por parte de los operadores jurídicos la atención que, sin duda, merece.

Palabras clave: accidente de esquí, competencia judicial internacional, ley aplicable, Reglamento Bruselas I *bis*, «Roma II», lugar del daño, reglas FIS, daño conflictual, daño material, residencia habitual común, cláusula de escape.

Skiing is a risky sport and in the event of an accident (collision, impact or fall) it is a harmful result. This damage will usually be non-contractual damage. This paper deals with international jurisdiction and the law applicable to disputes arising from ski accident with foreigner elements in which different legal systems concur and it is necessary to determine which state has judicial jurisdiction and which legal system will govern the dispute. It is essential to specify the place of damage; it seems indisputable that is the place where the accident occurs, but what happens in cases of cross-border skiing accidents? And those which the exact place of the collision or

fall is unknown? And, in cases of accidents caused by the poor manufacture of the material? And what type of damage attributes judicial jurisdiction? Regarding the victim, who is the direct victim of the harm? What happens if there are several victims? And if they are several people who caused the accident and one of them is not domiciled in a member state, how is it resolved? Is it relevant that the victim and the responsible have common residence? What if that state of residence has more than one legal system? According of the dynamics of the ski accident, what are the rules of behavior and safety? How are they considered? The rules of the Federation International Skiing are rules of conduct for this purpose? Are they mandatory? and, the specific rules of ski resort, if any, what nature and obligation do they have? Is it mandatory to take out third-party liability insurance for skiing? In response of these and other questions, the purpose of this work has been to carry out an innovate and complete research that sheds some light on the field of the law of damages derived from international ski accident that, so far, have not received the attention that deserves from legal operators.

Keywords: ski accident, jurisdiction international, applicable law, Brussels I bis Regulation, «Rome II», place of damage, FIS rules, conflictual damage, material damage, common habitual residence, escape clause.

L'esquí és un esport de risc i en cas d'accident el resultat pot ser un dany. Aquest dany serà, en general, un dany de naturalesa extracontractual. Aquest treball tracta els accidents d'esquí en la seva dimensió internacional, és a dir, accidents que han succeït a l'estranger i/o s'hi han vist involucrats esquiadors amb domicilis o residències de diferents estats on concorren diferents ordenaments jurídics i que per tant, s'ha de determinar, primer, quin país té competència judicial i, segon, quin ordenament jurídic ha de regir la controvèrsia. Concretar el lloc del dany és essencial; sembla indiscutible que aquest lloc és on es produeix l'accident, però, què succeeix en casos d'accidents transfronterers? I en aquells accidents en els quals es desconeix el lloc exacte on s'ha produït la col·lisió o la caiguda? I, en els casos en què l'accident s'ha produït a causa de la mala fabricació del material d'esquí? Quin tipus de dany atribueix competència judicial internacional? En relació a la víctima, qui és la víctima directa del dany?, què succeeix si son varies víctimes? I, si son varies les persones responsables de l'accident i una d'elles no té domicili en un Estat membre, com es resol? És rellevant que la víctima i la persona responsable de l'accident resideixin habitualment al mateix Estat? Què passa en cas que sigui un Estat plurilegislatiu? Respecte de la dinàmica de l'accident d'esquí, què són les normes de comportament i de seguretat? Com es tenen en compte? Les regles de la Federació Internacional d'Esquí son normes de conducta a aquests efectes? Son obligatòries? I les normes específiques de l'estació d'esquí, si escau, quina naturalesa i obligatorietat tenen? Es obligatori

comptar amb una assegurança de responsabilitat civil per danys a tercers si es practica l'esquí? Aquesta tesi dona resposta a aquests i altres interrogants amb la finalitat de realitzar una investigació innovadora i completa que esclareixi l'àmbit del dret de danys derivats dels accidents d'esquí internacionals perquè fins ara no ha rebut l'atenció que es mereix per part dels operadors jurídics.

Paraules clau: accident d'esquí, competència judicial internacional, llei aplicable, Reglament Brussel·les I *bis*, «Roma II», lloc del dany, regles FIS, dany conflictual, dany material, residència habitual comú, clàusula d'escapament.

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS :

AEDIPr	Anuario Español de Derecho internacional privado
AEEE	Asociación del Espacio Económico Europeo
AELC/EFTA	Asociación Europea del Libre Comercio/ European Free Trade Association
art. arts.	Artículo Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo español
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [Código civil de Alemania]
BGH	Tribunal Federal de Justicia [de Alemania]
C. A.	Comunidad autónoma
CC. AA.	Comunidades autónomas
CC	Código civil [español]
CCCat.	Código civil de Cataluña
cdo.	considerando
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
<i>cf.</i>	del latín <i>conferre</i> que significa comparar, consultar
<i>cit. infra</i>	citada más abajo
<i>cit. supra</i>	citado arriba
CJI	Competencia judicial internacional
CTI	Competencia territorial interna
CLH71	Convenio de La Haya de 1971
CLH73	Convenio de la Haya de 1973
EAPIL	European Association of Private International Law
ed.	Editorial
EEMM	Estados miembros
<i>et. al.</i>	et allí «y otros», se utiliza cuando son más de dos autores
<i>i. e.</i>	<i>id est</i> [esto es]
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> [igual]
<i>infra</i>	Abajo
ISS	International Space Station
LAPL	Ley aplicable
LG	Tribunal del Distrito [de Alemania]
<i>loc. cit.</i>	en el lugar citada
LOREM	Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor
LRCSVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor
NdC	Norma de conflicto
OLG	Tribunal Superior de Justicia [de Alemania]
<i>op. cit.</i>	en la obra citada
p. ej.	por ejemplo
p. pp.	página/páginas
<i>per se</i>	por sí
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>

RBI <i>bis</i>	Reglamento Bruselas I <i>bis</i>
RCT	Responsabilidad Civil a Terceros
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RDIPP	Revista de Derecho internacional privado procesal
REDI	Revista Electrónica de Derecho internacional
RRI	Reglamento «Roma I»
RRII	Reglamento «Roma II»
SAP B	Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [España]
SAP CS	Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres [España]
SAP G	Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada [España]
SAP HU	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca [España]
SAP L	Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida [España]
SAP M	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [España]
SAP N	Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra [España]
SAP O	Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo [España]
SAP PO	Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra [España]
SAP SG	Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia [España]
SAP T	Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona [España]
SAP V	Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia [España]
SAP Z	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza [España]
SAPBI	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao [España]
SOV	Seguro obligatorio de viajeros
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional [España]
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia [Unión Europea]
STS	Sentencia del Tribunal Supremo [España]
STSJ CAT	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [España]
<i>supra</i>	arriba
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional [de España]
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia [de la Unión Europea]
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios
TRLRCYSVM	Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor
TS	Tribunal Supremo [de España]
UE	Unión Europea
<i>v. gr.</i>	verbigracia
<i>vid.</i>	<i>vide/ver</i>
vol.	volumen
YPIL	Yearbook of International Private Law

INTRODUCCIÓN EXPLICATIVA:

I. Líneas preliminares: delimitación del objeto de estudio

1 La redacción de estas líneas preliminares obedece a la idea de introducir y clarificar el objeto concreto de esta disertación, porque si bien, *a priori*, su título [«Los accidentes de esquí en Derecho internacional privado»] no parece dejar margen a la especulación, lo cierto es que a lo largo del trabajo afloran diferentes aspectos que es necesario identificar para no tener dudas acerca de lo que trata y lo que no trata esta tesis. En concreto, el trabajo aborda la responsabilidad por los daños producidos a causa de los accidentes internacionales de esquí, comprendiendo como tales todas sus modalidades: alpino, de montaña o de travesía y también el estilo libre y el *snowboard*. El estudio presenta los accidentes de esquí como una problemática de derecho de daños extracontractuales.

2 En este momento preliminar, la voluntad es la de delimitar el objeto de este trabajo para no crear falsas expectativas ni dar la impresión de haber orillado los aspectos no abordados en profundidad. Asimismo, se justifica la elección del tema estudiado, la estructura del trabajo y cuál ha sido el método empleado para su elaboración.

II. Breve evolución del Derecho de daños. Conceptos: responsabilidad civil contractual y extracontractual

3 Tradicionalmente, el hecho de que una persona cause un daño a otra ha sido tratado de manera diferente por la llamada responsabilidad contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento de un contrato, y por la responsabilidad extracontractual, que responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás, porque se puede afirmar que las personas son responsables del bienestar recíproco en cuanto a miembros de la sociedad.

4 A diferencia de la responsabilidad penal que tiene una finalidad punitiva, la responsabilidad civil se centra en la obligación de reparar los perjuicios inferidos a la víctima como consecuencia de un comportamiento [acción u omisión] culpable o negligente en la contravención de una obligación, entonces su finalidad o función es puramente restaurativa¹. Dentro de la responsabilidad civil se distingue la

¹ Para una exposición clara sobre las diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, cf. F. Pantaleón Prieto, «Art. 1902 del Código civil», *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1971.

responsabilidad contractual y la extracontractual.

5 La responsabilidad civil extracontractual se configura como uno de los sectores del Derecho civil que más casuística, jurisprudencia y producción científica ha generado al largo de los años (sobre todo, en los últimos decenios). En los orígenes de la humanidad la idea básica ante la experimentación de un daño era el apetito de venganza; una propensión natural de la condición humana adoptada para la supervivencia de la especie. En las poblaciones más primitivas la respuesta de la persona agredida era la violencia; que era la reacción natural del individuo que sufría una lesión causada por otro. La víctima se compensaba a sí misma. La persona perjudicada se encargaba de vengarse del propio ofensor o de cualquier persona del grupo familiar de éste. Paulatinamente, el Derecho comenzó a moderar el nivel de reacción de las personas ante los daños. La época romana marcó el inicio de este cambio con lo que hoy se conoce como las XII Tablas. Se trataba de un Derecho positivo y procedimental que se concentraba en las disputas que pudieran surgir entre los ciudadanos romanos. Cuando surgía una disputa que no se solucionaba entre las propias partes, se decidía en una reunión con un magistrado. En casos de daños físicos, las partes eran alentadas a alcanzar un acuerdo monetario apropiado entre el ofensor y la víctima que funcionaba como un régimen de compensación voluntaria. Si fallaba el acuerdo, las XII Tablas autorizaban a aplicar la pena del Talión, es decir, a la venganza limitada (el ojo por ojo). En efecto, la Ley del Talión articuló cierto régimen de resarcimiento que consistía en hacer sufrir a la persona culpable el mismo mal que ella había ocasionado a la víctima. Algunas veces, se trataba de una pena equivalente o análoga; en otras, era una sanción idéntica al daño. Pero lo relevante es que el desquite de la persona ofendida debía estar en correspondencia con la forma, el tipo y la gravedad de la lesión inferida. Las XII Tablas fue la primera compilación normativa de importancia del Derecho romano. Esta regulación contemplaba algunos supuestos de daños ilícitos, pero no fue hasta un plebiscito con fecha incierta que la *lex Aquilia*² reguló de manera más completa la materia de los daños ilícitos, ordenando la reparación del daño mediante indemnización a la víctima de los bienes dañados. La obligación que generaba la Ley de Aquilia permitía reclamar el pago de una cantidad de dinero. La persona perjudicada podía solicitar la pena a

² La *lex Aquilia* del Derecho romano representó un momento paradigmático en la historia del Derecho de daños; pues, aunque no fuera el primer cuerpo legislativo que tuvo por objeto sancionar determinadas conductas que causaban un daño a un bien ajeno, porque ya las XII Tablas habían previsto algunos supuestos específicos de daños patrimoniales, sí representó una profunda transformación del régimen existente en la época. Se aprobó aproximadamente en el siglo III a. C. [en la datación de la *lex Aquilia*, parece superada la tesis según la cual el plebiscito fue aprobado en la secesión plebeya del 287-286 a. C., lo que imposibilita establecer la fecha cierta de su promulgación, así, entre otros, A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padua, CEDAM, 2005, p. 48]. La *lex Aquilia* estaba compuesta por tres capítulos y, probablemente, dos cláusulas procesales cuyo contenido ha llegado a la época actual gracias a las obras de juristas clásicos, especialmente Ulpiano y Gayo [vid. L. C. Sánchez Hernández, «La lex Aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria», *THEMIS Revista De Derecho* (73), 2018, pp. 165-193].

través de una *actio ex lege aquiliae*. No obstante, el *legis aquiliae* cargaba consigo una presunción de culpabilidad de la parte demandada.

6 Por tal razón, antes del Código de Justiniano existía un modelo de responsabilidad objetiva para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual. En la época del emperador Justiniano se encontraban vigentes las obras de los juristas, las constituciones imperiales establecidas en los códigos Gregoriano, Hermageniano y Teodosiano con sus leyes imperiales. Durante el periodo postclásico, el emperador Justiniano recopiló las constituciones imperiales y formó el código Justiniano conocido como *Corpus Iuris*. El emperador era quien tenía autoridad para decidir sobre las dudas que surgían respecto de la interpretación del código, decisiones que se recopilaron en las llamadas *Novelas* que después integraron el *Corpus Iuris*. El código Justiniano establece las bases de la responsabilidad civil para los códigos modernos adoptados en el siglo XIX. Consecuentemente, la mayoría de los códigos civilistas siguen el modelo uniforme de responsabilidad por culpa como regla general y el de responsabilidad objetiva por excepción³.

7 En el Derecho común, la *actio ex lege aquiliae* sufre paulatinamente una transformación, influida por factores como el sistema de multas vigentes en la Edad Media, consideraciones de la Teología Moral de la Segunda Escolástica y, sobre todo, ya en el siglo XVII, por el Derecho Natural racionalista, en el cual se desarrolla la idea de un derecho general a reclamar en caso de infligirse culpablemente un daño⁴. La transformación como acción de indemnización ya está decidida, pues, en el siglo XVII. Al mismo tiempo también desapareció la llamada cuenta de retorno, prevista en la ley aquiliana, es decir, la posibilidad para el lesionado de exigir el mayor precio o durante el último año o durante el espacio de treinta días. Para el cálculo del valor de la cosa dañada se toma como base el de la cosa en el momento de la lesión. La práctica del *usus modernus* poco a poco amplía el círculo de daños indemnizables. En el caso de las lesiones no solo se puede exigir indemnización por gastos de cura y lucro cesante, sino también por daño moral y resarcimiento por la desfiguración. La evolución a una acción penal general por daños patrimoniales empieza con la unificación de las diversas formas de la acción⁵.

8 En la legislación del siglo XIX en la mayoría de los países se desarrollaron los

³ Ch. Zeno Santiago, «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil» en *La Responsabilidad civil extracontractual de los empresarios. Estudio comparado entre España y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 29-42.

⁴ H. Coing, *Derecho privado europeo*, vol. I, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, traducción de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 642.

⁵ H. Coing, *op. cit.*, p. 643.

resultados de la evolución del Derecho común. Las acciones delictivas son reguladas en las codificaciones civiles como de indemnización pura. En Alemania, se impuso también la idea de que las acciones delictuales no eran acciones penales. El derecho delictual decimonónico, al igual que el Derecho común, se basa en el principio de la culpa. La práctica trabajó con presunciones de culpa y, en consecuencia, con la inversión de la prueba. Ahora bien, debido a la tecnificación progresiva, en particular en los ferrocarriles, y posteriormente, los automóviles y la gran utilización de máquinas en la industria, en la segunda mitad del siglo se vio claro que solamente con este principio no se podían solucionar los problemas de responsabilidad derivados del desarrollo económico y la explosión tecnológica que lo acompañaba⁶.

9 Así, el principio de cláusula general se impone en el *Code civil* del modo más consecuente, el art. 1240 determina que «todo acto del hombre que cause daño a otro, obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo»⁷. Esta regla, referida a actuaciones dolosas, es ampliada a las culposas por el art. 1241. Según la tradición francesa, las primeras son calificadas como «délit», y las segundas como «quasi-délit». Además, se precisan los términos utilizados y se aclaran los presupuestos de la protección jurídica delictual. A este respecto, se determina que el término «faute» únicamente puede emplearse cuando la acción es antijurídica, cuando se lesiona una prohibición legal, el derecho subjetivo de otro o también las reglas de comportamiento consideradas como vinculantes. Asimismo, se establece como presupuesto de la responsabilidad la necesidad de la relación causal entre la acción y el daño producido. El modelo francés fue seguido por muchas codificaciones, entre otras, la italiana, la española y la holandesa⁸.

10 Hoy, el Código civil español, en su art. 1089, diferencia claramente como fuente de obligaciones a los «actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», de la ley, los contratos y los cuasi contratos. Determina, además, que las obligaciones civiles que nazcan de delitos se regirán por las normas del Código penal, casos de responsabilidad civil derivada del delito (art. 1092), mientras que los actos y omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley restan sometidos a las disposiciones que regulan los cuasidelitos (art. 1093). En la responsabilidad contractual es de aplicación el art. 1101 CC y en la extracontractual el art. 1902 del mismo cuerpo legal⁹. Hay casos que en la práctica dicha distinción no es tan evidente y no resulta fácil atribuir el hecho dañoso a uno u

⁶ H. Coing, *Derecho privado europeo*, vol. II, *El siglo XIX*, traducción de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 636-637.

⁷ Sucesor del primigenio art. 1383, que estuvo vigente desde febrero de 1804 hasta octubre de 2016.

⁸ H. Coing, *op. cit.*, vol. II, pp. 638-639.

⁹ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Tomo II. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 12.ª ed., Tecnos, 2018, p. 301.

otro régimen. Y aun siendo cierto que esta dicotomía tiende actualmente a diluirse y se alude a la responsabilidad civil en general como derecho de daños, en muchas ocasiones esta denominación se usa únicamente para referirse a la responsabilidad extracontractual o *aquiliana*¹⁰. En consecuencia, considerando la diferencia de regímenes entre ambos tipos de responsabilidades será necesaria una calificación jurídica de la situación¹¹. En el plano interno, si bien el problema jurisdiccional no ha suscitado apenas debate, sí es importante la diferenciación normativa entre regímenes. Para el conocimiento de los pleitos en los que se pretende la reparación del daño contractual, el juez competente es el del lugar de cumplimiento de la obligación, y a falta de pacto, el del domicilio del demandado (o residencia en el territorio nacional, si no tuviese domicilio en España; y de no tenerla, el juez competente de la última residencia, y de no poderse determinar, será competente el juez del domicilio del demandante). En el caso de la responsabilidad extracontractual es juez competente el del domicilio del demandado¹².

11 Entre las diferencias que existen entre ambos tipos de responsabilidad

¹⁰ La responsabilidad *aquiliana* o extracontractual es aquella que nace de una relación jurídica entre dos personas, que no se encuentran previamente unidas por vínculo contractual alguno, derivada de actos u omisiones no penados por la ley, imputables a una de ellas a título de culpa o negligencia, que produce daños en los derechos personales o patrimoniales de la otra persona y que se traduce en el deber de indemnizarlos. Se dice que son tres los elementos presentes en el concepto de la responsabilidad extracontractual, dos positivos y uno negativo: 1.º) la producción de un daño, 2.º) un daño que la ley reparará, y 3.º) un daño que no constituya un incumplimiento contractual, o más concretamente, un daño que exista con independencia de cualquier relación contractual [L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, pp. 301-322].

¹¹ En esencia, las diferencias entre regímenes se refieren al plazo de prescripción, al alcance de la indemnización y a la carga de la prueba [J. Piñero Salguero, *Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 155-156].

¹² En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881 [Gaceta de Madrid, n.º 36, 5 de febrero de 1881] la jurisprudencia constante de la Sala 1.ª TS venía entendiendo que la competencia territorial para el conocimiento de las acciones de responsabilidad civil extracontractual estaba determinada por la regla del *forum comissi delicti* o del lugar de producción del daño. Con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC), se incorporó un fuero especial de competencia en el art. 52.1[9], únicamente para el supuesto de circulación de vehículos a motor, que establece que “[E]n los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños”. Lo cierto es que la LEC no establece ningún fuero especial para las acciones basadas en el art. 1902 CC, y, según el art. 50 LEC “«1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado [...]»». Para el caso de personas jurídicas [art. 51[1] LEC] se establece un doble criterio, bien pueden ser demandadas en el lugar de su domicilio, bien en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que éste sea también el lugar en el que tengan establecimiento o abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. Entonces, ¿debe entenderse por tal el lugar donde se produce el daño? La respuesta es afirmativa. La doctrina jurisprudencial parece apoyar esta interpretación pues es ajustada al principio constitucional de tutela judicial efectiva porque evita que el demandante tenga que acudir a un lugar distinto al lugar en el que se produjeron los daños [ATS, 28 junio 2017, ECLI:ES:TS:2017:6502A].

destacan los diferentes plazos de prescripción. Según el art. 1968 CC el plazo aplicable es de cinco años para la responsabilidad contractual general (10 años, en el Derecho catalán) y, de acuerdo con el 1968(2) CC, de un año para la responsabilidad extracontractual (3 años, en el Derecho catalán). La relevancia práctica de la diferencia de plazos es muy importante. Si un letrado está convencido de encontrarse ante un supuesto de responsabilidad contractual con cinco años para reclamar y deja pasar un año, resultando, luego, que la responsabilidad es extracontractual, incluso admitiendo que el tribunal pudiera condenar por esta segunda pese a no haber sido fundamentada en la demanda, el demandado puede alegar la prescripción de la acción. Los tribunales han tenido múltiples ocasiones de establecer criterios que han de tenerse en cuenta para calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual. Así, p. ej., el TS ha establecido que «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo, el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al art. 1258 CC; y otro subjetivo, la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar precisamente entre quien causa el daño y quien lo recibe». «Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación»¹³. De este modo, lo determinante para que la responsabilidad sea considerada como contractual no es tanto la existencia de la relación jurídica previa como el hecho de que el daño haya sido consecuencia del incumplimiento de una obligación incardinada en dicha relación, lo que a veces es difícil de determinar, porque no hay que olvidar que en el ámbito contractual las partes no solo se obligan a lo estrictamente pactado, sino también «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» [art. 1258 CC]. De lo anterior ya se deduce que la determinación de unos criterios apriorísticos no impide que en algunos supuestos sea difícil decidir si se está ante uno u otro tipo de responsabilidad.

12 Cuestión diferente es que el caso en el que se plantee la posible responsabilidad contractual o extracontractual derive de una situación de tráfico externo por contener algún elemento extranjero lo que obliga a fijar, con carácter previo, el tribunal competente y la ley aplicable.

¹³ STS n.º 135/2009, de 4 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1132, FJ 3].

III. Situaciones (in)equívocas

13 Continuando con la delimitación de la responsabilidad civil extracontractual, es evidente que se dan ocasiones en las que, mediando una relación previa contractual entre las partes, una de ellas sufre daños de naturaleza corporal, patrimonial o moral como consecuencia del incumplimiento por la otra parte de alguna de las obligaciones derivadas directa o indirectamente del contrato, pero cuya atribución al contrato o a la responsabilidad civil extracontractual no está clara¹⁴. En estos casos, en el debate teórico, pueden darse situaciones diferentes: se plantea si ha de permitirse al perjudicado optar por el ejercicio de cualquiera de las acciones, cuando las mismas son incompatibles, o si pueden ejercitarse una como subsidiaria de la otra. La primera tesis, es la conocida como *teoría de la opción*, que entiende que se trata de dos pretensiones que son distintas jurídicamente y que, en consecuencia, el actor debe optar entre una u otra vía y, una vez realizada la opción, no podrá, posteriormente, ampararse en la vía que excluyó¹⁵. Esta solución vincularía también al juzgador que no podría aplicar las normas contractuales si el perjudicado basó su pretensión en el plano aquiliano porque se incurriría en vicio de incongruencia. En el caso de desestimarse la demanda, el perjudicado podría iniciar un nuevo proceso y utilizar la vía que excluyó de inicio porque, según esta teoría, se trata de pretensiones diferentes y no habría cosa juzgada. El segundo planteamiento se denomina *teoría de la absorción*, según la cual, si se trata de dos pretensiones distintas con regímenes jurídicos separados, no cabe la opción, sino que hay que colocar cada régimen en el lugar que le corresponde y, de este modo, el demandante vería excluida la acción extracontractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado. La tercera concepción, se enmarca en la *teoría de la unidad de la culpa civil*, es decir, en la yuxtaposición de responsabilidades que fue adquiriendo valor a partir de los años ochenta. Según la unidad de la culpa civil, el demandante no ha de etiquetar o calificar la demanda, sino que ha de limitarse a exponer los hechos en los que basa la pretensión resarcitoria; es decir, el demandante no ha de calificar los

¹⁴ Y, en este sentido, a primera vista, podría pensarse que los accidentes de esquí pueden originarse en situaciones en las que hay que dilucidar si los daños son consecuencia del incumplimiento contractual (p. ej., en los casos en los que se ha adquirido el forfait) o si, por el contrario, el contrato tan solo ha servido de mero antecedente causal a la sucesión del daño cuyo deber de evitar desborda la órbita contractual.

¹⁵ Porque supondría ir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, lo que es inaceptable en un sistema de justicia rogada; y, tampoco podría cambiar la calificación para plantear recurso ante la instancia superior.

hechos¹⁶ pero, aunque lo hiciera, no vincularía al juez que puede actuar con libertad en virtud del principio *iura novit curia*¹⁷.

14 La tendencia que parece imponerse es la que aboga por la integración (unidad de la culpa civil), teniendo en cuenta que ambos tipos de responsabilidad comparten en gran medida presupuestos y consecuencias. Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar resarcimiento de aquellos daños que guarden una relación de causalidad con la conducta del agente convertirá a la responsabilidad civil contractual y extracontractual en dos campos con sus atributos particulares, pero sometidos a una misma normativa, porque la función reintegradora o restitutiva del Derecho de daños implica que, cuando una persona causa un perjuicio a otra, lo que procede en términos de justicia es que quien lo ha causado ponga los medios necesarios para que la situación se reestablezca, reparando los derechos e intereses lesionados. De este modo, en el plano nacional, hablar de Derecho de daños permite conjugar toda la normativa que regula la composición de intereses necesaria tras el conflicto que se plantea cuando se causa un perjuicio a una persona. Hay casos en los que por la naturaleza de los bienes afectados no es posible ni reintegrar ni reparar y procede compensar, en la medida de lo posible, la situación negativa en la que se ha colocado a la víctima. Así el Derecho de daños cumple una función resarcitoria o compensatoria. La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprochable.

15 En el plano interno, las tesis esenciales del Alto Tribunal español sobre la responsabilidad extracontractual (subjetiva, objetiva o por riesgo) se articulan de la siguiente manera: «1) La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en el Derecho positivo español a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa –demostración de que «faltaba algo por prevenir»–,

¹⁶ «En materia de responsabilidad extracontractual –decimos–, pues es ésta la calificación por la que optó la parte actora en su demanda, sin que ni ella ni la parte demandada hayan planteado en ningún momento su calificación como contractual» [SAP M n.º 151/2018 (secc. 18.ª), ECLI:ES:APM:2018:5656, FJ 2].

¹⁷ Este principio permite al juez calificar los hechos de forma diferente a como lo hacen las partes, pero no es una facultad ilimitada. El límite lo impone el principio procesal de congruencia de las sentencias cuando las partes coinciden en la calificación jurídica del presupuesto fáctico. Si es posible encauzar la pretensión indemnizatoria por la vía contractual o la extracontractual y las partes coinciden en hacerlo según el régimen jurídico de una de ellas, no es claro que le esté permitido al órgano jurisdiccional la aplicación de uno diferente, salvo, que la calificación sea manifiestamente errónea [Rubio Gallart, E., *La responsabilidad civil derivada de daños en atracciones de feria y parques temáticos*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 70-91].

puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC. 2) La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico» [claramente aplicable a los supuestos de accidentes de esquí]. 3) El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal –el desempeño de una actividad peligrosa– reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad [por culpa o subjetiva] por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa. 4) El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño –el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro– puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no puedan calificarse de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del art. 217 LEC. Del tenor del art. 1902 CC, en relación con el artículo 217[2] LEC se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» [art. 217[6] LEC] imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217[7] LEC. 5) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan [*i. e.*, sean realización de un riesgo creado] por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte»¹⁸.

¹⁸ STS n.º 185/2016, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1161, FJ 5).

IV. Los accidentes de esquí como situaciones internacionales privadas de responsabilidad civil extracontractual

16 Considerando el marco teórico expuesto, los accidentes de esquí internacionales han sido, por lo general, calificados como supuestos que pueden traer causa de una responsabilidad extracontractual. En efecto, este trabajo parte de la clasificación de los accidentes de esquí en «propios» e «impropios»¹⁹. Los «propios» son los que se producen durante la práctica o deslizamiento, así como el eventualmente producido durante el ascenso a pie del esquiador; y los «impropios» son los que se producen en el acceso o durante el uso de los remontes mecánicos de la estación, esto es, que no suceden durante el deslizamiento, sino mientras el esquiador es remontado al acceso de la pista valiéndose de un sistema de transporte mecánico. Al efecto, debe quedar meridianamente claro desde este momento que la tesis únicamente estudia la responsabilidad derivada de los accidentes de esquí «propios».

17 Dado que el esquí no es un deporte de roce, cuando durante su práctica se produce este contacto, por lo general, sucede un accidente («propio») que puede deberse a la colisión o choque entre esquiadores; a la caída en solitario de un esquiador; o al impacto contra objetos, naturales o artificiales, ya sean fijos (edificaciones y casetas, árboles y cañones de nieve), semifijos (palos de señalización y vallas) o móviles (remontes mecánicos y motonieves)²⁰. *Este tipo de accidentes puede dar lugar al nacimiento de la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC); y, en su dimensión internacional, es el objeto de esta disertación. Sin embargo, y sin perder de vista este objeto material, la realidad no es tan delimitada y la responsabilidad no es un sistema estanco, pues la casuística de un solo accidente de esquí puede dar lugar a la convergencia de diferentes regímenes de responsabilidad. Por ejemplo, en el caso de un accidente en el que un alumno de una escuela de esquí colisiona con otro usuario de la pista, y esto acaece bajo la falta de supervisión de su instructor (contrato de prestación de servicios); el esquiador-alumno que sufre daños puede pretender la responsabilidad del otro esquiador con quien ha colidido (responsabilidad extracontractual), pero también contra el instructor si éste ha sido negligente en el desempeño de su labor permitiendo, hipotéticamente, que el alumno descendiese por una pista de dificultad mayor a su pericia y experiencia (responsabilidad contractual [respecto del alumno]²¹); sin*

¹⁹ Esta clasificación se crea a partir del estudio de la casuística de diferentes accidentes para delimitar de una forma muy conceptual el tipo de accidentes de esquí que constituyen el objeto de este trabajo.

²⁰ I. Arroyo Martínez, *De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí*, Madrid, Reus, 2008, pp. 39-56.

²¹ En el ámbito del Derecho alemán, se declaró la responsabilidad civil contractual de una escuela de esquí de un accidente acaecido bajo su instrucción porque se acreditó que se impartieron las clases en una

embargo, se seguirá dentro del marco extracontractual si el esquiador lesionado y reclamante fuere un no alumno e imputase la causa del accidente tanto al otro esquiador-alumno como a su instructor. En efecto, en un accidente como el descrito se podría afirmar que el accidente es la violación de una obligación contractual del instructor que faltó a la debida diligencia exigible en la supervisión del alumno y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, por lo que existe una yuxtaposición o concurrencia de responsabilidades que, en el Derecho español, da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativamente y subsidiariamente, optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de ambas responsabilidades en concurso según más se acomode a los hechos, todo ello a favor de la víctima y para lograr el resarcimiento del daño. Habrá ocasión de ver diferentes supuestos de accidentes, cuyo tratamiento ha sido complejo por concurrir ambos regímenes de responsabilidad. Aun así, se abordan los accidentes de esquí como supuestos de responsabilidad extracontractual, porque en un accidente de esquí «propio», no hay, por lo general, relación preexistente que justifique otro tratamiento.

18 Por su parte, los accidentes «impropios» acaecidos durante el transporte al acceso de la pista de esquí, es decir, que no suceden durante el deslizamiento, sino mientras el esquiador es remontado con la ayuda de algún tipo de transporte

pista inadecuada [LG *Deggendorf*, 11.12.2014-22, <https://ra.de/urteil/lg-deggendorf/urteil-22-o-29814-2014-11-12>]. En el mismo sentido se había resuelto, en 2010, en Quebec, el caso de un accidente en el que un niño de nueve años (principiante) tuvo un accidente bajo la supervisión de su instructor, puesto que, según el juez, el instructor era responsable del accidente al haber cometido el error de no supervisar adecuadamente al niño, falta que fue la causa directa del daño [en https://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/1346_en~v~the-mont-saint-sauveur-case-is-the-court-of-appeal-thinking-outside-thebox-in-the-assessment-of-damages-.pdf]. En un caso internacional de 2008 [*Anderson v. Lyotier t/a "Showbizz"*], en que, durante una clase de esquí, una alumna relativamente experimentada salió con la instructora de las pistas de una estación de los Alpes franceses e impactó contra un árbol, la *High Court* de Inglaterra y Gales (Queen's Bench Division) sostuvo que la instructora debió haber tenido en cuenta las necesidades de la alumna y reconocer que la pendiente estaba fuera de sus capacidades. Sin embargo, el tribunal argumentó, también, que dado que la accidentada era una persona adulta debió haber expresado sus preocupaciones de modo que su indemnización se vio reducida [<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1fb2c94e0775e7ef623>]. En otro famoso caso inglés con componente extranjero, de 2010, el juez D. Worster, de la *Circuit Commercial Court of Birmingham*, decidió que el instructor no proporcionó la supervisión ni directrices necesarias cuando un adolescente de quince años que estaba, en Austria, de vacaciones escolares de esquí (con un paquete de vacaciones que incluía las clases de esquí, vuelos y alojamiento), perdió el control de su velocidad y dirección, no pudo detenerse y descendió hasta al aparcamiento de la estación de esquí e impactó contra un coche aparcado. El instructor, que había llevado a sus alumnos a descender por una pista azul más empinada de lo normal, no tomó en consideración que el chico no tenía experiencia, además de ser conocido en el grupo por no controlar siempre sus esquís. En este contexto y teniendo en cuenta que las escuelas de esquí, instructores y guías no deben permitir que sus alumnos asuman ningún riesgo más allá de sus capacidades, sobre todo en función de las condiciones de la nieve y del clima, el juez declaró responsable al operador turístico encargado del viaje de esquí [M. Chapman, «School Skiing Holidays and Negligent Instruction. Case Note: *Kearne v. Ultima Tours Ltd*», *Travel Law Quarterly*, 2011, pp. 235-241].

mecánico quedan fuera del objeto material de esta tesis. En efecto, este tipo de accidentes podrán dar lugar al nacimiento de la responsabilidad contractual [art. 1101 CC], porque las estaciones de esquí obtienen un beneficio económico a través de la venta del forfait [contrato de transporte] y quedan obligadas a realizar el mantenimiento necesario para hacer seguros los accesos a las telecabinas y solucionar las dificultades que pueden surgir en el camino peatonal de acceso a ellas, por ejemplo, evitando que esté cubierto de hielo; igualmente, han de proveer redes de seguridad si hay partes conflictivas en el recorrido de acceso al remonte, en las plataformas de salida o los tramos especialmente peligrosos en la superficie [telesquíes]. También deben señalar, aislar y proteger el área de llegada final del trayecto de un remonte para minimizar los riesgos, así como, asegurar el mantenimiento y el buen funcionamiento de una cinta de traslados de esquiadores²². En efecto, existe contrato de transporte cuando una parte, denominada el transportista, se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, por el medio acordado, en condiciones de indemnidad, por un precio determinado en dinero²³. En el caso de los remontadores mecánicos se está delante de un transporte por cable de personas²⁴. La obligación del remontista es trasladar el esquiador hasta el acceso a la pista de esquí sin que sufra ningún daño. Este contrato de transporte es una relación de consumo entre la empresa y el esquiador que compra el forfait y, en consecuencia, le son aplicables las instituciones consagradas en la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁵. Esta relación de consumo se basa en la estructura socioeconómica y jurídica que tiene el contrato puesto que su fin es satisfacer un interés del usuario [del esquiador] que utiliza el remontador como destinatario final y en beneficio de la persona [física o jurídica, pública o privada] que, de forma profesional, presta dicho servicio al esquiador [usuario del remonte]²⁶. Desde que el esquiador abandona los remontes y empieza el deslizamiento, la relación con la estación de esquí no obedece a ningún contrato suscrito por las partes por lo que cualquier accidente que acaezca cuya responsabilidad quiera imputarse a la falta de prevención y de despliegue de medidas de seguridad por parte de la empresa titular de la estación de esquí [aunque fuere la misma que la de los remontes mecánicos], será extracontractual si se prueba que obedece a una negligencia de la misma por no haber realizado cuanto fuese necesario para evitar daños previsibles teniendo en

²² L. Carús Ribalaygua/M. Isabel Saz Gil, «La reputación de las estaciones de esquí: responsabilidad con los esquiadores», *Cuadernos de turismo*, n.º 26, 2010, pp. 57-58.

²³ STS n.º 1007/1996, de 21 de noviembre de 1996 [ECLI:ES:TS:1996:6536; FJ 1].

²⁴ Regulado, en Cataluña, por la Ley 12/2002, de 14 de junio, del transporte por cable [DOG, 3665, de 27.6.2002; BOE, 169, de 16 de julio de 2002].

²⁵ BOE, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007.

²⁶ No se trata en esta tesis ni el contrato de transporte ni el contrato de consumo, porque no es su objeto, sin perjuicio de que puedan hacerse referencias puntuales para complementar el discurso.

cuenta todas las circunstancias.

19 La exclusión del forfait del objeto de este trabajo se justifica por su carácter de título de transporte²⁷. Es conocido que un forfait puede ser diario, semanal o por temporada. Sin embargo, existe confusión, a veces, sobre para qué habilita el forfait y para qué no. El forfait da acceso al uso de los remontes, de aquí que su naturaleza sea contractual. El forfait, por lo general, no es necesario para esquiar en las pistas de titularidad pública, si bien de su adquisición se deriva el uso de las pistas esquiiables. Dicho de otro modo, si no se adquiere este forfait se puede esquiar, pero no pueden

²⁷ Si bien en relación con la naturaleza jurídica del forfait existen dos tesis distintas: la que lo considera como un contrato de transporte (*vid.*, a modo de ejemplo, las condiciones del uso del forfait en el alta Sierra Nevada Club para la temporada 2021-22 [<https://sierranevada.es/es/invierno/forfaits/condiciones-de-uso/>] o la ordenanza fiscal n.º 14 reguladora de la tasa por prestación de servicios de las instalaciones para la práctica del esquí en las estaciones invernales de esquí y montaña de San Isidro y Valle Leciana-Leitariegos [ordenanza fiscal n.º 14 reguladora de la tasa por prestación de servicios de las instalaciones para la práctica del esquí en las estaciones invernales de esquí y montaña de San Isidro y Valle Leciana-Leitariegos]) y la que lo entiende como un contrato de prestación de servicios [o, más concretamente, de suministro] (I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, p. 138); en este trabajo, se prefiere la primera opción, la que lo cataloga como un contrato de transporte en atención a la obligación de la estación (transportista) para con el pasajero-esquiador, esto es, la estación se obliga a un resultado: la llegada al punto(s) de destino(s), al acceso(s) a las pistas para iniciar el deslizamiento y de cuyo incumplimiento deriva una responsabilidad contractual. Y ello porqué la mayor parte de las estaciones de esquí (españolas) son públicas, según la prensa, el 76% de las estaciones de esquí están gestionadas por la Administración Pública (*vid.* p. ej., <https://www.lugaresdenieve.com/?q=es/noticia/sabias-que-mas-del-setenta-y-cinco-por-ciento-las-estaciones-de-esqui-de-espana-son-publicas>). De todos modos, aun considerando el forfait como un contrato de naturaleza mixta habilitándolo como título de transporte y de acceso a la práctica del esquí en un dominio público explotado por una entidad privada que conserva y mantiene las pistas para la práctica del esquí (I. Jiménez Soto, *La configuración jurídica del deporte en el medio natural: relaciones con el turismo, el desarrollo sostenible y la ordenación del territorio*, Madrid, Reus, 2015, p. 259), la responsabilidad que pudiera imputarse a la estación con motivo de la práctica del esquí o deslizamiento no conllevará una responsabilidad contractual derivada del forfait porque la acción se fundamenta sin necesidad de observar el contrato. En efecto, que pueda existir una relación contractual entre las partes no implica que toda acción que se ejercite tenga naturaleza contractual y la acción derivada de un accidente de esquí desborda el ámbito meramente contractual para inserirse en el extracontractual. En otras palabras, no es suficiente que medie un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se precisa que el hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (SAP Segovia [secc. 1.ª] n.º 152/2006, de 14 de julio [ECLI:ES:APSG:2006:224]). En consecuencia, aun aceptando la naturaleza mixta del forfait siendo característico de su contenido la previsión de su tiempo de vigencia y la delimitación del espacio geográfico, no es fácil determinar en cada caso cuáles son las prestaciones esenciales del contrato además de la del transporte [el descenso por las pistas, su uso, la seguridad de las pistas, acceso a establecimientos de esparcimiento...] por lo que la existencia del contrato no excluye la responsabilidad extracontractual del accidente de esquí. Y, por ello, en este trabajo se tratan los accidentes «propios» de esquí como supuestos de responsabilidad extracontractual, tanto si se hubiere adquirido el forfait como si no. Los accidentes «impropios» –repetimos– son, únicamente, los ocasionados durante el uso del remonte mecánico por lo que el incumplimiento del transportista-remontista de desplazar el esquiador hasta el acceso a la(s) pista(s) se incardina claramente en la órbita contractual pues el accidente frustra el resultado, éste es, el transporte hasta el acceso de la pista esquiiable sin sufrir daño alguno.

utilizarse los remontes y habrá que caminar con todo el equipamiento cada vez que se quiera realizar un descenso [práctica habitual en aquellos que practican esquí de montaña que ascienden por sus propios medios las montañas con los esquíes a cuestas]. Este título de transporte deriva de un contrato de adhesión que contiene sus cláusulas generales que, por lo común, se exponen en la oficina donde se expiden o en la web de la empresa explotadora. El forfait se utiliza en zonas limitadas según la estación con la que se contrate. En España, existen algunas estaciones que comparten forfait, es decir, con la compra de un pase se puede acceder a varias áreas esquiables. P. ej., el grupo Aramón –sociedad anónima participada a partes iguales por el Gobierno de Aragón e Ibercaja [vid. aramon.es]– es la estación de referencia para principiantes y familias y ofrece más de 180 Km. de pistas repartidas en seis valles. Con un solo forfait puede accederse a las pistas por Formigal, Panticosa, Cerler, Javalambre y Valdelinares. Cuando se adquiere el forfait, se deja de estar en «la montaña» y se pasa a ser usuario de los remontadores mecánicos de las pistas con un título físico y jurídico que acredita el uso de los remontadores y otorga el derecho a reclamar por los daños que se sufran como consecuencia del mal estado de los transportes. El forfait incluye el seguro obligatorio de viajeros (SOV)²⁸ que cubre los daños corporales que se puedan sufrir e imputar al mal estado de los remontes [carácter de responsabilidad objetiva del SOV]²⁹. Dicho seguro no cubre los daños materiales. El transporte del esquiador se efectúa en el marco de un contrato entre el explotador y el esquiador-pasajero porque el forfait deriva de un contrato que se materializa en un título de transporte³⁰. Las condiciones son parte integrante del

²⁸ RD 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, cuyo art. 10(c) incluye como medio de transporte «[l]os que tienen por objeto transportes de personas que se lleven a cabo en trolebús, así como los realizados en teleféricos, funiculares, telesquíes, telesillas, telecabinas u otros medios en los que la tracción se haga por cable y en los que no exista camino de rodadura fijo» [BOE, n.º 311, de 28 de diciembre de 1989]. El SOV ampara o cubre accidentes sobrevenidos en estos medios, y la empresa explotadora de los remontes mecánicos es responsable de los accidentes que tengan lugar durante el estricto transporte o acceso a éste, a no ser que pueda acreditar que el accidente ocurrió por causas de fuerza mayor, fortuita o por culpa del propio viajero esquiador [C. Pérez de Tudela y Pérez «Consideraciones jurídicas en relación con las actividades de montaña. Hacia un Derecho de la montaña», *Diario La Ley*, 1994, p. 1053].

²⁹ El SOV no tiene un sustrato culpabilístico sino netamente objetivo, tiene su base en el mero hecho de utilizar un medio de transporte destinado al transporte colectivo de personas, con independencia de la culpa o la negligencia en que haya podido incurrir la empresa de transportes. No se trata pues de probar la culpa de la empresa de transportes, sino de determinar si el riesgo de que deriva el daño está dentro de la cobertura del seguro. Solo la actitud intencional de la persona beneficiaria del siniestro o cuando el comportamiento de la viajera sea anómalo, obviarían el deber indemnizatorio de la aseguradora. Por ende, este seguro SOV es compatible con otros seguros como el obligatorio de responsabilidad civil de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSVM) –fundamentado en la responsabilidad aquiliana– [STS n.º 627/2011, de 19 de septiembre, ECLI:ES:TS:2011:5838].

³⁰ En España, la regulación del transporte por cable es una competencia que se ha transferido a las comunidades autónomas a través de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las comunidades autónomas con los transportes por carretera y por cable [BOE, n.º 182, de 31 de julio de 1987, pp. 23446 a 23449], modificada por la Ley Orgánica 5/2013, de 4 de julio [BOE, n.º 160, de 5 de julio de 2013]. En la Comunidad Autónoma de Cataluña se ha regulado a través de la Ley 12/2002,

contrato y la persona pasajera se obliga a respetarlas³¹. Estas condiciones son aplicables desde la entrada en las instalaciones hasta el momento en que el esquiador-pasajero sale de ellas. La construcción, explotación y seguridad de los remontes mecánicos y su utilización se regirá por la normativa vigente y aplicable a cada caso concreto sobre transportes por cable³², así como por los reglamentos de explotación particulares de cada una de las instalaciones. Los pasajeros deben seguir las normas de cada estación y las instrucciones impartidas por su personal. Además, se presume que el esquiador que accede a un remonte tiene el conocimiento y la habilidad física necesaria para realizar de forma segura el embarque, el recorrido y el desembarque³³. Por lo general, la adquisición del título de transporte da al esquiador derecho al uso de los remontes que se encuentren en funcionamiento y, en consecuencia, a esquiar por las pistas abiertas de la estación a las que ha sido remontado, según se determine en cada momento en función de las circunstancias meteorológicas, técnicas o de otra índole que puedan concurrir, y conforme a las normas de la Federación Internacional de Esquí, a las normas de régimen interior de la estación y a las disposiciones del ordenamiento jurídico que sean aplicables³⁴, pero

de 14 de junio, del transporte por cable, cuyo art. 2 recoge su ámbito de aplicación e incluye a los teleféricos, telecabinas, teleféricos, telesquíes [DOG, n.º 3665, de 27 de junio de 2002; BOE, n.º 169, de 16 de julio de 2002].

³¹ P. ej., en el caso resuelto por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sentencia n.º 1011/2020, de 16 de diciembre, ECLI:ES:APZ:2020:1935, FJ 1), en un accidente acaecido el 2 de marzo de 2017 en las pistas de esquí gestionadas por «Aramón», cuando un esquiador, al salirse la sirga del telesquí que lo transportaba (el uso del telesquí formaba parte del acuerdo entre el esquiador y «Aramón» reflejado en el contrato denominado comercialmente «tarjeta roja» el cual daba derecho al uso de remontes o telesquíes), bloquearse el sistema, salir lanzado y nuevamente despedido por la sirga que, habiéndose salido de la polea no fue recepcionada en los recogeables de garantía, reclamó por las lesiones en su espalda y rodilla, el tribunal entendió que el descarrilamiento tuvo su origen en el intento del demandante de salir lateralmente de la percha al llegar a una pizona (la 13, donde no estaba permitido bajar), lo que unía en relación de causalidad adecuada y eficiente el comportamiento de la actora con el evento dañoso. De todos modos, la esquiadora lesionada fue indemnizada en virtud del SOV cuyo anexo recoge las reglas para su aplicación y el cuál únicamente recoge cuantías por el resultado final de la lesión [FJ 14 y 15].

³² Para información sobre los transportes por cable vid. A. Orro Arcay/M. Novales Ordax/ M. Rodríguez Bugarín, «Transporte por cable», *Cuadernos del Grupo de Ferrocarriles y Transporte*, Universidad de la Coruña, septiembre, 2003.

³³ Reglamento de funcionamiento de las estaciones de esquí españolas integradas en «Atudem» [Asociación turística de estaciones de esquí y de montaña], aprobado en Asamblea General el día 14 de noviembre de 2017, Madrid, en <https://www.atudem.es/20151028/Reglamento-interno.aspx> [Reglamento Atudem, pp. 19-20.]. Este Reglamento regula la práctica del esquí dentro de una estación de esquí y pretende explicar el funcionamiento de las estaciones de esquí españolas y establecer las pautas de comportamiento de los esquiadores que libremente acceden a ellas.

³⁴ El Reglamento (UE) 2016/424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las instalaciones de transporte por cable [DOUE, L 8, 31 de marzo de 2016, pp. 1-50] se ocupa de establecer

en caso de que ocurra un accidente durante el deslizamiento, esta responsabilidad desborda el marco del contrato. De este modo, se distinguen los accidentes que se producen durante el deslizamiento del esquiador de los que tienen lugar en ocasión de su transporte³⁵, y no hay que confundir la naturaleza contractual del forfait con el uso de las pistas y otros servicios que ofrecen las estaciones de esquí. Es común que un usuario de la pista haya accedido a la misma en virtud del forfait que ha adquirido en la entrada de la estación, sin embargo, si sufre un accidente durante el deslizamiento por caída y sucesivo impacto contra un árbol o por el mal estado de la pista, por ejemplo, la responsabilidad que puede pretenderse de la gestora de la estación de esquí no está enmarcada en el contrato de transporte, sino que su responsabilidad, en caso de haberla, será extracontractual.

20 Así pues, una vez situados en la pista de esquí o montaña o itinerario esquiable [fuera pistas] los accidentes que pueden sucederse por el choque de esquiadores, caídas o impactos con objetos o elementos darán lugar a una responsabilidad no contractual pues no existe ningún contrato entre las partes que haya sido infringido y, sí concurre un comportamiento [acción u omisión] por el que, de ser culposo o negligente, habrá de responderse. La presente disertación analiza estas tres

normas sobre la comercialización y la libre circulación de subsistemas y componentes de seguridad para instalaciones de transporte por cable, y normas relativas al diseño, construcción y puesta en servicio de instalaciones nuevas de transporte por cable. Este Reglamento derogó la Directiva 2000/9/CE relativa a las instalaciones de transporte por cable.

³⁵ El Reglamento «Roma I» [Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE*, L 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16] contiene un precepto especial para los contratos de transporte [art. 5 RRI], donde distingue entre contratos de transporte de mercaderías y contratos de transporte de personas. El que aquí ocuparía se refiere al transporte de personas [esquiadores] a su vez usuarios [sin embargo, no son de aplicación las reglas especiales del art. 6 relativas a los contratos de consumo [art. 6.4[b] RRI] [para información sobre la ley rectora de los contratos de consumo *vid.* P. Juárez Pérez «La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n.º 593/2008 «Roma I», *Estudios de Deusto*, vol. 58/1, enero-junio, 2010, págs. 47-77]. De todos modos, las condiciones generales que de estos contratos sí están sometidas al control de abusividad, por ello, la ley elegida por las partes que fijará las condiciones generales del forfait no puede privar al esquiador-usuario de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley de su residencia habitual. La regla del Reglamento «Roma I» responde a una ponderación de intereses: el del transportista en planificar *ex ante* sus operaciones y en asegurar una misma ley que rija todos sus contratos, y el del pasajero en no quedar sometido a leyes imprevisibles desconectadas del contrato [por ello, se verá como el Reglamento permite la elección de la ley siempre que sea una de las que consten en el elenco cerrado que proporciona la parte final del art. 5(2) RRI («las partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el artículo 3, únicamente la ley del país donde: (a) el pasajero tenga su residencia habitual, (b) el transportista tenga su residencia habitual, (c) el transportista tenga el lugar de su administración central, (d) se encuentre el lugar de origen, (e) se encuentre el lugar de destino»). El forfait deriva de un contrato de adhesión por lo que el esquiador no negocia con la empresa explotadora de los remontes mecánicos; con su adquisición acepta las condiciones generales del contrato de transporte. En estas condiciones generales la designación de la ley aplicable a la relación contractual que nace con la compra del forfait será válida siempre que sea una de las que figuren en el antes mencionado elenco. El último apartado de este art. 5 recoge la cláusula de escape o de excepción si, a falta de elección de ley, concurren vínculos «manifiestamente» más estrechos con un país distinto del designado por los dos apartados precedentes del artículo.

situaciones: choques, impactos o caídas de los esquiadores y deja fuera de su foco el estudio de otras situaciones como los accidentes en los telesillas y casos complejos de convergencia de regímenes de responsabilidad. Y, esto se justifica por la calificación de los accidentes de esquí como una situación de responsabilidad por daños o extracontractual.

21 También, a largo de este trabajo, habrá ocasión de constatar que el esquí como práctica deportiva ya no puede ser una manifestación de libertad individual sino que se trata de una actividad reglada: debería de existir un código o reglamento de la circulación; los accidentes pueden ser imputados no solo al esquiador que sufre el daño, sino a la propia estación de esquí o a un tercer esquiador, aquel que no cumplió las normas de circulación; y el esquiador no puede ignorar que se trata de una actividad de riesgo, tanto propio como ajeno, que él asume voluntariamente, de ahí, la necesidad de introducir la contratación de un seguro obligatorio, al menos de un seguro de responsabilidad civil frente a terceras personas, que, en España, hoy por hoy, no es obligatorio³⁶.

22 Con todo y con eso, el objetivo de la tesis son los accidentes de esquí internacionales, esto es, aquellos accidentes en los que interviene un elemento extranjero; en consecuencia, en el terreno internacional la calificación de la situación como materia contractual o extracontractual es por completo determinante.

LOS ACCIDENTES DE ESQUÍ EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. La relevancia del elemento extranjero

23 El contenido básico del DIPr quedaría integrado por la determinación de la competencia judicial internacional, la individualización del Derecho aplicable a una situación jurídicamente «heterogénea» y el reconocimiento y la ejecución de actos y

³⁶ En los accidentes de esquí no existe (aunque sería deseable) un seguro obligatorio para los esquiadores para asegurarse contra daños, propios o ajenos, derivados de la práctica del esquí en ocasión de choques, impactos o caídas (I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, pp. 18-20). En la mayoría de las estaciones cuando se adquiere el forfait puedes añadirle un seguro de accidente en pistas que suele rondar los tres euros por día y que habrá de estarse a las coberturas contratadas. Otra cuestión es el seguro obligatorio de viajeros (SOV) que sí incluye el forfait y que cubre los daños personales que se puedan sufrir por el mal estado de los remontes. Sin embargo, dicho seguro no cubre los daños materiales, p. ej., si a un esquiador se le estropeara la chaqueta al engancharse en la barandilla rota de un telesilla; en estos casos se podría reclamar al seguro de circulación del transportista o al arbitraje de transportes. En Italia, se ha legislado optando por la obligación de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil (*vid.*, *infra* nota 327).

decisiones extranjeras³⁷. Así, para que una situación sea objeto del DIPr lo decisivo es que alguno de sus elementos esté conectado con un ordenamiento distinto de aquél al que vinculan los restantes elementos; esto es, no solo los factores relevantes de una determinada situación son suficientes para su calificación como heterogénea, sino que, toda situación que presente una efectiva dispersión espacial de sus elementos, por muy irrelevantes que éstos sean, constituirá objeto del DIPr. Cualquier elemento de «heterogeneidad» es suficiente para su calificación como situación jurídicamente heterogénea, y tal caracterización deriva de su concreta posición jurídica, vinculada con más de un ordenamiento jurídico. Expresado de otro modo y dando por supuesto que las situaciones privadas sujetas a los reglamentos europeos de DIPr han de contener por fuerza un elemento de extranjería, la cuestión que surge en seguida es la de si, para «teñir» de «internacionalidad» un determinado supuesto, es suficiente con que el mismo incluya «cualquier» elemento foráneo o bien éste ha de tener cierta «relevancia». En la dogmática de la disciplina del DIPr se ha ido imponiendo la tesis de que «la relevancia del elemento extranjero» presente, en una situación privada o, en términos comparables, su «grado de heterogeneidad» despliega su trascendencia, no en la función identificadora de las relaciones jurídicas concernidas [en la que no desempeña ningún rol añadido], sino en su función reguladora³⁸. En otras palabras, todo elemento extranjero sirve para tildar una situación privada de «internacional», pero un determinado sistema de DIPr solamente impulsa una respuesta normativa específica, solamente alude a particulares «exigencias de reglamentación»³⁹ cuando la relación de tráfico jurídico externo alcanza «un grado de heterogeneidad» que puede denominarse «suficiente»⁴⁰.

II. La calificación en Derecho internacional privado

24 Para el DIPr la «calificación» lo es todo, por lo que se deberá, primero, «calificar» la situación, *i. e.*, identificar la norma de competencia judicial internacional

³⁷ J. J. Álvarez Rubio, «La necesaria reforma del Derecho español de Derecho interregional», en <https://www.ehu.es/documents/10067636/10656008/1997-JuanJose-Alvarez-Rubio.pdf/Od68beb2-90ba-3f06-c216-736b057f8527?t=1538497154000>, pp. 284-286.

³⁸ S. Álvarez González, «Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa», *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1109-1151.

³⁹ S. Álvarez González, *loc. cit.*, 1993, p. 1121.

⁴⁰ En interpretación de los textos Bruselas I [CB/RBI/RBI *bis*], la Corte de la UE ha reputado que tienen «carácter internacional» litigios en los cuales «el demandante y uno de los demandados están domiciliados en [un] Estado [contratante], y...los hechos controvertidos se han producido en [un tercer] Estado» [STJ de 1 de marzo de 2016, C-281/02, *Dwusu*, ECLI:EU:C:2005:120, § 26]; en los que «el demandado tiene nacionalidad extranjera y carece de domicilio conocido en el Estado en cuyo territorio se encuentra el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la acción» [STJ de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, *Hypoteční banka a.s.*, ECLI:EU:C:2011, § 34].

y la norma de conflicto aplicable al caso concreto dotando de significado jurídico al accidente de esquí en cuestión [el hecho] sobre el que las partes basan su pretensión, porque calificar es definir los términos empleados en la norma de DIPr de acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico.

25 Para comprender el proceso de calificación hay que constatar que, históricamente, las normas de conflicto han utilizado conceptos jurídicos, tanto para delimitar las relaciones de la vida o los aspectos de estas relaciones que integran su supuesto, como para elegir el punto de conexión que en cada caso el legislador estima adecuado. Es claro que para cada intérprete lo más sencillo es encuadrar tales conceptos dentro del sistema que le es más familiar, el contenido en su legislación nacional, lo que conduce a «malas inteligencias» cuando el mismo concepto ha de ser interpretado en el Derecho de otros países. El ideal es que la norma de conflicto posea conceptos propios, que sean lo suficiente amplios para alcanzar a un vasto terreno del Derecho privado, de suerte que uno de esos conceptos abarque, cualesquiera que sean las variantes que entre sí ofrezcan los designados con igual denominación en todos los ordenamientos materiales internos⁴¹. Este ideal, con el que actualmente se está ya familiarizado, fue defendido por primera vez bajo el principio de autonomía de las normas de conflicto⁴². Esta autonomía suponía una solución al llamado problema de las calificaciones que se daba cuando no había más que dos posiciones imperantes, bien la calificación se llevaba a cabo a partir de la *lex fori* o bien a partir de *lex causae*. En la doctrina, esta cuestión surgió en un estudio de Kahn en 1891. Kahn sostenía que las normas de conflicto dependen de la naturaleza de las relaciones jurídicas a las que se aplican pero que esta naturaleza está modelada por las circunstancias históricas de cada país. Podría darse o una acumulación o una ausencia de leyes aplicables. Y la solución es que cada juez aplique su propio sistema de normas de conflicto y si, en éste, no se encuentra una solución expresa, acuda a los conceptos del propio ordenamiento material⁴³. Años después, Bartin publicaba su artículo sobre la imposibilidad de llegar a una solución definitiva de los conflictos de

⁴¹ A. Miaja De La Muela, *Derecho internacional privado I. Introducción y parte general*, 7.ª ed., Madrid, Atlas, 1976, pp. 328-329.

⁴² E. Rabel, «Le problème de la qualification», *Revue de Droit international privé*, 28, 1933.

⁴³ Se defendía que, primero, cuando el legislador dicta una norma de DIPr, estableciendo, p. ej., que el estado y capacidad de las personas se rija por su ley nacional, es evidente que quiso referirse a lo que su legislación interna entiende por capacidad y por estado de las personas, no al contenido que estos conceptos puedan tener en otra legislación. Segundo, que es imposible calificar por una ley distinta de la del foro, porque para saber qué ley es competente, es preciso realizar antes la calificación. Y psicológicamente, el juez opera durante toda su vida con los conceptos jurídicos contenidos en su legislación y, no es posible exigirle que haya de dar significado diferente a estos conceptos en los casos de conflictos de leyes. En contra, se decía que la calificación por la *lex fori* es inoperante cuando recae sobre instituciones desconocidas en aquella legislación [A. Miaja De La Muela, *op. cit.* p. 328].

leyes porque, aunque se lograra una unificación de las normas de conflicto, p. ej., que la capacidad se rija por la ley nacional y la forma por la ley del acto, bastaría con que un ordenamiento interno considerara como capacidad lo que otro estimara forma, para que la respuesta de los tribunales fuera distinta. Un caso que evidenció la problemática fue el resuelto por el Tribunal de Apelación de Argel, en 1889, caso Bartholo (también conocido como el caso de la viuda maltesa), acerca del caso de dos malteses, casados en Malta sin capitulaciones matrimoniales, que luego se establecen en Argelia, donde el marido adquiere inmuebles, que a su muerte reclama la viuda. En caso de ser esta pretensión de naturaleza sucesoria, sería aplicable el Derecho francés en concepto de ley de situación de los bienes, pero si la pretensión derivaba del régimen matrimonial de bienes, la ley aplicable habría de ser la de Malta⁴⁴. La elección entre estos diversos supuestos de normas de conflicto es lo que para Bartin constituye la «calificación» que consiste en precisar la naturaleza jurídica de una institución [que para Bartin debería hacerse siempre en virtud de los conceptos de la *lex fori*]⁴⁵. Esta doctrina fue impugnada por algunos autores, entre los cuales destacó Despagnet, para quien aplicar leyes extranjeras sujetas a las calificaciones del foro suponía deformarlas por lo que se declaraba partidario de que la *lex causae* se aplicase con sus propias calificaciones⁴⁶. Este autor sostenía que la ley extranjera fuese aplicada como lo haría el juez del país para el que se dictó, esto es, con sus propias calificaciones, pero ¿cómo calificar por la ley competente si hasta que la calificación no está hecha no se sabe qué ley será la que resulte competente? No han faltado intentos de reconciliación entre ambas posiciones que distinguen dos momentos en el proceso calificativo: el primero, realizado conforme a la *lex fori* y consistente en caracterizar la situación de hecho dentro de una determinada categoría jurídica, p. ej., un régimen matrimonial de bienes [calificación primaria]. Después, ya puede designarse la ley competente en el seno de la cual podrá llevar a cabo la calificación secundaria determinando qué parte de la *lex causae* es aplicable⁴⁷.

26 Adviértase que, tradicionalmente, la calificación de DIPr se ha llevado a cabo

⁴⁴ Por una parte, el Código Rohan, vigente en Malta, sometía a las parejas casadas sin capitulaciones a un régimen de comunidad legal y atribuía al cónyuge superviviente en estado de necesidad la cuarta parte de los bienes del premuerto, si no existían hijos. Por otra parte, la ley francesa, entonces en vigor en Argelia, no reconocía ningún derecho sucesorio al cónyuge superviviente. Según el Tribunal de Argel, la viuda apoyó su acción en sus derechos como mujer casada en régimen de comunidad de bienes y se aplicó la *lex causae* [sentencia de 24 de diciembre de 1889 de la Corte de Apelación de Argelia]. Véase que la ley francesa ignoraba la institución regulada por la ley maltesa, lo cual constituye el paradigma de la clásica construcción de la calificación.

⁴⁵ E. Bartin, «De l'impossibilité d'arriver à une suppression définitive des conflits des lois», *Journal de Droit international privé*, 1897, pp. 225-255, 466-495 y 722-728, en A. Miaja de la Muela, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁶ F. Despagnet, «Des conflits des lois relatifs à la qualification de rapports juridiques», *Journal de Droit international*, 1898, pp. 253 y ss., en A. Miaja de la Muela, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁷ Parece evidente que la calificación internacionalprivatista se presenta, secuencialmente, en una fase anterior a la nacional, es decir, en primer lugar, opera la calificación conflictual a los efectos de designar

para identificar la norma de conflicto concreta que reclame el derecho aplicable al caso, y, desde este punto de vista, se ha sostenido que, en sentido estricto, calificar es dotar de significado jurídico los hechos en los que se basa la pretensión de las partes, pero «[h]ablar de proceso de calificación *lato sensu* implica distinguir varios momentos: en primer lugar, la *interpretación* de la norma de conflicto [fundamentalmente interpretación de su supuesto de hecho] en aras a averiguar y conocer fehacientemente el ámbito de aplicación de la misma; y en segundo lugar, se ha de *comprender, conceptualizar, clasificar* (o, para utilizar el término usual *calificar*) la situación de hecho, pretensión o exigencia normativa (el *objeto* de la *calificación*) mediante un concepto término, categoría, clasificación o descripción jurídica familiar, esta familiaridad determina que, de ordinario, la clasificación se haga mediante una de las categorías expresamente presentes en las normas de conflicto del foro, o, más específicamente, mediante una de las categorías que a través de la interpretación de las normas de conflicto hemos considerado como comprendidas en el ámbito de aplicación de una de ellas»⁴⁸. No se clasifica en abstracto, sino que se hace para una finalidad concreta: determinar la norma de conflicto aplicable. En último extremo, «el proceso concluiría con la subsunción de la situación de hecho, pretensión o exigencia normativa calificada, dentro del supuesto de hecho de la norma de conflicto, de una manera mecánica»⁴⁹. El objeto de la calificación son los hechos, es decir, las situaciones privadas internacionales que se susciten, para tratar de subsumirlos en el ámbito de aplicación de la norma de conflicto. Por tanto, no se califican las normas sino los hechos. Se califican los hechos y se interpretan las normas⁵⁰. «Lo que hay que

la normativa conflictual aplicable a la situación en controversia, y, en segundo lugar, la material, que se lleva a cabo en el marco del derecho llamado por la normativa conflictual aplicable. Es así como la calificación material –calificación de segundo grado– resulta posterior en un plano secuencial a la conflictual –calificación en primer grado– [G. Garriga Suau, *La responsabilidad Civil del Abogado: Elección de la Ley Aplicable y Aseguradoras de Responsabilidad Civil Profesional*, Aranzadi, Cizur Minor, 2015, p. 41].

⁴⁸ S. Álvarez González, «Artículo 12, apartado 1», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2.º, *Artículos 8 a 16 del CC*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 844.

⁴⁹ S. Álvarez González, «Artículo 12, apartado 1» *op. cit.*, pp. 845.

⁵⁰ Interpretar no es calificar. «Calificación e interpretación no son sinónimos, sino conceptos correlativos como subsunción e interpretación. Por ello, es incorrecto hablar de calificación de una norma de conflicto...sino de su interpretación» [J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Munich, 6.ª ed., 1987, p. 94, entre otros; en M. Albaladejo/ S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, p. 5]. Es importante hacer explícita la diferencia entre interpretación y calificación y sus consecuencias porque en el contexto europeo suelen utilizarse, interpretación y calificación, como sinónimos. En realidad, la interpretación y la calificación hacen referencia a dos momentos diferentes del proceso de identificación del Derecho aplicable a una situación jurídica internacional o en la identificación del tribunal competente en un litigio conectado con diferentes ordenamientos. La interpretación supone la concreción del significado de la norma o de los términos que usa, mientras que la calificación es la operación por la que se subsume dicho supuesto a

calificar para tratar de subsumir en el ámbito de aplicación de la misma, son las situaciones...internacionales, no las normas que puedan regirlas»⁵¹.

III. La calificación en el contexto europeo actual

27 En el actual contexto europeo, este proceso de calificación se ha tenido que adaptar a la aplicación de los reglamentos europeos, de modo que la calificación o delimitación del supuesto de hecho de la norma (que se realiza de forma uniforme y por interpretación autónoma) pueda realizarse paralelamente a la ponderación de los atributos de la institución en cuestión (que se realiza a la luz de un derecho nacional concreto) para concluir si estos atributos casan con el supuesto de hecho. En el DIPr europeo, la calificación ha experimentado cambios en el sentido de que el *momento* de calificación se ha anticipado, pasando, primero de plantearse a la hora de la intervención de las normas de conflicto a suscitarse a propósito del manejo de las reglas de competencia judicial y, luego incluso se ha avanzado más, al formularse con ocasión de la precisión del ámbito material de aplicación de los reglamentos comunitarios. En efecto, el hecho de movernos en un marco comunitario lleva aparejado que el *proceso* de calificación haya tenido que acomodarse también al sistema europeo del DIPr, de suerte que la primera fase de la tarea calificadora, la delimitación del supuesto de hecho de la disposición, se realiza «de modo uniforme y por *interpretación autónoma*» sobre la base del sentido y fin del texto afectado, en tanto que la segunda fase del proceso, el análisis de los atributos de la institución en cuestión (la calificación en *strictu sensu*), tiene que realizarse «a la luz de los hechos y de un Derecho nacional determinado», y la tercera, la ponderación de si dichos atributos casan con el supuesto de hecho de la norma (subsunción) y procede, o no, su aplicación, ha de llevarse a cabo «de modo paralelo a la primera fase, esto, es, de modo uniforme, y salvo excepción, por *interpretación autónoma*»⁵².

¿Qué sucede con la calificación en el ámbito de los daños?

28 La interpretación y la calificación en los instrumentos de la Unión Europea ha

una determinada norma. Y, aunque ambas operaciones estén estrechamente vinculadas, conviene no confundirlas.

⁵¹ J. M. Fontanellas Morell, «La coherencia entre los reglamentos 650/2012 y 2016/1103 [2016/1104]», en A. Serrano de Nicolás [coord.], *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 191-222 [p. 212, nota 80].

⁵² J. M. Fontanellas Morell, *idem*, que sigue el planteamiento que, para la CJJ, realiza F. Garcimartín Alférez en *Derecho Internacional privado*, 7.ª ed., Aranzadi, 2023, p. 78.

de ser autónoma para garantizar la aplicación uniforme⁵³. Los Reglamentos que se estudian en este trabajo⁵⁴ apenas contienen definiciones en sus articulados y no definen qué se entiende por materia contractual o materia extracontractual, lo que conduce a acudir a otras vías para conocer el alcance de estos conceptos⁵⁵. La Unión Europea no posee un sistema de Derecho privado material completo al que los tribunales puedan acudir. Por esta razón, y por la importancia de aplicar uniformemente los textos la labor de interpretación del Tribunal de Justicia hace posible establecer un contenido común a todos los Estados miembros, alcance que deberán utilizar los jueces nacionales para dar una respuesta común a acciones y hechos equivalentes⁵⁶. Para iniciar la interpretación de los citados conceptos se debe remitir al sistema y a los objetivos que los instrumentos comunitarios persigan (interpretación gramatical, sistemática y teleológica). Además, esta interpretación ha de respetar la coherencia jurídica de estos conceptos en sede de conflicto de

⁵³ Vid., p. ej., el cdo. 11 RRII sobre la noción de la obligación extracontractual como un concepto autónomo.

⁵⁴ El Reglamento Bruselas I *bis* n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil [RBI *bis*] [DOUE, L 351, de 20 de diciembre 2012, pp. 1-32]; y el Reglamento n.º 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, [«Roma II» o «RRII»] [DOUE, L 199, de 31 de julio de 2007, pp. 40-49].

⁵⁵ La interpretación autónoma de los conceptos de obligación contractual y de obligación extracontractual se corresponden con los criterios generales de interpretación del RBI *bis* y sus antecesores tal y como han sido construidos por la jurisprudencia y detallados por la doctrina. «De este modo, la base de la tarea interpretativa y su análisis literal ha de ser completado con la consideración de su encuadre sistemático y el fin que se persigue. El resultado es una interpretación que no se vincula a ningún ordenamiento concreto, ni a la *lex fori* ni a la *lex causae*, favoreciéndose, así, una aplicación uniforme de los instrumentos europeos. Sin embargo, aun estando de acuerdo todas las autoridades implicadas en esta necesidad de contar con una interpretación autónoma y existiendo consenso sobre la metodología que ha de utilizarse, puede suceder que los diferentes aplicadores lleguen a resultados diversos. Es aquí cuando la labor del TJ es fundamental a través de una labor de unificación que permite depurar el resultado de esta interpretación autónoma encauzando las divergencias que vayan resultando de la actividad de los diferentes aplicadores del Derecho» [R. Arenas García, «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 397-398].

⁵⁶ «Con los imperfectos mimbres que le proporciona el legislador europeo, el TJ actúa como una especie de juez inglés creando reglas de *common law* en ausencia de Derecho escrito. Aun así, la labor del TJ es limitada y es un hecho contrastado que los órganos jurisdiccionales nacionales, e incluso las propias partes, son reacias a sufrir las demoras que provoca la interposición de una cuestión prejudicial» [S. A. Sánchez Lorenzo, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 10 [2018-2], pp. 17-47 [p. 29]] y, con frecuencia, los tribunales nacionales interpretan el DIPr aun cuando el alcance del problema planteado dista mucho de poder calificarse como claros. «Es paradigmática, en este sentido, la diversidad de interpretaciones por los jueces nacionales acerca de la posibilidad de una elección tácita de la ley aplicable prevista en el art. 3 RRI» [vid. M. Wilderspin, «Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, París, Dalloz, 2004, p. 177].

jurisdicciones y en sede de conflicto de leyes⁵⁷ para intentar alcanzar junto con el RBI *bis* un sistema completo de Derecho de obligaciones a escala del Derecho internacional privado institucional⁵⁸. Las pautas para una correcta calificación de las pretensiones de carácter contractual y extracontractual a los efectos de la aplicación de los Reglamentos permiten delimitar las fronteras más conflictivas entre los artículos 7(1) y 7(2), y en ocasiones el 17 del RBI *bis*, por el lado de la CJI, y entre el Reglamento «Roma I» y el «Roma II» por el de la ley aplicable⁵⁹. Estos reglamentos forman un círculo hermenéutico interno del DIPr de la UE y una de sus consecuencias es el «principio de continuidad de los conceptos»⁶⁰ según el cual «cuando un mismo

⁵⁷ Como expresamente señalan los cdos. 7 RRI y 7 RRII. «El principio de coherencia debe ser entendido de forma dialéctica, relativa y dionisiaca. Requiere de un análisis caso por caso de la correspondencia de valores y objetivos perseguidos por las distintas normas jurídica de Derecho europeo en que se inserta un concepto, una noción o una determinada solución. El principio de coherencia no puede ser entendido en clave funcional o práctica, como una herramienta puramente formal para allanar el camino de la interpretación del DIPr» [S. A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 46].

⁵⁸ G. Garriga Suau, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁵⁹ En cuanto a la calificación previa, son posibles variaciones en las soluciones de los conflictos de leyes y jurisdicciones. En primer lugar, trasladar mecánicamente el resultado de la primera operación de calificación a las necesidades de la segunda equivaldría a negar el funcionalismo de la calificación, si no la existencia misma de esta segunda operación. La calificación previa es una operación de clasificación que depende directamente del sistema que la hace necesaria. De modo que, incluso en caso de transposición de los conceptos y de sus definiciones, sigue siendo posible una variación del resultado de la calificación. P. ej., en la sentencia *Martin Peters* [STJ de 22 de marzo de 1983, C-34/82, ECLI:EU:C:1983:87, § 13] el Tribunal sancionó una calificación contractual de la acción de una asociación contra uno de sus miembros, calificación imposible tanto en el CR como en el RRI, quedando la materia excluida de su ámbito de aplicación. La diferencia en el diseño de los sistemas de categorías y subcategorías de conflicto de leyes y jurisdicciones constituye otro factor en el resultado de la operación de la clasificación [J. S. Quéguiner, «Relations civiles ou commerciales», *Annuaire du Droit de l'Union Européenne*, 2014, pp. 464-471].

⁶⁰ Este principio de continuidad es una manifestación del juego de la coherencia vertical (*i. e.*, coherencia de textos sucesivos sobre la misma materia; mientras que la coherencia horizontal es la relativa a textos de materias o cuestiones diversas) y facilita una interpretación sistemática entre textos europeos de DIPr sucesivos sobre la misma materia. En efecto, véase como el cdo. 34 del RBI *bis* abarca dos aspectos de la continuidad vertical, primero, el límite temporal de aplicación de cada instrumento, y segundo, la interpretación judicial del instrumento cuando se encuentra una forma idéntica o similar de palabras en los instrumentos posteriores. Esta continuidad vertical en el segundo sentido se ve fácilmente en la evolución de las disposiciones desde el CB a través del RBI hasta el RBI *bis*. Cuando se pretende que una disposición en un instrumento posterior sea equivalente en propósito a una en un instrumento anterior se debe dar peso a las resoluciones preexistentes del TJUE y de los tribunales nacionales que fueron interpretativas de la disposición anterior. En atención a lo que respecta a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, existe una ausencia de continuidad vertical pues surgió sin que la precediera ninguna convención, en cambio sí debe predicarse una coherencia horizontal entre los Reglamentos «Roma I» y «Roma II». P. ej., en el art. 4(3) RRII la manifestación del juego de la coherencia horizontal se dibuja libremente, tanto por el uso de la palabra «poder» como por la referencia, en segundo lugar, a un contrato de la situación empleador-empleado o una situación de transportista-pasajero (suponiendo que no haya habido una elección de la ley conforme el art. 14 RRII). Si, a juicio del foro, los daños derivados de la situación de empleo y/o transporte están comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 4(3) RRII, se hará referencia, no solo a la ley aplicable del contrato identificada con arreglo a las normas generales contenidas en el RRI, sino también a las normas específicas del contrato contenidas en los arts. 5 a 8 RRI. Este ejercicio implicaría una incursión en el detalle de las reglas del Reglamento

término es empleado en dos o más textos, ese término debe recibir el mismo significado en todos ellos» [manifestación del juego de la coherencia]. De este modo, las definiciones que ha ido realizando el TJ al hilo de cualquier de estos Reglamentos son válidas para los otros⁶¹. Se ha sostenido que el carácter complementario de los Reglamentos a los que se ha hecho referencia justifica la necesidad de coherencia entre los dos Reglamentos sobre ley aplicable y el de competencia por lo que tanto el legislador como el TJ lo habrán de tener en cuenta en el momento de delimitar y definir conceptos como «materia contractual» y «materia extracontractual»⁶². De todos modos, no se puede obviar el marcado acento casuístico de la interpretación de estos conceptos que está elaborando el TJ dando respuesta a las diferentes cuestiones prejudiciales que se plantean, pues solo caso por caso se va forjando este círculo de la calificación autónoma al que las instituciones comunitarias aspiran⁶³. Ello

«Roma I» para llegar a una conclusión bajo el Reglamento «Roma II» [siguiendo a E. B., Crawford/J. M. Carruthers, «Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations» *ICLQ*, v. 63, 2004, pp. 3-7]. De este modo, parece acertado afirmar que cuando surge una nueva disposición en un instrumento se pueda obtener ayuda para interpretarla no solo de los instrumentos predecesores en la línea vertical (si existe) sino también en el plano horizontal a fin de garantizar la coherencia y cohesionar. Sentado lo anterior, la coherencia exige asimismo resolver la sucesión de textos sobre la misma materia de origen diverso, y, en particular, las complejas interrelaciones entre los textos europeos y los convenios adoptados en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. Estas relaciones que se pueden englobar en el concepto de «coherencia transversal» o «externa» [frente a la coherencia de fuentes internas o propiamente europeas] tienden a articularse de forma singular. En la coherencia transversal, el primer reto consiste en dotar de coherencia a los respectivos ámbitos de aplicación, en particular, al espacial. Pero una vez delimitados los ámbitos de aplicación, la existencia de una compatibilidad entre las normas de DIPr de origen europeo y convencional imponen limitaciones lógicas al principio de coherencia. Así, p. ej., [y se tendrá ocasión de estudiar en este trabajo] en materia de daños es destacable la pervivencia de los Convenios de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de los accidentes de circulación por carretera o el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. El art. 28 RRII habilita dicha compatibilidad. Mención aparte merece la particular relación transversal existente entre los reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis, y los Convenios de Lugano I y II. Estos textos se aplican en ámbitos territoriales y espaciales diferenciados; las reglas de compatibilidad sugieren que se apliquen las reglas del Convenio cuando exista sumisión de los tribunales a un Estado parte que no sea miembro de la UE [Suiza, Noruega o Islandia] o, en su defecto, que el demandado se encuentre domiciliado en uno de estos Estados [S. A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 21-25].

⁶¹ F. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

⁶² A. Muñoz Fernández, «Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado», *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. II, p. 441.

⁶³ Los conceptos autónomos son posibles y funcionan eficientemente cuando se trata de datos o elementos fácticos, incluso con relevancia jurídica. Así, es posible un concepto europeo de «residencia habitual» aunque pueda ser variable según los ámbitos materiales, pero una vez determinado el objetivo político legislativo que persigue el foro en cada caso, el juego para elaborar una noción autónoma es de elementos fácticos: duración, regularidad, condiciones y razones de permanencia en el territorio de un Estado miembro y el traslado de la familia a dicho Estado, nacionalidad, compra o alquiler de una vivienda,

condiciona que, a nivel de DIPr institucional o de la UE se hable de una «calificación autónoma en construcción»⁶⁴.

29 Son ya varias las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han clarificado la delimitación entre materia contractual y extracontractual en sus instrumentos de DIPr; y en estos pronunciamientos se ha subrayado que la calificación no depende de las normas nacionales en las que se base la acción. ¿El elemento decisivo es la existencia o no de una obligación libremente asumida por una parte frente a la otra?, ¿es posible la calificación como contractual cuando entre las partes en litigio no exista una vinculación contractual directa? Es evidente que, en función de cómo se califique la pretensión que el actor deduzca contra el demandado, el sistema conflictual aplicable a la misma será el Reglamento «Roma I», o, alternativamente, el Reglamento «Roma II», y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del agente podrá variar sustancialmente en aspectos como los criterios de imputación de la responsabilidad, la prescripción, las acciones o el cálculo de la indemnización.

30 La determinación de si un accidente en una pista de esquí a la que se ha accedido mediante la adquisición del forfait no puede resolverse únicamente a partir del análisis de los conceptos «obligación contractual» y «obligación extracontractual», porque la respuesta presupone un análisis jurídico en el que la determinación de quienes son parte y terceros en el contrato y la extensión de los efectos de la obligación contractual tienen una importancia capital. No se resuelve meramente con la interpretación de los conceptos utilizados en la norma. Así pues, la calificación se realiza con el concurso de un ordenamiento jurídico, un sistema que se proyecte sobre el supuesto considerado y que permita configurarlo jurídicamente.

etc. Así, la ausencia de un Derecho privado europeo no es un obstáculo insalvable porque la creación del concepto autónomo puede prescindir de la forma diferente en que se entiende el concepto, p. ej., de residencia habitual, en los distintos ordenamientos jurídicos: a lo sumo existirá una diferencia de criterio en la apreciación de circunstancias fácticas o del modo en que se oriente el propio concepto. El foro especial en materia de responsabilidad extracontractual [art. 7[2] RBI bis] es representativo de las posibilidades positivas de construcción de nociones autónomas. La jurisprudencia del TJ ha partido de un valor negativo para proporcionar una noción autónoma del «lugar del daño»: la ausencia de un principio *favor laesi* [caso *Folien Fischer* [2012] *cit. infra* nota 494]. Sobre esta base se ha construido la noción a partir de un análisis estricto del principio de proximidad definido a partir de ventajas en la organización del proceso, ya sea para determinar la culpabilidad o el daño. A partir del asunto *Mines de Potasse d'Alsace* [1976, *cit. infra*, nota 503], el TJ ha dictado múltiples decisiones cuya función ha sido acotar, precisamente, la circunstancia fáctica del elemento causal o del lugar de producción del daño aplicado a diversos ámbitos o sectores. La posibilidad de proporcionar nociones autónomas queda en entredicho cuando más allá de las circunstancias fácticas de la precisión de un foro o punto de conexión de carácter fáctico, el TJ no se limita a determinar la relevancia jurídica de los hechos o elevar una circunstancia fáctica al orden de los conceptos jurídicos, sino que debe lidiar con conceptos o nociones propiamente jurídicas que implican una clara pre-comprensión por parte de los sistemas jurídicos. En estos casos, sin un Derecho privado propiamente europeo, no es verosímil que pueda definirse en términos europeos qué es «materia contractual» o «materia extracontractual», «enriquecimiento injusto» o «buena fe» [S. A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 30-31].

⁶⁴ G. Garriga Suau, *op. cit.*, p. 44.

Cuando se trata de calificar para aplicar un sistema de DIPr autónomo la calificación *lex fori* es la opción generalmente aceptada. En el caso de normas de DIPr europeo, de normas contenidas en instrumentos europeos, la calificación *lex fori* no puede ser acogida porque implicaría una aplicación diferente de los instrumentos en función de la autoridad que estuviere conociendo de la situación. Ante esta imposibilidad surgió la necesidad de descansar en una *lex fori* europea, una *lex comune*⁶⁵. Así las cosas, parece que el TJ más que seguir una «interpretación autónoma» ha optado por una «calificación autónoma». En la materia que aquí nos ocupa la inclusión de cada uno de los supuestos en la categoría «obligación contractual» u «obligación extracontractual» puede realizarse a partir de las previsiones del ordenamiento designado por la norma de conflicto, esto es, la *lex causae*, sin que esto afecte la interpretación autónoma. Podría pensarse que la interpretación autónoma habría de conducir necesariamente a una calificación autónoma, pero ello solo sería posible si tal calificación pudiera realizarse únicamente sobre los hechos; pero, en realidad, «la calificación siempre supone la realización de una serie de valoraciones jurídicas que presuponen siempre la utilización de una o varias normas jurídicas»⁶⁶. El TJ no ha optado por delimitar el concepto «obligación contractual» sino que se ha limitado a resolver supuestos concretos que se le han planteado lo que implica que el TJ ha optado por una calificación autónoma sin haber construido [o, explicado] cuál es la interpretación autónoma de los conceptos «obligación contractual» y «obligación extracontractual» que utiliza⁶⁷. El resultado es que el TJ parece realizar una

⁶⁵ R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 413.

⁶⁶ R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 412.

⁶⁷ En el asunto *Kalfelis* (STJ de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, ECLI:EU:C:1988:459) el TJ sostuvo que el concepto de materia de delitos o cuasidelitos a que se refería, entonces, el art. 5(3) CB debía ser considerado como un concepto autónomo que abarcaba todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estuvieran relacionadas con la materia contractual en el sentido del art. 5(1) CB [entonces, preferencia de la calificación como contractual y cuando no es posible se abre la puerta a considerar la responsabilidad como extracontractual]. Igual reiteró la STJ de 26 de marzo de 1992 [C-261/90, *Reichert*, ECLI:EU:C:1992:149 [§ 16]] «el concepto de “en materia delictual o cuasidelictual” comprende toda demanda que tiene por objeto exigir la responsabilidad de un demandado y que no guarda relación con la “materia contractual” a efectos del número 1 del artículo 5». En relación con el concepto «obligación contractual» la interpretación que lleva a cabo el TJ se sustenta sobre la base de un acuerdo libremente asumido por las partes. La sentencia del caso *Jakob Handte* (STJ de 17 de junio de 1992, asunto C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268) mantiene que el concepto «materia contractual» del art. 5(1) CB no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra [en este caso, esta interpretación sirvió para excluir la aplicación del foro contractual en un litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante no vendedor]. Este concepto ha sido utilizado después en la sentencia del caso *Reunion européenne* (STJ de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, ECLI:EU:C:1998:509), donde se sostuvo que no podía aplicarse el foro contractual frente al transportista efectivo de las mercancías [el transportista a quien se le reclamaba no había emitido el conocimiento de embarque que documentaba el transporte, sino que había recibido el encargo del transporte del emisor de conocimiento, y no del cargador de las

calificación *ex lege fori* [europea] a partir de un ordenamiento que no existe. «El Derecho de la Unión Europea no es un sistema completo y pretender resolver con este sistema cuestiones como, p. ej., cadenas de contratos, régimen de responsabilidad precontractual, aunque sea solo a los efectos de identificar el tribunal competente o la norma de conflicto aplicable resulta casi ilusorio»⁶⁸.

31 En sede de conflicto de jurisdicciones, la conclusión más inmediata que puede extraerse de la jurisprudencia del TJ consiste en afirmar que el Tribunal ha priorizado la calificación contractual de la pretensión procesal del perjudicado, ante la imposibilidad de que el foro contractual pueda concurrir con el foro extracontractual, a los efectos de desarrollar una interpretación autónoma de los conceptos. El eje de esta interpretación se sitúa en la existencia de un acuerdo libremente asumido por las partes, esto es, una «obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto de otra»⁶⁹. Conforme a esta interpretación la calificación extracontractual es residual. La confirmación de la existencia de este compromiso asumido por las partes predeterminaría la calificación contractual de la pretensión que una de ellas

mercancías). La STJ de 17 de septiembre de 2002 [C-334/00, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499] indicó «si bien el artículo 5, número 1, del Convenio de Bruselas no exige la celebración de un contrato, para que se aplique dicha disposición resulta indispensable identificar una obligación, dado que la competencia del órgano jurisdiccional nacional se determina, en materia contractual, en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda» (§ 21). En el caso *Henkel* (STJ de 1 de octubre de 2002, asunto C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555), se excluyó que pudiese ser considerada como contractual la demanda dirigida por una asociación de defensa de los consumidores contra un empresario con el fin de obtener la prohibición de dicho empresario utilizar en sus contratos ciertas cláusulas consideradas por el actor abusivas. La exclusión del carácter contractual se basó en la ausencia de un contrato entre la asociación demandante y el empresario y en que aquélla actuaba en virtud de un derecho atribuido legalmente. En el caso *Brogstetter* (STJ de 13 de marzo de 2014, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148), se afirmó que el hecho de que exista una relación contractual entre las partes no conduce automáticamente a incluir a toda acción que se ejercite en el marco de dicha relación contractual, en el concepto de materia contractual. Por su parte, en el asunto *Granarolo* (STJ de 14 de julio de 2016, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559), se estimó que una relación tácita entre las partes si ésta se acredita y se prueba aun sin que concorra un contrato por escrito (relaciones comerciales de larga duración) podía considerarse como contractual a los efectos del foro contractual del art. 5(1) RBI. Y, en el ejercicio de una acción de restitución por enriquecimiento injusto, desde la STJ de 9 de diciembre de 2021 [C-242/2020, *Hrvatske Šume*, ECLI:EU:C:2021:985] la noción general [calificar como extracontractual cuando no pueda ser contractual] no puede acoger la calificación del enriquecimiento injusto, al menos, no en sede del conflicto de jurisdicciones, puesto que el TJ afirma que no existe un daño causalmente relacionado con el comportamiento o acción del demandado que pueda operar en el foro del 7(2) RBI *bis*; que la obligación no nace de un hecho dañoso.

⁶⁸ R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 413.

⁶⁹ G. Garriga Suau, *op. cit.*, p. 45.

ejercitara contra la otra⁷⁰. Es así como a partir del caso *Handte* [1992]⁷¹ y de la jurisprudencia posterior del TJ, una parte importante de la doctrina sostuvo la vinculación de la calificación contractual al aspecto subjetivo de la pretensión, mientras que otros autores se posicionaron a favor de una interpretación más acorde con la práctica jurídica según la cual la interpretación ha de realizarse en consonancia con su objeto porque la simple presencia de una relación contractual entre las partes no debe predeterminar que toda pretensión que una de ellas pueda deducir contra la otra deba calificarse como contractual⁷². La frontera entre el contrato y el hecho ilícito

⁷⁰ La historia de la delimitación de la materia «contractual» y «extracontractual» es reveladora de la dificultad de que sin contar con un Derecho privado propiamente europeo puedan definirse en términos europeos conceptos jurídicos. Así, la calificación contractual requería de la existencia de una obligación libremente acordada por las partes. La ausencia de dicha obligación implicaba la calificación no contractual de la responsabilidad derivada de un hecho ilícito o de la vulneración de una obligación legal en materia de propiedad intelectual o industrial, libre competencia o fraude fiscal. La dificultad radica en calificar la acción o el derecho en aquellos casos en que, existiendo una obligación contractual, libremente consentida por las partes, se dilucida una responsabilidad eventualmente extracontractual. En el caso *Brogstetter* [2014] [*cit. supra* nota 67] el TJ invocó la necesidad de «interpretar el contrato» para realizar una calificación contractual, de forma que se trataría de materia contractual «si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero al segundo» (§ 25). S. A. Sánchez Lorenzo sostiene que el argumento no es acertado porque «interpretar un contrato no es una mera cuestión de hecho, sino de Derecho, que depende de la ley que rige el contrato. En todos los sistemas jurídicos, el contrato no solo obliga a lo que las partes han convenido, sino a las obligaciones legales previstas por la ley rectora del contrato o, incluso, por la ley de un tercer Estado. Se trata de obligaciones contractuales que no emanan del contrato sino del Derecho de los contratos, y cuya exigencia o incumplimiento no requieren de la interpretación del contrato, sino de la Ley. Del mismo modo, la equidad o la buena fe son en muchos sistemas fuente de obligaciones externas al propio contrato» (S. A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 32). Ello, refiere S. A. Sánchez Lorenzo, «obliga a tener en cuenta cómo se configura la *causa petendi* conforme al Derecho nacional en que se funda la acción renunciando a una noción propiamente autónoma de la “materia contractual”» [p. 33].

⁷¹ Asunto *Jakob Handte* [1992], *cit. supra* nota 67, cuyos hechos fueron los siguientes: TMCS compró dos máquinas de pulir metales a la sociedad anónima suiza Bula et Fils («Bula»), en las que hizo instalar un sistema de aspiración fabricado por Handte Alemania, pero vendido e instalado por la sociedad de responsabilidad limitada Handte Francia con domicilio social en Estrasburgo. TMCS demandó ante el *Tribunal de grande instance* de Bonneville, en Francia, a las empresas referenciadas reclamando la reparación del perjuicio ocasionado porque las instalaciones fabricadas y vendidas no se atenían a las normas de higiene y seguridad en el trabajo y porque no eran adecuadas para el uso al que estaban destinadas. Esta reclamación contra el fabricante [acción directa] era de naturaleza contractual tanto según el Derecho francés como según el CB [art. 5(1)]. Handte Alemania sostenía que este artículo 5(1) no era aplicable en el marco de una cadena de contratos y recurrió. El TJ determinó que esta situación entre el subadquirente de una cosa y el fabricante no es previsible por éste y la solución del 5(1) sería incompatible con el principio de seguridad jurídica. El fabricante no tiene relación contractual con el comprador por lo que se concluye que el art. 5(1) no se aplicaría en este caso.

⁷² P. Mankowski, «Art. 5», en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*, 2.^a ed., Munich, 2013, p. 232.

o agravio [entre el art. 7[1] y 7[2] RBI *bis*], ha sido un «campo de minas durante años»⁷³. Ejemplo de los atisbos de la interpretación orientada a considerar el objeto de la pretensión se encuentra en el caso *Brogssitter* [2014]⁷⁴, con el que el TJ afirma que el

⁷³ Expresión del Profesor P. Mankowski en «Wikingerhof: A view from Hamburg» *EAPIL*, 9 de diciembre de 2020, que éste utiliza cuando describe el problema después de la STJ Wikingerhof [2020, *cit. infra* nota 75]. Legalmente hay que partir de que el art. 7[2] RBI *bis* se refiere a cualquier acción destinada a establecer la responsabilidad por daños por parte del demandado y que no se refiere a «asuntos relacionados con un contrato» en el sentido del art. 7[1] RBI *bis* [*vid. supra* nota 67, caso *Kalfelis* [1988: § 18]]. Se requiere una interpretación autónoma tanto para «contrato» como para «hecho ilícito» (o «tort») que es más abstracta que los conceptos nacionales (§§ 30 y ss.). Tanto el art. 7[1] RBI *bis* como el 7[2] RBI *bis* son excepciones a la jurisdicción general del art. 4 RBI *bis* y, por lo tanto, deben interpretarse estrictamente. Según el cdo. 16 RBI *bis* ambos foros especiales están justificados desde el punto de vista de la singular proximidad a los hechos y a las pruebas. Por lo tanto, una acción tiene como objeto «asuntos relacionados con un contrato» en el sentido del art. 7[1] si una interpretación del contrato entre el solicitante y el demandado parece indispensable para determinar si la conducta alegada por el solicitante contra el demandado es legal, o por el contrato ilícita [*vid. supra* nota 67, *Brogssitter* [2014: § 25].

⁷⁴ El caso visto *supra* *Brogssitter* [2014] versa sobre la actividad de Brogssitter; éste comercializa relojes de lujo y celebra un contrato de exclusiva con un maestro relojero, Fräßdorf, residente en Francia, por el cual éste desarrolla mecanismos para relojes de lujo a fin de comercializarlos en serie por cuenta de Brogssitter. Este maestro relojero desarrolla su actividad mediante una sociedad, Fabrication de Montres Normandes EURL, de la cual es socio único y gerente, domiciliada en Suiza. A la vez, esta sociedad y su gerente presentan por su cuenta otros mecanismos de relojería, en el salón mundial de la relojería de Basilea (Suiza), actividad que Brogssitter entiende que incumple su contrato y que le perjudica. Brogssitter solicita, sobre la base del Derecho alemán, el cese de la actividad y una indemnización por la responsabilidad extracontractual del maestro y su sociedad. A pesar de que la cuestión tenga naturaleza extracontractual de acuerdo con el Derecho alemán, el TJ entiende que la existencia de un contrato entre las partes y su objeto permitían considerar que el comportamiento imputado era un incumplimiento de las obligaciones contractuales incluidas en la «materia contractual» a efectos del art. 5[1] RBI. El primer elemento significativo de estos hechos es que entre las partes existía un contrato, pero, sin embargo, ello no quiere decir que toda reclamación de responsabilidad civil entre las partes tenga necesariamente carácter contractual, y ello pese a que guarde cierta relación con el contrato (§ 23). Véase que tanto el Derecho alemán como el propio actor sitúan la pretensión en la esfera de la responsabilidad extracontractual, pero según el TJ, tampoco esto es lo determinante, porque la interpretación de dichos conceptos no depende de los derechos nacionales ni tampoco de la calificación hecha por las partes (§ 21) sino que deben interpretarse de manera autónoma remitiéndose al sistema y objetivo de los Reglamentos con el fin de garantizar la aplicación uniforme en todos los Estados miembro (§ 18). Para un comentario sobre este asunto *vid.* S. Sánchez Lorenzo, «Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l'Éspace judiciaire européen (l'affaire Brogssitter)» *Annuaire du droit de l'Union Européenne*, 2014, pp. 472-478, en el que se pone de relieve que en este caso no llegó a hacerse una interpretación autónoma al margen de la calificación nacional de los conceptos de las materias contractual y extracontractual. Parecería que se valió de una calificación sustantiva más que de procedimiento. Con ello, el concepto europeo se aproxima a los sistemas de derecho continental y se aleja de los sistemas de *common law*. «El TJ utilizó lo que se ha venido llamando una “interpretación indispensable del contrato” para determinar el carácter del comportamiento de quien causa el daño como un indicio (o prueba) de la calificación contractual. [...] Con todo, el sentido que le atribuye el TJ a esta interpretación no es clara. En sentido estricto, la interpretación puede hacer referencia a las cláusulas del contrato, pero también puede referirse en sentido extenso a las obligaciones implícitas en el contrato, es decir, a una integración del contrato y finalmente, al derecho contractual más que al contrato» [p. 475].

Después de *Brogssitter* [2014: § 24-27], otros asuntos como *Flightright* [STJ de 7 de marzo de 2018, casos acumulados C-274/16, C-447/16 y C-448/16, ECLI:EU:C:2018:160, § 59-64], *Holtermann Ferho* [STJ de 19 de septiembre de 2015, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, § 70-71], *Feniks* [STJ de 4 de octubre de 2018, C-337/17,

ECLI:EU:C:2018:805 § 40-49) o *Granarolo* [cit. *supra* nota 67] han llevado al TJ a seguir sosteniendo el foro contractual en detrimento del delictual o cuasidelictual. En el asunto *Wikingerhof*, [C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, ECLI:EU:C:2020:950], en el que se ejercitó una acción de cese de determinados actos llevados a cabo en el marco de la relación contractual y basada en una alegación de abuso de posición dominante cometidos por el demandado infringiendo el derecho de la competencia, se indicó que dicha acción está comprendida en el foro delictual y cuasidelictual del art. 7[2] RBI *bis*. *Wikingerhof* se basó en una infracción de la ley antitrust alemana que prohíbe el abuso de una posición dominante independientemente de un contrato u otro compromiso voluntario. Más específicamente, debido a la fuerte posición de Booking.com [sociedad neerlandesa con domicilio social en los Países Bajos que gestiona una plataforma de reservas de alojamiento] en el mercado de referencia, *Wikingerhof* no tuvo más remedio que celebrar el acuerdo en cuestión y estar sujeto a los efectos de las enmiendas posteriores a las condiciones de venta de Booking.com, a pesar de que la conducta de ésta fue injusta. La cuestión jurídica es si Booking.com abusó de una posición dominante a efectos del derecho antitrust por lo que había que determinarse si las prácticas alegadas contra Booking.com fueron lícitas o ilícitas en virtud de la Ley de la competencia. No es esencial interpretar el contrato entre las partes en el procedimiento principal ya que dicha interpretación no es necesaria para establecer la existencia de estas prácticas (§ 35). Así, el TJ reitera que la acción estaría comprendida en la materia contractual si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta imprescindible para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento (§ 32), pero que, cuando el demandado invoca las normas sobre responsabilidad delictual o cuasidelictual, a saber, el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley, la causa de la acción estará comprendida en el 7[2] RBI *bis* (§ 33); *vid.* M. Lehman, «*Wikingerhof*: CJEU Reestablishes Equilibrium between Contract and Tort Jurisdiction», *EAPIL*, 7 de diciembre de 2020. Por su parte, indica G. Cuniberti, que no está del todo claro que, después de insistir en que los conceptos de «asuntos relacionados con un contrato» y «asuntos relacionados con el agravio o hecho dañoso» deban recibir una interpretación autónoma y repetir las definiciones europeas de estos conceptos, el tribunal de *Wikingerhof* consideró útil subrayar por qué motivo de la legislación nacional el demandante estaría tratando de establecer la responsabilidad. ¿Por qué debería importar si las condiciones a cumplir se definen a nivel europeo? ¿Y cómo podría importar? ¿significaría esto que el art. 7[2] solo estaría disponible si la reclamación sustantiva fuera de naturaleza delictual en virtud de la legislación nacional aplicable? Pero, en lo que respecta al derecho sustantivo, ¿no hay libertad de elección entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual en todos los ordenamientos jurídicos? En Francia y Luxemburgo, no hay otra opción: la responsabilidad contractual prevalece y excluye la responsabilidad extracontractual cuando una reclamación determinada podría entrar en el ámbito de ambos tipos de responsabilidad. En última instancia, se pregunta este autor, si la posibilidad de caracterización de segunda orden fue bien percibida por el tribunal. En el contexto del RBI *bis*, está igualmente bien caracterizar la reclamación a efectos jurisdiccionales de conformidad con los conceptos europeos, y luego caracterizar la misma reclamación de manera diferente a los efectos de las normas sustantivas aplicables; G. Cuniberti, «Freedom of Choice in *Wikingerhof*» *EAPIL*, 9 de diciembre de 2020. En retrospectiva, siempre pareció poco probable que el TJ hubiera aceptado en el caso *Wikingerhof* una absorción completa del *forum delicti* por parte del *forum contractus* en casos de acciones concurrentes, *i. e.*, cuando una parte contratante invoca la infracción de una obligación legal general en virtud del derecho de la competencia. A través de este caso, el TJ restableció el equilibrio entre *forum contractus* y *forum delicti* en el caso de obligaciones concurrentes estableciendo un criterio claro, a saber, si el contrato es el criterio para la revisión (*forum contractus*) o simplemente el objeto de revisión (*forum delicti*). Tampoco es de extrañar que los foros potenciales se multipliquen entonces porque este ha sido el flujo constante de la jurisprudencia del TJ sobre el art. 7[2] desde que se adoptó la postura del caso, *cit. supra*, *Bier/Mines de Potasse d'Alsace* [1976] hace más de 40 años (*vid.* comentario en: E. Farnoux, «Delendum est Forum Delicti? Towards the jurisdictional protection of the alleged victim in cross-border torts» en B. Hess/K. Lenaerts, en V. Richard (red.), *The 50th anniversary of the European law of civil procedure*, Baden-Baden: Nomos, 2020 [259] pp. 263 y ss.). El TJ ha girado una y otra vez en torno a la palabra «autónomo» cuando se le pregunta sobre la interpretación de las fuentes del DIPr. A través de *Wikingerhof*, el TJ demostró que tal interpretación autónoma de los instrumentos de la UE no es una mera receta para el razonamiento fortuito caso por caso, sino que también implica un

hecho de que exista una relación contractual entre las partes no conduce automáticamente a incluir a toda acción que se ejercite en el marco de dicha relación contractual, en el concepto de materia contractual (§ 23). Y, establece un criterio para llevar a cabo la calificación en estos casos complejos: para poder constatar la presencia de una materia contractual habrá que verificar si el comportamiento es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato (§ 24) si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento imputado (§ 25). De este modo, el juez nacional deberá determinar si con las acciones entabladas se formula una pretensión de resarcimiento que pueda razonablemente considerarse motivada por la inobservancia de derechos y obligaciones resultantes del contrato que vincula a las partes en el procedimiento, de modo, que, resulte imprescindible tener en cuenta el contrato para resolver el recurso (§ 26); de lo contrario, las acciones deberán considerarse no contractuales (§ 27). Dicho esto, en la calificación en sede de conflicto de jurisdicciones, después de la STJ *Hrvatske Šume* [2021] y de su interpretación en materia de responsabilidad delictual y cuasidelictual en el ámbito del RBI *bis* a propósito de una acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto, podemos encontrarnos ante situaciones que no puedan calificarse ni como contractuales ni como delictuales o cuasidelictuales, porqué, con la referida sentencia, el TJ crea un *tercim genus*, en los que la responsabilidad que se exige del demandado no se basa en la existencia de un hecho dañoso (§ 54). En otras palabras, a raíz de la referida sentencia, para que pueda calificarse una acción como delictual o cuasidelictual, de acuerdo con el art. 7[2] RBI *bis*, ha de existir un hecho dañoso imputable al demandado.

32 Teniendo en cuenta las palabras del Tribunal de Justicia se puede sostener que, si se aprecia la naturaleza contractual de la pretensión, la naturaleza extracontractual quedará descartada. Lo decisivo parecería ser si ha de observarse o no el contrato para fundamentar la acción⁷⁵. Y así, es como está interpretando el TJ las nociones «materia contractual» y «materia extracontractual»⁷⁶ en la terminología del CB [arts. 5[1] y 5[3]], RBI [arts. 5[1] y 5[3]], RBI *bis* [art. 7[1] y 7[2]], y las de «obligaciones contractuales» y «obligaciones extracontractuales» en los RRI [art. 1[1]]

ejercicio de calificación, abordando así la pregunta siguiente: ¿qué ley se impone a través del objeto de la reclamación y los hechos jurídicamente relevantes que la subyacen? Este enfoque merece más crédito del que se le concede actualmente [van Doninck, «Necessity is the Mother of Invention: Wikingerhorf [re]considered», *EAPIL*, 3 de marzo de 2022].

⁷⁵ P. Mankowski, «Art. 5», en A-L. Calvo Caravaca/U. Magnus/P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, Sellier, 2014, pp. 231-232.

⁷⁶ Si bien la expresión empleada por el RBI *bis* es el de «materia delictual o cuasidelictual».

y RRII [art. 1[1]], respectivamente⁷⁷; y ello porqué ninguno de estos textos ofrecía ni ofrece una definición de estos términos. Y así, en la medida que todavía no puede afirmarse la existencia de una calificación completamente autónoma en el sector del conflicto de leyes queda margen para que las autoridades de los Estados miembros apliquen sus propias reglas de calificación (según la *lex fori* en el caso del ordenamiento jurídico español) con el riesgo que esta situación genere disfunciones según el Estado que conozca de la controversia⁷⁸.

33 En suma, en la jurisprudencia examinada, el TJ, por un lado, reconoce que, en el marco de una relación contractual entre las partes, una de ellas puede deducir contra la otra una pretensión extracontractual. Sin embargo, por otro lado, al incluir en la *interpretación* de «materia contractual» a todas aquellas situaciones respecto de las cuales debe recurrirse a la interpretación del contrato para determinar la licitud o ilicitud de un comportamiento concreto, excluyendo la toma en consideración de lo que disponga la *lex contractus* a tales efectos, –siguiendo a G. Garriga y su análisis tras el caso *Brogstitter*– vendría a relegar al concepto «materia extracontractual» a tres escenarios: el primero, a los supuestos en los que «la infracción obedezca a una de las situaciones sobre las que el TJ y el legislador de la UE ya hayan podido establecer su calificación extracontractual» [lo que no sucede en el tema objeto de este estudio, que nunca ha sido tratado por la jurisprudencia comunitaria]; el segundo, «a los estrictos casos de inexistencia de acuerdo libremente asumido entre las partes porque el único motivo que las haya unido sea el ilícito civil en cuestión» [p. ej., [en el tema objeto de estudio] el caso tipo de un accidente por choque entre esquiadores cuyas vidas no se habían cruzado hasta aquel preciso hecho]; y el tercero, a los «supuestos en los que el ilícito civil nada tenga que ver con el objeto del contrato» [p. ej., [en el tema objeto de estudio] en los accidentes por impacto contra un elemento

⁷⁷ STJ de 18 de julio de 2013 [C-147/12, *ÖFAB*, ECLI:EU:C:2013:490, § 32] «el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento n.º 44/2001 abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del artículo 5, número 1, letra a), de dicho Reglamento»; la STJ de 24 de septiembre de 2015 [C-359/14, *ERGO*, ECLI:EU:C:2015:630, § 46], «las expresiones “materia contractual” y “materia delictual o cuasidelictual”, en el sentido de los apartados 1.º y 3.º del artículo 5 del Reglamento Bruselas I, respectivamente, deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento»; y, la STJ de 28 de julio de 2016 [C-191/15, *Amazon*, ECLI:EU:C:2016:612, § 37], «el concepto de “materia delictual o cuasidelictual”, en el sentido del artículo 5, punto 3.º, del Reglamento Bruselas I, abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del artículo 5, punto 1.º, de dicho Reglamento».

⁷⁸ Consciente de este riesgo, el legislador de la UE incluyó en el Reglamento «Roma II» la llamada conexión accesoria [o cláusula de escape] –art. 4[3]– en virtud de la cual la *lex contractus* podrá, si es el caso, regir la responsabilidad extracontractual que pudiera derivarse de una relación contractual existente entre las partes. El objetivo es respetar la unicidad de la ley aplicable al contrato y al ilícito civil que pueda resultar de él [G. Garriga Suau, *op. cit.*, p. 53].

de la pista o por caída habiendo el esquiador adquirido previamente el forfait para ser remontado a la pista]⁷⁹.

34 En cuanto a la identificación de la jurisdicción en materia de accidentes de esquí, es innegable que concurren supuestos que, hipotéticamente, pueden dar lugar a pensar en una responsabilidad contractual, como sería el caso, p. ej., de los daños causados a un esquiador durante su transporte a la pista para que realice la práctica de esquí («accidentes impropios»). Estas situaciones podrían dar lugar al ejercicio de una acción declarativa de daños y de reclamación de indemnización fundadas en un mal funcionamiento de algún elemento de los remontes mecánicos, como un telesilla, telecabina, telesquí, telecuerdas o cintas transportadoras. Pero, en este contexto, los daños que puedan sufrir los esquiadores a causa de un accidente «propio» al esquiar desbordan el ámbito del contrato. La adquisición del forfait es la adquisición del título de transporte, contrato que se celebra entre la gestora con cada esquiador. A través de dicho contrato la estación de esquí se obliga a transportar al esquiador hasta el acceso a las diferentes pistas, lo que implica la existencia y el correcto funcionamiento de los remontes que permiten el acceso a las diferentes pistas sin sufrir daño alguno. Y si bien es cierto que existen estaciones que se componen de diferentes servicios de esparcimiento tales como áreas de descanso en las pistas, de la acomodación y pisado, señalamiento y balizaje de las zonas esquiabiles la estación no viene obligada por el título de transporte que permite el acceso a los remontes, sino que el contrato celebrado con la estación alcanza a su obligación de transporte a través de los remontes, entendiendo como tales los telesillas, las cintas transportadoras, los telecuerdas, telecabinas, teleféricos, funiculares y demás instalaciones cuya función sea la de remontar o transportar al esquiador, y de hacerlo de forma segura. En este sentido, la responsabilidad contractual que podría exigirse a la operadora es la del buen funcionamiento de dichos mecanismos. En consecuencia, los esquiadores son usuarios de los remontes, y la pregunta es inevitable: ¿es de aplicación el contenido de la sección 4 RBI *bis* y de su foro proteccionista del artículo 17.1(c) RBI *bis*? Dependerá, una vez más, de la calificación. Cuando el accidente trajese causa del mal funcionamiento del remonte y el título se hubiere adquirido directamente a través de un sitio web explotado directamente por la titularidad del propio gestor a través de un dominio correspondiente al Estado miembro del domicilio del esquiador podría concluirse afirmativamente. Sin embargo, en estos casos, el apartado 3.º de este art. 17 deja fuera al contrato de transporte del ámbito de aplicación de las normas de la sección 4.ª, salvo los que por un precio global ofrezcan una combinación de viaje y de alojamiento. En consecuencia, el transporte por cable de personas queda excluido del foro tuitivo del Reglamento por lo que la CJL se determinará por los foros ordinarios. Únicamente en el caso de haber adquirido un pack global, por un único precio, que combinara el forfait y el alojamiento entraría en

⁷⁹ G. Garriga Suau, *op. cit.*, p. 49.

juego el foro especial del art. 17 y la CJI vendría determinada por el art. 17.1(c) que exige que por parte del profesional se hubiere dirigido la actividad al Estado miembro del domicilio consumidor⁸⁰. Este trabajo no tiene por objetivo abordar los contratos de consumo de viajes combinados⁸¹.

35 En relación con el sector del conflicto de leyes, todavía hoy es incierto que la interpretación que el TJ está desarrollando en el sector del conflicto de jurisdicciones a propósito de los conceptos «materia contractual» y «materia delictual o cuasidelictual» pueda extenderse a las cuestiones de derecho aplicable. Por un lado, se ha de tener presente, en aras a garantizar la previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación del DIPr, el interés en lograr un régimen uniforme y coherente del Derecho de obligaciones (como establecen los cdos. 7 RRI y 7 RRII); pero, por otro lado, no debe olvidarse el diferente objeto de la calificación en el sector del conflicto de jurisdicciones y en el del conflicto de leyes que comporta que las categorías jurídicas utilizadas por las normas de CJI y las normas de conflicto sean diferentes, «más restrictivas en las segundas que en las primeras»⁸². En concreto, la delimitación de los

⁸⁰ Con los indicios indicados en el caso *Pammer* [ECLI:EU:C:2010:740] parece plausible pensar que si el titular de la estación de esquí ofrece sus instalaciones a perfiles poblacionales concretos tales como podría ser, p. ej., el caso de las estaciones de esquí españolas dirigidas en concreto a los esquiadores franceses a través de su página web con dominio francés, idioma, publicidad, números de teléfono; o casos de estaciones de esquí sitas en el Pirineo francés que dirijan el acceso a sus pistas para practicar la actividad deportiva como parte de un pack de viaje y alojamiento, p. ej., de manera concreta, a los esquiadores catalanes de la misma forma; el foro proteccionista del 17.1(c) estaría operativo. Ahora bien, puede ser frecuente que las condiciones del contrato que se formalice contengan cláusulas de sumisión expresa a la jurisdicción de unos órganos jurisdiccionales concretos, así como en relación con la ley aplicable. Sin embargo, los requisitos para que dichas cláusulas sean válidas, en estos supuestos concretos, el art. 19 RBI *bis* no deja duda al respecto, «únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos posteriores al nacimiento del litigio [...]», por lo que, en los casos que puedan enmarcarse en la protección de las normas de la sección 4 RBI *bis* (actualmente, las ofertas de forfait más alojamiento que se encuentran por Internet son infinitas. En efecto, el esquiador-consumidor, en estos casos, adquiere por un precio global los días de alojamiento y los días de forfait y sería un supuesto protegido por el foro tuitivo del Reglamento en materia de contratos celebrados por los consumidores). El concepto de «viaje combinado» se halla en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados [DOCE, L 158, de 23 de junio de 1990] que supuso la armonización en el ámbito europeo de dicho concepto. En España, la norma que traspuso la Directiva fue el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [BOE, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007]. Dicha norma define los «viajes combinados» como la combinación previa de, al menos, dos de los siguientes elementos: transporte, alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios al transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado, vendidos u ofrecidos en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia [art. 151].

⁸¹ Para más información sobre el tratamiento legal de los viajes combinados en el DIPr, *vid.* S. Feliu Álvarez De Sotomayor, «El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional privado», *CDT*, vol. 4, n.º 2, 2012, pp. 123-139].

⁸² G. Garriga Suau, *op. cit.*, pp. 53-54; J. S. Quéguiner, *op. cit.*, pp. 470-471.

conceptos «obligaciones contractuales» y «obligaciones extracontractuales» en el sector del conflicto de leyes resulta más controvertida o difícil de trazar en la llamada zona de solapamiento de responsabilidades en la que interactúan ambas dimensiones del Derecho de obligaciones⁸³. Piénsese, p. ej., en la complejidad que rodea a la responsabilidad civil cubierta por seguros de responsabilidad civil. Mediante el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a pagar al perjudicado la indemnización de los daños y perjuicios producidos por un hecho del que el asegurado es civilmente responsable⁸⁴. Hay que tener en cuenta, además, que su contratación es obligatoria cuando la responsabilidad es objetiva (actividades peligrosas). El seguro cubre la responsabilidad (contractual y extracontractual) del asegurado, por lo que la compañía aseguradora se obliga en los mismos términos que aquél frente a la víctima del daño. Los contratos de seguro, las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros están excluidos de este estudio pues su regulación va a depender del contenido y de los pactos del contrato entre la aseguradora y su asegurado⁸⁵. En cambio, esta tesis sí que aborda la acción directa de la persona perjudicada contra la aseguradora, en los casos en los que ésta sea posible, porque dicha acción se califica como extracontractual⁸⁶. Por contra, este trabajo no se puede ocupar (no es su objetivo) del régimen legal de la acción directa, legitimación, excepciones, el derecho de repetición del asegurador, prescripción de la acción, etc. El reconocimiento de la acción directa no ha estado exento de problemas llegado el momento de su aplicación con respecto al momento del nacimiento de la acción y a las excepciones oponibles. En relación con la primera problemática, la aseguradora está obligada en virtud del contrato de seguro, ya que tiene una responsabilidad contractual que nace del contrato. Y su asegurado está obligado a indemnizar en virtud de la deuda que nace de una responsabilidad extracontractual, porque ha contravenido el deber general de que nadie puede causar un mal a otro. Esta obligación se traduce en un empobrecimiento de su patrimonio cuya cobertura es objeto del seguro de responsabilidad. Entonces, ¿cuándo nace la acción directa? La respuesta no es unánime, sin embargo, se puede sostener que el momento en el que nace la acción es aquél en el que el perjudicado reclama, judicial o extrajudicialmente, la indemnización, es decir, cuando se hace uso de la acción directa, y ello porque es el momento en que se pone en marcha la garantía del seguro. En cuanto a las

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Art. 73 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE, n.º 250 de 17 de octubre de 1980).

⁸⁵ Cabe poner de relieve que, en España, no es obligatorio contratar un seguro de responsabilidad civil para practicar el esquí.

⁸⁶ Para reforzar la efectividad de la acción directa, el legislador español ha previsto el deber de manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro, así como su contenido (art. 76 LCS); (vid. *infra* nota 199; STSJCAT n.º 61/2017, 4 de abril; SSTS n.º 200/2015, 17 de abril; n.º 40/2009, 23 abril; n.º 268/2007, 8 marzo; n.º 1166/2004, 25 noviembre).

excepciones que la aseguradora puede hacer valer, se trata de saber cuáles son y si son las mismas que puede oponer frente a su asegurado. Son oponibles las que afectan a la existencia y validez del contrato de seguro, también la compensación, la prescripción y el pago, que son excepciones personales y oponibles por la aseguradora al perjudicado. En cuestiones de riesgo, la responsabilidad derivada de los accidentes de esquí no es objetiva y la ley no fija importes mínimos o máximos para las indemnizaciones. No tendría sentido que la aseguradora pudiera oponerse al pago del perjudicado alegando que el asegurado incurrió en culpa grave (imagínense que estaba esquiando bebido), pues es un caso de responsabilidad extracontractual, y, sin embargo, suele ser un riesgo excluido de las pólizas de seguro. Por tratarse de una excepción personal del asegurado no sería oponible, pero la aseguradora podría repetir contra su asegurado y causante del accidente, precisamente por ser un riesgo excluido en su contrato de seguro⁸⁷. Lo que está fuera de duda es que esta acción directa está sometida a las reglas del DIPr español en orden a determinar la CJI del litigio que pueda iniciarse con el ejercicio procesal de la misma.

36 De lo expuesto hasta ahora resulta que, en ocasiones, se producen accidentes de esquí en los que pueden concurrir ambos regímenes de responsabilidad civil, extracontractual y contractual, y por ello, la determinación de la regla concreta de DIPr aplicable dependerá de la calificación que se dé al supuesto. En un accidente de esquí por impacto, de un esquiador que ha accedido a la pista a través de la adquisición de un forfait y utilizando el remontador mecánico, contra una caseta de ventilación de la estación de esquí en el que el perjudicado impute la responsabilidad del hecho a la estación, en el plano internacional se deberá responder si la acción está organizada por las inobservancias de los derechos y obligaciones del contrato que vincula a las partes, a saber, por el contrato de transporte –o aceptando incluso el llamado *forfait* como un pase general de acceso a las pistas, principalmente de titularidad privada, y a los remontes–, lo que parece evidente que no sucede. Para resolver el fondo del asunto, no se requiere analizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues el litigio no viene motivado por ningún incumplimiento contractual sino, y ello habrá de determinarse, por la negligencia de la estación o del propio actor lo que lo sitúa en el terreno de la responsabilidad cuasidelictual o extracontractual. No hay necesidad de invocar el contrato para exigir la responsabilidad de la estación de esquí. La calificación del accidente es netamente extracontractual. Y así se ha direccionado la tesis que sigue a estas líneas. La calificación de los accidentes de esquí como materia civil extracontractual ha excluido el estudio de los accidentes clasificados como «impropios» y con ellos el contrato de

⁸⁷ I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, pp. 110-118.

transporte, de consumo o la prestación de servicios.

IV. El contenido de este trabajo

37 Con ánimo de no dejar nada en el tintero, sabiendo, por otro lado, que ello es inevitable, estas líneas preliminares han querido allanar el camino de la lectura de los capítulos sucesivos y evitar que el lector se formule preguntas, a las que el trabajo no ofrece, porque no es su propósito, respuesta[s]. El título de la tesis explicita que la misma se orienta al estudio del derecho internacional privado en el ámbito de los accidentes de esquí. Esto es, el objeto inmediato de este trabajo es el DIPr, el mediato es la responsabilidad civil extracontractual y el remoto son los accidentes de esquí. Es importante partir de la base que el trabajo que el lector tiene entre sus manos quiere tratar sobre el Derecho internacional privado, no sobre el Derecho de daños ni sobre Derecho comparado, si bien se hace imprescindible un paseo por los principales conceptos de la responsabilidad civil extracontractual, con especial referencia al Derecho español, pues, por un lado, los conceptos en esta materia se asemejan, en lo esencial, a los conceptos utilizados por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y, por el otro, no existe, hoy por hoy, un instrumento normativo de Derecho europeo en esta materia, por lo que se ha decidido tratar los conceptos propios de la responsabilidad civil extracontractual desde el Derecho español, si bien al abordar los accidentes de esquí se introducen algunas referencias al Derecho comparado. Es así como el primer capítulo de la tesis se aproxima a dichos conceptos en sede de responsabilidad civil extracontractual, porque son conceptos que, en lo fundamental, aparecen recogidos en los propios instrumentos europeos y convencionales [art. 15 RR II, art. 8 CLH71 y art. 8 CLH73]. A partir del régimen de responsabilidad civil extracontractual, la tesis analiza las peculiaridades de dicho régimen en lo referente a los accidentes de esquí, tanto en el sector de la competencia judicial internacional [segundo capítulo] como en el de la ley aplicable [tercer capítulo] cuando intervienen dos o más sistemas judiciales. El objetivo de la tesis es determinar, tras el estudio y el análisis pertinentes, si los instrumentos normativos vigentes son suficientes para resolver la problemática sobre la responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de esquí en los que concurre un elemento de extranjería. Sin prescindir del método histórico, la principal herramienta y método de estudio ha sido el análisis comparado tanto en su vertiente sustantiva como en la relativa al Derecho internacional privado. Para ello, se han empleado como herramientas básicas del trabajo el Derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia relativa a la materia estudiada. La dirección del trabajo camina del plano general al terreno particular; los capítulos se dividen en dos secciones, la primera de las cuales se ocupa de presentar el marco general sobre la cuestión, abordando diferentes situaciones y casos del derecho civil de daños, y la segunda, se focaliza en el tratamiento de los accidentes de esquí. La elección de partir de un marco general hacia el caso particular que

queremos tratar es el método idóneo para el presente trabajo, aunque ello implique, en ciertos casos, alguna reiteración.

CAPÍTULO I:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO MATERIAL CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL⁸⁸

SECCIÓN 1) LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO, PRESUPUESTOS, CRITERIOS DE IMPUTACIÓN, ACCIONES Y PRESCRIPCIÓN

I. La responsabilidad por daños: conceptualización

39 ¿Qué es la responsabilidad por daños? La responsabilidad es la sujeción de una persona, que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otra, a la obligación de repararle el daño que le ha causado⁸⁹. Esta responsabilidad se ha clasificado en contractual o extracontractual según suponga la transgresión de un deber de conducta impuesto por un pacto o contrato, o según responda a la idea de haber causado un daño a otra persona transgrediendo el deber genérico de abstenerse de realizar comportamientos lesivos para los demás. La separación de las obligaciones que nacen del acuerdo y las que tienen su origen en la culpa o la negligencia civil es

⁸⁸ Como se ha explicado en la introducción, el presente trabajo es una memoria para la obtención del grado de doctor de Derecho internacional privado, no de Derecho comparado ni de Derecho de daños. Sin embargo, parece claro que es imposible acercarse a la regulación y aplicación de las normas de Derecho internacional privado sin manejar con cierta soltura los conceptos de la responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, los contenidos en el art. 15 RR11 o en los arts. 8 CLH71 y CLH73. En el presente capítulo, con todo, el lector apreciará que la introducción a la responsabilidad civil extracontractual y a las principales nociones que la integran se hace especialmente en la sección primera del mismo, a partir del derecho sustantivo español. Ello es así por dos razones principales: en primer lugar, porque se trata de conceptos que son esencialmente los mismos que utilizan las legislaciones de nuestro entorno; y, en segundo lugar, porque no ha fructificado los tímidos intentos de unificar o armonizar el derecho europeo en esta materia. No por ello se omiten referencias a los principios que en este terreno imperan en el derecho europeo y a determinados aspectos regulados específicamente en otros ordenamientos jurídicos comparables al nuestro. En la sección segunda, la dedicada a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de esquí, es perceptible un incremento de la presencia del derecho comparado en la materia lo cual se explica por tratarse del objeto mediato de nuestro trabajo en donde es más necesaria la exposición de los diferentes regímenes de la responsabilidad civil existentes en el tema objeto del presente estudio.

⁸⁹ En el marco de un futuro Derecho europeo de daños, la cuestión sobre cuál debería ser la norma básica ilustra las dificultades de la armonización. Los principios de la legislación europea sobre daños sugieren una regla básica de responsabilidad y, así, en su art. 1:101 [1] establece que: «A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage» [la persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo]. Esta regla refleja lo que se pretende que sea una norma básica de un *ius commune* europeo. Pero nada más dice. Por su parte, la regla básica para el juez inglés en el campo de lesiones o daños personales es el agravio por negligencia. El juez alemán, sin embargo, tendrá en cuenta el art. 823 *BGB*, lo que implica o bien la vulneración de un derecho o el incumplimiento de una obligación de seguridad no escrita («*Verkehrspflicht*»). El juez francés, en casos de daños personales apenas se interesará por la responsabilidad por culpa, y para su regla básica saltará inmediatamente a la regla de la responsabilidad objetiva («*responsabilité du fait des choses*»). Se podría concluir que el sistema de la responsabilidad por culpa no difiere considerablemente, pero sí las áreas en las que la responsabilidad por culpa se aplica y el nivel o exigencia de diligencia requeridos [C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford, 2013, pp. 141-142].

de régimen jurídico. En el sistema de responsabilidad español, como se verá, domina la idea de la culpa del agente productor del daño. El art. 1902 CC indica que «el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». La responsabilidad descansa en la noción de la «culpa». La responsabilidad nacerá si se ha obrado mal causando un daño a otra persona y, por tanto, si se ha causado el daño con una conducta reprochable. El agente productor del daño no responderá si de las circunstancias del hecho resulta que no puede haber reproche («circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar», art. 1104 CC). La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil ha sido interpretada por la jurisprudencia al largo de los años y en consonancia con los cambios sociales y económicos⁹⁰.

40 La responsabilidad civil extracontractual presenta tres tipos de clasificaciones. En primer lugar, se distingue una responsabilidad subjetiva de una objetiva en el sentido de que la responsabilidad subjetiva se funda, en exclusiva, en la culpa; mientras que la objetiva, se produce con independencia de toda culpa o de otro factor de atribución. En segundo lugar, se distingue la responsabilidad directa de la vicaria. En la directa se impone la responsabilidad a la misma persona causante del daño, y es siempre una responsabilidad por hechos propios; en cambio, la vicaria se produce si el obligado al resarcimiento es una persona que no es el agente productor del hecho dañoso, y, en consecuencia, esta responsabilidad lo es por hechos ajenos. Y, en tercer lugar, se distingue la responsabilidad principal de la subsidiaria de acuerdo con el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables, siendo exigibles, en primer término, la responsabilidad principal y, en caso de que ésta no exista o no se cumpla por el responsable principal, se exigirá la subsidiaria⁹¹.

41 Para comprender el sistema de responsabilidad civil que puede derivarse de un accidente de esquí, primero se tratarán los presupuestos que han de concurrir para que exista dicha responsabilidad: la acción o la omisión, la antijuricidad, la culpa (aunque, como se verá se admiten otros criterios de imputación de la responsabilidad), el daño y el nexo causal; para después, abordar, en concreto, el sistema de la responsabilidad civil [extracontractual] que deriva de un accidente de esquí.

⁹⁰ De este modo, y como se verá en los siguientes párrafos, se acude a los expedientes de presunciones de responsabilidad, de la inversión de la carga de la prueba, se flexibiliza el requisito de la causalidad entre el daño y su hecho productor y, todo a fin de resguardar la idea de que la víctima ha de ser indemnizada y, que a veces, en casos complejos, no se le puede exigir que ella sola pruebe la culpa del autor de la acción dañosa (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, pp. 307-317).

⁹¹ *Idem*.

II. Presupuestos de la responsabilidad civil en el sistema español: la acción u omisión, la antijuricidad, la culpabilidad, el daño y el nexo causal

a) Acción u omisión. Antijuricidad

42 El comportamiento⁹² como acto humano es el punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil, acción u omisión, que puede considerarse de alguna manera como causa del daño. La acción es clara de identificar. También lo es el hecho de no actuar con intención de dañar, y, así, omitir un deber impuesto por la ley es supuesto de omisión y causa clara de un posible daño. Además, y aunque no sea *a priori* tan evidente, se debe considerar como presupuesto de responsabilidad civil, la omisión de una «conducta normalmente exigible» que no se ha dado. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no se exige que el comportamiento que causa el daño sea ilícito, lo que se exige es que en la acción u omisión intervenga o concurra cualquier género de culpa o negligencia. También se exige que el comportamiento tenga un carácter antijurídico. En este escenario, la antijuricidad consiste tanto en la violación de normas que imponga una conducta (v. gr., la empresa explotadora de la pista de esquí ha de cumplir las disposiciones sobre la protección de los elementos contra los que previsiblemente pueda impactarse para evitar el daño), como en la contravención del principio *alterum non laeder*, que es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él; es fuente de una serie de deberes que obligan a todos a comportarse respecto de terceras personas con la corrección y la prudencia necesaria para que la convivencia sea posible. Por ello, es perfectamente posible que incluso el ejercicio del propio derecho, cuando se abusa del mismo, ejerciéndolo de forma excesiva, cause un daño resarcible. En consecuencia, el daño que pueda producirse como consecuencia del ejercicio de un derecho no está legitimado en los casos en que dicho ejercicio pueda calificarse de abusivo⁹³. Sin embargo, cabe tener en cuenta que la antijuricidad en si misma nada añade al comportamiento, porque hasta que no se haya producido el daño nada hay que indemnizar. La antijuricidad del daño (el daño que no hay por qué soportar) traerá consigo la antijuricidad de la actuación, que no ha de confundirse con la culpabilidad que es uno de los posibles criterios de imputación de la responsabilidad. Así las cosas, la antijuricidad es un presupuesto de la responsabilidad, pero no el único, pues puede ocurrir que, siendo el daño y, por tanto, el comportamiento antijurídico, si falta culpabilidad, el agente no tendrá que

⁹² Para que exista responsabilidad civil será necesaria la concurrencia de un comportamiento (acción u omisión) que haya producido un daño. El daño y la acción o la omisión han de estar ligados por un nexo causal, es decir el daño ha de ser efectivamente resultado del comportamiento y ha de poderse imputar la responsabilidad a la persona demandada por culpa o negligencia (L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, pp. 301-317).

⁹³ L. Díez -Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, *idem*.

responder por el resultado dañoso; p. ej., cuando un accidente se produce por causa inevitable. Por el contrario, si en la misma situación se utilizase el criterio de responsabilidad objetiva, el sujeto agente sí tendría obligación de indemnizar por el resultado dañoso, aun no concurriendo la culpa.

b) Responsabilidad por hecho ajeno

43 El Código civil en su art. 1903 establece que la obligación que impone el artículo anterior es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los progenitores son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien prestan apoyo, siempre que convivan con ella⁹⁴. Los dueños o directores de un establecimiento o empresa lo son igualmente respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro desarrollando actividades escolares o extraescolares complementarias⁹⁵. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las

⁹⁴ Párrafo añadido al art. 1903 CC tras la entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [BOE, n.º 132, de 3 de junio de 2021, pp. 67789-67856].

⁹⁵ El capítulo 6 de los Principios europeos de la responsabilidad civil trata sobre la responsabilidad por otros, en particular, se refiere a la responsabilidad por hechos causados por los menores o discapacitados (art. 6:101) y, por los causados por los auxiliares en ejercicio de sus funciones (art. 6:102). En materia de responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos, el *Common Law* ha partido, tradicionalmente, que la relación con el progenitor no es suficiente para fundamentar el deber de responder, sino que, la regla es que los padres no responden por los hechos de sus hijos, a menos que se trate de un supuesto de responsabilidad por hecho propio, es decir, que el daño causado por el menor sea imputable a una conducta negligente del progenitor que, por lo demás no se presume. En cambio, dispone de un régimen muy desarrollado de responsabilidad por los hechos de los dependientes, que se formula como responsabilidad vicaria, es decir, que no requiere la culpa del empresario o principal. El Derecho alemán, por el contrario, regula de modo paralelo la responsabilidad de los empresarios y la de los padres. Ambos responden por culpa, que se presume, si bien se admite, tanto en la teoría como en la práctica de los tribunales, la prueba en contrario. Finalmente, el Derecho francés, de un modo todavía más acusado que el Derecho español, establece una pluralidad de regímenes de responsabilidad por hecho ajeno que ha sufrido una tendencia objetivadora que provoca que, en algunos casos, la prueba de la diligencia resulte ilusoria. Por su parte, el Derecho holandés, en el ámbito de la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores, establece diversos niveles de responsabilidad de los padres según la edad del hijo causante del daño (M. Martín Casals, «Una primera aproximación a los Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret*, Barcelona, 2/2005, mayo, pp. 17-18).

personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño⁹⁶. En materia de accidentes de esquí, se pueden encontrar casos en los que las personas causantes del daño sean menores de edad y deban responder sus progenitores, tutores, el colegio, los profesores o los entrenadores en los casos en los que concurra su deber de supervisión o vigilancia y se determine su actuación negligente⁹⁷. De este modo, se establece un sistema de inversión de carga de la prueba que favorece a la víctima, sobre todo si, como es regla deducida implícitamente de las decisiones jurisprudenciales, se exige rigurosamente la prueba de descargo. Por tanto, esta responsabilidad por hecho ajeno se establece como una presunción *iuris tantum* de culpa del que debe responderse por otro. Las personas enumeradas en el art. 1903 CC responden directamente, no se trata de una responsabilidad subsidiaria del autor del hecho dañoso. Lo que se crea es una derivación de responsabilidad más allá del autor propio del evento dañoso, creando un litisconsorcio pasivo necesario entre la persona causante del daño y aquella otra que tenía una directa obligación de vigilar que el causante del daño debía tener una conducta correcta en su actuación, siendo la inexistencia de ese control la razón directa o indirecta de la causación del daño. Y se dice directa o indirecta porque no hace falta que la persona superior haya tenido intervención directa en el daño, sino que la responsabilidad civil haya nacido de su posición pasiva. Y precisamente lo que se permite o, mejor dicho, se exige a la demandada es que esté en condiciones de acreditar que ha tenido una actuación positiva, o de acción, probando en el proceso civil que ha vigilado a las personas que de ella dependen, y que, si aun así se ha ocasionado el daño, no puede imputarse en su deber que el evento dañoso se causó por esta omisión en la implementación de las medidas de vigilancia adecuadas. La carga de la prueba se traslada, así, una vez más, a la demandada para acreditar este extremo debiendo probar la actora-reclamante-perjudicada tan solo la existencia del daño, su cuantificación y la relación que hace derivar esta responsabilidad del art. 1903 CC; y la demandada la existencia de una diligencia debida en su actuación que ha hecho imposible evitar la causación del daño al haber adoptado todo tipo de

⁹⁶ En el capítulo tercero de este trabajo se tendrá ocasión de abordar la ley aplicable en casos de accidentes internacionales; y, en casos de responsabilidad extracontractual es importante tener en cuenta que, según la persona a quien se atribuya la responsabilidad, la ley aplicable puede variar porque, como se verá, si ambas personas comparten lugar de residencia habitual común se aplicará la legislación resultante del art. 4[2] RRII, si no comparten residencia regirá el litigio la ley del lugar del daño (*lex loci delicti commissi*, 4[1] RRII).

⁹⁷ En el accidente que se produjo en Andorra en el año 2009 durante un viaje organizado por una Parroquia de Lleida [SAP Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre, *infra* nota 615] una menor de edad embistió a otra esquiadora que estaba parada al lateral de la pista y le causó graves lesiones. En este supuesto, se pretendió la responsabilidad de los progenitores de la menor y del cura de la Parroquia que organizó el viaje y que se encontraba al frente de la excursión, sin embargo, la resolución al considerar prescrita la acción en base a la ley andorrana que se estimó –erróneamente– como la aplicable al litigio, no entró a valorar la actuación de las demandadas en el hecho dañoso.

medidas posibles para que este no se produjese⁹⁸. En relación con la responsabilidad de los menores de edad, los sistemas del *common law* representan la línea en la que la culpa del guardador o del supervisor ha de probarse. En los sistemas greco-romanos o de *civil law*, como el español, se presume la culpa de la persona supervisora

⁹⁸ Así, la STS n.º 315/2010, de 1 junio 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2652], reconoce que en estos casos se comprenden todos aquellos supuestos en que la persona a quien se imputa la culpa «*in vigilando*» tiene o se reserva la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otra, cuando existe «un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades de impartir órdenes e instrucciones a la otra». Y lo que importa es si ello incide en el círculo de actividad en que se produjo el ilícito dañoso. Con ello, los presupuestos son: 1.º) *relación de dependencia del autor del daño con la entidad de la que depende*. Recuerda el TS, Sala Primera, de lo Civil, S. n.º 269/2010, de 14 mayo 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2287], que se debe partir de lo que la doctrina jurisprudencial exige para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en el art. 1903 CC: la existencia de una relación de dependencia entre la persona agente y aquella a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad por acción o por omisión del agente, y la falta de prueba de haberse empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso, dependencia que no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas. 2.º) *Nexo causal entre la actuación productor del daño y la omisión de la obligación de control del superior jerárquico*. La responsabilidad que estamos analizando se produce en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, que produce el resultado dañoso, susceptible de generar una responsabilidad civil por el hecho de otra persona, en aplicación del art. 1903 que presupone una presunción de culpa. 3.º) *La presunción de culpa solo desaparece con la prueba de que el superior jerárquico adoptó las medidas de control y vigilancia para evitar el daño*. Esta responsabilidad únicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Pero para apreciar el grado de esa prueba que se le exige al superior hay que recordar lo que el art. 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil denomina «el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión», es decir, que no se trata de una persistente actitud de los supervisores que llevaría a hacer siempre responsables a estos de cualquier conducta, sino de la prueba del mínimo control preciso para no dar la impresión o imagen de una absoluta omisión de control de sus dependientes. En la filosofía de la reforma del Código penal por la LO 5/2010 y redacción del art. 31 *bis* CP, se sitúa esta necesidad de que no exista una abstención de los directivos respecto de sus empleados, sino que deben existir unas pautas de lo que se debe hacer, tanto en la implementación de códigos de conducta como en la supervisión de que estos se aplican. 4.º) *Hay que analizar caso por caso para apreciar qué tipo de control puede y debe exigirse a los superiores para que no se les derive responsabilidad por conducta omisiva*. Indudablemente, no puede generalizarse este tipo de responsabilidad por *culpa in vigilando*, sino que hay que estudiar cada caso en concreto, porque es preciso concretar el grado del riesgo de que ese evento dañoso se produzca y las medidas que han implantado los superiores para evitar que sus dependientes causen daños a terceras personas. Por ello, habrá que apreciar en cada caso ese riesgo de causación de daño que será mayor o menor atendiendo a la tipología o características de cada empresa. Así, como señala la STS n.º 420/2007, de 30 marzo 2007, [ECLI:ES:TS:2007:1972], se da la responsabilidad derivada que acoge el art. 1903 CC en relación con el 1902 CC, al obligarse no sólo por los actos propios sino por las de aquellas personas de las que se debe responder, por existir culpa «*in eligendo*» e «*in vigilando*» en la creación del riesgo y que se acredita por un actuar no ajustado a las circunstancias del caso concreto. El grado de prudencia, diligencia y extrema atención para evitar la causación de daños y perjuicios dependerá, pues, del objeto de cada empresa o institución, lo que presupone la adopción desde el principio de las garantías y medios precisos y eficaces para prever y eludir situaciones que deriven en la existencia de un daño (V. Magro Servet, «Responsabilidad por culpa *in vigilando*», *Revista de jurisprudencia*, n.º 2, 21 de noviembre de 2013).

[progenitores, tutores, centros escolares...]⁹⁹, si bien, como se ha explicado, se les permite descargarse si prueban que emplearon la diligencia debida. En el aula de un centro escolar, una niña, de tres años, jugando con su diadema que llevaba para sujetarse el pelo introdujo uno de sus extremos en el ojo derecho de otra niña lo que le provocó la pérdida del globo ocular. En consecuencia, sus progenitores ejercitaron la acción de responsabilidad extracontractual contra el centro escolar y su compañía aseguradora afirmando la intervención material en los hechos de otra alumna menor de edad, compañera de la lesionada [ex. art. 1903[5] CC] y la insuficiencia de vigilancia procurada al grupo de alumnos de tres años [ex. arts. 1903[4] CC y 1902 CC]. De la prueba practicada se conoció que la clase estaba formada por unos veinte niños y que estaba bajo la supervisión de dos profesoras. En el momento del accidente una profesora se hallaba ausente del aula y la otra no presencié los hechos. Ante la falta de prueba de cómo ocurrió el hecho, no pudo calificarse de imprevisible, sino de hecho dudoso, incierto, que la demandada no pudo explicar, por lo que la falta de prueba jugó en su perjuicio [art. 217[1] y [6] LEC]. No se acreditó que las niñas estuvieran vigiladas o supervisadas por lo que la Audiencia de Madrid estimó que el centro escolar incurrió en responsabilidad extracontractual [art. 1903[5] y [4] CC en relación con el art. 1903[6] CC y 1902 CC]¹⁰⁰.

c) La diligencia exigible

44 La jurisprudencia española actual viene regida por la aplicación del art. 1902 CC y sus concordantes y se produce una inversión de la carga de la prueba de la culpa en cuya virtud solo la demostración de una actuación diligente libera a la demandada de responsabilidad. La actuación ilícita puede también dar lugar a la obligación de reparar el daño cuando el agente no sea suficientemente diligente en el control del alcance y consecuencias de sus actos, considerándose su actuación culpable, en el caso de no haber agotado todas las medidas tendentes a la evitación del mal, más allá de las reglamentariamente exigidas. La diligencia relativa a la persona demandada en la prevención o evitación del daño debe ser valorada casuísticamente. La regla del art. 1104 CC «la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar» se aplica a la responsabilidad extracontractual del art. 1902. En la culpa, el elemento intelectual del dolo [previsión efectiva] queda sustituida por el de «previsibilidad», o sea, la posibilidad de prever, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente: no se ha querido efectivamente el efecto, pero debió mostrar mayor diligencia para evitarlo. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de su evitabilidad.

⁹⁹ A. Tunc, «Torts», *International Encyclopaedia of Comparative Law*, en la edición de André Tunc, vol. XI, cap. I, 1986, p. 29.

¹⁰⁰ AP Madrid [secc. 14.ª] sentencia n.º 672/2005, de 27 de octubre de 2005 [ECLI:ES:APM:2005:11492].

La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso. La medida de la diligencia exigible es variable para cada caso, según el art. 1104 CC, dependerá de la naturaleza de la obligación y ha de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Según el mismo artículo, cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia. Es, pues, una medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto. Exigible según las circunstancias es la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a una persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. Según este criterio objetivo, ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos. Al respecto no es, pues, decisivo la individualidad del productor del daño, sino las circunstancias que determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela. El art. 1103 CC concede a los tribunales la facultad de moderación de la responsabilidad en función de la diligencia, que es un criterio de valoración de la culpa civil. Además, ha de tenerse en cuenta el aspecto subjetivo: si la persona que obra le es posible prever las circunstancias del caso concreto¹⁰¹. Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil que adoptan una noción objetiva de la culpa toman como patrón la conducta que debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. El estándar es, pues, el de «una persona razonable que se halla en las mismas circunstancias». El art. 4:102 PETL indica los elementos que deben ser tenidos en cuenta para determinar dicho estándar de acuerdo con las circunstancias: la naturaleza y el valor protegido de que se trate, la peligrosidad de la actividad, la previsibilidad del daño y la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos de alternativos¹⁰².

45 En el sistema legal inglés, el requisito para una conducta negligente no es el

¹⁰¹ Se adopta la teoría del riesgo, asimilada a la «*cuius commoda eius incommoda*» cuando el daño se produce como consecuencia de la actividad peligrosa realizada por el agente [AP Lleida (secc. 2.ª) sentencia n.º 36/2006, de 31 de enero de 2006, ECLI:ES:APL:2006:117, FJ. 3].

¹⁰² El art. 4:102 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil: [1] que «el estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos». [2] Que «el estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla». [3] Que «al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta».

deber de diligencia, sino el incumplimiento del deber. La prueba se centra en determinar si la parte demandada ejerció suficiente cuidado hacia la parte actora. El incumplimiento del deber se establece, por lo general, y como han adoptado también los Principios, con la de un «hombre razonable»¹⁰³. En Alemania, el § 276 I *BGB* califica la exigencia de la culpa [*Verschulden*] como dolo [*Vorsatz*] o como negligencia [*Fahrlässigkeit*]. El § 276 II *BGB* define la negligencia como una conducta contraria al cuidado requerido en la sociedad. Por su parte, el sistema legal francés exige una *faute* para establecer la responsabilidad. La doctrina ha desarrollado dos formas de entender la *faute*: o se la considera como un incumplimiento de una obligación preexistente o es una conducta que no cumple con el estándar de *le bon père de famille*. Estos dos métodos, generalmente, se han considerado complementarios¹⁰⁴. En el sistema español «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia» [art. 1104 CC].

d) El daño

46 El daño es un elemento imprescindible para que se aprecie la responsabilidad civil. El daño tiene que ser cierto y ha de ser probado. En materia de responsabilidad extracontractual son indemnizables tanto los daños patrimoniales como los personales (físicos o psíquicos). La jurisprudencia es constante en alegar que no basta la realización de un acto u omisión culpable, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio, a cargo del perjudicado, así como la de la extensión y alcance del daño. La clasificación de los daños en atención al objeto o bien agredido es confusa. Daños personales, morales, corporales, materiales, patrimoniales directos, patrimoniales propios, morales impropios, continuados, duraderos, inmediatos, diferidos, mediatos, etc. Cada uno de estos vocablos tiene su significado, pero a su vez cada uno tiene sus zonas de intersección con los demás, provocando una serie de clasificaciones cruzadas. Es común en la doctrina moderna utilizar las expresiones «daño directo» y «daño indirecto»¹⁰⁵ para designar, respectivamente, los daños que son consecuencia inmediata y directa del

¹⁰³ La descripción clásica de esta persona es la de Alderson B en *Blyth v. Birmingham Waterworks*, decidido en 1856: «negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would do not» [C. van Dam, *op. cit.*, p. 230].

¹⁰⁴ C. van Dam, *op. cit.* pp. 232-233.

¹⁰⁵ La diferenciación entre «daño directo» y «daño indirecto» es crucial para comprender el concepto de daño [conflictual] que exigen los reglamentos europeos de competencia judicial internacional y de ley aplicable que se analiza en los próximos capítulos de este trabajo.

incumplimiento obligacional o, los que solo son consecuencia mediata o de rebote¹⁰⁶. En efecto, también se alude a los daños directos cuando quien reclama su reparación o compensación es precisamente la persona que directamente los ha padecido en su persona o bienes. El daño indirecto o de «rebote»¹⁰⁷, en cambio, lo sufren los deudos y allegados de la persona, p. ej., fallecida a causa del comportamiento con resultado dañoso.

47 El art. 1106 CC establece que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». No hay duda de que el precepto se aplica también en el ámbito extracontractual, pues el patrimonio de la víctima puede experimentar, junto al menoscabo de un interés que ya formaba parte del patrimonio, que es conocido y que se puede acreditar con facturas (daño emergente), la privación de algo que habría llegado a formar parte si el evento dañoso no hubiera tenido lugar (lucro cesante)¹⁰⁸. No hay que equiparar el daño emergente con el daño actual ni el lucro cesante con el daño futuro, pues puede existir daño emergente actual y futuro y lucro cesante actual y futuro¹⁰⁹. Así, en un accidente de automóvil con lesiones corporales será daño emergente actual el coste de reposición de un automóvil de características similares al destruido y los gastos que se hayan asumido del hospital, médicos y farmacia, y será lucro cesante actual los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia; y hasta el hecho de que el transportista hubiera que tener el vehículo parado durante dos años

¹⁰⁶ M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 9.ª ed., Madrid, Dykinson, 2023, p. 191.

¹⁰⁷ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 191-193.

¹⁰⁸ No hay que confundir el lucro cesante con la pérdida de oportunidades. En el lucro cesante se está delante de una situación certera por parte del sujeto que le permitía esperar unas ganancias en el futuro (daño directo), en la pérdida de oportunidades no tenemos esta certeza [M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 193-194].

¹⁰⁹ El daño actual o presente lo constituye el momento del análisis que hace la resolución que lo declare y es el daño alegado y probado. Además, puede ocurrir que, como resultado del análisis retrospectivo, se declare que en el futuro acaecerán otros daños, estos son los daños futuros, que no deben confundirse con los daños sobrevenidos. En el daño futuro, por ejemplo, una secuela permanente que exigirá de la víctima un desembolso constante para su tratamiento médico, unos gastos que se sabe con seguridad y ahora, que deberán pagarse en el futuro. Los llamados daños sobrevenidos o daños nuevos, en cambio, son aquellos que, guardando relación de causa a efecto con el evento dañoso primitivo, se manifiestan con posterioridad a la resolución y sin que ésta pudiera tenerlos en cuenta. P. ej., sería el caso de una dolencia física que, habiendo sido evaluada en toda su magnitud, se agrava con posterioridad, produciendo una secuela añadida [M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 188-190].

cuando constituye su medio de vida¹¹⁰. Desde el punto de vista de las consecuencias o de los efectos de la actuación dañosa, distinguimos daños mediatos y daños inmediatos. Hay daños que son consecuencia inmediata del actuar del agente y daños que son consecuencia mediata, indirecta o remota, aunque de hecho más que un problema de tipología de daños es un problema de causalidad.

48 Junto a los daños patrimoniales que recaen en la esfera de los bienes y derechos que integran el patrimonio, hay daños no patrimoniales que carecen de notas pecuniarias. Dentro de éstos, hay daños no patrimoniales no personales (los infligidos a la persona jurídica) y daños no patrimoniales personales, que incluyen por un lado los daños corporales y por el otro, los daños morales¹¹¹. Como quiera que los daños corporales (físicos) pueden tener consecuencias pecuniarias (gastos médicos y paramédicos realizados, de farmacia, de rehabilitación, de entierro y funeral, pérdida de rentas, ganancias y hasta de oportunidades) y no pecuniarias (dolor físico, perjuicio estético, perjuicio sexual, pérdida de agrado, etc.), el daño corporal es el conocido como daño material o patrimonial frente el daño moral (psíquico). Así, desde el punto de vista de las consecuencias, los daños son materiales o morales, nomenclatura utilizada explícitamente por el art. 113 CP «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros»¹¹². De este modo, los intentos para dar un tratamiento uniforme a daños corporales semejantes han llevado a introducir tanto en las legislaciones nacionales como en el Derecho europeo, la indemnización por pérdida de ganancias presentes y futuras, teniendo en cuenta los elementos conocidos y los previsibles¹¹³.

49 Pensando en el daño moral en sentido estricto, éste constituye uno de los problemas más tradicionales y controvertidos del Derecho de la responsabilidad civil.

¹¹⁰ Así, p. ej., la STS n.º 48/2013, de 11 de febrero [ECLI:ES:TS:2013:343], en la que el recurso de casación que formulan D. Valeriano y Transportes Ángel Contreras, S.L. trae causa del accidente de tráfico sufrido el día 9 de diciembre de 2002 y, en particular, de la indemnización relativa a tres partidas indemnizatorias: valor venal, lucro cesante y otros gastos generados y ocasionados como consecuencia del accidente, referidos a gastos de agricultura, gastos de depósito, entre otros, generados a resultas del mismo. La parte recurrente esgrime la vulneración del art. 1106 CC al considerar que la sentencia dictada en segunda instancia ha infringido el espíritu y contenido de la diferente normativa aplicable sobre indemnización, no solo por daños y perjuicios, sino también por las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante o paralización del vehículo).[...] De aquí el Tribunal diga que, ponderando todos los factores concurrentes, se considere prudencial la cantidad de 24.879 euros como correspondiente al beneficio dejado de obtener durante un periodo de tres meses en que razonablemente se pudo adoptar alguna solución relacionada con la reanudación de la actividad de transporte.

¹¹¹ E. Vicente Garrido, *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 51-52.

¹¹² M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 195.

¹¹³ Métodos de cálculo en Elena Vicente, *cit.*, pp. 280 y ss., que cita el principio 6.º de la Resolución n.º 75 del Consejo de Europa, de 14 de marzo de 1975 sobre la necesidad de reparar (M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, *idem*).

El Código civil nada dice del daño moral, si bien los códigos penales siempre le han prestado atención. El art. 113 CP obliga a indemnizar los perjuicios morales. La ciencia jurídica ha tenido serias dificultades para admitir la indemnización de unos daños que, como los morales, «se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados»¹¹⁴. No en todos los sistemas jurídicos existe una predisposición al reconocimiento del daño moral como daño resarcible. Por ejemplo, en Alemania, el § 253 BGB establece que «por razón de un daño que no es patrimonial solo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos en la ley». Un criterio que también sigue el art. 2059 del Código civil italiano¹¹⁵. El daño moral es aquel daño que no es patrimonial, «que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado»¹¹⁶.

50 En relación con la valoración y reparación del daño (en el ámbito de la responsabilidad civil) el Código civil establece que es a cargo de la persona causante «la reparación de daño causado». En el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto* de los arts. 110 a 115 CP se recoge la restitución, reparación del daño y la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, conceptos que hay que entender unificados en el art. 1902 CC presidido también por el principio de reparación integral del daño. El término *reparar* exige, en primer lugar, buscar la reparación «*in natura*», esto es, que se adopten las medidas necesarias para que la situación de hecho retroceda a cuando aún no se había producido el daño, por lo que podría discutirse si la víctima es totalmente libre para decidir si reclamar la reparación o restauración o, ya desde el principio pedir una indemnización compensatoria, que, en caso de que la reparación no sea posible, es la única opción. En este sentido, el criterio que se ha acogido en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil es establecer la indemnización compensatoria como remedio principal¹¹⁷ y otorgar a la persona

¹¹⁴ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁵ «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

¹¹⁶ Martín Casals y Solé Feliu [2003] citados por M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁷ Art. 10:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Naturaleza y objeto de la indemnización. «La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño». A pesar de esta última finalidad, lo cierto es que fuera de lo previsto por el art. 2:104 PETL [que establece la resarcibilidad de los gastos preventivos], los Principios no autorizan indemnizaciones con efectos puramente preventivos. En la determinación de las cuantías indemnizatorias podrá tomarse en cuenta el argumento preventivo para que no resulte más barato infringir un derecho que adquirirlo legítimamente, pero, los Principios no se pronuncian sobre la

dañada la posibilidad de reclamar la reparación en forma específica en la medida en que sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte¹¹⁸.

51 Por lo que se refiere a la valoración del daño, en ocasiones resulta complicado, sobre todo ante daños extrapatrimoniales o morales, ya que «los criterios para la estimación de un daño moral son siempre discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación»¹¹⁹. La jurisprudencia declara que el daño moral ha de valorarse por los juzgados de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, y en atención solo a las circunstancias y necesidades del caso concreto. Los daños corporales son también difíciles de valorar teniendo en cuenta que además del dolor físico, se incluye la pérdida de miembros, el daño sexual y el perjuicio estético. La pauta que se sigue para con los daños personales causados por accidentes de la circulación de vehículos a motor, por ejemplo, fueron unos criterios meramente orientativos establecidos por la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991. Posteriormente la Disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1985 de Ordenación y Supervisión de los seguros privados dio una nueva redacción al artículo 1(2) del Texto refundido del Real Decreto Legislativo 632/1968 de la Ley de Uso y circulación de vehículos a motor, que pasó a llamarse entonces «Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor» y, que, estableció que «los daños y perjuicios causados a las personas comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley»¹²⁰. La STC n.º 181/2000¹²¹ concluyó la constitucionalidad de la norma tras varias cuestiones de constitucionalidad al entenderse que no respondía a la

posibilidad de absorción de ganancias como elemento a tener en cuenta en la indemnización porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos esta cuestión pertenece a otras áreas del Derecho como, p. ej., el enriquecimiento injusto, y ello, a pesar de que, en ocasiones, puedan concederse *restitutionary damages*). Además, al guardar silencio sobre otras cuestiones, el precepto rechaza implícitamente las indemnizaciones simbólicas existentes p. ej., en el Derecho francés o en el inglés, así como las indemnizaciones punitivas existentes tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano, aunque con distinto alcance (M. Martín Casals, *loc. cit.*, p. 19). Por otra parte, y se verá más adelante, el cdo. 32 del Reglamento «Roma II» dispone que «la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro».

¹¹⁸ Art. 10:104 Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Reparaciones en forma específica. «En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte».

¹¹⁹ R. De Ángel Yágüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 662.

¹²⁰ Hoy, vigente el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor [BOE, n.º 267, de 5 de noviembre de 2004].

¹²¹ STC n.º 181/2000, de 29 de junio [ECLI:ES:TC:2000:81].

finalidad de la reparación íntegra del daño. El anexo denominado «sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» fue modificado por la Ley 34/2005, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, y, por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre¹²². Este sistema legal de valoración de los daños personales ha ido más allá de la responsabilidad civil por los daños causados a las víctimas de accidentes de circulación y se aplica en otros ámbitos con carácter orientativo, entre ellos, en el ámbito de los daños derivados de accidentes de esquí, lo cual es relevante en nuestro estudio. Se aplica también el baremo de forma orientativa en la vía penal con relación a las lesiones o muerte en que se aumenta la cuantía un veinte o treinta por ciento por la concurrencia del dolo. Así, por ejemplo, en la práctica judicial es recurrente que se impugne la valoración de los daños cuando es superior a la valoración según el baremo por entender que éste, aunque es solo orientativo y no de aplicación obligada en los accidentes de esquí, ha de tenerse en cuenta¹²³. Los tribunales consideran la aplicación de los criterios cuantitativos del baremo para el cálculo de indemnizaciones en ámbitos distintos de los accidentes de circulación sustentando este uso orientativo en razones como la igualdad de trato, la seguridad jurídica o la predictibilidad de los pronunciamientos judiciales. Así pues, dependerá de cada caso y de la diferencia de valoración que hagan las partes en relación con aquella que surja de la aplicación estricta del baremo y de sus fines. Con todo, es usual que los tribunales escojan el sistema establecido en el baremo¹²⁴.

52 Por su parte, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil recogen en su art. 10:103 el principio de la *compensatio lucri damno* al establecer que para determinar la cuantía de la indemnización «deben tenerse en cuenta los beneficios que el daños ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio». Dicha inclusión se debe a la idea de que la indemnización debe compensar a la víctima, no enriquecerla, y, lo sujeta a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, el beneficio obtenido debe tener una relación de causalidad con el hecho dañoso, y, en segundo lugar, la deducción que comporta tener en cuenta este beneficio ha de ser compatible con su finalidad. Con

¹²² D. Palacios González, *Responsabilidad civil y Derecho de daños tras las reformas legislativas de 2015*, I. García Presas (coord.), col. Derecho civil, 2.ª ed., ed. Juruá, 2016, pp. 50-51.

¹²³ «La utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización» [STS n.º 141/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:807, FJ 7].

¹²⁴ «Para el cálculo de la indemnización se ha utilizado el Baremo con carácter orientativo» [SAP Huelva, secc. 2.ª, n.º 22/2017, de 31 de enero, ECLI:ES:APH:2017:42, FJ 2.4].

carácter general, se puede afirmar que la finalidad de todo beneficio será proporcionar ayuda económica a la víctima, no liberar de responsabilidad del causante del daño, por lo que, si bien la deducción debe evitar el enriquecimiento de la víctima también debe evitar el beneficio del causante del daño. Los Principios distinguen los daños patrimoniales de los daños no patrimoniales, y, en esencia, los patrimoniales pueden derivar bien de daños corporales o de muerte (art. 10:202 PETL), o bien, de la pérdida, destrucción o daños en las cosas (art. 10:203 PETL). Respecto de los daños no patrimoniales (art. 10:301 PETL), los Principios adoptan un punto de vista amplio, más cerca de la tradición española que de las limitaciones que han caracterizado aquellos sistemas tradicionalmente más restrictivos como el sistema alemán que solo autorizaba la indemnización del daño moral en los supuestos específicamente previstos por la ley, y excluía la posibilidad de indemnización del daño moral en el marco de regímenes de responsabilidad objetiva. La reforma del derecho de la responsabilidad civil permitió, con carácter general, la indemnización del daño moral no solo en supuestos de responsabilidad por culpa sino también en los de responsabilidad objetiva, tanto si se trata de responsabilidad contractual como extracontractual, siempre que derive de un daño corporal, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, además de los casos en que la ley lo prevea (§ 253 I BGB)¹²⁵. Por otro lado, la mayoría de ordenamientos jurídicos, como p. ej., Bélgica, Francia o España, otorgan la posibilidad de indemnización a los allegados de la víctima de un accidente mortal o de una lesión muy grave; y en este sentido, los Principios también recogen dicha posibilidad¹²⁶.

53 El daño ha de ser probado. El daño es uno de los hechos constitutivos de la pretensión y como tal debe ser probado por la parte demandante conforme a lo dispuesto por el art. 217(2) LEC. Evidentemente ello resultará más sencillo cuando se trate de daños materiales que responden a elementos cuya preexistencia se pueda acreditar por medio de facturas u otros documentos. «No lo será tanto cuando se trate de daños corporales, aunque no hay que confundir las dificultades que pueda comportar la prueba del daño y del hecho dañoso con su valoración», pues eso ya es tarea del órgano judicial. La regla sobre la carga de la prueba no quita para que en ocasiones la ley se ocupe de presumir el daño en determinadas situaciones. De hecho, el art. 385(1) LEC dispone que «las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba». Un ejemplo es el que brinda el art. 9(3) de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho

¹²⁵ D. Looschelders, *Derecho de obligaciones. Parte General*, traducción de Esther Gómez Calle, col. Derecho privado, BOE, 17ª ed., Madrid, 2021, pp. 601-602.

¹²⁶ C. van Dam, *op. cit.*, pp. 366-372.

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹²⁷, «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima». La única prueba de que en una mesilla de luz se había colocado un pequeño micrófono u otro dispositivo para percibir sonido o imágenes es prueba de la intromisión ilegítima [prueba de la acción]. «Pero como el precepto anuda una cosa con la otra, la parte actora no tendrá que demostrar el daño sufrido pues es la propia ley la que presume el daño causado»¹²⁸.

e) El nexa causal

54 Entre el hecho del agente y el daño producido debe existir una relación de causa a efecto: el nexa causal. Los métodos de análisis de la relación causal son dos. El primero, muy utilizado en la jurisprudencia alemana, ha influido decisivamente en nuestros tribunales penales. En éste, habrá de dilucidarse, en primer término, si tal efecto dañoso se ha debido a tal o cual antecedente para, con posterioridad, investigar si sus consecuencias patrimoniales son imputables o no a su autor por concurrir un adecuado criterio de atribución¹²⁹. El segundo, y el que aquí ocupa, se adscribe a la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina civil, y entiende que el juicio de causalidad puede ser previo al de culpabilidad, si el antecedente del daño y la consecuencia aparecen claros y solo una persona figura involucrada entre los agentes productores del daño. Lo que sucede la mayoría de las veces es que el juicio de causalidad y de imputación se realizan a la vez, pues los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo y aséptico, solo basado en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes en la secuencia. Si son varias las personas agentes del daño habrá de decidirse quién responde y en qué medida¹³⁰. Todo fenómeno es, desde el punto de vista fáctico, la resultante de todas las condiciones, positivas y negativas, que han conducido a producirlo. Ahora bien, cuando del concepto de causa natural se pasa al de causa jurídica, y dado que el efecto dañoso no suele ser efecto de una sola causa, sino el resultado de todo un complejo de condiciones, al jurista se le hace difícil desandar el proceso histórico de los acontecimientos y decidir detrás de qué causa se deja ver una persona

¹²⁷ BOE, n.º 115, de 14 de mayo de 1982.

¹²⁸ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 207.

¹²⁹ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 214.

¹³⁰ *Idem.*

imputable¹³¹.

f) Teorías sobre la causalidad

55 Así pues, si todo hecho no está precedido por un solo antecedente sino por varios, habrá de decidirse cuál de ellos reviste o merece el papel de causa (teoría sobre la causalidad). Para resolver esta cuestión se han formulado varias teorías que se pueden diferenciar, para sintetizar, en dos grupos. El primero de ellos está formado por el principio de que no puede hacerse ninguna distinción entre los diversos antecedentes que pueden confluir en el resultado dañoso, todos tendrán rango de concausas siempre que se cumpla el siguiente postulado: un hecho es causa de otro cuando si hubiera faltado el antecedente no se hubiera producido el resultado («teoría de la equivalencia o de la condición *sine quan non*»). El otro grupo lo constituyen las teorías que destacan dentro del conjunto de antecedentes uno o varios de ellos para conceptualizarlos como causa del resultado, evitando así la amplitud que tendría la responsabilidad con la teoría de la equivalencia. Las posiciones de los autores varían cuando ha de establecerse un criterio con arreglo al cual ha de procederse a aquella selección. Un sector sigue el de la adecuación («teoría de la causa adecuada»), estimando como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase. Otra dirección entiende que el hecho más próximo al daño deber ser su causa («teoría de la causa próxima») aunque se mantiene también que el hecho más eficiente es el decisivo («teoría de la causa eficiente»)¹³².

56 La posición del Tribunal Supremo se inclina por la teoría de la causalidad adecuada, pero no la deslinda suficientemente de la causa eficiente¹³³. Se dice que el resultado dañoso ha de ser consecuencia natural, adecuada y suficiente, debiéndose entender por natural la que propicia entre el acto inicial y el resultado una relación de necesidad conforme a los conocimientos generalmente aceptados, y debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. En realidad, la causalidad material es un

¹³¹ P. ej., la STS de 26 de enero de 2007 distingue muy bien la causalidad fáctica de la jurídica, [STS n.º 80/2007, de 26 de enero de 2007, ECLI:ES:TS:2007:381], dictada para el caso de la muerte de un niño encima de quien había caído la escultura en la que se apoyó en la visita a un museo: el accidente se produjo en el plano de la causalidad física, por la acción del menor, «pero en la vertiente jurídica de la causalidad la creación de aquel riesgo extraordinario por parte de la demandada, colocando una escultura de inestabilidad acusada e integrada por tres piezas simplemente ensambladas una sobre otras y rejuntadas con yeso, y accesible para los visitantes del museo sin impedimento alguno (...), se erige en la única causa, con relevancia y eficaz, en la producción del daño, dejando sin trascendencia a estos efectos a los restantes actos como la conducta de los progenitores del menor.

¹³² L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, pp. 311-312.

¹³³ STS de 1 de abril de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:2312], STS de 14 de febrero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:1052] entre otras.

problema probatorio, se trata de constatar si un daño ha tenido su origen en un determinado hecho o no. Cuestión diferente es si este daño ha de ser imputado a una persona y con arreglo a qué criterios¹³⁴.

57 La actual corriente jurisprudencial sobre la causalidad acude, en los últimos años, a la teoría de la imputación objetiva que intenta superar la teoría de la causalidad adecuada que recurría a tendencias objetivadoras que, sin ser objetivas, sí aplicaban técnicas como la inversión de la carga de la prueba o la del riesgo por el lucro que produce, y con las que se llegaba a una exacerbación de la culpa con resultado desproporcionado imponiendo a la parte demandada la carga de que no incurrió en ningún tipo de negligencia. Modernamente, se vienen sosteniendo las siguientes posturas. a) El art. 217 LEC prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente. b) El art. 1902 CC tiene un claro matiz culpabilístico como recuerda la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otra persona tiene su fundamento en la culpa o negligencia de la obligada a resarcir. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse el «cómo» [causalidad física, hechos probados] y el «por qué» [causalidad jurídica] del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La teoría de la responsabilidad por riesgo o «cuasiobjetiva» no resulta aplicable, sin más. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es una fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el TS ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivo de una responsabilidad objetiva. El TS ha venido reiterando la doctrina según la cual el riesgo no aparece como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 CC, por cuanto la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Con relación a la aplicación de la doctrina del riesgo y sus consecuencias, el TS ha venido reiterando la doctrina que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva¹³⁵. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios [riesgo considerablemente anormal en relación con los parámetros medios]¹³⁶ no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el

¹³⁴ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.* p. 312.

¹³⁵ STS n.º 210/2010, de 5 de abril de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2031].

¹³⁶ STS n.º 738/2002, de 18 de julio de 2002, ECLI:ES:TS:2002:5461].

propio riesgo creado¹³⁷, sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia del daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta [STS n.º 64/2011, de 2 de febrero, ECLI:ES:TS:2011:560]¹³⁸. En cambio, resultaría criterio de imputación del daño a la persona que lo padece, la asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. En los supuestos en los que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados. «No puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter de previsible para la víctima... [STS de 22 de febrero de 2007]»¹³⁹. De esta manera, se exige la justificación de la causalidad, la concreta imputación de que los daños y perjuicios derivan o fueron ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnizaciones por culpa o negligencia, y, que, tales daños y perjuicios sean consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar. Esta relación debe basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación

¹³⁷ Que no tiene encaje en el art. 1902 CC, como declara la STS n.º 149/2010, de 25 de marzo de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1359.

¹³⁸ Así lo estimó, también, la STS n.º 299/2018, de 24 de mayo [ECLI:ES:TS:2018:1825], en el supuesto de una explosión de gas en un edificio en el que resultaron varias personas muertas y heridas. El TS revocó las dos sentencias de primera y segunda instancia que mantuvieron la imposibilidad de una imputación objetiva del siniestro a la compañía suministradora presumiendo que el accidente era imputable a quien estaba en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión. Se indicó que no quedó acreditado que de haberse hecho la inspección reglamentaria (que no se hizo) la explosión no se hubiera producido y que las demandantes no probaron la existencia de una relación de causalidad que permitiese atribuir la responsabilidad a Gas Natural. El TS, en cambio, revocando dichas resoluciones, estimó que no podía quedar exonerada de responsabilidad la empresa suministradora, cuando ésta era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo hizo.

¹³⁹ SAP Barcelona, secc. 19.ª, n.º 450/2018, de 22 de octubre [ECLI:ES:APB:2018:10273].

de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba¹⁴⁰. El cómo y el porqué del accidente, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso¹⁴¹.

58 La teoría de la imputación objetiva tiene como pautas: a) los riesgos generales

¹⁴⁰ Asimismo, también desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, se puede alcanzar la misma conclusión de que la existencia de un riesgo superior al normal conlleva un mayor esfuerzo de previsión, adoptando las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, la imputación objetiva, entendida como una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible, por ende, de ser revisada en casación comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. En aplicación de esa doctrina, véase, entre otras, la STS n.º 218/2010, de 9 de abril de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:1659], dictada en un caso de lesiones por caída de un ciclista durante la práctica deportiva, que declara que corresponde a quien conoce el riesgo derivado de una actividad (en el supuesto analizado por la sentencia, a la organizadora de la carrera, conocedora del riesgo de la práctica deportiva) tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de las personas participantes, evitando en el recorrido, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para su seguridad, de manera que si el accidente se produce, no por la existencia de obstáculos no previstos sino por algo que era perfectamente previsible, constituye una obligación de la organizadora controlar este riesgo mediante la adopción de las medidas más beneficiosas para todos, de lo que cabe concluir en la existencia tanto de causalidad física o material como de causalidad jurídica, puesto que el daño se ha materializado a consecuencia de las condiciones en que tenía lugar la actividad, sin que hubiera interferencia de una tercera persona ajena o de la propia persona accidentada, y hay también una conducta única y negligente de la organización que ha creado un riesgo previsible que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues hay falta de previsión y diligencia en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo.

¹⁴¹ En el mismo sentido, la STS n.º 33/2007, de 19 de enero de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:96], en el caso de un accidente ferroviario en el que un convoy golpeó la cabeza del viandante (demandante) que se resolvió estimando la existencia de culpa exclusiva de la víctima; se afirmó que la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si, de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte de la demandada o demandadas, ha de excluirse su responsabilidad. Con base a esta doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de octubre de 2018 [*cit. supra*, nota 139], revoca la sentencia de instancia y considera acreditado el nexo causal entre la actuación del conductor del autobús y la caída sufrida por la usuaria. La actora sufrió una caída que atribuye a una brusca conducción en tanto que la demandada niega dicho condicionante. La sentencia de instancia considera que el daño fue causado por la propia conducta de la usuaria del autobús por lo que el conductor del autobús, que negó cualquier maniobra fuera de la ordinaria, quedaría exonerado de toda responsabilidad. Por el contrario, la AP razona que prácticamente el actor y su esposa eran las únicas viajeras del autobús en el momento de los hechos lo que le permitió afirmar que disponían de asientos reservados en el modo reglamentariamente previstos. En tales circunstancias, se considera que la única causa posible de la caída padecida solo podía atribuirse a la circulación del vehículo, que en este caso no puede atribuirse a los riesgos normales de la vida, pues el tribunal consideró inadecuada la

de la vida: la vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las «desgracias» sí existen. b) La prohibición de regreso: encontrada una causa próxima, no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: quién provocó la situación; sin descartar que sea la propia persona perjudicada porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma. e) El incremento del riesgo o la conducta alternativa correcta. Si el daño se hubiese producido igual, aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima [hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima]. g) Y, en todo caso, y a modo de cierre, la probabilidad, lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, que, a la postre, recuerdan al caso fortuito¹⁴². En efecto, la imputación objetiva¹⁴³ es una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación y comporta un juicio que, supera la mera comprobación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño

acción del conductor que inició la marcha del autobús sin aguardar a que el viajero, de edad avanzada, tomara el asiento que tenía reservado y se encontraba disponible. Entendió la Audiencia que la caída de una persona anciana de 84 años que se produce en el trayecto que media entre la máquina validadora del billete al asiento, solo puede resultar imputable al conductor del autobús pues éste se encontraba en disposición de tomar la simple precaución de comprobar que el viajero se encontraba sentado antes de iniciar la marcha del vehículo.

¹⁴² STS n.º 340/2011, de 20 de mayo [ECLI:ES:TS:2011:2897], caso en el que se dicta la falta del nexo de causalidad; STS n.º 139/2011, de 14 de marzo [ECLI:ES:TS:2011:1490], asunto en el que en un atropello de un submarinista por embarcación a motor se estima la concurrencia de culpas.

¹⁴³ Así, p. ej., en el caso visto por la STS n.º 147/2014, de 18 de marzo [ECLI:ES:TS:2014:981], ausencia de imputación objetiva, en un supuesto en el que un bombero fallece durante las labores de extinción del fuego originado en una vivienda, el TS indica que no cabe imputar a la propietaria de la vivienda incendiada la muerte del bombero aunque sea responsable, pues se acreditó que el fuego se inició a resultas de la actividad de alguna de las ocupantes o de los propios enseres almacenados en ese habitáculo. En este caso, el riesgo creado por la propietaria es de los no permitidos (el riesgo de incendio), pero el daño consistente en la muerte del bombero no le resulta imputable a la demandada, porque se considera la concreción no del riesgo de incendio, sino del riesgo inherente a la profesión del propio bombero. Así dice el TS, que, en este caso, no se produjo causalidad objetiva. Es cierto, explica, que en el incendio estaba el origen del daño, pero el nexo causal que relacionaba la muerte del bombero con esta fuente de riesgo desapareció desde el momento en que comenzaron las labores propias de extinción y la propietaria del inmueble quedó al margen de actividad desarrollada en su interior, sin posibilidades de control de ningún tipo. «Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo y objetividad necesaria para que la demandada deba responder pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad» [FJ3 *in fine*].

causado a tenor de las pautas recién enumeradas¹⁴⁴.

g) Caso fortuito o fuerza mayor

59 Hay ocasiones en las que el daño no puede atribuirse exclusivamente a la acción del sujeto ya que elementos extraños han determinado o coadyuvado a su causación, tales como el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de una tercera persona o la acción de la propia víctima. Ésta es una de las consecuencias de más utilidad de la teoría de la causalidad, que determinará la exoneración del presunto autor del daño, o, cuando menos, la exoneración parcial, siempre que entre la conducta del agente y el resultado que habría de producirse intervenga un acontecer ajeno a la voluntad de aquél, que desvíe o al menos influya en el curso causal desatado por el acto originario. Para que exista propiamente causa ajena se requiere, según se deduce del art. 1105 CC, que el suceso sea imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable; exigencia lógica teniendo en cuenta la regla de la diligencia prevista en el art. 1104 CC y la que marca el *quantum* indemnizatorio del art. 1107 CC. Así las cosas, no basta con que el hecho sea imprevisible, pues, si siéndolo, resultaba evitable teniendo en cuenta la diligencia que cabía esperar del agente, no hay caso fortuito. Esta regla de exoneración del art. 1105 CC quiebra en «los casos expresamente mencionados en la ley, y en aquellos en que así lo declare la obligación». En la responsabilidad extracontractual se encuentran casos en materia de accidentes de circulación, porque el art. 1.1[2] del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad

¹⁴⁴ En un incendio, se acreditó que el factor desencadenante del siniestro se encontró en la caída de unos cables de 110KV de Endesa, por lo que difícilmente podía pretender que no le incumbiese ninguna responsabilidad acudiendo al criterio de la prohibición de regreso. Existió también una conducta imprudente de REE en la conservación y mantenimiento de los cables, que propició el incendio, pero éste se vio favorecido, de manera próxima y no remota, por la imprudencia de Endesa en la conservación y mantenimiento del cable de 110 KV y en el contacto entre ambos cables, debido a la defectuosa y poco previsible instalación de los cables sobrevolando uno al otro. De ahí, que no cupiese considerar infringida, dentro de la causalidad, la tesis de la imputación objetiva, al sentar la sentencia recurrida que la conducta negligente de Endesa había de calificarse como una causalidad contributiva que favoreció decisivamente la causación final del siniestro. Hubo, pues, una omisión del deber de cuidado por parte de Endesa, que operó como contribución causal, y con la entidad suficiente como para que la omisión del deber de cuidado de REE no absorbiese en exclusiva el desencadenante causal, lo que se tradujo en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso [STS n.º 124/2017, de 24 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:717]. En otro caso, en un incendio forestal en el que fallecieron cuatro personas, se pretendía atribuir la causa del incendio a la caída de chispas de los cables eléctricos, pero se consideró acreditado que la demandada no adoptó las precauciones necesarias para evitar un siniestro como el que se produjo [STS n.º 208/2019, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2019:2103].

civil y seguro en la circulación de vehículos a motor [TRLRCSVM]¹⁴⁵ atribuye al conductor los daños que cause en las personas, aunque se deban a defectos del vehículo o a rotura de alguna de sus piezas¹⁴⁶. Lo mismo sucede en el Reglamento para la aplicación de la Ley de caza, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo¹⁴⁷, pues, en su art. 35(6), no se considera caso de fuerza mayor el fallo técnico de los instrumentos de caza [armas, municiones...]. En el «caso fortuito» y la «fuerza mayor» la parte demandada quedará exenta de responsabilidad cuando el daño se haya debido a un suceso que no se pudo prever o que, previsto, era inevitable, o lo eran sus efectos dañosos; esto es el caso fortuito en sentido estricto (luego se tratará la intervención de una tercera persona en la producción del daño y la conducta del perjudicado). El Código civil se refiere en ocasiones al caso fortuito y en otras a la fuerza mayor¹⁴⁸. Siguiendo la diferenciación que en su día apuntó A. von Thur¹⁴⁹: «la fuerza mayor es el evento imprevisible que tiene lugar desde el exterior de la actividad del deudor»¹⁵⁰. Y los acontecimientos que componen el caso fortuito suelen ser

¹⁴⁵ El art. 1.1(1) y 1.1(2) TRLRCSVM establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción y este régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación solamente excluye la imputación objetiva cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado, única y de suficiente gravedad para que pueda ser considerada como hecho ajeno a la conducción o al funcionamiento del vehículo, o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización [BOE, n.º 267, de 5 de noviembre de 2004].

¹⁴⁶ El mismo art. 1 TRLRCSVM recoge que la aseguradora ha de hacer frente al siniestro, salvo que concurra fuerza mayor extraña a la conducción, y, el cruce de una piara de jabalíes no es un hecho extraño a la circulación, como acredita la multitud de siniestros que se producen en las carreteras con animales de caza, que han dado lugar a diversas sentencias de esta Sala. El cruce de piezas de caza no es extraño al riesgo específico que se analiza [circulación de vehículos] al encontrarse en el seno, círculo o concreta esfera de actividad de riesgo desplegado [STS n.º 3/2015, de 4 de febrero, ECLI:ES:TS:2015:1044].

¹⁴⁷ BOE, n.º 76, de 30 de marzo de 1971.

¹⁴⁸ Sea como fuere, el art. 1105 CC indica que «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables».

¹⁴⁹ A. von Thur, *Tratado de las obligaciones*, tomo II, traducción de W. Roces, Reus, Madrid, 1999, p. 101.

¹⁵⁰ Vid. sobre inexistencia de culpa y caso fortuito, la STS n.º 825/2002, de 12 de septiembre [ECLI:ES:TS:2002:5815] en un supuesto en el que una rotura de cable de alta tensión provocó un incendio en una estación de ferrocarril. La rotura se produce por circunstancias imprevisibles e imposibles de evitar, dice la sentencia. El árbol que impactó con el cable que se rompió se encontraba muy alejado de la franja de seguridad por lo que no hubo infracción reglamentaria alguna. El accidente se produjo con independencia de que la demandada hubiera cumplido o no con el precepto que obliga al desmonte en las proximidades a la línea, en cuanto que la rama o fracción del árbol procedía de un pie alejado de esa franja de seguridad. Ha de calificarse el accidente como un caso fortuito o de fuerza mayor, en cuanto que pueden ser previsibles accidentes de esta clase y, para su evitación, se establecen en los terrenos de monte una franja de seguridad, consistente en el desmonte de la zona próxima a la línea, que no consta que fuera incumplido por la entidad demandada, pero que en todo caso el cumplimiento de esta medida

tenidos en cuenta en el curso normal de la vida: se confía en que no sucedan, pero son algo inevitable, pero forman parte del círculo de actividades del deudor. La doctrina distingue, en relación con la procedencia del hecho que impide el cumplimiento, si la misma es externa al círculo de la actividad en la que la obligación se desenvuelve, o si es interna. Por ello se distingue entre la fuerza mayor propiamente dicha, como la que es extraña al riesgo específico que se analiza, y el caso fortuito como la fuerza mayor interna, es decir, ínsita en el riesgo. En los supuestos en que la fuerza mayor pueda considerarse «propia», generada en el seno, círculo o concreta esfera de actividad del riesgo desplegado, se estará ante un supuesto de caso fortuito que no sería liberatorio en sede de responsabilidad objetiva¹⁵¹.

h) La intervención de un tercero

60 Dentro del concepto genérico de causa ajena, se halla como segunda categoría de interferencias en el nexo causal: la intervención de terceras personas. Se trata de aquellos casos en que una tercera persona interfiere de tal modo en el curso de los acontecimientos que el daño no puede ser atribuido a la parte demandada. No tienen condición de terceros aquéllos que, por ley, revierten la responsabilidad por sus actuaciones sobre aquélla en la que recae la imputación que se examina. Si sobre los progenitores recaen las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados por sus hijos menores, o sobre los empresarios las que generen las conductas de sus empleados, es porque se considera el hecho como suyo propio. Ha de tenerse en cuenta el criterio de la prohibición de regreso que impide retroceder en el curso causal cuando en él ha interferido la conducta dolosa de una tercera persona. En todos los

de seguridad haría el accidente inevitable, porque, en este supuesto, la fracción del árbol procedía de una unidad o pie situado en lugar alejado de esa franja, hecho éste que hizo inevitable el accidente y, por consiguiente, se estimó comprendido en el art. 1105 CC, pudiéndose, por tanto, imputar los resultados dañosos a la propiedad de la línea, ya que los mismos en forma alguna dependieron de su voluntad negligente o culposa.

¹⁵¹ Así, en el ámbito de la circulación de vehículos y considerando la especialidad del art. 1 TRLRCVM que indica que «el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad solo quedará exonerada cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». Así, en la sentencia recurrida, se declara que la concurrencia de fuerza mayor extraña a la conducción impide la cobertura del seguro obligatorio, pero cuando no es extraña a la conducción, se estará ante un supuesto de caso fortuito, que no se recoge expresamente como elemento excluyente de la cobertura del seguro obligatorio, razón por la que condena a ambas aseguradoras a indemnizar, pues entiende que el cruce de los jabalíes en la carretera no es un supuesto de fuerza mayor extraña a la conducción [STS n.º 3/2015, de 4 de febrero, *supra* nota 146].

casos en que esto no suceda habrá que imputar forzosamente los daños a quien puso en marcha el proceso causal, si es que verdaderamente lo puso en marcha¹⁵².

i) Conducta de la víctima

61 El resultado dañoso puede ser consecuencia de la intervención del agente en concurrencia con la «conducta de la propia víctima»¹⁵³. Son muchos los litigios en que la discusión se centra en si se ha dado o no esta conducta del perjudicado (una conculpa), pues es más frecuente que la parte demandada alegue este tipo de interferencia que las consistentes en el caso fortuito en sentido estricto o la intervención de terceras personas. Ha habido antiguas opiniones que entendían que la mera intervención de la víctima rompía el nexo causal, razón por la cual el agente no debía responder al considerarse que su comportamiento, por sí solo, no habría dado lugar al daño. Según este criterio, no procede que la persona perjudicada que haya participado en el daño reclame nada, aun distinguiendo según si su actuación hubiese sido, o no, la única causa. Sin embargo, si se observa la evolución del Derecho comparado se comprueba que, en la actualidad, la idea que prevalece es precisamente la contraria: el nexo causal se rompe cuando el daño se ha producido de manera exclusiva o casi exclusiva por el comportamiento de la víctima, pero, en caso de concurrir con la conducta del agente del daño, se opta por la moderación de la indemnización. En el Derecho alemán se considera expresamente como una exigencia de la buena fe (§ 254 BGB). Hay también expreso reconocimiento en el Código argentino (art. 1719), en el portugués (art. 570) o en el suizo de las obligaciones (art. 44). El Código penal español introdujo la fórmula en su art. 114, pero no tiene, por el momento, reproducción en el Código civil¹⁵⁴. En definitiva, se concluye que, solo la culpa exclusiva de la víctima determina la ruptura total del nexo causal y la no

¹⁵² M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.* p. 237.

¹⁵³ La SAP Barcelona (secc. 11.ª) n.º 750/2018, de 19 de octubre (ECLI:ES:APB:2018:13964) resolvió confirmando la sentencia de instancia de desestimar la pretensión de indemnización de una señora que se cayó en las escaleras mecánicas exteriores de un centro médico en un día de lluvia y en el que las escaleras estaban mojadas. Dijo el Tribunal que «no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter de previsible para la víctima». En consecuencia, el mero hecho de que una persona sufra una caída en las escaleras exteriores de un centro sanitario no conlleva *per se* que deba declararse la responsabilidad de la propietaria de las instalaciones siendo necesario acreditar la existencia de una acción u omisión culpable a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo por no haber adoptado las debidas medidas en orden a evitar que pudieran ocasionarse caídas en los días lluviosos. En este caso, no cabía pretender una señalización excepcional en un día lluvioso que indicase que las escaleras estaban mojadas, pues era previsible que las escaleras exteriores estuvieran mojadas por la caída de la lluvia. En el supuesto de un accidente entre un coche y una motocicleta durante una prueba ciclista, el TS, apreciando la ausencia de culpa del conductor del turismo, resolvió atribuyendo la culpa al perjudicado, conductor de la motocicleta (STS n.º 345/2019, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:2019:2042).

¹⁵⁴ M. Izquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 241.

responsabilidad del agente. La concurrencia de culpas o la conculpa, es decir, la existencia de conductas relevantes por ambas partes¹⁵⁵, determina la necesidad de compensar las conductas y disminuir el alcance de la indemnización¹⁵⁶.

62 En el sector de los accidentes de circulación la conducta de la víctima en la producción del daño tiene una presencia permanente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁵⁷. Los casos en que las colisiones entre vehículos tienen lugar por maniobras imprudentes de ambos conductores son frecuentes. Se debe recordar que será la persona damnificada la encargada de probar y acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido. No obstante, no se le

¹⁵⁵ Así el TS entendió que la moderación de la indemnización efectuada por la AP (cincuenta por cien de concurrencia de culpas) en función de la limitada relevancia de la concausa del siniestro (negligencia de la demandante/perjudicada) no se ajustaba a los parámetros jurisprudencialmente fijados a lo prescrito en el art. 1 TRLRCSVM, por lo que fijó la relevancia de la culpa de la parte demandante en un treinta por cien y la de la parte demandada en el setenta por cien, dado que el desencadenante del siniestro fue la colisión de un camión con el otro, al no advertir el conductor la detención del primero, lo que sí habían visualizado otros conductores, todo ello sin perjuicio de la relevancia limitada de la conducta de la parte demandada que se situó en lugar no adecuado dentro de la vía [STS n.º 642/2014, de 6 de noviembre, ECLI:ES:TS:2014:4436].

¹⁵⁶ Moderación de la responsabilidad ante la conducta negligente del perjudicado: la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta el alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla [STS n.º 63/2012, de 9 de febrero, ECLI:ES:TS:2012:542].

¹⁵⁷ Así, p. ej., en un caso en el que el lesionado/actor circulaba en bicicleta por un casco urbano en compañía de varias personas, al llegar al punto kilométrico 31.3 el tráfico se encontraba detenido por un semáforo en rojo; y entre los vehículos detenidos se encontraba el camión conducido por la parte demandada. El menor ciclista adelantó al camión por el lateral derecho por el hueco entre la calzada y la acera y el camión inició en ese momento su marcha al cambiar el semáforo en fase verde. La bicicleta resbaló en el bordillo, el ciclista cayó y fue alcanzado por la rueda derecha del camión. En primera instancia se desestima la demanda considerando que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima. En segunda instancia, se afirma la concurrencia de culpas del ciclista y del conductor del camión. Según la AP, el conductor del camión no logró acreditar, como era su deber, que empleó toda la diligencia exigible para con el riesgo creado, en particular, que, ante la posibilidad de espacios sin visibilidad desde el puesto de conducción y presencia de personas y ciclistas en la acera, esperó el tiempo suficiente para arrancar el camión sin riesgo para los demás. El TS confirma la sentencia de la AP y argumenta que la moderación de la responsabilidad del conductor se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance. Ésta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del anexo TRLRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas [en relación con el Anexo primero, apartado 7.º, TRLRCSVM], sino, también, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el art. 1 TRLRCSVM y en el anexo primero, apartado 2.º, en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización. En suma, la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla [STS n.º 732/2010, de 11 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:5880].

pide un especial rigor probatorio y caben las pruebas de presunciones¹⁵⁸. El Tribunal Supremo se ha referido a los «cursos no verificables» como «hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural»¹⁵⁹.

III. Criterios de imputación de la responsabilidad civil extracontractual

63 Una vez decidido que determinada acción u omisión se encuentra conectada causalmente con un determinado daño y, una vez decidido también que esta conexión no solamente tiene lugar en el terreno físico sino también en el jurídico, resta por hacer una tercera operación: decidir si existe una «razón suficiente» para atribuir la responsabilidad. De estos criterios de imputación, unos serán los propios de la responsabilidad subjetiva (el dolo y la culpa) y otros los de la responsabilidad objetiva (riesgo, equidad, etc.) –ambos sistemas se tratan a continuación, en los puntos IV y V–.

64 El art. 1902 CC no ha experimentado cambio alguno desde su redacción, en el siglo XIX. El sistema de responsabilidad civil entonces quedaba edificado sobre la noción de culpa o negligencia, pues su cometido no era tanto asegurar a la víctima de un daño su derecho al resarcimiento, sino más bien el de procurar una moralización de los comportamientos individuales. Pero se produjo una crisis de la concepción tradicional y llegó la revolución industrial y las profundas transformaciones; la evolución y el progreso multiplicaron rápidamente los inventos, los aparatos, las máquinas y, con ellos, los riesgos y peligros existentes en la sociedad. La navegación aérea ocasiona el riesgo de aviones que pueden caer, productos enlatados que ocasionan numerosas víctimas, industrias químicas que contaminan los ríos, la maquinización que ocasiona accidentes de trabajo, vehículos de motor y nuevas formas de energía que causan accidentes, explosiones y estragos, asimismo, se producen errores médicos en los hospitales y en las consultas privadas. La nueva realidad reclama una respuesta que tienda, ya no a castigar los comportamientos negligentes y reprobables, sino a que las víctimas encuentren a toda costa un patrimonio responsable: que todo daño quede reparado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha variado sustancialmente, desde un inicio en el que se exigía una prueba completa del daño, de la relación causal y de la culpa o negligencia del agente, a un estado de la cuestión en que, cuando se trata de actividades que comportan un riesgo de cierta entidad, basta con probar los dos primeros elementos referidos, pues la

¹⁵⁸ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 248.

¹⁵⁹ STS 12 de mayo de 1986 [ECLI:ES:TS:1986:13921].

culpa se presume. La presunción de culpa combinada con la diligencia exigible se ha convertido en algo difícil de superar, si, por una parte, los jueces elevan el listón de la diligencia exigible hasta el punto de afirmar que si ha existido daño será porque no se adoptaron las medidas de diligencia requeridas para el caso, y por otra, resulta que esta negligencia se presume, el resultado es que se ha instaurado un sistema que, aparentemente, es de culpa presunta, pero que, en la práctica, prescinde de la culpa. Ésta ha sido mucho tiempo la manera de aplicar por los tribunales el art. 1104 CC al terreno extracontractual¹⁶⁰.

IV. Responsabilidad subjetiva de la responsabilidad civil extracontractual: la culpa y el dolo

65 La culpa se define en el art. 1104 CC como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». En el párrafo 2.º del mismo artículo se sienta un criterio subsidiario de medición de la culpa o la negligencia al añadir que, «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». La actual doctrina viene estableciendo de una manera nítida la existencia de un sustrato subjetivo, es decir, de una responsabilidad culposa por parte del agente, y excluye de manera general las objetivaciones de las conductas de las personas o una indiscriminada asunción de la teoría del riesgo; de tal manera que se ha venido dando entrada en el tema de la responsabilidad extracontractual a criterios de imputación objetiva, como correctores del sistema de causalidad estrictamente física. De ahí que desde el punto de vista físico siempre sea necesaria la existencia de un sustrato inicialmente subjetivo en la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado padecido y, en el plano jurídico, la relación de causalidad: imputación objetiva. Asimismo, la culpa habrá que probarla la parte demandante (perjudicada) y, a tal efecto, la Audiencia de Madrid refiere que «la apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias no excluye, por sí solo, el denominado riesgo culpabilístico»¹⁶¹. En el ámbito extracontractual, el dolo es la conciencia del deudor de querer incumplir el deber general de no dañar

¹⁶⁰ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 260-263.

¹⁶¹ STS n.º 678/2019, de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:4205].

siendo consciente del resultado material que supondrá su conducta dañosa, por más que no haya previsto todos los efectos o consecuencias de sus actos. El dolo consiste, aquí, en la voluntad de dañar y bastará con que exista conocimiento del daño como consecuencia probable de la acción u omisión. El dolo extracontractual tintará normalmente la acción delictiva, ya recaiga el daño sobre las personas, ya sobre las cosas.

66 En aplicación del art. 386 LEC, el tribunal podrá imputar la culpa a la parte demandada si el resultado dañoso acaecido pertenece a una categoría de resultados que típicamente se produzcan por impericia o negligencia; y aquélla no proporciona al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que excluya la culpa por su parte¹⁶². Para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente causante sea subjetivamente imputable. Por ello, el supuesto del daño causado por menores o por quien tiene constituida una medida de apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad reviste interés. De los daños que estos menores causen responden sus progenitores, tutores o guardadores, pero ¿y

¹⁶² Así, p. ej., en el caso en el que se produjo un atropello por causa de la conducta de la víctima que no respetó las indicaciones del semáforo e irrumpió en la calzada, el TS indicó que era evidente que la actuación del conductor demandado no tenía ninguna entidad cuantitativa y cualitativa que pudiera constituirse en causa del atropello, antes al contrario, los hechos probados de la sentencia ponían en evidencia que fue la negligencia del peatón la que se convirtió en causa determinante para que éste se produjera, circunstancia que de ninguna forma permitió atribuir coparticipación culposa del conductor (STS n.º 712/2009, de 2 de noviembre, ECLI:ES:TS:2009:6747). Del mismo modo, la STS n.º 83/2010, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2010:745], en el caso de un atropello producido cuando la actora viajaba como pasajera de otro vehículo, se bajó del coche y cruzó la autopista para efectuar sus necesidades fisiológicas en la mediana, siendo alcanzada por un turismo que circulaba por el carril izquierdo, apreció culpa exclusiva de la víctima. Indicó la resolución que: «si bien es cierto que el conductor de un vehículo asume la carga de probar la culpa exclusiva de la víctima, incluso con acento de rigurosidad, para que no quepa ninguna duda de que sola fue la determinante del evento dañoso, ello no quiere decir que tal rigor se lleva a extremos tan severos que prácticamente anule la posibilidad probatoria que tal carga comporta, pues en definitiva tratándose de hechos incidentes en la relación de causalidad, bastará examinar aquellos factores que puedan ser relevantes en orden a influir en el nexo causal del accidente o a contribuir, de algún modo, en el resultado dañoso producido. La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, lo que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima. Y es evidente que, con los datos que la sentencia valora, atribuir al conductor del turismo un porcentaje de culpa del veinte y cinco por ciento en el atropello del peatón (estimado por la AP) no encaja con esta doctrina desde el momento en que pone a su cargo no solo el riesgo que la ley asocia a la conducción de vehículos a motor, sino el que la conducta de la víctima procura, cuando ha sido éste y no aquél el que sustenta la ausencia de imputación objetiva [«quedará exonerado»] dada la decisiva, grave y exclusiva incidencia en el hecho de su atropello. La previsión que se exige de un automovilista circulando de noche y en autopista, se concreta en una circulación presidida por el principio de confianza que tiene su fundamento en las características de la vía y en la ausencia de obstáculos en la misma, como es el paso prohibido de peatones, de tal forma que vincular en un veinte y cinco por ciento el efecto dañoso al hecho de que el conductor no advirtió con la suficiente antelación la presencia de un peatón cruzando la carretera, para haber aminorado su velocidad y adoptar cualquier otra maniobra evasiva, no solo no encaja con los criterios de imputación que resultan del riesgo, sino que supone desconocer la realidad que la circulación exige en estas circunstancias, imponiendo al automovilista maniobras imposibles, que la sentencia no concreta, que de haberlas llevado a cabo, hubieran puesto en riesgo su propia seguridad».

si éstos no existen o son insolventes o logran demostrar que emplearon toda la diligencia para prevenir el daño [art. 1903 *in fine* CC]? Parece que el problema tiene solución cuando se plantea en términos de subsidiaridad: si no existen progenitores ni tutores ni curadores ni persona alguna obligada a la promoción de la constitución de la tutela o curatela, o existen pero son insolventes, o en el caso en el que unos u otros lograsen demostrar que utilizaron la debida diligencia para evitar el daño, hay argumentos para defender la responsabilidad subsidiaria del menor: de equidad, de analogía con el derecho penal, por especialidad que entendería que, cuando falla el mecanismo especial de responsabilidad por hecho ajeno, sigue en pie la norma general que conduciría a que la persona menor de edad respondiera por sus actos propios¹⁶³. Y es que además el postulado inicial y básico del Derecho de la persona es que, mientras la personalidad jurídica exista (y existe mientras no se produzca el fallecimiento), pueden nacer obligaciones en el patrimonio de toda persona, «tenga ésta la más precoz inteligencia imaginable o sea un profundo oligofrénico congénito o un demente furioso»¹⁶⁴. En los últimos cuarenta años se ha planteado el tema también en clave de responsabilidad concurrente¹⁶⁵. En definitiva, si se trata de un menor susceptible de culpa, civilmente imputable desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, responderá con sus progenitores o guardadores¹⁶⁶. El art. 1902 CC no exige edad alguna para que el autor de un daño responda de él. Solo pide que haya culpa en su conducta activa u omisiva y, para eso, no hace falta haber cumplido dieciocho años. En relación con los mayores de edad que tienen constituida una medida de apoyo para ejercitar su capacidad jurídica, la persona con apoyos

¹⁶³ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 285-292.

¹⁶⁴ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 287-288.

¹⁶⁵ El Código civil argentino, por ejemplo, presenta la responsabilidad de los progenitores como algo que opera «sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos» (art. 1754). El Código civil ruso (1994) hace responsables a los autores de un daño cuya edad se sitúe entre los 14 y los 18 años, y sus progenitores aparecen como responsables subsidiarios (art. 1074). En el Derecho español, los jóvenes comprendidos en esta misma franja de edad son considerados responsables junto con sus guardadores, en el art. 61(3) LORPM (BOE, n.º 11, 13 de enero 2000): «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, por este orden» (M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 288).

¹⁶⁶ En STS n.º 205/2002, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1639), se condenó a unos progenitores por la lesión ocular irreversible que sufrió una chica de 16 años que se hallaba sentada en el banco de un jardín municipal. Sufrió un fuerte golpe en la cara causado por un balón de cuero con el que otro menor de 17 años se encontraba jugando en las inmediaciones junto a unos amigos. El tribunal entendió que, aunque el juego de pelota no es de por sí susceptible de generar un especial riesgo, tampoco es tan inocuo cuando se dan especiales circunstancias: en este caso se usó un balón de cuero y se impactó con violencia en una persona ajena al juego, y el balón fue impulsado con gran fuerza. Existía la posibilidad de dañar a terceras personas y así ocurrió. La sentencia confirmó la condena a los progenitores del menor.

responderá por los daños causados a otros [art. 299 CC]¹⁶⁷.

a) Antijuricidad

67 Tradicionalmente, se ha venido admitiendo que la antijuricidad se encuentra en el principio general del «*neminem laedere*», es decir, quien realiza acción u omisión causando un daño ha de responder. El daño resarcible es aquel que la víctima no tiene obligación de soportar. Desde esta perspectiva, la antijuricidad es presupuesto de la responsabilidad civil. La antijuricidad del daño traería consigo la antijuricidad de la actuación, que no ha de confundirse con la culpabilidad que no es sino uno de los posibles criterios de imputación de la responsabilidad. La antijuricidad es, pues, presupuesto de la responsabilidad, pero no el único de tal manera que puede ocurrir que, aun siendo el daño, y, por tanto, la actuación, antijurídicos, al faltar la culpabilidad del agente no tenga que responder. Por el contrario, si ante la misma situación se utiliza otro criterio de imputación como pueda ser el riesgo o incluso la pura objetivación, el sujeto de la acción o de la omisión sí tendrá que responder¹⁶⁸. Por otro lado, puede ocurrir que se aprecie la concurrencia de circunstancias que hagan desaparecer la reprochabilidad de la actuación en tanto en cuanto, con independencia de la culpabilidad, la persona perjudicada tenga obligación de soportar el daño que se le ha irrogado. El acto u omisión dejan entonces de ser ilícitos¹⁶⁹. Esto ocurre cuando concurre alguna causa de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento de la víctima o fuerza mayor o caso fortuito; que se pasan a tratar a continuación.

b) Legítima defensa

68 La figura de la legítima defensa se encuentra configurada en el Código penal¹⁷⁰. El art. 20(4) CP declara exento de responsabilidad penal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos siempre que concurren los requisitos que contiene el precepto. Por su parte, el art. 118 del mismo cuerpo legal, a diferencia de otras causas de exención que recoge el art. 20 CP, no declara en relación con la legítima defensa que, pese a, la exención de la responsabilidad criminal subsistirá la civil. Por ello, en legítima defensa hay exclusión de la responsabilidad civil. Esta

¹⁶⁷ Redacción del art. 299 CC establecida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [BOE, n.º 132, de 3 de junio de 2021, pp. 67789-67856].

¹⁶⁸ STS n.º 318/2008, de 5 de mayo [ECLI:ES:TS:2008:2013], «indeclinable necesidad de acreditar, en sede de responsabilidad extracontractual, que el acto dañoso sea antijurídico y culpable», FJ 1.3.

¹⁶⁹ D. Palacios González, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁷⁰ BOE, n.º 281, 24 de noviembre de 1995.

conclusión debe ser mantenida en el daño aquiliano que pueda englobarse en el art. 1902 CC¹⁷¹. Aun cuando dentro de los textos legales españoles, la legítima defensa está regulada solo en el Código penal, se trata de una figura que cubre todos los campos del ordenamiento jurídico. En definitiva, si la agresión ha sido ilícita, la defensa es legítima. El acto defensivo es un acto conforme a derecho. El daño causado al defenderse no es antijurídico ni injusto¹⁷².

c) Estado de necesidad

69 Por su parte, la figura del estado de necesidad se encuentra recogida en el art. 20(5) CP. Según este precepto está exento de responsabilidad penal el que «en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber». Se trata de la lesión de un bien jurídico ajeno o de la infracción de un deber en la que deben concurrir los siguientes requisitos: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que la persona necesitada no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse¹⁷³. La forma en que repercute el estado de necesidad en la responsabilidad civil la indica expresamente el art. 118 CP. Éste dice que la exclusión de la responsabilidad criminal en caso de estado de necesidad no comprende la civil, pero esta última responsabilidad directa recae sobre las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable, o en otro caso, en la que la persona juzgadora o tribunal establezca según su prudente arbitrio. La actuación en estado de necesidad

¹⁷¹ Así, p. ej., en el caso de una discusión entre actora y demandada, en la que finalmente la actora da una patada a los testículos a la parte demandada, el cual por su parte, dio a ésta un puñetazo en la boca, cayendo al suelo y golpeándose en la cabeza; el juzgado de instancia no dedujo responsabilidad de la demandada «al no ser previsible en el curso normal de los hechos que la actora cayera y se golpeará la cabeza en el suelo, ni para poder considerar el resultado lesivo consecuencia necesaria de la conducta de la demandada», que «su legítima defensa excluye la indemnización pretendida». Del mismo modo, la AP confirmó íntegramente la sentencia de instancia considerando que la apreciación en vía penal de la causa de justificación de legítima defensa, por interpretación a contrario de lo dispuesto en el art. 118 del Código penal vigente, excluye también la responsabilidad en vía civil; y, en segundo lugar, en línea con lo expuesto por el juzgador de primera instancia, reconoció la absoluta falta de previsibilidad del daño finalmente ocasionado a la actora a resultas de su caída al suelo. El TS refiere que la conducta en que incurrió la ahora demandada, en las circunstancias en que la misma tuvo lugar, no supuso exceso alguno en su defensa frente a la actitud adoptada por la actora, que, no puede olvidarse, le agredió primero. Se encuentra, en consecuencia, justificado su actuar, teniendo en cuenta, además, que el final resultado dañoso causado a la actora, como se reconoció en ambas instancias, en modo alguno era previsible y a su causación concurren factores ajenos a la ahora demandada (STS n.º 318/2008, de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:2008:2013).

¹⁷² L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, pp. 315-317.

¹⁷³ *Idem.*

excluye la antijuricidad. Sin embargo, crea un derecho del perjudicado contra el beneficiado. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil pues falta el presupuesto de la antijuricidad del hecho dañoso. Y tampoco es un deber de indemnización. «En rigor, se trata de una acción por enriquecimiento que trata de restablecer un equilibrio patrimonial roto»¹⁷⁴. Así, las mismas reglas se aplican en aquellos casos en los que la acción dañosa causada en estado de necesidad no constituya un supuesto típico de delito, sino simplemente un daño aquiliano que pueda englobarse en el art. 1902 CC.

d) El consentimiento del perjudicado

70 En la doctrina se admite, dentro de ciertos límites, como causa de exención de responsabilidad el consentimiento de la persona perjudicada, siempre que lo lesionado sean sus bienes materiales y que en la acción u omisión no haya mediado dolo¹⁷⁵. En cambio, no opera el consentimiento cuando lo lesionado es la vida, integridad física o, en general, cualquier derecho de la personalidad del que no se puede disponer, salvo que sea la ley la que lo autorice¹⁷⁶.

71 El caso fortuito, como se ha visto al tratar el presupuesto del nexo causal, ha sido considerado tradicionalmente como causa de exención de la responsabilidad tradicional. En la jurisprudencia su eficacia exonerativa no se basa en la no culpa del agente, sino en el carácter imprevisto o inevitable del suceso.

¹⁷⁴ L. Díez-Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, p. 317.

¹⁷⁵ «El derecho a la intimidad, en conexión con la inmunidad de espacios físicos como el domicilio o el secreto de las comunicaciones, su protección a través no solo del art. 18 sino también del 20(3) y 105 de la Constitución, revela el particular empeño de las constituyentes en su salvaguarda, quizá porque el más importante valor a amparar en tal esfera ya no es el honor, tan vinculado al estatus social en otros tiempos (se defendía incluso con la vida), sino el derecho a la soledad, a un ámbito de relaciones restringidas, al anonimato y a la reserva, a barreras psicológicas frente a intromisiones indeseadas; derecho por ello de naturaleza esencialmente negativa (se respeta en tanto no se desvela o perturba) frente al derecho al honor y el derecho a la propia imagen, de complejidad positiva (derecho a la autoestima y al de la buena reputación y consideración ajena por una lado, y al control de la reproducción de nuestro aspecto externo de otro) con los que presenta como común denominador el interés público y el consentimiento del lesionado y los usos sociales como causa de justificación e inculpabilidad, ya que a diferencia de lo que acaece, con el derecho al honor y a la propia imagen, carece de virtualidad desactivante la *exceptio veritatis*, que se compensa por imperativo legal y si su tutela en el Código penal viene prevenida en los arts. 490, allanamiento, art. 191(2), entrada ilegal de funcionario en domicilio sin autorización judicial, violación de correspondencia, art. 192, infidelidad en la custodia de docs., arts. 364 y 366, revelación de secretos, 367, y 368, 497, 498, 499, escuchas clandestinas, 192 *bis*, 497 *bis*, en el ordenamiento civil se sustenta en la Ley 82 y no solamente en el art. 1902 del CC» [STS n.º 67/2011, de 23 de febrero, ECLI:ES:TS:2011:1664].

¹⁷⁶ Se admite un poder de disposición sobre ciertos derechos de esta naturaleza cuando el consentimiento es expreso en caso de intromisiones al honor, intimidad e imagen [art. 2[2] LO 1/1982, de 5 de mayo, *BOE*, n.º 115, de 14 de mayo de 1982], o para el tráfico de datos de carácter personal [art. 6 LO 3/2018, de 5 de diciembre, *BOE*, n.º 294, de 6 de diciembre de 2018].

V. Responsabilidad objetiva de la responsabilidad civil extracontractual: el riesgo

72 Como se ha explicado, sobre la base del art. 1902 CC se construye la base que obliga a reparar el daño causado por culpa o negligencia, como igualmente lo hacen los códigos francés¹⁷⁷, italiano¹⁷⁸, alemán¹⁷⁹ o portugués¹⁸⁰. No obstante, el criterio de la culpa sobre el que se basa el sistema de responsabilidad llevó a la crisis del sistema legislativo cuando se produjeron cambios trascendentes en las premisas sobre las que se estructuró. El aumento de la población y el progreso y la civilización técnica llevó aparejada la multiplicación de máquinas, ingenios y artificios creadores de riesgos y de situaciones de peligro. El sistema no se podía mantener, porque, en muchos casos complejos, no podía exigirse a la víctima la prueba de la culpa del autor de la acción dañosa. Por ello, la actividad peligrosa desplegada por la persona puede constituir igualmente, bajo determinadas circunstancias, un legítimo título de imputación del daño. Ello no implica ni significa que el riesgo, por sí solo, sea un criterio de imputación de la responsabilidad o un título de imputación jurídica, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. Hay que tener presente que, en el marco del ordenamiento jurídico español, no existe una cláusula general de responsabilidad objetiva [responsabilidad sin culpa]. El sistema español exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida [responsabilidad subjetiva o por culpa]. Con todo, ante este escenario jurídico, hoy es inimaginable exigir a una víctima pasajera de avión herida en accidente aéreo la prueba por sí sola de la causa de su daño. E inimaginable fue antes respecto de los accidentes provocados por los ferrocarriles o por el utillaje de la industria. Así, el daño

¹⁷⁷ «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer» [art. 1240 Code civile].

¹⁷⁸ «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» [art. 2043 Codice civile; Gazzetta Ufficiale, n.º 79, 4-4-1942].

¹⁷⁹ «[1] Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. [2] Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein» [§ 823 BGB].

¹⁸⁰ «1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação» [art. 483:1 CC, *Decreto-lei* n.º 47344; *Diário de Governo*, n.º 274/1966, *série* I, 25-11-1966].

se convierte en un problema social cuando son muchas las víctimas y deja de ser excepcional y, por tanto, ya no permite tratamientos individualizados. En este sentido, el art. 1:101 de los Principios del Derecho europeo de responsabilidad civil, tras señalar que la persona a quien se puede imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo, establece a continuación como títulos de imputación los siguientes: a) que lo haya causado una conducta dolosa; b) que lo haya causado una actividad anormalmente peligrosa; o c) que lo haya causado en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, se recogen los protípicos supuestos de responsabilidad subjetiva o por culpa, objetivada o por riesgo, y vicaria o por hecho de otro¹⁸¹.

73 En los supuestos de actividades peligrosas permitidas por ser socialmente útiles colisionan intereses de terceras personas, de no resultar perjudicadas, con el propio y legítimo de las titulares que las gestionan de obtener los mayores rendimientos económicos posibles derivados de su explotación, a veces sometida, aunque no siempre, a un régimen de responsabilidad objetiva bajo aseguramiento obligatorio¹⁸². En efecto, el sistema de la responsabilidad sin culpa obliga al potencial responsable o agente productor del daño a estar asegurado contra las consecuencias de su actuar, lo que conduce a que las potenciales víctimas de los daños vean asegurada, en realidad, la percepción de la indemnización por parte de la entidad aseguradora, no la del responsable del daño. Así las cosas, en determinadas actividades peligrosas, ha sucedido en España y en otros países, que es el propio legislador el que se ha ocupado de establecer la fórmula de la responsabilidad objetiva o sin culpa: la persona que sufre el daño como fruto de una actividad dominada por el signo de la responsabilidad objetiva tiene que ser resarcida haya habido, o no, culpa por parte de la que lo causó. Ya no es que se suavice la prueba de la culpa o se

¹⁸¹ De estas actividades anormalmente peligrosas se ocupa posteriormente el art. 5:101 PETL, con la atribución a quien las lleva a cabo de una responsabilidad objetiva por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. En dicho precepto, se atribuye a una actividad el calificativo de anormalmente peligrosa si: «a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común». En su apartado 3.º, señala que el riesgo de daño puede ser significativo «en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo». Por su parte, el art. 2050 del Código civil italiano dispone que: «[Q]uien cause un daño a otro en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el daño», consagrando pues la normativa una inversión de la carga de la prueba.

¹⁸² Esa desigualdad, en las posiciones de ambas partes, se pone fácilmente de manifiesto por la circunstancia de que, mientras las terceras personas soportan la amenaza eventual de sufrir daños significativos –con la única ventaja de obtener a cambio, en el mejor de los casos, un beneficio meramente difuso–, el titular de la actividad, por el contrario, se beneficia de las ganancias generadas de su explotación en su particular provecho. Esta asimetría conduce a la posibilidad de justificar decisiones normativas que, por razones de justicia conmutativa, impongan a quien se aproveche de ese *stock* de riesgos, las cargas económicas de los perjuicios causados a los terceros ajenos a la misma, con la finalidad de compensar esa especie de daños expropiatorios o de sacrificio. De esta manera, se han utilizado las fórmulas latinas *ubi emolumentum, ibi onus* [donde está la ganancia está la carga] o *cuius commoda, eius incommoda* [quien obtiene una ventaja debe padecer los inconvenientes] (STS n.º 141/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2021:807, FJ 4).

desplace sobre la demandada la prueba de su ausencia, es que, simplemente, se prescinde de ella. Naturalmente, de lo que no se prescinde es de la relación de causalidad: el agente «no podrá exonerarse demostrando su exquisita diligencia», pero sí lo podrá hacer en caso de que demuestre un evento que rompa el nexo causal¹⁸³.

74 La denominada doctrina del riesgo elaborada por el TS está sometida a las limitaciones impuestas por la obligación de conciliarla con el sistema subjetivista de responsabilidad propio del Código civil, que impide atribuir de forma exclusiva al riesgo la consideración de título legítimo de imputación del daño. El Derecho español no ha aceptado una generalización de la inversión de la carga de la prueba, salvo en los casos de daños derivados de actividades anormalmente peligrosas en las que se requiere un mayor rigor en la diligencia desplegada para evitar el daño. Así, la jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daños desproporcionados o falta de colaboración del productor del daño, cuando éste está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole¹⁸⁴. Sea como fuere, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

75 En España, en los años setenta comenzaron a promulgarse leyes reconocedoras de la responsabilidad objetiva¹⁸⁵. Destacando, entre ellas, la Ley sobre

¹⁸³ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 269.

¹⁸⁴ En este sentido, la jurisprudencia se muestra reacia a admitir la responsabilidad de quien facilita la práctica del deporte. Se sostiene que las actividades de riesgo asumido eximen de responsabilidad al prestador de servicio, salvo que el actor acredite que se ha incrementado dicho riesgo por actos imputables al responsable de la actividad [SSTS de 22 de octubre de 1992 en un caso de lesiones por el juego de pelota, de 20 de marzo de 1996, sobre accidente de esquí, de 20 de mayo de 1996, en una colisión de una lancha contra un escollo en un pantano, de 14 de abril de 1999, sobre accidente de parapente; todas ellas recogidas en la de 17 de octubre de 2001, en un caso de rafting con resultado de muerte, y, SSTS de 18 de marzo de 1999, sobre golpe contra caseta después de deslizarse sobre un plástico, fuera de pista [STS n.º 244/1999, *cit. infra* nota 291], y SSAP Huesca, de 6 de noviembre de 2002, por impacto contra el tubo de una señal informativa visible, situada en el lateral de la pista, Vizcaya, secc. 4.ª, de 19 de septiembre de 2002, y Girona, secc. 2.ª, de 2 de febrero de 1996, con resultado de muerte]; en SAP Coruña, secc. 16.ª, de 1 de junio de 2022, ECLI:ES:APC:2022:1609, FJ 2.2[2]].

¹⁸⁵ Dechados de regímenes de responsabilidad objetiva se hallan en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor [*vid. supra*], en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, en lo que afecta al transporte aéreo de mercaderías de carácter nacional; la

el Uso y Circulación de Vehículos a Motor de 24 de diciembre de 1962¹⁸⁶, que, en lo sustancial y en lo que a este punto concreto afecta, dispone que «el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación»¹⁸⁷. Hay que hacer notar que la responsabilidad objetiva (la que actúa en

responsabilidad del transportista por la muerte o las lesiones de los pasajeros está regulada en los arts. 17 y ss. del Convenio de Montreal [CM], de 28 de mayo de 1999 [BOE, n.º 122, de 20 de mayo de 2004] aplicable al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro [art. 1] tras la modificación que el Reglamento [CE] n.º 889/2002 [DOCE, n.º 140, de 30 de mayo de 2002] hizo del Reglamento [CE] n.º 2027/1997 [DOCE, n.º 285, de 17 de octubre de 1997], relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje [DOUE, n.º 285, de 17 de octubre de 1997] [STS n.º 269/2019, de 17 de mayo, ECLI:ES:TS:2019:1513], y la aplicación del CM en relación con la indemnización prevista: se establecen dos regímenes distintos para el tramo de la indemnización inferior a los 100.000 derechos especiales de giro (DEG) y para el que supere esta cifra. En el primer tramo se trata de una responsabilidad «cuasiobjetiva», pues la única causa de exoneración del transportista aéreo es que el daño se haya causado por la propia víctima, y en el segundo tramo es una responsabilidad que ha sido denominada «subjética objetivizada», pues solo puede exonerarse si se prueba que el daño no se debió a una conducta negligente o indebida del transportista, sus dependientes o agentes o que se debió únicamente a la conducta indebida de un tercero, FJ 2, § 4). El límite de 100.000 DEG es la cifra que la norma establece como importe de la cobertura mínima, por pasajero, del seguro exigido al transportista aéreo por el art. 7 del Reglamento [CE] n.º 2027/97, respecto de que las compañías aéreas comunitarias «deberán estar aseguradas hasta un nivel adecuado para garantizar que todas las personas con derecho a indemnización reciban el importe íntegro a que tienen derecho conforme el presente Reglamento». En la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (LC), [BOE, n.º 82, de 6 de abril de 1970] cuyo art. 33(5) dispone «[T]odo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza». Al igual que sucede con el régimen de responsabilidad por accidentes de tráfico, «no se consideran como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de municiones» [art. 36.6(a) del Reglamento para la ejecución de la LC, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo [BOE, n.º 76, 30 de marzo de 1971, pp. 5108-5118]]. Todo cazador se encuentra obligado a concertar un seguro que cubra hasta el límite reglamentario los daños a las personas [art. 1(2) Reglamento aprobado por RD 34/1994, de 21 de enero [BOE, n.º 40, de 16 de febrero de 1994] pp. 4998-5000]. Si no se suscribe este seguro no se puede obtener la licencia de caza [M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 272]. Y aunque es menos evidente, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [BOE, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007].

¹⁸⁶ Texto Refundido aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, sustituido luego por el que aprobó el Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986, de adaptación al ordenamiento jurídico comunitario. Con posterioridad, la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, vino a modificar parcialmente no pocos artículos del régimen, además del propio título de la Ley, que desde entonces se denomina Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor, y cuyo Texto Refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre [*vid. supra*].

¹⁸⁷ En un supuesto de colisión entre dos vehículos en el que se reclamaba por lesiones, el TS estimó el recurso indicando que «en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo –título de atribución de su responsabilidad– y como tal, no pudiendo cada uno

virtud del riesgo y al margen de la culpa o la negligencia] solamente aparece en sede de daños personales y no respecto de los materiales. En efecto, el texto sigue diciendo: «en el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se consideraran casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos»¹⁸⁸. Para exonerarse, no será suficiente probar la ausencia de culpa ni tampoco cualquier ruptura del nexo causal. En cambio, en el caso de daño a los bienes, «el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los arts. 1902 y ss. CC, arts. 109 y ss. CP, y según lo dispuesto en esta Ley»¹⁸⁹. Para que exista responsabilidad, pues, siempre será preciso que el daño sea fruto de la conducta voluntaria o negligente. La ausencia de culpa valdrá para exonerarse, y también tendrá virtualidad exoneradora, por ejemplo, el fallo mecánico. Se está ante una responsabilidad objetiva en materia de daños corporales y ante una responsabilidad subjetiva en materia de daños materiales. El art. 2 de la norma establece la obligación de toda persona propietaria de vehículo a motor que tenga un estacionamiento habitual en España a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo del que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil¹⁹⁰.

76 En materia de responsabilidad por productos defectuosos, la obligación del fabricante de resarcir de manera directa al consumidor final los daños causados por sus productos es una responsabilidad objetiva exigible al margen de cualquier

acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo. La particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la LRCSVM 1995 y la vigente en la actualidad» [STS n.º 312/2017, de 18 de mayo, ECLI:ES:TS:2017:1903].

¹⁸⁸ Art. 1(1) TRLRCSVM.

¹⁸⁹ Art. 1(3) TRLRCSVM.

¹⁹⁰ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 269.

relación contractual y basada en el carácter defectuoso del producto¹⁹¹. Según el art. 135 TRLGDCU y otras leyes complementarias¹⁹², «los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen». El art. 139 del Texto dispone que «el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos». No se hace pues mención a la culpa. La prueba del defecto es solo la prueba de identificación del producto y de las circunstancias en que su uso dio lugar al resultado dañoso, sin que sea preciso probar más. El cumplimiento de las normas de seguridad y la obtención de los correspondientes marcados «CE» permite comercializar los productos y evitar sanciones administrativas, y aun penales, pero no impide que un producto pueda defraudar las expectativas legítimas de seguridad y, en tal caso, si causa daños, la productora debe responder¹⁹³. El fabricante no se podrá exonerar demostrando la no culpa ni le valdrá cualquier modo común de ruptura del nexo causal¹⁹⁴. La absolución únicamente cabe si consigue acreditar una o alguna de las causas tasadas de exoneración que pone a su disposición el art. 140 TRLGDCU¹⁹⁵. Alguna de ellas implica una falta de culpa y no

¹⁹¹ El concepto de «producto defectuoso» tiene un carácter normativo y debe interpretarse de acuerdo con los criterios que establece la ley. En particular, el art. 137(1) TRLGDCU dispone que: «se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, su uso razonablemente previsible, y el momento de su puesta en circulación» [STS n.º 195/2021, de 1 de marzo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:758, FJ 6, sobre responsabilidad por prótesis de cadera defectuosa].

¹⁹² Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) (BOE, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007).

¹⁹³ STS n.º 195/2021, *cit. supra* nota 191.

¹⁹⁴ «Es el perjudicado quien tiene que probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño». Este precepto incorpora al ordenamiento español el art. 4 de la Directiva 85/374/CEE. El fabricante, por su parte, puede exonerarse de responsabilidad si prueba alguna de las circunstancias a que se refiere el art. 140 TRLGDCU, entre las que se incluye, por lo que importaba al recurso en cuestión, «que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto» [apartado 1º. b) del art. 140]. La ley española incorpora así lo dispuesto en el art. 7(b) de la Directiva 85/374/CEE que, literalmente establece que el productor no será responsable si prueba que «teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde» [STS n.º 495/2018, de 14 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3145].

¹⁹⁵ «1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos,

una falta de causa, lo que permite pensar que la norma contiene un sistema híbrido entre la responsabilidad subjetiva y objetiva¹⁹⁶. Dicho artículo permite al productor exonerarse de responsabilidad probando que «el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes», de modo que no puede exonerarse por el cumplimiento de las normas, son solo cuando el defecto sea consecuencia precisamente de ciertas exigencias legales. El momento relevante para valorar si el producto debe tenerse por defectuoso es cuando se pone en circulación –art. 137(1) y (3), y art. 140.1 (a),(b),(e) TRLGDU–. La modificación en las expectativas del consumidor no convierte retroactivamente en defectuosos los productos que se comercializaron en el pasado, es decir, los criterios de seguridad actuales no pueden aplicarse para valorar la seguridad que legítimamente se podía esperar en un momento anterior. Solamente puede quedar exento de responsabilidad el importador o fabricante cuando pruebe que la ausencia de las comprobaciones en el momento de la puesta en circulación del producto, p. ej., respecto a su toxicidad o peligrosidad, responde al hecho de no ser exigibles de acuerdo con «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación»; ahora bien, hay que tener en cuenta que ciertos productos, como alimentos o medicamentos, no pueden acogerse a esta regla¹⁹⁷. El art. 148 TRLGDCU contiene el carácter objetivo de la responsabilidad en materia de servicios defectuosos¹⁹⁸.

VI. El seguro de responsabilidad civil extracontractual

77 Son muchos los factores sociales, económicos y científicos que han incidido en el aumento de los siniestros y en el número y cuantía de las reclamaciones. Todo ello, ha propiciado cambios legislativos y creación de jurisprudencia que ha generado como medida complementaria la necesidad del seguro de responsabilidad civil. A

alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)».

¹⁹⁶ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 272-273.

¹⁹⁷ STS n.º 545/2010, de 9 de diciembre, ECLI:ES:TS:2010:7204, FJ 6, caso sobre responsabilidad por prótesis mamarias defectuosas.

¹⁹⁸ «Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte».

medida que particulares y empresas se van sintiendo cada vez más amenazados por el riesgo de tener que pagar considerables indemnizaciones, se ha consolidado la actividad aseguradora, a cuyo desarrollo ha contribuido —y, mucho— el propio legislador, que ha impuesto la obligación del seguro en determinadas actividades con el objeto de garantizar siempre a las víctimas un mínimo de indemnización¹⁹⁹. El problema es que «se ha llegado a decir que el hecho de que una actividad determinada sea asegurable determina automáticamente que el daño producido sea fuente de responsabilidad, lo cual resulta absolutamente inaceptable»²⁰⁰. En rigor, el responsable civilmente del daño no es otro que quien lo haya causado y ello es así, exista o no seguro de responsabilidad civil. Otra cosa es que la persona responsable haya desplazado su riesgo patrimonial hacia una compañía aseguradora, que, si satisface la indemnización, será en cumplimiento de unas obligaciones derivadas de otra fuente diferente. Indudablemente, la obligación de la aseguradora tiene como presupuesto el nacimiento de una deuda de responsabilidad civil a cargo del asegurado, pero ambas obligaciones son diversas: la primera surge del contrato de seguro y la segunda del daño causado. Y para que surja la primera, antes tiene que haberse apreciado que ha habido daño, y que éste es imputable precisamente a una persona responsable, que ha tenido la precaución de estar asegurada. La responsabilidad no nace por estar asegurado, sino con independencia de si se está o no²⁰¹.

78 La naturaleza del seguro de responsabilidad civil es la de un seguro de daños, pero al mismo tiempo de carácter preventivo. En esta calificación ha contribuido notablemente que el perjudicado disponga de la posibilidad de exigir directamente el pago al asegurador, siendo esta acción directa invulnerable ante las excepciones que

¹⁹⁹ P. ej., el TRLRCSVM abarca una regulación integral del régimen de la responsabilidad en materia de accidentes de tráfico, y así, delimita el principio en el que se basa la responsabilidad en el art. 1(1) [responsabilidad por riesgo], incluye en el mismo artículo el ámbito subjetivo, en los § 1 y 3, configura también el ámbito objetivo en el § 6, e impone en el art. 2 la obligación de asegurarse a todos los propietarios de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio. El seguro obligatorio no se configura como un seguro de accidentes ni como un seguro social, sino como un seguro de responsabilidad civil a través del cual se ampara la responsabilidad en que incurra el asegurado que cause daños a terceras personas (se protege el riesgo de que este sufra un menoscabo en su patrimonio ante la necesidad de tener que reparar el daño, sin que la acción directa lo desnaturalice porque el perjudicado, aunque no haya intervenido en la concertación del seguro, reclame directamente a la aseguradora). De este modo, se legitima al perjudicado para hacer valer su pretensión contra la compañía aseguradora sin necesidad de agotar un trámite previo para con el agente causante del daño. Esta responsabilidad directa que autoriza el art. 76 LCS no deriva del contrato de seguro (puesto que el tercer perjudicado no ha intervenido en dicho contrato), sino que deriva del hecho dañoso culposo. La responsabilidad del agente del daño y de la compañía aseguradora es solidaria porque ambos responden por el mismo hecho ilícito, y, en consecuencia, la interrupción del plazo de prescripción aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores [STSJCAT n.º 61/2017, de 4 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:10699].

²⁰⁰ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 308.

²⁰¹ *Idem.*

sí puede oponer el asegurador frente al asegurado, lo que hace que el seguro de responsabilidad civil tenga una naturaleza peculiar dentro del grupo de seguro de daños, al constituir a la vez un mecanismo que previene un daño del asegurado y que a la vez repara, llegado el caso, el daño causado al tercero²⁰². El seguro de responsabilidad civil está llamado también a contribuir a evitar que se extienda la sensación de que al asegurado le es indiferente ser cuidadoso que negligente. Y para ello hay una delimitación adecuada del riesgo cubierto, en la que se precisa qué personas se encuentran comprendidas en la cobertura y qué personas no, qué riesgos se consideran excluidos, dentro de qué ámbito espacial o territorial debe haberse producido el siniestro y dentro de qué límites temporales, qué diseño de cobertura se conviene por siniestro, por víctima o por años de seguro, etc. Atendiendo al origen de su suscripción los seguros de responsabilidad civil pueden ser voluntarios y obligatorios, pues en ocasiones es la ley la que impone el deber de tomar el seguro para poder llevar a cabo determinadas actividades o por el solo hecho de que una persona sea titular de determinados bienes. En el orden puramente jurídico-privado, la causación de un daño sin que el responsable tenga suscrito el seguro comportará que haya de ser él quien responda. En ocasiones, está prevista la posibilidad de que el perjudicado, ante la inexistencia de seguro que cubra al responsable, reclame contra el Consorcio de Compensación de Seguros (u otros fondos de análoga función), pero después éste podrá repercutir lo pagado contra el responsable²⁰³.

79 El seguro de responsabilidad civil precisa que haya un «tercero». El tercer perjudicado no es ni el asegurado (que es el titular del interés sometido al riesgo de que un tercero sufra un daño) ni el tomador del seguro (que es parte y no tercero). Y, ello es relevante para este trabajo en la medida que, a continuación, se trata, juntamente con la acción de reclamación de responsabilidad y la acción negativa de responsabilidad, la acción directa como acción, también, de responsabilidad extracontractual que faculta al tercer perjudicado a reclamar directamente contra la aseguradora por el daño padecido por el comportamiento del asegurado.

VII. Acciones ante los tribunales

80 La acción es el derecho de libre acceso a la jurisdicción. La utilización de la vía judicial en materia de responsabilidad civil tiene como sede común la vía jurisdiccional civil y le resultan de aplicación las normas propias de los juicios ordinarios (verbales y

²⁰² L. F. Reglero Campos, «El seguro de responsabilidad civil», en Reglero Campos y Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, v. 1, pp. 1372-1373.

²⁰³ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 715-720.

ordinarios] puesto que la LEC no la gobierna por normas de procesos especiales. El juzgado competente es el del domicilio del demandado (arts. 50 y 51 LEC), si bien para los daños morales que sean consecuencia de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen, es competente el tribunal del domicilio del demandante (art. 52.1[6] LEC), y si se trata de daños derivados de la circulación de vehículos a motor, el competente es el tribunal del lugar en el que se causaron los daños (art. 52.1[9] LEC). La cuestión tiene su complejidad, piénsese en la inmensa mayoría de automóviles y ordenadores que se venden y se comercializan en España que no están fabricados en España y/o contienen componentes fabricados en Chile, Corea, Singapur, Malasia, Taiwan, Indonesia y otros países²⁰⁴. En materia de responsabilidad extracontractual se puede interponer ante los tribunales diferentes acciones para que la pretensión del acto sea atendida; se destacan tres grandes tipos: 1) la acción declarativa de responsabilidad, que es una pretensión positiva que lo que insta es la declaración de la existencia del derecho; 2) la acción directa, sobre la que ya se ha indicado en el párrafo anterior que, faculta al tercer perjudicado a reclamar directamente contra la aseguradora por el daño padecido por el comportamiento u omisión del asegurado; 3) la acción declarativa negativa de responsabilidad o de exoneración, que se utiliza para obtener un pronunciamiento que haga constar que un sujeto no ha vulnerado o no está vulnerando un derecho de una tercera persona y, en consecuencia, no está incurriendo en ninguna responsabilidad extracontractual; y 4) la acción de cesación de conducta, de actividad o comportamiento lesivos o acción negatoria, utilizada con el fin de obtener del tribunal una orden que ponga fin a tales conductas o actividades que la parte actora considera lesivos para sus intereses.

a) Acción de reclamación de responsabilidad

81 El éxito de la acción declarativa de responsabilidad requiere que la parte actora justifique de modo suficiente que el resultado dañoso es causalmente imputable a la parte demandada. Y ello teniendo en cuenta que el nexo causal requiere una prueba terminante, al ser la base de la culpa, pues en el vínculo entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la culpabilidad de aquél para establecer la obligación de reparar, sin que se pueda basar en meras conjeturas o suposiciones, sino en una indiscutible certeza probatoria. Esta exigencia de su cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba invocables en la interpretación del art. 1902 CC. Dicho lo cual, el cómo y el por qué constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso, al ser un concepto puente entre el daño y el juicio de valor sobre la

²⁰⁴ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 540.

conducta del que lo causó o entre la acción y el resultado.

b) Acción directa

82 La acción directa es la facultad legalmente concedida a determinados acreedores para que puedan reclamar directamente a la persona deudora de su deudor. Aunque el resultado final de ejercitar esta acción y el derivado de ejercitar la acción subrogatoria o indirecta pueden ser iguales, ambas acciones son diferentes. En efecto, mientras la acción indirecta puede ejercitarse siempre que concurren determinados requisitos, la directa solo puede ejercitarse en los casos previstos en la ley. El art. 76 LCS²⁰⁵ introdujo la conocida como acción directa. En el ejercicio de dicha acción, la aseguradora de la responsabilidad civil tiene la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio de la persona asegurada porque la asegurada, responsable del daño causado a una tercera persona, tiene obligación de indemnizar. La aseguradora está obligada en virtud del contrato de seguro. En cambio, la persona asegurada estará obligada a indemnizar en virtud de la deuda que nacerá de una responsabilidad extracontractual porque ha contravenido el principio general del *neminem laedere*. El nacimiento de la acción del perjudicado nace en el momento en que se reclama extrajudicial o judicialmente la indemnización. No hay que caer en el error de pretender el seguro como un criterio de imputación. La acción directa se encuadra en un contrato de seguro y la aseguradora puede hacer uso de una serie de defensas o excepciones: «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», recoge el art. 76 LCS, y añade: «el asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste». Además, las excepciones objetivas o causales operaran también con independencia de quien sea el sujeto legitimado activamente. Son oponibles las que afectan a la existencia o validez del contrato de seguro, las que afecten a la nulidad del contrato (no a la anulabilidad que no podrá perjudicar a la víctima). Otras excepciones son aquellas basadas en riesgos excluidos, limitaciones y franquicias del contrato de seguro.

83 La STS n.º 494/2006, 10 de mayo, matizó que, cuando la persona causante del daño que da lugar a la responsabilidad civil está asegurada, el tercer perjudicado tiene dos derechos que corresponden al lado pasivo de dos obligaciones y que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la de la aseguradora (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que

²⁰⁵ Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el Contrato de Seguro [BOE, n.º 250, de 17 de octubre de 1980].

está sometida al régimen especial del art. 76 LCS)²⁰⁶.

84 Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo existen una serie de excepciones que no se consideran oponibles al tercer perjudicado. Se trata en general de hechos o conductas imputables únicamente al asegurado, aunque presentan aspectos que inciden en la relación contractual, y, en esa medida, podría defenderse la oponibilidad frente al tercero. Estas excepciones son: la falta de comunicación de la existencia de varios seguros, la no comunicación de la transmisión del objeto asegurado en los términos establecidos en el art. 34 LCS, el incumplimiento o cumplimiento tardío del deber de comunicar las circunstancias del siniestro, el incumplimiento del deber de adoptar todas las medidas razonables y necesarias para disminuir el daño y sus consecuencias, la suspensión del contrato por impago de la prima del seguro y el incumplimiento del deber de declaración del riesgo o de su agravación. En rigor, más que obligaciones en sentido propio, todas ellas son cargas impuestas a la persona asegurada²⁰⁷.

²⁰⁶ Cita la STS n.º 40/2009, de 23 de abril, *vid. infra* siguiente nota. Su finalidad es «evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización». Se trata, pues, de una acción autónoma e independiente que puede tener el perjudicado frente al asegurado y que se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado [STS n.º 484/2018, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3087, FJ 18.º].

²⁰⁷ La STS n.º 40/2009, de 23 de abril [ECLI:ES:TS:2009:2215] si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que la aseguradora puede oponer frente a la asegurada, también sostiene que se pueden oponer las denominadas en la sentencia «excepciones impropias», que define como «aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes», es decir, [...] «aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que [el asegurador] podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado». Según la misma sentencia, estas excepciones son admisibles porque «la acción directa del art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato, por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado». En la STS n.º 268/2007, de 8 de marzo [ECLI:ES:TS:2007:1203], respecto de las condiciones generales del contrato de seguro y las cláusulas delimitadoras del riesgo, se establece que, a pesar de que la compañía de seguros no puede alegar las excepciones personales que tenga frente a la asegurada en caso de ejercicio de la acción directa, ello no puede afectar a la delimitación del riesgo asegurado, pues, en otro caso, se superarían los límites del contrato de seguro y la cobertura sería ilimitada. Y afirma: «tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1.º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será «dentro de los límites pactados» y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada». La STS n.º 1166/2004, de 25 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7668], utiliza el concepto de hecho constitutivo del perjudicado al ejercitar la acción directa, de tal forma que, si éste no existe, no podrá prosperar la acción directa. Considera esta sentencia como hecho constitutivo que «[s]u derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro. Para que surja el derecho del tercero contra el

c) Acción declarativa negativa de la responsabilidad o de exoneración y acción de cesación o negatoria.

85 Las acciones declarativas negativas o de exoneración son acciones planteadas por el potencial autor de un daño de carácter extracontractual mediante las cuales éste pretende exonerarse de una eventual demanda de responsabilidad por parte del potencial perjudicado, ya sea solicitando que se declare la inexistencia de dicha responsabilidad, o bien solicitando que se declare que a la demandada no le corresponde ninguna acción para exigir tal responsabilidad. En las acciones declarativas negativas, por tanto, se invierten las posiciones habituales en las acciones de responsabilidad extracontractual, puesto que la presunta víctima se sitúa, desde una perspectiva procesal, en posición pasiva. Así, de resultas de esta inversión, en estas acciones la parte demandante no va a exigir el reconocimiento de un derecho de contenido positivo, sino una declaración de exoneración frente a quien eventualmente podría alegar tal derecho. Se trata de un tipo de acciones ejercitadas en ámbitos como el de la propiedad intelectual, p. ej., cuando se solicita la declaración de que una determinada acción no vulnera los derechos de patente de la demandada, si bien son perfectamente posibles en otros sectores tales como el de la responsabilidad por daños medioambientales, por infracción del Derecho de la competencia o por vulneración de los Derechos de la personalidad ²⁰⁸ –y,

asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato». De tal forma que, si el hecho que origina el daño no está cubierto por el seguro, no se está en el campo de las excepciones en sentido estricto, sino en supuestos en los que se debe rechazar la acción porque faltan los presupuestos para que prospere. Se trataría en este caso de excepciones objetivas, que se basan en: (i) la inexistencia del contrato o la extinción de la relación jurídica; (ii) la ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento; y (iii) que el derecho del tercero esté fuera de la cobertura del seguro». Por fin, la STS n.º 200/2015, de 17 de abril [ECLI:ES:TS:2015:1424] aclara que pueden oponerse al perjudicado las excepciones relativas a la cobertura del riesgo, pero no aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado. En particular, dice: «[E]l derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar [STS 12 de noviembre 2013] no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. “Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza a oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, “sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado”; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado» [FJ 2].

²⁰⁸ C. Dró Martínez/M. A. Gandía Sellens, «Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? Cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer», *Revista boliviana de derecho*, n.º 19, enero, 2015, pp. 706-725.

excepcionalmente, también en accidentes de esquí como tendremos ocasión de ver a propósito, p. ej., del caso de Baqueira Beret (*infra* § 140)–. La acción negatoria de cesación, a diferencia de la acción declarativa de responsabilidad civil que busca el resarcimiento o indemnización del perjuicio derivado de la perturbación, busca el poner fin al comportamiento antijurídico.

VIII. La prescripción de las acciones de responsabilidad civil

86 La prescripción es una «institución jurídica en la que se manifiesta un determinado efecto jurídico por el transcurso de un período de tiempo determinado. Se corresponde con el plazo que delimita el periodo de tiempo en el que puede llevarse a cabo una determinada actuación, transcurrido el cual ésta ya no es posible. Siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva»²⁰⁹.

87 De acuerdo con el art. 1968[2] CC prescriben por el transcurso de un año «la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y, por las obligaciones derivadas de la culpa o la negligencia de que se trata en el artículo 1902 CC, desde que lo supo el agraviado». El plazo anual juega para todas las acciones de responsabilidad extracontractual previstas en los arts. 1903 CC y 1905 a 1910 CC, por más que el tenor literal del precepto invite a pensar que la prescripción anual solamente opera en el campo del artículo 1902 CC²¹⁰. Contrasta con el plazo del Derecho francés de cinco años para el ejercicio de las acciones personales (art. 2224) o el de diez años para la reclamación de la responsabilidad en caso de daños corporales (art. 2226); el de cinco años del Código italiano y el de dos años para los daños derivados de los accidentes de automóvil (art. 2947), el también de cinco años del código holandés (art. 310-1); o el plazo de tres años del Código alemán (§ 852) y ruso (art. 196), que es justo el plazo adoptado en Cataluña por el Código civil catalán (art. 121- 21[d]). Habrá que tenerse en cuenta que el plazo general del art. 1968 CC no se aplica en los múltiples sectores de actividad gobernados por leyes especiales²¹¹. Por otra parte, el art. 1964[2] CC fija un plazo de prescripción de cinco años para aquellas «acciones personales que no

²⁰⁹ Según la definición dada por el diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/prescripción>. Vid. también STS n.º 993/2003, de 20 de octubre, ECLI:ES:TS:2003:6722, FJ4).

²¹⁰ Sin embargo, las acciones de regreso [de las que no se ocupará este trabajo] del art. 1904 CC, que no son acciones indemnizatorias, sí se les aplica el plazo general de los cinco años [M. Izquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 552].

²¹¹ M. Izquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 549-550.

tengan un plazo especial»²¹². En consecuencia, p. ej., la acción de responsabilidad civil contractual derivada de un accidente por el mal funcionamiento de los remotes mecánicos tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este plazo es decenal en la legislación catalana [art. 121-20 CCCat.]²¹³.

88 El plazo de prescripción no cambia por el hecho de quien ejercite la acción no sea la persona que sufrió el daño y lo sea cualquier otra legitimada activamente. Además, nada ha de cambiar si hay seguro de responsabilidad civil. Así, la víctima para reclamar directamente a la aseguradora dispone del mismo plazo de prescripción del que dispondría si hubiera preferido reclamar contra la aseguradora causante del daño²¹⁴. El régimen de prescripción correspondiente a la relación entre responsable y perjudicado se traslada a la acción directa contra la aseguradora, en bloque²¹⁵. Así las cosas, en el caso de que el hecho dañoso consista en un accidente de tráfico y ocurra en Cataluña que, como se ha indicado en el párrafo anterior, contempla un plazo de prescripción de tres años para el caso de daños extracontractuales, este plazo no es aplicable a la acción directa contra la aseguradora porque las acciones contra la aseguradora se gobiernan por el plazo del Derecho especial [de un año, con arreglo al art. 7[1] TRLRCSCVM]²¹⁶. Sin embargo, en el supuesto [objeto de este estudio] de que el hecho dañoso acaecido en Cataluña fuera un accidente de esquí, y concurriera un seguro y una aseguradora contra quien dirigir la reclamación por los daños sufridos en el accidente y contemplados en la póliza contratada entre el agente del daño y su aseguradora, el plazo de prescripción es el de tres años porque no existe en materia

²¹² Plazo que se modificó [pasó de 15 a 5 años] por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [BOE, n.º 239, de 6 de octubre de 2015].

²¹³ Dado que la diferencia entre los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual y contractual es significativa, algunos autores se inclinan a favor de la unificación de los dos bloques de responsabilidad sobre la base de que la finalidad de la institución es el resarcimiento del daño, la justicia material [R. González Hernández, «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, pp. 203-214].

²¹⁴ Así p. ej., en los casos de accidentes de tráfico, ha de entenderse que el art. 7[1] TRLRCYSCVM, precepto con clara vocación de aplicación universal, es el elemento de cierre del sistema [al prever expresamente que el plazo de prescripción de la acción directa de la perjudicada contra la compañía aseguradora es el de un año] instituye de forma implícita en la Ley el mismo plazo de prescripción anual cuando la acción se dirija contra el resto de las responsables de las consecuencias dañosas del accidente. Pues el tercero perjudicado tiene derecho a exigir de la aseguradora el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado, no el cumplimiento de una obligación autónoma de la aseguradora frente al tercero [STSJCAT n.º 61/2017, de 4 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:10699, FJ 4].

²¹⁵ Cuestión distinta es el plazo de prescripción que gobierna las acciones entre la aseguradora y el asegurado que será el fijado por la Ley del Contrato de Seguro [estas acciones desbordan el ámbito material del presente trabajo].

²¹⁶ M. Izquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 553.

de accidentes de esquí ninguna ley especial²¹⁷.

a) Comienzo del plazo de prescripción

89 En materia de responsabilidad civil contractual el plazo comienza desde que pudo ejercitarse, *i. e.*, desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligación (criterio general de los arts. 1964[2] y 1969 CC). Y en materia de responsabilidad civil extracontractual el plazo de prescripción de las acciones comienza «desde que lo supo el agraviado» [art. 1968[2] CC] ¿Qué es lo que tiene que saber la persona agraviada? Hay derechos, como el Derecho alemán, que establecen el cómputo desde el momento en que la víctima haya tenido conocimiento del daño y de la persona obligada a la indemnización (§ 852 BGB), pero este segundo dato no lo tiene en cuenta el art. 1968 CC. De todos modos, la lógica obliga a que la acción se encuentre en suspenso mientras se desconozca el autor del hecho dañoso²¹⁸. El conocimiento por el agraviado ha de comprender el de qué persona está legitimada pasivamente, así como la naturaleza, alcance y causa del daño²¹⁹. Por su parte, el Derecho catalán sí contempla los dos datos para tener en cuenta el momento de iniciar el cómputo del

²¹⁷ Con independencia de la materia y derecho que la rijan, el plazo de prescripción contemplado en la Ley para el ejercicio de la acción declarativa de la responsabilidad y petición de resarcimiento será el mismo para el caso de que pudiera ejercitarse la acción directa contra la aseguradora. En el caso p. ej., de un accidente de circulación cuya responsabilidad viene regulada en el TRLRCVSCVM, el plazo anual de prescripción lo es tanto respecto del agente causante del accidente como de su aseguradora. La naturaleza preventiva del seguro de responsabilidad civil que dispone la Ley en este caso, y teniendo en cuenta que la obligación, tanto del autor del accidente como de la aseguradora, trae causa del mismo hecho ilícito, dicho en otras palabras, la obligación que asume la aseguradora es la misma que la del asegurado, el plazo prescrito para accionar contra una, lo está también para accionar contra el otro. Accionar contra la aseguradora no interrumpe el plazo de prescripción para dirigirse luego contra el agente. Como indica el TSJCAT: «chocaría contra la naturaleza preventiva del seguro de responsabilidad civil que, prescrita la acción para la aseguradora —que es quien debe dejar indemne el patrimonio del responsable ante la reclamación del perjudicado en el seguro de responsabilidad civil—todavía existiese la posibilidad de demandar al causante del daño la indemnización debida, máxime cuando éste dudosamente podría repetir contra la aseguradora, que habría sido ya absuelta en un procedimiento anterior, y que podría oponer excepciones de naturaleza no personal como es la de la prescripción» [STSJCAT n.º 61/2017, de 4 de diciembre, ECLI:ES:TSJCAT:2017:10699, FJ 5]

²¹⁸ Esto no sucedería en el caso de que, aun desconociéndose el autor del daño, sí se conociera la pertenencia o adscripción de las actividades del desconocido «dañante» al ámbito de responsabilidad de otra persona, como ocurre p. ej., cuando se sabe que el daño lo ha causado uno de los menores de edad que tiraban piedras en el parque; o, cuando no se sabe qué facultativo se equivocó, pero sí que todos los posibles intervinientes trabajan para un concreta clínica privada; o, cuando se conoce que, cualquiera que fuera el vehículo que motivó la colisión, todos pertenecen a una empresa de transporte y el daño tuvo lugar en el desempeño de las actividades de los conductores dependientes (M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 609).

²¹⁹ «No obstante, la redacción del art. 1969 CC no admite duda acerca de que el tiempo para la prescripción de acciones “se contará desde el día en que pudieron ejercitarse” y lógicamente no puede ejercitarse la acción cuando no se conoce la identidad de aquella o de aquellas frente las que ha de dirigirse, con independencia de que el perjudicado cuente desde antes con los datos objetivos referidos a la cuantía del daño o perjuicio causado» [STS n.º 350/2020, de 24 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1998, FJ 2].

plazo para el ejercicio de las acciones. El art. 121-23 CCCat. expone que el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona agraviada conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan, así como la persona contra quien la puede ejercitar.

90 En caso de lesiones corporales, que serán los daños habituales derivados de accidentes de esquí, contar el plazo de prescripción «desde que lo supo el agraviado» obliga a hacerlo desde que se conozcan de forma definitiva los efectos del daño padecido, lo que suele ocurrir cuando tiene lugar el alta médica definitiva o parte definitivo de secuelas, ya que hasta entonces no existe seguridad ni sobre el restablecimiento completo ni sobre la irreversibilidad plena²²⁰.

b) Interrupción de la prescripción

91 Uno de los requisitos de la prescripción es la inactividad por parte del titular del derecho, esto es, su falta de ejercicio²²¹. Si el titular del derecho lo ejercita oportunamente o se produce un acto de su reconocimiento antes de la consumación del plazo prescriptivo, la prescripción no sigue; entonces se dice que la prescripción ha sido interrumpida e impide la extinción del derecho o de la acción que lo ampara. El art. 1973 CC enumera las causas de interrupción: a) el ejercicio judicial del derecho, b) el ejercicio extrajudicial del derecho, y c) el reconocimiento del derecho por el sujeto pasivo. Así las cosas, son actos procesales que interrumpen la prescripción: la petición de conciliación, la presentación de la petición de asistencia jurídica gratuita si en ella se designa con claridad el objeto principal sobre el que debe versar la demanda y cuyo ejercicio es el que está prescribiendo, la presentación de la demanda principal o el ejercicio de la acción mediante reconvencción, la apertura de un proceso penal, que interrumpe la prescripción de la acción civil hasta que sea firme la resolución que

²²⁰ Sin embargo, en ocasiones el TS ha indicado que el alta médica puede ser irrelevante si el conocimiento definitivo de las lesiones tiene lugar en un momento posterior. Incluso se ha admitido que, si el enfermo puede sanar y llega a sanar, es el momento de la curación cuando comienza la prescripción de la acción. Y si no llega a sanar, hay que aguardar a conocer el alcance invalidante de las secuelas. Lo cierto es que no parece lógico esperar a la emisión de nuevas altas médicas para poder reclamar por aquello que ya haya quedado definitivamente acreditado. Otra cosa es que, si después de la alta médica se constatan nuevos daños, debe comenzar nuevo plazo de prescripción para reclamar su resarcimiento [M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 611].

²²¹ «La aplicación de la prescripción de las acciones ha de ser rigurosa y restrictiva. Dice el TS que esta construcción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción de las conductas de abandono del ejercicio del propio derecho, como en consideración de necesidad y utilidad social. Cuando la cesación o abandono del ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada, y sí, por el contrario, lo están el deseo de su mantenimiento, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias» [STS n.º 350/2020, de 24 de junio, ECLI:ES:TS:2020:1998, FJ 2].

ponga fin al proceso penal. En relación con el ejercicio extrajudicial del derecho, los actos que realice el titular del derecho han de ser tales que no dejan lugar a dudas de su voluntad de conservar y de exigir el derecho, p. ej., requerimiento notarial o burofax. Por su parte, el acto de reconocimiento por parte del sujeto pasivo ha de consistir en una conducta de la que se desprenda la aceptación de la existencia del derecho, v. gr., el deudor que paga los intereses de una deuda está reconociendo la existencia del derecho de crédito. La interrupción que tiene por finalidad evitar que la prescripción se consuma, destruye el tiempo transcurrido por lo que debe reiniciarse el cómputo del plazo íntegramente para que pueda dar lugar a una nueva prescripción²²².

c) Suspensión de la prescripción

92 El Código civil español no regula la suspensión de la prescripción, pero esto no significa que sea una figura desconocida por el ordenamiento jurídico. En efecto, la suspensión de la prescripción es diferente a su interrupción. En la suspensión, el transcurso del tiempo queda paralizado y cuando desaparece la causa que la motivó, el transcurso del tiempo se reanuda (no se reinicia, como sucede con la interrupción), es decir, sigue su cómputo desde el momento en que se suspendió y todo el tiempo transcurrido antes de la suspensión sigue contando a efectos de la consumación de la prescripción ²²³. La suspensión tendrá razón de ser cuando concurren circunstancias excepcionales (terremotos, inundaciones, guerras, pandemias sanitarias, etc.) que impidan el ejercicio de los derechos o acciones. La suspensión es acordada por normas especiales²²⁴.

²²² F. J. Sánchez Calero, *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona*, 8.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 312-313.

²²³ *Idem*.

²²⁴ Un ejemplo reciente, que está en mente de todos, es el que tuvo lugar durante la pandemia del coronavirus, ya que, a través de la DA 4.ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se estableció el estado de alarma en el Estado español para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se declararon suspendidos los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma [BOE, n.º 67, de 14 de marzo de 2020, pp. 25390-25400]. Luego, el art. 10 del RD 537/2020, de 22 de mayo, acordó alzar la suspensión de dichos plazos con efectos desde el 4 de junio de 2020 [BOE, n.º 145, de 23 de marzo de 2020].

SECCIÓN 2) RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESPAÑA DERIVADA DE LOS ACCIDENTES DE ESQUÍ

I. El esquí como actividad deportiva

93 La palabra «ski» es el nombre noruego que se daba a un calzado específico para la nieve utilizado en los países del norte. En áreas glaciales, desde Noruega hasta el mar Bering, esquís, trineos, patines y raquetas de nieve ayudaban a las personas a cubrir grandes distancias sobre la nieve y el hielo. Los esquís, en primer lugar, se utilizaban como instrumento para no hundirse en la nieve, como medio de transporte y no necesariamente para deslizarse. Aprovechando más tarde sus características de deslizamiento y utilizándolos como instrumento asociado a la caza y las migraciones, adquiriendo una nueva dimensión como ayuda en el comercio, la comunicación, la guerra y el deporte²²⁵. Los primeros indicios de la existencia del esquí se remontan al año 2500 a. C. En *Ródódy* (Noruega) fue hallado un grabado en piedra de feldespato en el que se aprecia un cazador con esquís. En el año 500 d. C. el historiador Procopio de Cesarea describe en un texto una carrera sobre la nieve. No hay consenso sobre los orígenes concretos y lugar de nacimiento del esquí, pero parece que el esquí, como deporte, surgió en Noruega durante el siglo XIX, y, a principios del siglo XX, se empezó a popularizar. En el año 1910, aparece el esquí en España²²⁶. Cuando el esquí se populariza a partir de los años 1900, los esquís seguían siendo de madera, como lo eran los esquís primitivos, y bastante más largos que los actuales, y las botas de cordones y las fijaciones eran unas simples correas de cuero. Pero los esquís ya no se utilizan ni para cazar ni para desplazarse de un lugar a otro, salvo excepciones, sino que se usan para disfrutar, aunque su uso deportivo todavía tardaría en llegar. De hecho, los primeros Juegos Olímpicos de Invierno no se celebran hasta 1924, en Chamonix, en los Alpes franceses²²⁷. Hace tan solo setenta y cinco años, el esquí alpino era patrimonio de la aristocracia europea que tenía su refugio en media docena de lugares de los Alpes. Hoy día, ciento treinta y cinco millones (y subiendo) de personas practican este deporte en más de dos mil estaciones de sesenta países²²⁸. Desde la

²²⁵ Real Federación Española de Deportes de Invierno, «Historia del esquí»: www.rfedi.es. Téngase en cuenta que, «esquí» es para este trabajo, únicamente, la actividad o deporte que consiste en deslizarse con esquís sobre la nieve (definición de la RAE).

²²⁶ www.rfedi.es.

²²⁷ *Idem*: rfedi.es

²²⁸ Datos publicados en el informe de L. Vanat, *International Report on Snow & Mountain Tourism – Overview of the key industry figures for ski resorts*, 15.ª ed., abril, 2023, p. 18, disponible en <https://www.vanat.ch/international-report-on-snow-mountain-tourism>

costa mediterránea hasta el Pamir en el Asia central, de Alaska hasta los Andes chilenos, en Corea, en sitios tan increíbles como Manchuria, Kazajstán, Sudáfrica, la India, Irán o Portugal. Todos ellos tienen como común denominador que disponen de estaciones donde practicar el esquí. Luego, en los últimos veinticinco años se han construido más de cien centros de nieve cubiertos en aproximadamente treinta países; algunos de ellos dedicados al esquí de fondo y otros en áreas de experiencia de nieve. El número de pistas interiores que ofrecen el esquí alpino está en torno a setenta²²⁹. Este deporte ha alcanzado unas cuotas de penetración y popularidad que los pioneros no pudieron imaginar.

94 Su práctica es cada vez más sofisticada, a las pistas se les exige mejores prestaciones, condiciones y servicios, y los esquiadores buscan materiales que les ayuden a mejorar su rendimiento y su técnica, todo a pesar de ser esquiadores aficionados que practican el esquí como deporte de ocio. Lo cierto es que la progresión de los materiales ha permitido un avance en paralelo de la técnica del esquí. En poco tiempo, los fabricantes de la industria del esquí se han aprovechado de los avances de la industria aeronáutica y la espacial y han aportado tecnología hasta conseguir verdaderas obras de arte en el desarrollo tecnológico y en el diseño de los esquís, fijaciones, botas y palos. En otoño de 1970 aparecen los primeros frenos de esquís²³⁰. Hasta entonces cuando un esquiador caía, las fijaciones actuaban y se desprendían del pie evitando lesiones, pero el esquí seguía atado al esquiador, con el consiguiente peligro. Hoy día se encuentran en el mercado esquís diferentes para la práctica de diferente tipo de esquí, así, hay esquís orientados al *freeride*, al *freestyle*, de pista y los polivalentes o *all mountain*. Además de los esquís, el diseño y tecnología de las botas han sufrido cambios importantes. Las botas son una parte importante del equipamiento de esquí, son el punto de unión con los esquís y a través de ellas se recibe la información de lo que ocurre bajo los pies y se transmiten las órdenes al terreno. El disfrute, seguridad y rendimiento dependen de ellas. Los esquiadores buscan, de igual modo, seguridad en las fijaciones del esquí, muy importantes en tanto que permiten liberarse del esquí en caso de caída, y permiten la práctica del deporte

²²⁹ Se espera que la práctica del esquí crezca en las zonas de la Europa del este y Asia central. Polonia, Eslovaquia y la República Checa han modernizado sus centros turísticos. China también mantiene la perspectiva de crecimiento, y es uno de los países del mundo que ofrece más números de centros cubiertos (o interiores) de esquí, seguida de Holanda, Reino Unido, Alemania, Japón y la India (L. Vanat, *International Report on Snow [...], loc. cit.*).

²³⁰ Mitch Cubberly diseñó los primeros frenos. Estos actuaban replegándose bajo el pie del esquiador cuando se calzaba los esquís. En el momento en que la fijación actuaba, liberando el pie, los frenos se desplegaban, evitando que el esquí se convirtiese en un elemento peligroso, descendiendo a toda velocidad por las pistas. Poco a poco, se han añadido elementos como las placas y las alzas que se han convertido en elementos imprescindibles para la práctica del esquí. A mediados de los años setenta, esquiadores como el mítico Ingemar Stenmark eran capaces de eliminar las placas de fricción de sus fijaciones, para estar «más cerca» de la nieve y mejorar su sensibilidad. Hoy es algo totalmente impensable y se han establecido rigurosos límites para no llegar a extremos peligrosos (*vid. supra, www.rfedi.es*).

con más confianza al permitir inclinar más el cuerpo sin que la bota llegue a tocar la nieve, con una conducción y agarre buenos. Los palos también son muy usados, aunque el modo e intensidad de su uso va a depender de la experiencia y habilidad del esquiador. Cuando se tiene un alto nivel de esquí, lo cierto es que los palos ayudan con el equilibrio y el tiempo. Hoy en día, suelen ser de material ligero de fibra de carbón lo que permite un mejor manejo de giro para los movimientos rápidos cuando las condiciones de esquiar cambian.

95 En España, la tradición del esquí es centenaria y el país cuenta con treinta y dos estaciones repartidas por la mayor parte del geografía peninsular. A los españoles, al igual que muchos europeos, les gustan los deportes de invierno. Las familias van a practicar el esquí o el *snowboard* los fines de semana y muchas personas poseen segundas residencias en los Pirineos. En la mayoría de las estaciones, el 90% o más de las visitas de esquiadores consisten en personas nacionales. Una peculiaridad de la temporada de esquí en España, en comparación con otros países europeos, es que suele comenzar a principios de diciembre con el puente de la Constitución que son días festivos nacionales y culmina con la Semana Santa. En consecuencia, la asistencia a las pistas está bastante bien equilibrada durante los cuatro meses completos de la temporada: de diciembre a marzo. En abril, la asistencia disminuye ya que las estaciones de esquí comienzan a competir con las playas. A excepción de aquellas estaciones que experimentan pocas nevadas y condiciones meteorológicas desfavorables, las visitas de esquiadores a las estaciones de esquí españolas crecieron durante las primeras temporadas del nuevo milenio, antes de declinar, tras el récord del invierno 2008/09. Desde entonces, la asistencia parecía afectada por la situación económica del país estabilizándose durante cinco años consecutivos en un promedio de cinco millones de esquiadores. Sin embargo, el invierno del 2018/19 volvió a descender un 4.2 %, pero se mantuvo un 4.4 % sobre el promedio de cinco años. Las temporadas 2019/20 y 2020/21 han sido, sin duda, unas de las más atípicas que se han vivido hasta la fecha debido al cierre forzoso de las estaciones de esquí en el año 2020 debido a la pandemia del coronavirus. Las condiciones adversas creadas por la pandemia para la temporada 2020/21 provocaron un dramático descenso de la asistencia registrada en las estaciones españolas a pesar de que los días de apertura ascendieron a 110²³¹. Las zonas de esquí españolas están bien equipadas y son aptas para los esquiadores de

²³¹ Las estaciones comenzaron a abrirse progresivamente en el Pirineo catalán a principios del 2020. Baqueira Beret abrió sus puertas el 14 de diciembre de 2020, con limitación del número de forfaits vendidos y medidas de prevención. Se abrieron más complejos turísticos en Navidad. En enero de 2021 hubo algunas limitaciones en el horario de apertura. En Aragón, se impidió la apertura de estaciones y al final algunas, como Formigal, decidieron no abrir de todos modos. La mayoría de las estaciones de esquí cierran después del lunes de Pascua [L. Vanat, *International Report on Snow [...]*, loc. cit. pp. 75-76].

todos los niveles. Las instalaciones en las montañas se mejoran continuamente: senderos, infraestructuras, maquinaria, acceso, alojamiento y servicios. Los sistemas de fabricación de nieve en muchos centros cubren el 50% de los senderos. Las inversiones anuales han contribuido a poner los centros turísticos a la altura de los estándares internacionales. Por otro lado, las condiciones de la nieve suelen ser buenas, las horas de luz diurna son más largas en invierno que en los Alpes (además, los resorts ofrecen una amplia gama de actividades complementarias a las personas visitantes). En el norte del país, los Pirineos forman una barrera natural entre Francia y España y han ofrecido condiciones favorables para la construcción de múltiples estaciones de esquí. Entre las más famosas está, Baqueira Beret, en el Vall d’Aran, que es una de las más grandes de España. Formigal es otro de los resorts de renombre internacional en los Pirineos. Además de los Pirineos, el centro del país, la Cordillera Central, cuenta con cuatro estaciones de esquí ubicadas esencialmente en las afueras de Madrid, Salamanca y Segovia. Y, también está Andalucía, donde se halla Sierra Nevada, la estación más concurrida de España²³².

96 La actividad deportiva del esquí es muy completa, y, en ella, intervienen

²³² L. Vanat, *loc. cit.*, pp. 75-78. A modo de ejemplo, véase como está el mercado del esquí en Andorra y Francia (países vecinos); y en Italia. Andorra, por ser destino para practicar el esquí de muchos españoles y ser la mayor zona esquiable de los Pirineos, Francia, por ser país limítrofe y ubicarse en la zona de los Alpes (paradigma del esquí europeo) e Italia, que también abraza buena parte de los Alpes. Andorra se encuentra en la parte más alta de los Pirineos. Los resorts están ubicados a altitudes de entre 1.550 y 2.640 m. sobre el nivel del mar. Debido a su ubicación, el clima es más suave que en otras regiones de esquí europeas. Las condiciones de nieve son generalmente buenas y mejoradas por un sistema sólido de fabricación de nieve. La mayoría de las personas que viajan a Andorra para esquiar son extranjeras: francesas y españolas, aunque también atraen a nacionales rusos y británicos. Durante la temporada 2017/18 Andorra regresó por encima de la marca de 2.5 millones de esquiadores (que era el nivel de la década de los 2000). Sin embargo, el país está luchando contra la creciente competencia internacional y carece de un mercado interno. La temporada 2018/19 vio una disminución del 3% de las visitas. La temporada 2019/20 tuvo un inicio temprano, a mediados de noviembre, debido a las buenas condiciones para fabricar nieve. Durante el periodo de Navidad, hasta el Nuevo año, tuvieron un 20% más de visitantes gracias a la buena nieve y buen tiempo. El mes de febrero también fue un buen mes hasta que las estaciones se vieron forzadas a cerrar el 14 de marzo debido a la Covid-19. La temporada 2020/21 el negocio disminuyó alrededor de un 90% y solo hubo una apertura parcial. A pesar de la infraestructura moderna, la buena fabricación de nieve y sus estaciones, suficientemente enormes para competir con los Alpes, parte del mercado de esquiadores no considera que las estaciones de esquí andorranas sean tan atractivas como las de los Alpes. Granvalira es la mayor estación de esquí interconectada de los Pirineos. Con sus 71 remontes, 128 pistas para un total de 210 km. de esquí, forma parte de las 50 estaciones más grandes del mundo (más de un millón de visitas al año). La otra estación es Vallnord, que se compone de tres zonas de esquí distintas: de Arcalis, de Arnisal y de Pal. Estas tres áreas están cubiertas por un forfait común que ofrece a las visitantes la oportunidad de una amplia variedad de esquí y snowboard (L. Vanat, *loc. cit.*, pp. 53-55). Por su parte, Francia acoge, junto con Italia, la cumbre más alta de los Alpes (Montblanc, superando los 4.810 m. sobre el nivel del mar). Si bien las estaciones más conocidas de Francia son las de los Alpes, otras varias cadenas montañosas del país tienen estaciones de esquí: la Jura, los Pirineos, el Macizo Central y los Vosgos. Incluso hay una zona de esquí en la Isla de Córcega. Francia fue testigo de los primeros JJ.OO. de invierno celebrados en Chamonix el año 1924, aunque en la época no incluyan competiciones de esquí alpino. El esquí comenzó a desarrollarse en Francia en la década de 1930. Y aunque Francia es el destino número uno en términos de llegadas en el turismo mundial, la industria del esquí sigue siendo impulsada principalmente por el mercado interno. Por otro lado, alrededor de dos millones de esquiadores extranjeros viajan a Francia cada temporada, los británicos representan una cuarta parte, seguidos por los italianos, belgas, alemanes y rusos. Éstos

diversos elementos que exigen una destreza en el manejo de los esquís, una pericia y un conocimiento de las normas de conducta en las pistas. Además, se practica en un entorno cambiante, puesto que ni la nieve ni las condiciones meteorológicas son siempre las mismas. En este sentido, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre la asunción del riesgo en relación con la práctica de actividades potencialmente peligrosas en sí mismas para la integridad de quienes las desarrollan asienta que quien practica dichas actividades está aceptando y se está sometiendo de forma voluntaria al riesgo que comportan y que, en esta clase de deportes, no es posible admitir una responsabilidad por el riesgo creado cuando es la propia persona perjudicada quien ha decidido, de forma voluntaria y libre, participar en una actividad que comporta un riesgo implícito, o cuando la persona quiere participar en una actividad en la que existe un riesgo considerablemente anormal en relación con el que constituyen los estándares medios aceptados por la sociedad. Cuestión distinta es la responsabilidad de las empresas explotadoras de las pistas de esquí obligadas a proporcionar para el ejercicio de la actividad deportiva las condiciones óptimas y, cuando estas condiciones no se ofrecen, se incrementa, de forma negligente, el riesgo propio de la actividad, de manera que, si el accidente se produjese precisamente por este motivo, el plus de peligrosidad ha de imputarse a la empresa. En efecto, el propietario de la estación de esquí debe poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad deportiva y le incumbe adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, p. ej., cuando un esquiador impacta contra un cañón artificial de nieve (elemento de la pista que incrementa el riesgo evidente de lesiones en caso de colisión), incluso si este

últimos se hicieron cada vez más numerosos en las estaciones de esquí, representando entre el 7% i el 9% de las pernoctaciones en hoteles, antes de la crisis de Ucrania (L. Vanat, *loc. cit.*, pp. 35-38). En el caso de Italia, el 35% de su territorio son montañas y otro 42% está cubierto por colinas. Las principales cadenas de montañas atraviesan una gran parte del país y están unidas entre sí. La más alta, los Alpes en el norte, que van desde este a oeste, culmina con el Montblanc, en la frontera con Francia. La segunda cordillera, los Apeninos, cruza el país desde Liguria hasta Calabria. No es tan alta como los Alpes, pero es más larga, se extiende a lo largo de 1.500 km. Aunque la mayoría de sus estaciones de esquí se concentran en las regiones del norte de Piamonte, Valle d'Aosta, Lombardía, Trentino, Alto Adigio (Tirol del Sur) y Véneto, hay estaciones menores en la mayor parte del país, incluso en las islas de Sicilia y Cerdeña. La primera carrera de esquí se organizó en Italia en 1904 en Bardonecchia. La Federación italiana de esquí fue fundada en 1913. La primera guerra mundial dio un impulso a Italia para entrenar a 88 batallones alpinos. La construcción de Sestriere se inició en 1930, como el primer complejo alpino construido. Cervinia completó su primer teleférico Breuil-Plan Maison en 1936. El remonte jugó un importante papel en la conversión de la estación en una de las más importantes de Italia. En 1956, los JJ.OO. de invierno se celebraron en Italia por primera vez en Cortina d'Ampezzo, y cincuenta años después los juegos del 2006 regresaron al país, en Turín. Aunque los operadores italianos invirtieron bastante a principios de la década de 2000, la asistencia comenzó a disminuir. Aunque si el mercado se recuperó un poco hasta la temporada 2010/11, Italia mostró una tendencia hacia la disminución de visitas de esquiadores y las cifras anuales se estabilizaron a un nivel bajo durante seis inviernos seguidos. La temporada 2017/18 fue mejor, con una mejora del 6,8% en las visitas. La tendencia positiva continuó en 2018/19 con un nuevo aumento en la asistencia de 1% (L. Vanat, *loc. cit.*, pp. 39-42).

impacto se produce como consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída, habrá de valorarse, en orden a determinar la responsabilidad de la empresa explotadora, si ésta había desplegado, o no, las medidas de seguridad y de prevención²³³.

97 En España no existe una norma o ley especial que regule la responsabilidad civil derivada de la práctica del esquí de ocio. De este modo, el esquiador perjudicado en un accidente ha de acudir a la jurisdicción ordinaria en reclamación de los daños y perjuicios. Así, habrá de atenderse al caso concreto porque el régimen de responsabilidad civil variará si el accidente se produce durante la práctica del esquí por colisión entre esquiadores, por el impacto contra un elemento natural u objeto de la pista, por una caída a causa del mal estado de la nieve no alertado por la explotadora de la pista (responsabilidad extracontractual) o si se produce durante y por el uso de los remontes mientras se accede a las pistas a través de ellos después de la adquisición del forfait o título de transporte (responsabilidad contractual). Una estación de esquí la conforman el conjunto de remontes, pistas y otras instalaciones complementarias ubicadas en un entorno agreste de montaña y que es explotada por una entidad. Una estación tiene varias pistas y cada pista es el recorrido que está delimitado previamente por la estación para esquiar, preparado, acondicionado, balizado, señalizado, atendido y supervisado. La zona de pistas es el área esquiable de la estación y puede accederse a ella mediante sus remontes. Las pistas se clasifican en función de su dificultad en pista muy fácil o de principiantes (verde), en pista fácil o intermedia (azul), en pista difícil (roja) y en pista muy difícil (negra). Esta clasificación se realiza sobre la base de criterios topográficos por lo que la persona usuaria debe tener en cuenta que las condiciones meteorológicas pueden aumentar la dificultad. La zona fuera de pistas es la que no está supervisada, ni señalizada, ni balizada por la estación y que no es de su responsabilidad, aunque esté dentro de su dominio esquiable. Los itinerarios son aquellos recorridos que no están preparados ni acondicionados por la estación y que se asimilan a la zona fuera de pistas. La estación cierra los itinerarios en función de la presencia o ausencia de nieve, pero son rutas no tratadas y, por tanto, estarán en su estado natural. El esquiador fuera de pistas evoluciona siempre bajo su responsabilidad.

II. El esquí como actividad deportiva de riesgo

98 El esquí es claramente un deporte que implica unos riesgos, «incluso los mejores esquiadores tienen accidentes»²³⁴, y las técnicas del esquí han cambiado, así

²³³ SAP Barcelona (secc. 16.ª) n.º 392/2017, de 20 de julio, ECLI:ES:APB:2017:6116, FJ 3.

²³⁴ En un accidente por colisión entre una esquiadora y una instructora de esquí (por tanto, esquiadora experimentada); el hecho de que la demandante fuera una buena esquiadora, argumentó la Sala, no resta

como los tipos de esquí. Las pendientes y los esquís son más rápidos y la aparición del *snowboard* ha desbordado las reglas de la circulación del tradicional esquí alpino. Hoy todo es mucho más rápido y masivo o colectivo y, en consecuencia, mucho más peligroso. Se pueden considerar riesgos inherentes a la práctica del esquí los cambios de las condiciones meteorológicas, las condiciones de la nieve tales como hielo, nieve dura, nieve costra, nieve polvo, nieve ventada, nieve primavera, nieve artificial, nieve pisada o no pisada y los cambios en el estado de esta nieve. De igual modo, las condiciones del terreno en su superficie y el subsuelo tales como calvas, matojos, piedras, ríos, riachuelos, árboles y otros elementos naturales y el impacto contra estos objetos; igualmente, el impacto contra objetos o construcciones no naturales como pilonas, señales, postes, paravientos, vallas, pancartas, cerramientos, hidrantes, cañones de nieve, puentes, canalizaciones y otras estructuras artificiales y sus componentes cuya instalación por la estación en el interior de las pistas o sus proximidades es inherente a su preparación y acondicionamiento. Las variaciones en la superficie del terreno, ya sea natural o como resultado del diseño de las pistas, la innivación artificial o del pisado incluyendo los caminos en la nieve u otras modificaciones del terreno son también riesgos inherentes a la propia práctica, así como la posibilidad de caerse y de colisionar con otros esquiadores o personas²³⁵. Las propias pistas de esquí han incrementado las señalizaciones, los virajes, los remontes, los sistemas de desplazamiento, y añadido nuevos elementos productores de nieve, presentando mayores obstáculos para la libertad de movimientos y aumentando el número de accidentes provocados por esos mismos medios. Por ello, quien se adentra en una estación de esquí asume que tiene conocimiento, la habilidad necesaria y el material requerido y en condiciones óptimas para la práctica del esquí, así como para embarcar, realizar el trayecto y desembarcar de forma segura de los

valor al hecho de que otras personas que usan las pistas pueden no estar siempre en un control total de su esquí, que vayan demasiado rápido, que usen las laderas y no presten atención suficiente, que vean reducida su visibilidad o que haya imperfecciones en la nieve que les hagan perder el control. En consecuencia, que una sea buena esquiadora no le previene, por el solo hecho de serlo, de tener un accidente cuando comparte espacio esquiabile con otras personas. En el asunto se valora el grado de advertencia del riesgo que proporcionó la estación sobre la práctica del esquí siendo considerada demasiada general por lo que, según el tribunal, no superó el umbral de advertencia de riesgo de acuerdo con el art. 5M CLA (*Civil liability act 2002 NSW [no duty of care for recreational activity where risk warning]*), § 155, *Castle vs. Perisher Blue Pty Limited [2020] NSWSC 1652*, decisión de 20 de octubre de 2020 [caselaw.nsw.gov.au]. en nswca.judcom.nsw.gov.au).

En España, este umbral de advertencia de riesgo se halla en la valoración del hecho cuando se atiende a las circunstancias del accidente y en el descargo que la estación demandada haga de su responsabilidad en relación con la toma de las precauciones y medidas de seguridad que hubiere adoptado, entre las que se encuentran los avisos y advertencias de riesgos en zonas de hielo, descubiertas por la nieve o del cierre de pistas, por ejemplo.

²³⁵ Vid. *supra*, «Reglamento Atudem».

remontes mecánicos. De igual manera, quien se adentra en pistas especializadas para la práctica de alguna modalidad concreta o de dificultad notable asume que tiene la pericia necesaria para esquiar de forma segura.

99 Sintetizando lo que se ha expuesto sobre la actividad del esquí y su práctica, en los accidentes de esquí, la jurisprudencia sigue dos criterios que se complementan: por un lado, el esquiador asume el riesgo de un choque con otros esquiadores; y, por otro, el esquiador debe moderar y acomodar su velocidad y trazado tanto a su pericia como a las condiciones de la pista o del terreno. Como se verá en esta sección, la infracción de normas rompe el principio de la asunción del riesgo y desplaza la responsabilidad al esquiador abordador. Así, por ejemplo, en un accidente de esquí en el que el esquiador agente del daño entró a gran velocidad por el lateral de la pista procedente de una zona de nieve virgen fuera de pista se lo condenó al pago de una indemnización al esquiador perjudicado, pero se moderó la responsabilidad aplicando la compensación de culpas, porque la persona perjudicada esquiaba por una zona de dificultad superior a su nivel²³⁶.

III. En el espacio europeo: cinco regímenes de responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes de esquí

100 Desde una perspectiva europea y comparada, se identifican –siguiendo a T. Kadner Graziano– cinco regímenes diferentes de responsabilidad por culpa a causa de colisiones entre esquiadores²³⁷: 1) la culpa clásica basada en la carga de la prueba del perjudicado que alega la culpa o negligencia del agente causante del daño; 2) la responsabilidad objetiva por las cosas que están bajo nuestro control o guarda; 3) la responsabilidad objetiva por ciertas actividades consideradas peligrosas o de riesgo (¿se puede aplicar al esquí?); 4) la responsabilidad basada sobre la presunción de culpa de las dos partes implicadas en igual; y 5) la responsabilidad basada en la presunción de culpa.

101 **La responsabilidad por culpa o negligencia** se fundamenta en la idea de que la persona causante del daño no ha respetado las reglas de cuidado requeridas. La persona perjudicada ha de ser compensada salvo si su actuación ha sido igualmente negligente. Asimismo, si el agente ha obrado con la diligencia debida, no existe responsabilidad alguna y por lo tanto no hay indemnización reparadora. En los casos de daños por colisión de esquiadores, este sistema clásico de culpa se enfrenta a la práctica con serios problemas de prueba. La colisión o accidente ocurre en décimas de segundo. En muchos casos la dinámica del accidente hace muy difícil su

²³⁶ I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, p. 52.

²³⁷ T. Kadner Graziano, «The Distribution of Social Costs of Ski Accident through Tort Law: Limits of fault-based liability in practice-and alternative regimes». *Journal of European Tort Law*, 2016, vol. 7, n.º 1, p. 4.

reconstrucción, a menudo no hay testigos directos que realmente hubiesen prestado atención al accidente, pues ellos mismos se encontraban esquiando. En este sistema, la persona perjudicada ha de proporcionar al tribunal las pruebas para acreditar los hechos y la conducta culposa o negligente de la otra parte. La acción prosperará solo si la prueba acredita los hechos y la culpa y el tribunal queda convencido. España (como se ha expuesto en los párrafos anteriores), Alemania, Eslovenia, Polonia, Suiza y Austria, p. ej., tienen este sistema de responsabilidad civil por culpa en daños derivados de accidentes de esquí por colisión de esquiadores²³⁸.

102 En el sistema francés, el art. 1240 del *Code civil* dispone que «todo acto del hombre que cause daño a otro obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo». Se trata del fundamento de la responsabilidad por el hecho personal la cual exige la existencia de la culpa. El art. 1241 del mismo texto legal extiende el papel de la culpa a la negligencia y a la imprudencia. Se exige, en este sistema de derecho de la responsabilidad civil, que concurra un hecho dañoso, el resultado de daño y un nexo causal. Sin embargo, el hecho dañoso puede derivar de la responsabilidad por el hecho personal mediando culpa, de la responsabilidad por las cosas y de la responsabilidad por la actuación de otra persona. Las dos últimas son responsabilidades de *plein droit* u objetiva y no exigen culpa. Así, solo en el ámbito de la conducta personal el hecho dañoso ha de ser necesariamente culposo. Constituye culpa tanto la violación de una prescripción legal como el incumplimiento de un deber general de prudencia y de diligencia [art. 1242 *Code civil*]. La responsabilidad por el hecho ajeno se refiere a distintos supuestos y supone la prueba de un hecho capaz de comprometer la responsabilidad del autor directo del daño²³⁹. Así, por ejemplo, respecto de los daños causados por el hecho de un menor se establece una responsabilidad de pleno derecho u objetiva que alcanza a los progenitores (siempre que ejerzan la autoridad parental) o sus tutores (en caso en que tengan a su cargo la persona menor de edad). Se contempla también la responsabilidad objetiva de los empresarios respecto de los empleados, aunque se les permite prueba de descargo de culpa; la responsabilidad del mandante si puede probar que el mandatario actuó fuera de sus funciones²⁴⁰.

103 **La responsabilidad por el hecho de las cosas a cargo o bajo nuestro control o guarda** es un pilar fundamental en el sistema del derecho de responsabilidad civil francés. Ésta comprende una responsabilidad objetiva o de pleno derecho derivada de las cosas corporales que se tiene bajo guarda. La responsabilidad por las cosas se presume, desde que éstas, en movimiento, entran en contacto con el objeto dañado.

²³⁸ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, pp. 5-12.

²³⁹ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, p. 13.

²⁴⁰ Arts. 1246 a 1249 *Code civil*.

Respecto de otras situaciones corresponde a la víctima probar la responsabilidad de la cosa, demostrando el vicio de ésta, la anormalidad de su posición, de su estado o de su comportamiento. La persona guardiana de la cosa es quien le corresponda el uso, control o dirección de la cosa en el momento del daño, y el propietario se presume guardián²⁴¹. Así en Francia, y en el ámbito de los accidentes de esquí la responsabilidad en caso de colisión entre esquiadores se fundamenta habitualmente en los arts. 1240 y 1241 *Code civil*. Sin embargo, un esquiador o un *snowboarder* que produzca un daño a otro podrá ser responsable de la misma manera por las cosas que bajo su cuidado han causado el daño, los esquís y las planchas. Y, es que, la jurisprudencia ha interpretado sobre el fundamento del art. 1242 *Code civil* [anterior 1384 *Code civil*] la responsabilidad «*du fait des choses*»²⁴². En una sentencia del Tribunal de Casación de 1941, caso *Franck*, se determinaron los criterios que permiten invocar la responsabilidad del guardián de las cosas que han causado el daño²⁴³. Es guardián de la cosa el que la posee, la controla, la usa y la dirige. Esta presunción de responsabilidad se aplica en los casos de accidentes de esquí cuando se produce un daño. En efecto, la resolución del Tribunal de Apelación de Pau del 27 de mayo de 2002 precisó que el cuerpo del esquiador y sus esquís forman un todo, de manera que, si un esquiador produce un daño a otro, aunque ni los esquís o la plancha hayan entrado en contacto con el perjudicado, podrá ser responsable sobre la base de la responsabilidad «*du fait des choses*»²⁴⁴. De este modo, la responsabilidad por culpa (*faute*) o por imprudencia y negligencia supone para la parte perjudicada probar que el autor actuó con culpa o negligencia, mientras que la responsabilidad derivada de las cosas es una responsabilidad objetiva, y le suponen probar simplemente la realidad del daño y existencia del accidente. En este caso, el agente tiene la posibilidad de romper el nexo causal y probar que el hecho dañoso se debió a un caso

²⁴¹ Art. 1243 *Code civil* «Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé».

²⁴² «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde».

²⁴³ El doctor Franck, propietario de un vehículo, lo deja a su hijo quien lo estaciona en la vía pública. Alguien roba el coche. El ladrón, que es quien conduce el coche, provoca un accidente en el que muere una persona. Las autoridades no encuentran al responsable. Los familiares del fallecido accionan contra el doctor Franck para obtener la reparación del daño. La *Cour d'appel* desestima la responsabilidad del propietario del vehículo toda vez que al haber sido éste robado, el demandado no tenía ya ningún control sobre la cosa. La *Cour de cassation* indica que: «*privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture, n'en avait plus la garde*». En consecuencia, no es de aplicación la «*présomption de responsabilité*» del art. 1384 al. 1er del *Code civil* (https://mafr.fr/IMG/pdf/11-Chbres_reunies_2_dec_1941_arret_Franck.pdf).

²⁴⁴ *Le déplacement du skieur dépend de ses skis avec lesquels il forme un ensemble de telle sorte que, m me si son corps seul entre en collision avec un tiers, ce sont ses skis qui sont l'instrument du dommage* [SDA/NG Numéro /02 COUR D'APPEL DE PAU 1ère Chambre ARRET DU 27/05/2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006941062/>].

de fuerza mayor, a la culpa del propio perjudicado u a otro factor o criterio de atribución que se pueda acreditar²⁴⁵.

104 En otro caso, en un accidente acaecido en unas pistas italianas en el que un esquiador perdió el control y chocó con una persona que estaba haciendo cola para acceder a los remontadores, el tribunal desestimó la pretensión del lesionado, porque no había demostrado que la explotadora de la pista, en su gestión de las pistas, la hubiera puesto en peligro, indicando el Tribunal que «cualquier referencia al art. 2050 CC estaba fuera de lugar»²⁴⁶. El comportamiento de la estación cuya responsabilidad se alegaba de acuerdo con el art. 2043 CC exigía identificar su conducta culpable o negligente demostrando la existencia de condiciones peligrosas en la vía que hicieran exigible la protección frente a posibles accidentes de manera que se evidenciara que la conducta omisiva de la operadora de la estación por la falta de advertencia o de protección era la causa del accidente. No se acreditó y el Tribunal de apelación de Turín desestimó el recurso²⁴⁷.

105 La responsabilidad por riesgo ¿La «responsabilidad por actividades peligrosas o de riesgo» se puede aplicar al esquí? Muchas legislaciones o sistemas basados en la responsabilidad por culpa aplican los mismos criterios cuando el hecho dañoso proviene de actividades de riesgo como conducir un vehículo a motor, un tren, daños derivados de productos defectuosos o derivados del transporte de bienes, por ejemplo. En legislaciones como la alemana, la inglesa o la suiza sigue rigiendo el sistema de responsabilidad por culpa si bien con ciertos matices o particularidades dependiendo del tipo de actividad o situación que se esté juzgando. En caso de colisión de esquiadores no hay variación alguna en el sistema de responsabilidad. Otros sistemas como el italiano o el ruso, por ejemplo, han introducido en sus leyes cláusulas generales de responsabilidad objetiva y se ha discutido si la actividad del esquí puede asumirse como una actividad de riesgo cubierta por la regla de la responsabilidad objetiva²⁴⁸. Finalmente, se decidió que no puede aplicarse en la actividad del esquí las normas de responsabilidad sobre actividades peligrosas.

106 En Italia, el artículo 2050 del *Codice civile* sobre *responsabilità per l'esercizio di attività pericolose* [responsabilidad por actividades peligrosas] establece: quien

²⁴⁵ «La présomption de responsabilité établie par cet article ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable» (*ut. supra*).

²⁴⁶ *Vid. infra* § 106.

²⁴⁷ Corte Appello Torino, sez. III, 23 de marzo de 2019, n.º 874, en <http://dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it/law-of-tourism-sport/blog/corte-appello-torino-sentenza-23-maggio-2019-n-874/>.

²⁴⁸ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, pp. 15-17.

cause daño a otra persona por llevar a cabo una actividad peligrosa, ya sea por su naturaleza o por la naturaleza adoptada, deberá reparar a la persona perjudicada, salvo que pruebe que ha tenido todo el cuidado exigible para evitar el daño²⁴⁹. Es evidente que, aquí, se produce una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, en el marco de los accidentes de esquí se determinó, finalmente, que este artículo no podía aplicarse pues el esquí no cuenta con el grado de peligrosidad requerida que justifique la aplicación del artículo 2050²⁵⁰. En un intento de liberar al perjudicado de la prueba de la culpa del otro esquiador, los tribunales italianos aplicaron, en algunos casos por analogía, los preceptos del *Codice civile* sobre la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico [art. 2054]. Este artículo establece una presunción según la cual, a menos que se pruebe lo contrario, se presume que las dos partes han participado por igual al hecho generador del daño²⁵¹. Esta presunción se aplicó en un caso en el que fue imposible discernir si la culpa del accidente fue de uno o de los dos esquiadores implicados. No había testigos y no fue posible conocer como sucedió el accidente. El Tribunal de apelación de Trento, sección separada de Bolzano, alegó que esquiar y conducir tienen en común el riesgo del tráfico, el cual, según el Tribunal, fundamentaba la presunción de la culpa en ambas actividades o conductas²⁵². Sobre este argumento, el Tribunal falló que la demandada era responsable del cincuenta por ciento del daño considerando que hubo negligencia también de la parte actora en igual porcentaje. Finalmente, en casación, el Tribunal no aceptó esta tesis y rehusó aplicar el artículo 2054 del *Codice civile* a los accidentes de esquí. Sin embargo, hoy, el debate parece haberse superado pues como respuesta al caso comentado y con la finalidad de aliviar a las personas perjudicadas de accidentes de esquí por colisión, el legislador italiano introdujo una regla especial para colisiones entre esquiadores que coincide con la regla que rige en los accidentes de tráfico. En caso de colisión entre esquiadores, se presume hasta que no se pruebe lo contrario, que ambos esquiadores son igualmente responsables por los daños

²⁴⁹ «*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e' tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*» art. 2050 *Codice civile*. [Quien cause daño a terceros en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado a pagar una indemnización, si no prueba que ha tomado todas las medidas adecuadas para evitar el daño].

²⁵⁰ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, p. 16.

²⁵¹ «Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie e' obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno [c.c. 2947]. Nel caso di scontro tra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli. Il proprietario del veicolo o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio [c.c. 1523], e' responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo e' avvenuta contro la sua volonta'. In ogni caso le persone indicate dai commi precedenti sono responsabili dei danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo».

²⁵² Tribunal de apelación de Trento, sección separada de Bolzano, 20 de junio de 2007, en T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, *idem*.

causados²⁵³. Este nuevo precepto ofrece una solución para el desafío de probar la culpa en los choques entre esquiadores. Ninguna de las partes recibe la indemnización completa salvo que pueda probar la culpa o la negligencia de la otra parte.

107 En Eslovenia, se discutió también sobre el tema y finalmente se acordó no considerar el esquí como una actividad peligrosa o de riesgo de acuerdo con el Código de obligaciones esloveno. El Tribunal Supremo esloveno dictaminó en el año 2013 que el esquí no es en sí mismo una actividad peligrosa²⁵⁴. Es una actividad deportiva que implica, como otras muchas actividades, algunos peligros y riesgos, pero que pueden ser evitados o controlados si la actividad se lleva a cabo con el cuidado y atención debida de acuerdo con las normas de conducta y de seguridad²⁵⁵.

108 **El sistema de responsabilidad por presunción de la culpa** se halla en los países del centro y este de Europa como Rusia, Hungría, República Checa o Serbia. Polonia y Rumania no lo han adoptado. Este enfoque de la responsabilidad está basado en la idea que a menudo es difícil para el perjudicado o la víctima probar la culpa de la parte demandada. Se asume que es más fácil para el demandado probar la ausencia de su culpa que para la víctima probar la culpa de la parte demandada. Sin embargo, hay que señalar que no se han identificado casos de momento en los que se haya aplicado este enfoque en los accidentes de esquí²⁵⁶.

IV. Criterios de la jurisprudencia española

109 **Principio de asunción del riesgo y reglas de prudencia.** La doctrina jurisprudencial española descansa sobre el «principio de asunción del riesgo del esquiador», es decir, el perjudicado que sufre lesiones o daños corporales o materiales, a consecuencia de la práctica del esquí, debe asumir, en principio, los propios daños, porque se presume que acepta y asume voluntariamente una actividad

²⁵³ Véase, al respecto, el art. 28 del Decreto Legislativo n.º 40, de 28 de febrero de 2021: «Nel caso di scontro tra sciatori, si presume, fino a prova contraria, che ciascuno di essi abbia concorso ugualmente a produrre danni eventualmente occorsi» [«caso de colisión entre esquiadores, se presume, hasta que se demuestre lo contrario, que cada uno de ellos ha contribuido igualmente a producir los daños que pudieran haber ocurrido»] [que, en virtud del art. 43 bis D. final del DL n.º 41 no se ha aplicado hasta el 31 de diciembre de 2023].

²⁵⁴ Case n.º II Ips 787/2009 [T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, p. 16, nota 46]

²⁵⁵ T. Kadner Graziano, *loc. cit.* 2016, p. 16.

²⁵⁶ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2016, p. 19.

de riesgo, lo que recuerda a la célebre frase: «*the timorous may stay at home*»²⁵⁷. En consecuencia, si se quiere imputar la responsabilidad a un tercero ha de probarse que la víctima actuó con la diligencia debida, y de acuerdo con los parámetros, tests o estándares de pericia, técnica o habilidad necesarios para la conducción de un esquí seguro, y que el otro implicado no lo hizo. Para valorar la culpa o negligencia, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Según el Tribunal Supremo ²⁵⁸, en relación con la aplicación de la doctrina del riesgo y sus consecuencias, es preciso recordar (vid. *supra* § 57) que la jurisprudencia española no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones, la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios (riesgos considerados anormales en relación con los parámetros medios), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado, sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia de daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. La doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se puede causalmente imputar un resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o

²⁵⁷ Los peligros inherentes a la actividad del esquí tales como el clima, la nieve, las condiciones de superficie y subsuelo, las colisiones contra objetos naturales y artificiales, la colisión de esquiadores y la falta de pericia de los mismos esquiadores son consentidos por la persona que esquía; si luego, ésta es perjudicada por aquello que ha consentido deberá soportar el daño (salvo que concurra culpa o negligencia del causante del daño); y esta doctrina es aplicada también en EE. UU. siendo emblemática la frase que el Juez principal Benjamin N. Cardozo (*the timorous may stay at home*) pronunció en el caso *Murphy v. Steeplechase Amusement Co.*, 250 N. Y. 479. 483, 166 N. E. 173, 174 (1929), que si bien formuló con ocasión de una reclamación por daños personales presentada por una lesionada en una caída en el «*flopper*» de una atracción del parque de atracciones de *Coney Island* en la que las participantes trataron de mantener el equilibrio mientras estaban en un cinturón móvil, la analogía con la actividad del esquí es evidente. El citado juez, que rechazó la demanda, añadió a su argumentario «no habría tenido sentido todo, no habría aventura al respecto, si el riesgo no hubiera estado ahí», y el criterio legal y jurisprudencial que subyace a esta opinión todavía prevalece en EE. UU. cada vez que los participantes en actividades obviamente arriesgadas presentan demandas después de lastimarse (<https://outsidebozeman.com/the-timorous-may-stay-home>).

²⁵⁸ STS n.º 64/2011, de 9 de febrero, ECLI:ES:TS:2011:560, FJ 4.

aumenta²⁵⁹.

V. Clasificación de los accidentes de esquí. Los accidentes de esquí como materia extracontractual o cuasidelictual

110 Como se ha adelantado en introducción de este trabajo²⁶⁰, a efectos de este estudio, son accidentes de esquí los ocurridos tanto dentro como fuera de pistas y cualquiera que sea la modalidad y dificultad de la pista o montaña. Los accidentes de esquí se clasifican como «propios» e «impropios» distinguiendo los que se producen durante la práctica o deslizamiento [«accidentes de esquí propios»] de los que se producen en el acceso o durante el uso de los remontes mecánicos de la estación, esto es que no suceden durante el deslizamiento, sino mientras el esquiador es remontado al acceso de la pista [«accidentes de esquí impropios»]. Dado que el esquí no es un deporte de contacto, cuando se produce este contacto durante su práctica,

²⁵⁹ La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico» (STS n.º 639/2015, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:5414, FJ 4).

Para un ejemplo de concurrencia de culpas en un accidente de esquí, véase la decisión del *LG Coburg* (Alemania), que, en sentencia de 22 de enero de 2007 – 14 O 462/06 (<https://www.juraforum.de>) estimó concurrencia de culpas en un accidente en el que colisionaron un esquiador y un *snowboarder*. Se consideraron definitivas las normas FIS (*vid. infra* apartado VI) y se argumentó que es obligación de cada esquiador y *snowboarder* comportarse de tal manera que no ponga en peligro a los demás. La conducción de los esquís y de la tabla debe ser controlada y ha de adaptarse la velocidad a las habilidades, dificultades del terreno, las condiciones de la nieve y a la presencia de otras personas y siempre se debe ser capaz de poder detenerse si es necesario. En este caso, el tribunal juzgó que ninguna de las partes se había comportado con arreglo a estas premisas, sin embargo, dado que una tabla de *snow* es más difícil de controlar y da un punto ciego con cada giro, un *snowboarder* comporta un riesgo ligeramente mayor que un esquiador. Se moderó (redujo) la indemnización de la actora perjudicada por considerarla también culpable en la colisión.

En otro accidente, esta vez ocurrido en España, en el que un esquiador menor de edad arrolló a otro que estaba detenido en la zona de esquí lento, se declaró que «fue la impericia del menor que perdió el control, lo que determinó que arrollase a la actora de manera que no podrá hablarse de caso fortuito, apareciendo falta de cuidado y previsión que origina el accidente del que es la única causa hábil la actuación del menor y la falta conveniente de acompañamiento, ante situación previsible, dada la impericia en la práctica del esquí, en la misma zona en que acontecen los hechos [explanada en la que confluyen visitantes y esquiadores que provienen de los telecabinas y se calzan los esquís para acceder a las pistas o a otros remontes], y evitable de haberse adoptado las medidas oportunas» (SAP Granada, secc. 4.ª, n.º 182/2016, de 15 de julio, ECLI:ES:APGR:2016:1120, FJ 2).

²⁶⁰ *Vid. supra* pp. 17-53.

por lo general, sucede un accidente («propio») dentro los cuales para esta disertación se diferencian: el que se produce por la colisión o choque entre esquiadores; el que sucede por la caída en solitario del esquiador; y, el que ocurre por el impacto contra objetos, naturales o artificiales, ya sean fijos (edificaciones y casetas, árboles y cañones de nieve), semifijos (palos de señalización y vallas) o móviles (remontes mecánicos y motonieves)²⁶¹. Este tipo de accidentes podrán dar lugar al nacimiento de la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) y, en su dimensión internacional, son el objeto de esta tesis. Los accidentes acaecidos durante el transporte al acceso de la pista de esquí, es decir, que no suceden durante el deslizamiento, sino mientras el esquiador es remontado podrán dar lugar al nacimiento de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y están excluidos del ámbito de este estudio. Se distinguen los accidentes que se producen durante el deslizamiento del esquiador de los que tienen lugar en ocasión de su transporte, y no hay que confundir la naturaleza contractual del forfait con el uso de las pistas y otros servicios que ofrecen las estaciones de esquí. Es común que un usuario de la pista haya adquirido en la entrada de la estación el título de transporte –conocido como forfait– que le habilita para acceder y usar un remonte, sin embargo, si sufre un accidente durante el deslizamiento –esquiando– por caída y sucesivo impacto contra un árbol, por ejemplo, la responsabilidad que puede pretenderse de la gestora de la estación de esquí no está enmarcada con arreglo al contrato de transporte, sino que su responsabilidad, en caso de haberla, será extracontractual. Así, para ilustrar los accidentes que no se van a abordar, veamos varios ejemplos. Un esquiador, al salirse de la polea la sirga del telesquí que lo transportaba²⁶² y bloquearse el sistema, sale despedido del remonte y reclama por las lesiones en su espalda y rodilla, el tribunal entendió, no obstante que el descarrilamiento tuvo su origen en el intento de la demandante de salir lateralmente de la percha al llegar a la «pilona 13» (donde no estaba permitido bajar), lo que unía en relación de causalidad adecuada y eficiente el comportamiento de la actora con el evento dañoso²⁶³. Otro caso se produce con ocasión de unos daños sufridos por un esquiador que se cayó al suelo cuando fue golpeado por la espalda por otra silla al tomar una plaza en el remonte, el TS entendió que no se acreditaron las circunstancias alegadas por el esquiador-actor en relación con la falta de nieve en la plataforma, mayor velocidad de la aconsejable del

²⁶¹ Esta diferenciación de los objetos contra lo que puede potencialmente impactarse esquiando en una pista de esquí la recoge I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, pp. 39-56.

²⁶² El uso del telesquí formaba parte del acuerdo entre el esquiador y «Aramón» reflejado en el contrato denominado comercialmente «tarjeta roja» el cual daba derecho a la práctica del deporte del esquí y al consecuente uso de remontes o telesquís (SAP Zaragoza, secc. 5.ª, n.º 1011/2020, de 16 de diciembre, ECLI:ES:APZ:2020:1935, FJ 1).

²⁶³ Fue el accidente acaecido el 2 de marzo de 2017 en las pistas de esquí gestionadas por «Aramón» (SAP Z n.º 1011/2020, *ut supra*). La esquiadora lesionada fue indemnizada en virtud del SOV cuyo anexo recoge las reglas para su aplicación y el cuál únicamente recoge cuantías por el resultado final de la lesión (FJ 14 y 15).

mecanismo de remonte o telesilla en su circulación giratoria y omisión de medidas necesarias de seguridad en evitación de caídas. Según se desprendió de la prueba practicada, el estado de las instalaciones era el correcto y el funcionamiento del telesilla normal. En consecuencia, faltaba la causalidad jurídica y no cabía atribuir la omisión a la propietaria de la instalación y del mecanismo del remonte, en relación con su funcionamiento o utilización, de un comportamiento, que exigible, hubiera desencadenado o contribuido al accidente. El accidente se produjo por una distracción o despiste del usuario de la instalación, sin que el tribunal apreciase una contribución causal por parte de la estación de esquí y, por consiguiente, no se estimó ninguna responsabilidad²⁶⁴. En un tercer ejemplo, el tribunal tampoco estimó justificada la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del telesilla y el daño corporal que el esquiador reclamaba y se absolvió a la estación de esquí. Sin embargo, aunque no se acreditaron que los daños sufridos por el esquiador fuesen imputables, a título de culpa, a la estación, el solo hecho de que el esquiador se lesionara cuando se disponía a salir del telesilla fue suficiente para encuadrar el suceso en la cobertura del seguro de viajeros²⁶⁵. En el caso en el que se reclamaba la responsabilidad de la empresa explotadora de la estación de esquí y de sus remontes mecánicos, porque, en uno de ellos, tapiz o alfombra mecánica diseñada para la subida y desplazamiento de los usuarios de la estación a las pistas, la recurrente resultó con lesiones al sufrir una torsión de rodilla, que le provocó lesiones en menisco y ligamiento cruzado, al tratar de sujetarse con el apoyo del pie y sin pérdida de equilibrio ante una repentina parada de este mecanismo de traslado de personas que le sorprendió de manera más o menos desprevenida; se condenó a la estación porque no acreditó haber desplegado todos los medios necesarios de protección o minimización de los riesgos²⁶⁶.

111 A continuación, se desarrollará exclusivamente el estudio de los accidentes de

²⁶⁴ STS n.º 660/2006, de 27 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3996.

²⁶⁵ SAP Huesca, secc. 1.ª, n.º 289/2008, de 29 de diciembre, ECLI:ES:APHU:2008:523.

²⁶⁶ SAP Granada, secc. 3.ª, n.º 98/2007, de 2 de febrero de 2007 [ECLI:ES:APGR:2007:1768]. Se aplicó al caso la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios 26/1984, de 19 de julio, vigente en el momento de los hechos [BOE, n.º 176, 24 de julio de 1984, pp. 21686-21691], hoy derogada; para la legislación actual, consultar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [BOE, n.º 287, 30 de noviembre de 2007]. En este sentido, de acuerdo con el texto derogado, «el consumidor y usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente», «a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencia exigible que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad» [arts. 25 y 26]. «No obstante, se responderá de los daños originados por

esquí «propios» como materia extracontractual y se realizará a través de ejemplos jurisprudenciales y de casuística que mostrarán el régimen de la responsabilidad subjetiva de los accidentes de esquí y el riesgo que el esquiador asume cuando decide practicar este tipo de actividad. En concreto, en los apartados siguientes se tratarán las diferentes tipologías de accidentes de esquí según su clasificación (colisión, impacto, caída) y, a continuación, se analizarán las reglas de la Federación Internacional del esquí que son las normas de conducta y de seguridad que han de observarse al esquiar, también conocidas como «el decálogo del esquiador».

a) Colisión entre esquiadores

112 Uno de los supuestos que ocurre en las pistas es el de la colisión entre dos o más esquiadores. Adelantamos que, la jurisprudencia, en estos casos, señala dos máximas: el esquiador asume el riesgo de un choque fortuito con otros esquiadores y, es necesario que la persona que practica el esquí, para evitar accidentes, ajuste su velocidad a la propia pericia y a las condiciones de la pista²⁶⁷.

113 En este tipo de accidentes, el régimen de responsabilidad civil es, salvo excepciones, el nacido de la culpa extracontractual y se caracteriza por la inexistencia de un vínculo obligatorio a diferencia de lo que sucede en las obligaciones contractuales o relación jurídica preexistente entre deudor y acreedor²⁶⁸. Aquí, por lo común, el esquiador autor del daño y el perjudicado por el evento acaecido no tienen ningún vínculo previo al accidente²⁶⁹. Se indicaba *supra* que la práctica deportiva del

el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluya necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. En todo caso, se considerarán sometidos a este régimen responsabilidad productos de electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte» [art. 28].

²⁶⁷ A. Lamarca Marquès, «Accidentes de esquí. Guía de jurisprudencia», 2.ª ed. Working paper n.º 194, *Indret*, Barcelona, 2004, p. 8.

²⁶⁸ El sistema vigente consagra la responsabilidad por todo hecho, cualquiera que ésta sea, ilícito, que cause daño a otra persona, y que se produzca por dolo o culpa. Por tanto, el ilícito civil, al igual que el contrato, y a diferencia del delito, constituye una figura general de tal modo que todo ilícito de la persona que cause daño a otra, realizado intencional o negligentemente, es fuente de obligación. Para determinar la responsabilidad extracontractual ha de verificarse que la conducta objeto de enjuiciamiento reviste los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia, a saber: una acción u omisión del agente, que la conducta le sea imputable por haber obrado culposamente, que se haya producido un resultado dañoso cierto, real y evaluable económicamente, que haya una relación causal adecuada entre la acción y el resultado dañoso, siendo indiferente la teoría que se adopte al respecto. No obstante, estos requisitos, para que la acción sea imputable al autor deberá exigirse la previsibilidad [SAP Madrid, secc. 18.ª, n.º 151/2018, ECLI:ES:APM:2018:5656, FJ 2].

²⁶⁹ Dentro de esta categoría de colisión entre esquiadores la casuística nos brinda una subcategoría que daría lugar al nacimiento de responsabilidad contractual en caso de choque entre el esquiador instructor y su alumno; y los casos de caídas del alumno bajo la supervisión del instructor si se acredita su culpa.

esquí no es una actividad de riesgo en el sentido de una anormalidad peligrosa para justificar la imposición a quien desempeña tal actividad la carga de probar su falta de culpa (la responsabilidad por riesgo). En consecuencia, para las obligaciones extracontractuales derivadas de la práctica del esquí regirán las normas generales del art. 217 LEC. A tenor del art. 1902 CC en relación con el art. 217(2) LEC, corresponde al perjudicado por el accidente la carga de probar la culpa del causante del accidente. No será así cuando una disposición legal expresa (art. 217(6) LEC) imponga a la parte demandada la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de responsabilidad y facilidad probatoria a los efectos del art. 217(7) LEC. Por eso, el mero hecho de ser demandado como responsable en un accidente de esquí no implica una objetivación de la conducta del demandado de tal manera que deban considerársele imputables todos aquellos daños o padecimientos sufridos por las caídas, golpes o encontronazos que pueda tener con otro usuario de la pista, si no está acreditada la existencia de al menos una actuación culposa o negligente del responsable, bien sea por no atender las indicaciones de las personas responsables de la instalación, bien sea por realizar maniobras de esquí de manera completamente errónea poniendo en peligro el resto de los esquiadores, o bien se haya podido acreditar que, por distracción, falta de habilidad o simplemente por carencia de aptitudes del autor del daño ha ido a colisionar contra alguno de los practicantes que venía haciendo un uso correcto de las pistas. En estos casos que derivan exclusivamente de una colisión entre esquiadores el debate se centra en su conducta y queda fuera la posible responsabilidad de la estación de esquí²⁷⁰. Recuérdese que no es de aplicación la teoría del riesgo en el percance entre esquiadores, porque ambos asumen el riesgo que la práctica del esquí supone. Además, la responsabilidad deportiva no es una responsabilidad objetiva y precisa de la existencia de culpa o negligencia, prueba del nexo causal que incumbe a la parte actora que debe acreditar la realidad del hecho imputable a la parte demandada del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado²⁷¹. Esta tesis de la asunción del riesgo, empero, no es absoluta y encuentra

En estos supuestos sí existe una relación jurídica previa entre los implicados y deberá analizarse si el hecho dañoso responde a un incumplimiento del contrato.

²⁷⁰ Así, p. ej., en el caso visto por la AP Granada, sentencia n.º 21/2023, de 16 de enero de 2023 (ECLI:ES:APGR:2023:4), en el que se produjo un accidente porque una esquiadora que descendía de forma imprudente, sin respetar las normas 3 y 4 FIS, ni la regla básica 10 y otras del Reglamento de funcionamiento de las estaciones de esquí, arrolló a otra esquiadora que iba por delante. La perjudicada demandó a la estación de esquí y a su aseguradora, pero no a la esquiadora causante del daño a quien tampoco identifica. La Audiencia confirma la sentencia de instancia desestimando la pretensión de la perjudicada porque se acredita que la causa del accidente fue el comportamiento de la esquiadora que se llevó por delante a la perjudicada y, que la estación nada tuvo que ver en el resultado dañoso.

²⁷¹ SAP Valencia, secc. 6.ª, n.º 46/2019, de 4 de febrero, ECLI:ES:APV:2019:421, FJ 1.

sus límites en las reglas de prudencia que los practicantes deben seguir²⁷². En la actividad del deporte del esquí la esencia de la culpa del esquiador consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el resultado dañoso. La diligencia del esquiador debe predicarse acorde con la actividad que se realiza y de aquella que el esquiador medio con relación a las circunstancias del momento concreto (no en abstracto) pueda estimar previsible. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de su evitabilidad²⁷³. La previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual²⁷⁴. En el caso en el que una esquiadora fue arrollada por un *snowboarder* cuando se encontraba detenida y sentada en el suelo en el centro de la pista, tras un cambio de rasante, el tribunal estimó que la responsabilidad debía ser compartida, porque se cuestionó tanto la falta de pericia del *snowboarder* y su desatención de las circunstancias del lugar, como la imprudencia de la perjudicada en sentarse en medio de la pista y no en los laterales (regla 6 FIS) incrementando de esta forma el riesgo de colisión [conurrencia de culpas]²⁷⁵. En otro accidente acaecido entre dos esquiadores, en un viaje conjunto de esquí, no se pudo aclarar cuál de las partes fue la responsable pues no se acreditó que la parte demandada violase las reglas FIS, en particular, «no se acreditó que el demandado lo pusiera en peligro como esquiador que venía por detrás, y, por lo tanto, violara la regla 3 de las normas de conducta de la FIS», tampoco pudo acreditarse la velocidad de los esquiadores (regla 2 FIS)²⁷⁶. En otro caso, el tribunal pudo determinar que las dos esquiadoras implicadas se habían acercado aproximadamente a la misma velocidad desde diferentes pendientes antes de que tuviese lugar el choque, el tribunal consideró que ni una ni la otra prestaron la atención debida, y, por tanto, infringieron por igual las reglas 1 y 2 FIS²⁷⁷. En otro supuesto, se acreditó que el esquiador que venía por detrás cuando quiso adelantar a otro esquiador que tenía delante y que se deslizaba más lentamente violó las reglas 3 y 4 FIS²⁷⁸. En un accidente en el que chocaron dos esquiadores, el *BGZ* argumentó que cada esquiador debe observar el terreno enfrente de él y a los

²⁷² En este escenario, [ej. por analogía] en relación con un accidente surgido en un partido amistoso de pelota playa, donde la pelota lanzada por uno de los jugadores impactó en el ojo del adversario, que lo perdió, el TS consagró la tesis de la asunción del riesgo de la deportista perjudicada por lo que absolvió al deportista causante (STS n.º 942/1999, de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:1999:7913).

²⁷³ STS n.º 145/2007, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2007:661, FJ 1.

²⁷⁴ *Vid. supra*, SAP Madrid, secc. 18.ª, n.º 151/2018, de 16 de abril, ECLI:ES:APM:2018:5656, FJ 2.

²⁷⁵ SAP Castellón, secc. 1.ª, n.º 208/2010, de 24 de noviembre, ECLI:ES:APCS:2010:1445, FJ 3.

²⁷⁶ *OLG Schleswig-Holstein* de 28 de agosto de 2012 – 11 U 10/12, en <https://www.ra-skwar.de/urteile/OLG%20SH%2011%20U%2010-12.php>.

²⁷⁷ *LG Bonn* de 21 de marzo de 2005 - 1 O 484/04 en openjur.de

²⁷⁸ *LG Ravensburg* de 22 de marzo de 2007 - 2 O 392/06 en openjur.de

demás esquiadores que en él aparecen, tener en cuenta los diferentes obstáculos posibles resultantes y adaptar su velocidad para asegurarse una capacidad de reacción y una correcta aproximación a la ruta de salida, así como asegurarse, si fuera necesario, el poder detenerse²⁷⁹. En otro supuesto, en el que se reclamaba por los daños ocasionados con motivo de un accidente de esquí, el hecho de infringir las normas FIS presumió la existencia de culpa del esquiador incumplidor²⁸⁰. Cuando se acreditó que el esquiador demandado se deslizaba por detrás del esquiador demandante y no guardó la distancia y atención requerida se lo declaró responsable del accidente²⁸¹. Lo mismo ocurrió cuando se consideró la negligencia del esquiador que venía por detrás cuando realizó la maniobra de adelantamiento y acabó colisionando con el otro esquiador [violación de las reglas 3 y 4 FIS]²⁸².

b) Impacto del esquiador contra objetos de la pista

114 Acaecen también accidentes de esquí derivados de impactos del esquiador contra objetos de la pista. Estos objetos pueden ser fijos (casetas y cañones), semifijos (palos de señalización o redes) o móviles (remontes y máquinas). En este tipo de accidentes la casuística es muy variada y la culpa o negligencia constituyen una valoración subjetiva de conducta, porque el esquiador asume siempre un riesgo. La fatalidad, la impericia o la propia negligencia del esquiador pueden causar el accidente, con independencia del hecho objetivo de nieve insuficiente y la presencia de otros elementos añadidos por la estación. En todo caso, la parte actora tiene la carga de probar que el estado de las instalaciones fue la causa del accidente. Por lo general, las pistas de esquí cuentan con dispositivos de amortiguación que son elementos como redes y colchonetas que se colocan sobre un obstáculo o en sus inmediaciones, a su lado, o alrededor, cuya función es evidenciar la presencia de un obstáculo artificial y reducir, si fuere el caso, las consecuencias de un impacto, por ello, se usan preferentemente colores llamativos. En todo caso, la fuerza del golpe dependerá de la velocidad del esquiador y de la mecánica del accidente, y las consecuencias vendrán determinadas además por la zona corporal que reciba el impacto²⁸³. Sea como fuere, la protección de estos dispositivos es limitada y las

²⁷⁹ BGHZ 58, 40 a 47 = NJW 1972, 627 y ss., en openjur.de

²⁸⁰ OLG Branderburg de 16 de abril de 2008 – 7 U 200/07, en openjur.de

²⁸¹ OLG Branderburg de 2 de abril de 2020 – 12 U 112/19, en <https://openjur.de/u//2253157.html>.

²⁸² OLG Hamm de 5 de noviembre de 2008 – I- 13 U 81/08, en <https://openjur.de/u/134883.html>.

²⁸³ Cit. *supra*, Reglamento Atudem, § 4.5, p. 10.

personas deben esquiar con precaución y seguridad para sí mismas. Así las cosas, en un accidente acaecido en las pistas de Masella (Girona), en el que el esquiador perjudicado descendía por una pista azul y se precipitó en un foso sin nieve de aproximadamente 1 metro de profundidad que contenía tierra y piedras, la parte demandada, la empresa explotadora y propietaria de la estación de esquí, no acreditó haber adoptado los cuidados y las diligencias que exigía la naturaleza del servicio que prestaba²⁸⁴. En el mismo sentido, en un caso visto por el TS, en el que la actora sufrió importantes lesiones al impactar contra una caseta de ventilación cerca de las pistas de esquí, en La Molina (Girona), el Alto Tribunal convalidó las sentencias de instancia que apreciaron la negligencia de la estación al no haber adoptado las medidas para reducir el peligro de un impacto y sus consecuencias, y, pese a considerar que la caseta sin protección suponía la creación de una fuente de peligro adicional de riesgo, el TS sentenció que era correcto haber apreciado concurrencia de culpa en la víctima en un treinta por ciento dado que bajaba a gran velocidad por una pista de debutantes²⁸⁵. Igualmente, en otra ocasión, se condenó a la estación cuando se acreditó que la causa del accidente fue una señalización defectuosa²⁸⁶. Del mismo modo, se condenó a la estación de esquí de Sierra Nevada (Granada-Almería) a indemnizar a un esquiador que impactó contra la máquina para pisar nieve que estaba estacionada, de forma incorrecta, al margen de una pista²⁸⁷. En otro accidente ocurrido en la estación de esquí de Formigal (Huesca), en el que una menor de edad se cayó y de forma subseguida colisionó con el soporte del cartel del telesilla que estaba desprotegido y del que sobresalían cuatro tornillos, se apreció concurrencia de culpas de la esquiadora y de la estación, porque la esquiadora descendía por lugar inidóneo y a velocidad inadecuada y sin observar las normas mínimas de prudencia. Así, si a la estación le era exigible un especial cuidado en la protección de los elementos que sobresalen del suelo, a la esquiadora también cabía exigirle el cumplimiento de la señalización existente y observar las medidas que la prudencia impone. Dicho de otro modo, en el resultado dañoso causado hubo aportación causal tanto de la estación de esquí como de la esquiadora perjudicada, por lo que a la

²⁸⁴ SAP Barcelona, ECLI:ES:APB:2017:6116, FJ 2, *vid. supra* nota 233; resolución que no desconoce la doctrina legal sentada por el TS sobre la asunción del riesgo en relación con la práctica de actividades deportivas potencialmente peligrosas en sí mismas para la integridad de quienes la desarrollan, conforme a la cual quien las practica está aceptando y sometiéndose de forma voluntaria al riesgo que comportan, y que, en esta clase de deporte, no es posible admitir una responsabilidad por el riesgo creado cuando el propio perjudicado es quien ha decidido practicar, de forma libre y voluntaria, una actividad que comporta un riesgo implícito. Sin embargo, ello no legitima a la empresa que proporciona los medios materiales para el ejercicio de la actividad deportiva para incrementar negligentemente el riesgo propio de tal actividad, de modo que debe responder cuando el accidente se produce precisamente por razón de ese plus de peligrosidad imputable a la empresa.

²⁸⁵ STS n.º 635/2001, de 26 de junio, ECLI:ES:TS:2001:5497.

²⁸⁶ SAP Huelva, secc. 2.ª, n.º 22/2017, de 31 de enero, ECLI:ES:APH:2017:42, FJ 2 y 4.

²⁸⁷ SAP Granada, secc. 3.ª, n.º 107/1999, 16 de febrero [ECLI:ES:APGR:1999:383].

estación tan solo le fue imputable una parte del daño producido²⁸⁸. En otro supuesto, en la estación del Port el Compte (Lleida), en el que el esquiador implicado sufrió una caída que imputó al estado de la pista (intersección entre la pista roja por la que esquiaba y la azul a la que se incorporaba) y a la falta de elementos de protección del muro de piedra contra el que acabó chocando, el tribunal resolvió que «el accidente se produjo sin que se advierta negligencia alguna de la estación de esquí demandada», porque consideró que el cruce entre las dos pistas estaba debidamente señalado y que el muro de piedra contaba con las redes de protección necesarias para que los esquiadores no impactasen contra él²⁸⁹. En cambio, en otro accidente que tuvo lugar en las pistas de Formigal (Huesca) se apreció concurrencia de culpas cuando una niña de 11 años, que descendía por una pista verde, perdió el control al bajar a considerable velocidad hasta chocar con el edificio que se ubicaba al final de la pista, pues, si bien el comportamiento de la menor no fue completamente acorde con las normas de prudencia exigidas, tampoco la estación había desplegado las medidas de seguridad suficientes para minimizar los daños en caso de impactos de los esquiadores, porque se advirtió un serio déficit de seguridad en la red de protección que no soportó el golpe de una niña de 45 kilos de peso²⁹⁰.

115 En cambio, en otro caso, el TS absolvió a la estación de esquí de Candanchú (Huesca), confirmando las sentencias de instancia, por la muerte de una persona que chocó con una caseta de transformadores sin ningún tipo de protección. En esta ocasión, la mujer se deslizaba por la nieve con un plástico fuera de las pistas de esquí. El TS consideró acertado entender que hubo culpa exclusiva de la víctima teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, pues no practicaba el esquí, la caseta estaba fuera de pistas y fue advertida del peligro que corría con su actividad²⁹¹. En otro supuesto, el Tribunal confirmó las decisiones coincidentes de instancia que apreciaron culpa exclusiva de la víctima en el impacto del esquiador con el palo de una red o valla que separaba la pista de un barranco cuando intentaba impedir el choque con un niño. Según el Tribunal, el perjudicado esquiaba demasiado rápido en una pista para principiantes y debió reducir la velocidad para evitar accidentes claramente previsibles (regla 2 FIS). Del mismo modo, confirmando el criterio de las instancias inferiores, tampoco condenó a la estación por las lesiones que padeció el esquiador

²⁸⁸ SAP Navarra, sede Pamplona, secc. 3.ª, n.º 326/2015, de 15 de septiembre, ECLI:ES:APNA:2015:957.

²⁸⁹ SAP Lleida, secc. 2.ª, n.º 98/2017, de 24 de febrero, ECLI:ES:APL:2017:198, FJ 2.

²⁹⁰ SAP Zaragoza, n.º 479/2023, 3 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:APZ:2023:1859].

²⁹¹ STS n.º 244/1999, 18 de marzo, ECLI:ES:TS:1999:1892.

como consecuencia del impacto contra un palo de señalización en las pistas²⁹². Así las cosas, el TS inadmite el recurso de casación y de infracción procesal interpuesto por el esquiador porque no probó que existiese causa externa a su conducta que generase la caída. Según el Tribunal, considerando las circunstancias del día y la buena visibilidad, los elementos externos como los cañones se distinguían, por lo que, en la hipótesis de que el esquiador hubiere descendido dentro de los límites de la pista, el impacto contra el cañón se hubiera materializado por la parte acolchada del objeto. En efecto, el poste del cañón quedaba al descubierto de forma total en la parte que se sitúa fuera de la pista. Por último y en relación con la alegación de que la estación, colocando el cañón, había ampliado el riesgo, la sentencia razona que siendo ello así, también lo es que los esquiadores deben respetar las señales establecidas de limitación de la pista (regla 8 FIS), y además la trayectoria de la caída permite deducir que la actora no descendía adecuadamente, razón por la que no se puede exigir a la estación más responsabilidad de lo que era razonable en relación con las circunstancias de lugar, ni una protección o mantenimiento de las pistas de forma continua e ininterrumpida²⁹³.

116 En el caso en que un esquiador chocó con un cañón de nieve y en el que las lesiones sufridas traían causa del impacto y no de la caída previa, el TS, confirmando las sentencias de instancia, condenó a la estación de esquí a resarcir al esquiador al haberse acreditado que no iba a velocidad excesiva y que la única causa del resultado lesivo fue la culpa o negligencia de la estación que incrementó el riesgo inherente a la práctica del esquí mediante la instalación de un cañón de nieve artificial en un lugar de la pista en el que previsiblemente podían acceder los esquiadores en el caso de las habituales caídas y consiguientes deslizamientos, sin adoptar las medidas necesarias de seguridad que hubieran permitido proteger a la víctima de las lesiones provocadas por el impacto. Indica la resolución que: «producido el daño, se debe responder de él, porque no se han adoptado las medidas de seguridad que lo hubieran evitado [...]. Por ello, no pueden achacarse las lesiones sufridas a una actividad previa del esquiador, cuando la localización de las lesiones se produce no como consecuencia de la caída, hecho habitual en una estación de esquí, sino como consecuencia del impacto sobre un elemento artificial que no está debidamente protegido»²⁹⁴.

117 En un accidente de slalom acaecido en Andorra en el año 2004, en el que un menor de edad murió tras golpear fuertemente contra los palos de madera que operaban como balizas de corrimiento de la pista, juntamente con la responsabilidad de la estación de esquí, se pretendía la responsabilidad del colegio de la academia de esquí, porque el hecho luctuoso se produjo durante el entrenamiento que el menor

²⁹² STS n.º 375/1998, de 27 de marzo de 1998, ECLI:ES:TS:1998:2632.

²⁹³ ATS de 13 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:6460A.

²⁹⁴ STS n.º 64/2011, de 9 de febrero, ECLI:ES:TS:2011:560, FJ 4.

llevaba a cabo bajo su supervisión [se ejerció la acción directa contra la compañía de seguros de la estación]. En este caso, no se acreditó ninguna actuación negligente de dicho entrenador. El Tribunal indicó que el entrenador actuó como siempre, montando las puertas y explorando la pista, y que la responsabilidad era del pistero, pues el entrenador solo marcaba el trazado, vigilaba como estaba y guiaba a sus alumnos al lugar donde debían descender, y no se le puede exigir una especial diligencia en la protección de las pistas, porque el colegio contrataba la pista, pero no se encargaba de su cuidado, responsabilidad que incumbía a los gerentes y empleados de la pista²⁹⁵.

118 En diciembre de 2013, el demandante de 79 años sufrió un accidente de esquí en la estación de Cerler, sector de Ampriu (Huesca), a la altura de un *snowpark* que se había instalado al lado derecho del final de la pista y con un 10% de pendiente media, al topar con un módulo o cajón que había en la misma, cayendo al suelo y sufriendo politraumatismos de los que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente. El esquiador perjudicado ejercita la acción directa contra la aseguradora de la estación de esquí. La sentencia de instancia desestima la demanda al no apreciar negligencia alguna en acciones u omisiones de la parte demandada. En un exhaustivo fundamento analiza la prueba practicada y tras recordar que el esquí es un deporte de riesgo y que la edad del demandante, con la connatural merma de reflejos y agilidad, obligaba a exacerbar la prudencia, concluye que éste desatendió las numerosas señales de la existencia de la instalación del *snowpark*, y de advertencia de esquiar despacio y con precaución, y que el impacto con el cajón o módulo, que sobresale unos 40 centímetros, con perfil discontinuo blanco, negro y azul, y señalizado con una baliza, era claramente visible y exigió una brusca desviación hacia su derecha por parte del esquiador, y en la medida en que en los cinco años de existencia de instalación, no había ocurrido accidente alguno, rechaza la pretensión de la parte actora. En alzada, se confirma dicha argumentación y la Sala «no considera que el obstáculo artificial existente debiera estar cubierto necesariamente en el sentido longitudinal de la marcha por la valla perimetral de red roja que se aprecia en las fotografías que aportó la propia parte demandante» (FJ 4); y que «existían señales más que suficientes de la existencia de los cajones o módulos, tales como la propia señalización del "snowpark" en su parte superior, que necesariamente indica la presencia de tal tipo de obstáculos para la práctica de esta modalidad de esquí tanto más para un esquiador experimentado como el actor, o el vallado perimetral y las balizas, verdes o azules, que había en los obstáculos, en una zona de pista, ya próxima a la confluencia de varias de ellas, con señales de "despacio" y "precaución", que obligaban a extremar el cuidado y la

²⁹⁵ SAP Barcelona, secc. 14.ª, n.º 37/2021, de 2 de febrero, ECLI:ES:APB:2021:766, FJ 5[2].

prudencia del esquiador»²⁹⁶.

c) Caída en solitario del esquiador

119 El hecho determinante en las caídas en solitario de un esquiador es la ausencia de la colisión, por ello, cuando el esquiador perjudicado acude a los tribunales a través del ejercicio de la acción declarativa de responsabilidad civil lo hace con la pretensión de atribuir la culpa de su accidente (caída) a la estación de esquí. En concreto, se suele alegar la negligencia de la estación en el cuidado y mantenimiento de las pistas, especialmente por abrirlas en circunstancias de peligro como niebla, hielo, escasez de nieve, etc. Por lo general, el acondicionamiento de las pistas incluye la producción de nieve con cañones y el compactado de la nieve con maquinaria (pisado). El objetivo principal del acondicionamiento de pistas es prolongar la permanencia del manto nevoso. El acondicionamiento de las pistas, empero, es una actividad opcional de cada estación, en ningún caso obligatoria. Cada estación determinará según su criterio la frecuencia del pisado de cada pista en función del tipo de esquiadores a que van destinadas. Por lo común, las pistas de extrema dificultad no son pisadas en toda la temporada y el pisado previo de la pista no es necesario para determinar su apertura al público. En relación con el cierre y apertura de pistas los criterios para declarar una pista abierta son el horario de apertura de pista que viene determinado por el de los remontes mecánicos que le dan acceso, salvo que las pistas se encuentren expresamente cerradas, en cuyo caso queda prohibido su acceso. Una pista de esquí permanecerá cerrada, al menos, cuando los remontes que le den acceso o de la explotación diaria estén cerrados, y a partir del momento en el que se aprecia que las condiciones de las pistas no son adecuadas para la práctica del esquí²⁹⁷.

120 Es relevante que, por el mero hecho de ser competencia de la estación el mantenimiento de pistas y el no haber tomado la decisión de cerrarlas, si no se aprecia negligencia el criterio de la jurisprudencia es absolver a las estaciones. Por lo general, los tribunales estiman que la caída del esquiador es por su culpa, por su falta de pericia. Naturalmente, el caso fortuito o la fatalidad tampoco es justificación de la imputación de la responsabilidad a la estación. En estos casos el esquiador debe asumir las consecuencias de la caída, porque –reiteramos– el esquí es un deporte de riesgo. Véase algunos ejemplos reales: en el caso en el que un esquiador al sacarse los esquíes, por querer ayudar a otra compañera que se había caído, resbaló y cayó en una zona de nieve dura de una pista roja, el tribunal consideró que no hubo negligencia por parte de la estación de esquí de Sierra Nevada (Granada-Almería) y sí

²⁹⁶ SAP Huesca, secc. 1.ª, n.º 212/2021, de 20 de julio, ECLI:ES:APHU:2021:278, FJ 4.

²⁹⁷ *Cit. supra*, Reglamento Atudem, § 4(7), p. 11.

del esquiador que se desprendió de los esquíes en una zona helada²⁹⁸. En otro caso, en el que el esquiador sufrió una caída descendiendo por una pista negra, el tribunal absolvió a la estación de esquí de Candanchú (Huesca), porque razonó que el esquiador había asumido el riesgo de la caída y consiguientes daños al descender por la pista de mayor dificultad²⁹⁹. En otro accidente, se absolvió a la estación de esquí de Candanchú porque el tribunal entendió que no podía cerrar la montaña. Se trató de un caso en el que el esquiador cayó por una pendiente fuera de pista y al salirse de ella chocó con unas rocas³⁰⁰. Lo mismo acaeció en un caso en el que el impacto fue contra unas piedras después de que el esquiador se cayese³⁰¹. Y, en un accidente en el que la esquiadora sufre una caída en solitario a causa de una zona de piedras o «calva» [falta de nieve] que, según la actora, no estaba debidamente señalizada, la Sala argumenta que «no se ha acreditado que la causa de la caída fuera la falta de señalización y balizamiento de la zona de piedras, o, por el contrario, el propio descontrol y falta de atención de la propia lesionada, pues, tratándose de un deporte de riesgo en el que es exigible prestar la atención debida a la pista por las condiciones de la misma y del terreno o existencia de otros esquiadores, quién lo practica debe extremar al máximo las precauciones, sin que debamos olvidar que se trata de un deporte consistente en deslizarse sobre una pista de nieve, en el que debe actuarse con suma cautela a fin de no perder el control del propio cuerpo sobre la pista y moderar la velocidad en función de las condiciones que se presenten, condiciones no sólo climatológicas que han podido influir en el estado de la nieve sino en la propias circunstancias de la pista, como pueden ser la existencia de "calvas" o piedras próximas a la pista por la que se esquía, a fin de no abandonarla, llevando siempre el control sobre los esquíes y poder esquivar cualquier imprevisto que se presente, como puede ser, entre otros, la existencia de un cambio de rasante»³⁰².

121 Por el contrario, en otros casos las audiencias han entendido que sí hubo negligencia por parte de la estación. A modo de ejemplo, en el caso en el que el esquiador sufrió lesiones al caerse por un barranco próximo a la pista, el tribunal estimó que hubo responsabilidad de la estación Brañavieja-Alto Campoo (Cantabria)³⁰³. En otro supuesto, el TS responsabiliza a la estación de esquí por no

²⁹⁸ SAP Granada n.º 390/2001, 27 de junio de 2001 [ECLI:ES:APGR:2001:1433].

²⁹⁹ SAP Huesca n.º 45/1997, 18 de febrero de 1997 [ECLI:ES:APHU:1997:76].

³⁰⁰ SAP Huesca n.º 43/2002, 18 de febrero de 2002 [ECLI:ES:APHU:2002:66].

³⁰¹ SAP Huesca n.º 182/1996, 25 de mayo de 1996 [ECLI:ES:APHU:1996:276].

³⁰² SAP Granada, secc. 3.ª, n.º 779/2022, de 1 de diciembre [ECLI:ES:APGR:2022:1891, FJ 3].

³⁰³ SAP Cantabria, sede Santander, n.º 28/2000, 19 de enero [ECLI:ES:APS:2000:105].

haber advertido al esquiador sobre el estado y el hielo de la pista. En este caso, el esquiador al iniciar el descenso en una de las pistas de la estación catalogada como difícil, encontró unas placas de hielo, de las que no había sido advertido, lo que provocó su caída, deslizándose y precipitándose al vacío al no existir ninguna valla de protección; cayó sobre unas rocas y el impacto le ocasionó diversos daños³⁰⁴. En un accidente en el que murió el esquiador menor de edad tras impactar contra los palos de madera que balizaban el recorrido, se declaró responsable a la estación porque se acreditó que no tomó las medidas mínimas de seguridad y cautelas de protección exigidas³⁰⁵. En otro supuesto, en el que el esquiador sufrió un accidente al encontrarse, de forma súbita, con un pozo de tierra y piedras sin nieve y que carecía de cualquier tipo de protección ni advertencia, se imputó la responsabilidad a la estación porque incrementó, con su pasividad, el riesgo propio de la actividad³⁰⁶. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Casación de Bolzano (en Italia) cuando un esquiador perdió la vida al salirse de la pista, y afirmó que, en términos de lesiones culpables, es responsabilidad de la estación de esquí poner en práctica todas las precauciones para prevenir los peligros, incluso fuera de la pista, a los que el esquiador pueda encontrarse en aquellas zonas en las que la situación hace probable un eventual accidente debido a la misma conformación natural del camino³⁰⁷.

VI. Las reglas de la Federación Internacional del Esquí (FIS) como normas de conducta y de seguridad al esquiar: el «decálogo del esquiador».

122 En España, no existe una normativa o ley que regule la responsabilidad civil o penal en el esquí³⁰⁸. La regulación es general y se refiere, por un lado, a los aspectos administrativos y atribución de competencias de la Federación estatal y demás

³⁰⁴ STS n.º 1338/2006, 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2006:7968.

³⁰⁵ SAP Barcelona, secc. 14.ª, n.º 37/2021, de 2 de febrero, ECLI:ES:APB:2021:766.

³⁰⁶ SAP Barcelona, ECLI:ES:APB:2017:6116, FJ 2, *supra* nota 233.

³⁰⁷ Cass. 25 de febrero de 2010, n.º 10822 y Cass. 19 de marzo de 2015, n.º 15711.

³⁰⁸ En Italia, *vid.* por ejemplo, como se ha apuntado (*supra* nota 253), la Ley, n.º 363, de 24 de diciembre de 2003, *Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo*, *Gazzetta Ufficiale*, n.º 3, de 5 de enero de 2004. Dicha Ley ha sido modificada por el DL, n.º 41, de 22 de marzo de 2021, de «*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza COVID-19*». El marco normativo actual italiano en relación con los deportes en la nieve lo componen la citada Ley 363/2003, el art. 9 de la Ley n.º 86, de 8 de agosto de 2019, que contiene «*Deleghe al Govrno e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*», y el Decreto Legislativo, n.º 40, de 28 de febrero de 2021, que, en virtud del art. 43 *bis* D. final del DL n.º 41, se aplica desde el 31 de diciembre de 2023] en <http://dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it/law-of-tourism-sport/blog/il-nuovo-assetto-legislativo-della-sicurezza-e-della-responsabilita-nella-pratica-degli-sport-della-neve-dopo-il-d-lgs-40-2021/>.

Federaciones autonómicas, y, por otro lado, el Código civil que regula los aspectos privados de la responsabilidad. Los tribunales para determinar esta responsabilidad aplican el principio de asunción del riesgo y valoran las conductas de los esquiadores fallando a favor o en contra de la responsabilidad en función de la prueba de la culpa o negligencia de la conducta de la parte demandada. Esta culpa o negligencia en la dinámica de un accidente de esquí se valora por los tribunales siguiendo las reglas de la lógica, de la sana crítica y máximas de experiencia, además de tener en cuenta las reglas de conducta y de seguridad de la Federación Internacional de Esquí³⁰⁹, diez normas de prudencia, en total, que se denominan «decálogo del esquiador» y que se van a exponer y desarrollar en las próximas líneas, que, aunque no tienen rango normativo, definen las conductas que todo esquiador debería seguir para la práctica segura del esquí. Por consiguiente, si se puede probar que un esquiador las contravino, de alguna forma, se podrá alegar su imprudencia, y la culpa o negligencia en su conducta, siempre en atención al caso individual. Los tribunales, por lo general, tienen en cuenta estas normas de conducta cuando conocen de la reclamación de responsabilidad civil derivada de accidentes de esquí. Cuando analizan la dinámica del accidente a través de la valoración de la prueba practicada observan el comportamiento del esquiador agente del daño en relación con el respeto de dichas pautas y las tienen en cuenta para apoyar la motivación de la contravención del criterio de prudencia. De este modo, a través del análisis de todos los elementos en contradicción, se resuelve sobre la culpa o la negligencia del esquiador demandado, y si cabe, de los demás implicados y del propio perjudicado³¹⁰. Véase, a continuación, el contenido de las reglas «FIS» y su naturaleza y alcance.

a) El contenido de las reglas «FIS»

123 Las mencionadas reglas «FIS» dictadas por la Federación Internacional de Esquí son como una especie de «normas de tráfico alpino»³¹¹ cuyo objetivo es evitar

³⁰⁹ Web oficial: <https://www.fis-ski.com>. Cf. estatutos de la FIS [2022]: https://assets.fis-ski.com/image/upload/fis-prod/assets/FIS_Statutes_2022.pdf

³¹⁰ Así, por ejemplo, en un accidente de esquí en el que la causa fue imputable a la conducta de las dos esquiadoras que colisionaron cuando una y otra giraron en direcciones opuestas al encontrarse a la misma altura, se fijó en la mitad la participación de una y otra parte en el resultado dañoso (SAP Barcelona, secc. 11.ª, n.º 32/2017, de 2 de febrero, ECLI:ES:APB:2017:1169, FJ 4).

³¹¹ Las reglas FIS son utilizadas por los tribunales y gozan de reconocimiento internacional en la doctrina y la jurisprudencia. Fueron elaboradas por el «Comité de Asuntos Legales y Seguridad» de la Federación, integrado por expertos de varios países (V. Sälzer, *Skiunfälle im organisierten Skiraum, zur zivilrechtlichen Haftung unter Einbeziehung von grenzüberschreitenden Sachverhalten und rechtsvergleichenden Bezügen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 132-133). Es recurrente en las páginas web de las diferentes estaciones de esquí de todo el mundo encontrar el siguiente eslogan «know the

accidentes de esquí³¹². En la Federación Internacional de Esquí se creó un Comité legal y de seguridad que pretendió establecer una normativa de carácter internacional sobre el comportamiento de los esquiadores. En 1967, el Congreso de Beirut aprobó las «diez reglas de conducta del esquiador». Posteriormente, han ido completándose en ulteriores congresos. Son normas de carácter deportivo. Como se ha visto, dichas normas de comportamiento en las estaciones de esquí son utilizadas por los tribunales a la hora de valorar la dinámica y responsabilidad en los accidentes de esquí, si bien no son normas vinculantes porque la Federación Internacional de Esquí es un sujeto de derecho privado por lo que no tiene poder para legislar. El «decálogo del esquiador» lo forman, siguiendo lo ya indicado, diez reglas de conducta y de seguridad que adquieren suma importancia en el caso de choque entre esquiadores y por ello se pasa a estudiarlas.

124 La primera regla FIS: respeto a los demás. Esta regla indica que «el esquiador o el *snowboarder* debe comportarse de manera que no ponga en peligro o perjudique a los demás». Es decir, el esquiador y el *snowboarder* son responsables no solo de su propia conducta, sino también de su material defectuoso. Esto también se aplica a los que utilicen materiales de última generación³¹³. Esta pauta de conducta refleja el principio general del *neminem laedere* y recoge la necesaria convivencia de los esquiadores en las pistas de esquí. Dado su carácter general, dicha regla deberá especificarse caso por caso. Esta regla no describe un comportamiento concreto para el esquiador como sucede en las demás reglas, sin embargo, cuando hay una colisión de un esquiador con otro a causa de un comportamiento no recogido en las demás reglas FIS, la responsabilidad se evalúa teniendo en cuenta esta regla 1 FIS aplicable al esquí, siempre de acuerdo con las disposiciones generales del derecho de daños³¹⁴.

125 La segunda regla FIS: control de velocidad y forma de esquiar o deslizarse. «El esquiador o el *snowboarder* debe esquiar de forma controlada. Debe adaptar su velocidad y forma de esquiar o deslizarse a su habilidad personal y a las condiciones generales del terreno, nieve y climatología, así como a la densidad del tráfico en las pistas». Esto es así porque las colisiones suelen suceder por velocidad excesiva, el comportamiento incontrolado o atención insuficiente a la circulación sobre la pista. Por ello, se exige a los practicantes la capacidad de poder pararse, girarse o moverse dentro de su campo de visión y, para ello, deben adaptarse a las circunstancias de la

code. It's your responsibility» además ofrecen la explicación de los comportamientos de cuidado. Como curiosidad, existen en *youtube.com* varios canales que llevan por título este eslogan y en cuyos videos se muestran, en forma de dibujo, esquiadores y posibles circunstancias en las que pueden encontrarse y como han de actuar según las normas de conducta.

³¹² *Cit. supra*, Reglamento Atudem, anexo 1, p. 25.

³¹³ Reglamento Atudem, *idem*.

³¹⁴ *OLG Stuttgart*, sentencia de 19 de junio de 2013 – 3 U 1/13; 732; *OLG Koblenz*, 2 de marzo de 2011 – 5 U 1273/10.

pista y circular lentamente en áreas saturadas o sitios en los que la visibilidad sea reducida o haya cambios de rasante, así como al final de las pistas y en los accesos a los remontes. El esquiador delantero goza de plena prioridad, mientras que el esquiador que sigue debe mantener la distancia suficiente para dejar espacio a la persona que le precede para que pueda moverse. El esquiador que viene de arriba tiene que contar con todos los movimientos que el esquiador de abajo pueda realizar, incluyendo giros anchos, paseos inclinados y arcos con radios grandes, así como cambios de dirección en cualquier momento, y ajustar su comportamiento a ellos. No debe confiar en que el esquiador de delante mantendrá su estilo de conducción controlado en una zona de pendiente. El esquiador delantero no tiene que orientarse hacia arriba y tampoco hacia atrás³¹⁵. El esquiador que viene de arriba es el único responsable, así lo dictaminó el Tribunal alemán Superior de Dresde en un accidente en el que la demandante-lesionada se había detenido al lateral de una pista y fue embestida por otro esquiador que no logró frenar a tiempo³¹⁶.

126 La tercera regla FIS: prioridad. «El esquiador o el *snowboarder* que avanza desde atrás debe elegir su ruta de forma que no ponga en peligro al esquiador o *snowboarder* situado delante». El esquí es un deporte de evolución libre en el que, en principio, el practicante puede ir por donde le parezca oportuno siempre que adapte su manera de esquiar a su capacidad personal y a las condiciones existentes en la montaña [regla 2 FIS]. Así, el esquiador que está delante tiene preferencia, y el que se desliza por detrás en la misma dirección debe mantenerse a una distancia adecuada de él de forma que se deje espacio suficiente para que el esquiador que va delante pueda moverse libremente. La jurisprudencia es muy clara cuando el esquiador que sufre los daños es el que desciende: esta regla 3 impone prestar atención a los esquiadores que están más abajo. Así, por ejemplo, cuando un esquiador chocó con los *pisters* que acondicionaban la pista de la estación de esquí de Candanchú (Huesca), el tribunal consideró que el esquiador tenía que haber adoptado medidas para evitar la colisión con las personas que estaban más abajo y controlar su evolución en la pista³¹⁷. Con el mismo criterio, en otro supuesto en el que el esquiador que descendía embistió a otro que estaba en la parte inferior de la pista y le causó lesiones, el tribunal le condenó a indemnizarlo³¹⁸. De igual modo, en otro accidente, el tribunal dispone que «conforme a las normas de la FIS, el esquiador o *snowboarder* que está delante tiene preferencia. El esquiador que se desliza por detrás de otro en

³¹⁵ *OLG München*, 19 de enero de 2011 – 20 U 4661/10, en <https://openjur.de/u/488997.html>.

³¹⁶ *OLG Dresden*, 1 de abril de 2004 – 7 U 1994/03, en <https://iww.de>

³¹⁷ SAP Huesca, n.º 117/2001, 5 de abril de 2001 [ECLI:ES:APHU:2001:182].

³¹⁸ SAP Cantabria, sede Santander, n.º 21/2003, 22 de enero de 2003 [ECLI:ES:APS:2003:135].

la misma dirección debe mantener una distancia suficiente entre él y el otro esquiador o *snowboarder*, de forma que deje al que le precede espacio suficiente para moverse libremente». Añade el tribunal que «la jurisprudencia es muy clara respecto a esta norma de cuidado, cuando el esquiador que sufre los daños es el que bajaba, las reglas de prudencia imponen prestar atención a los esquiadores que están más abajo»³¹⁹. Por su parte, en otra resolución con motivo de un accidente de esquí en el que el perjudicado descendía sobre una tabla de *snowboard* y fue arrollado por otro esquiador que descendía por detrás, el tribunal afirma que «el accidente se debió a la conducta del Sr. Ovidio que fue imprudente en su bajada, no respetando a los esquiadores situados en una cota inferior»³²⁰.

127 La cuarta regla FIS: adelantamientos. «El adelantamiento puede efectuarse por arriba o por abajo, derecha o izquierda, pero siempre de manera que se deje espacio suficiente para prevenir las evoluciones voluntarias o involuntarias del esquiador o *snowboarder* adelantado». Esto es así porque el esquiador que está adelantando asume la responsabilidad de acabar la maniobra sin ocasionar dificultad alguna al esquiador adelantado. Esta norma también se aplica al adelantar a un esquiador o *snowboarder* parado.

128 La quinta regla FIS: incorporación a pistas, inicio del deslizamiento y giros hacia arriba. «Todo esquiador o *snowboarder* que se incorpora a una pista señalizada, reanuda su marcha después de parar o evoluciona hacia arriba, debe mirar arriba y debajo de la pista para asegurarse de que puede hacerlo sin peligro para sí mismo o para terceros». La experiencia demuestra que el acceso a una pista o el reinicio del descenso tras una parada pueden ser causa de accidentes, por ello es necesario extremar la vigilancia y acceder sin obstruir y sin poner en peligro a los demás usuarios. Una vez se ha reanudado el deslizamiento el esquiador se beneficia de la prioridad prevista en la regla 3 FIS respecto de los otros esquiadores que vengan desde arriba o por detrás y que deberán adaptar su velocidad. El desarrollo de los esquís *carving* y las tablas de *snowboard* permite a los esquiadores ejecutar virajes subiendo hacia arriba por las pistas. En este caso, los esquiadores se desplazan en dirección contraria al movimiento general de descenso y es necesario que se aseguren con antelación de que pueden hacerlo sin causar peligro para sí mismos o para los demás ³²¹. Esta regla es claramente una norma de seguridad y debe relacionarse con las señalizaciones del lugar que el principio de confianza permite seguir. Si hay indicaciones concretas para los esquiadores en el momento de incorporarse o de reanudar la marcha, éstas tendrán prioridad a la regla 5 FIS y el

³¹⁹ SAP Valencia [ECLI:ES:APV:2019:421, FJ 1] *cit. supra* nota 271.

³²⁰ SAP Asturias, sede Oviedo, secc. 1.ª, n.º 15/2017, de 27 de enero, ECLI:ES:APO:2017:231, FJ 2 *in fine*.

³²¹ *Idem*.

esquiador debe adaptar su conducta³²². La señalización puede comprender indicación de peligros, de prohibición o de cierre de pistas o itinerarios. En una estación de esquí se señalizarán las pistas y los accesos al área esquiabile utilizando señales de información, de advertencia, de peligro, de cierre y de orientación en pistas basándose en un principio de eficiencia que permita al esquiador leer y advertir la señal de un vistazo. Las señales podrán consistir en paneles, cuerdas, palos cruzados, redes, barreras, elementos acolchados u otro elemento oportuno mediante el uso preferente de colores amarillo y negro y otros colores llamativos como el rojo o el naranja. Los obstáculos sobre las pistas, que los esquiadores no puedan percibir, se señalizaran. En las pistas azul y verde las señalizaciones indican a los esquiadores el deber de reducir considerablemente su velocidad³²³. En las zonas fuera de pistas y en los itinerarios en los que no hay señalización alguna, el esquiador deberá adaptar su esquí a la zona y circunstancias del momento observando, principalmente, las reglas 1 a 4 FIS.

129 La sexta regla FIS: paradas en pistas. «A menos que sea absolutamente necesario, el esquiador o *snowboarder* debe evitar detenerse en los pasos estrechos o de visibilidad reducida de las pistas. En caso de caída en dichos lugares, debe apartarse y dejar libre la pista lo antes posible». De este modo, excepto en las pistas anchas, las paradas deben hacerse en los bordes de la pista. No se debe parar en sitios estrechos donde sea difícil ser visto desde arriba. En el accidente acaecido en las pistas de esquí de Ordino en el que una esquiadora que estaba deslizándose por la pista roja golpeó fuertemente a otra que estaba parada y se cayó al suelo como consecuencia del impacto lo que le provocó lesiones, el tribunal tuvo en cuenta las pautas de conducta de la FIS para esquiadores y *snowboarders*. Así, valoró que la regla 6 FIS, relativa a las paradas en pista indica que, a menos que sea absolutamente necesario, el esquiador o *snowboarder* debe evitar detenerse en los pasos estrechos o de visibilidad reducida de las pistas y, en caso de caída en dichos lugares, debe apartarse y dejar la pista libre lo antes posible. «De este modo, no puede minimizarse el hecho de que estuviese detenida (la víctima) en la pista constituyendo un obstáculo para los esquiadores que bajaban, so pretexto de que estaba fuera de ella o en un margen cuando esto no es lo que se desprende de la prueba practicada»³²⁴.

130 La séptima regla FIS: ascensos y descensos a pie. «El esquiador o *snowboarder* que ascienda o descienda a pie debe hacerlo por el lateral de la pista». Debe tenerse en cuenta que las huellas de pies dañan la pista y son peligrosas para los practicantes

³²² V. Sälzer, *op. cit.*, p. 168.

³²³ *Cit. supra*, Reglamento Atudem, § 4.4, pp. 9-10.

³²⁴ SAP Valencia, secc. 8.ª, n.º 655/2008, de 10 de noviembre, ECLI:ES:APV:2008:4990, FJ 2.

y que el movimiento en sentido contrario al de la circulación supone un obstáculo imprevisible, de este modo, el movimiento debe hacerse por el lateral dejando libre la zona para la práctica del deporte.

131 La octava regla FIS: respeto del balizamiento y la señalización. «El esquiador o *snowboarder* debe respetar todas las señales y balizamientos». Las pistas están balizadas según su grado de dificultad decreciente en negro, rojo, azul y verde. El esquiador o *snowboarder* es libre de elegir la pista que desee. Además, las pistas están equipadas con otras señales que indican dirección o avisan de peligros o cierre. Las señales de cierre de pista o de advertencia de peligro deben ser imperativamente respetadas. Esquiadores y *snowboarders* deben asumir que las señales de advertencia se colocan en su propio interés.

132 La regla novena FIS: prestación de auxilio. «En caso de accidente, todo esquiador o *snowboarder* tiene la responsabilidad de prestar socorro». Se trata de una obligación general para todas las personas y, desde luego, también para los deportistas, que consiste en prestar los primeros auxilios a la persona accidentada, alertar al servicio de salvamento y señalar el lugar del accidente para alertar a los demás usuarios. El incumplimiento de esta regla podría constituir un delito de omisión del deber de socorro³²⁵.

133 La regla décima FIS: identificación. «Todos los esquiadores o *snowboarders* que sean testigos de un accidente, sean o no responsables del mismo, deben identificarse e intercambiar nombres y direcciones». El testimonio de las personas que, de una forma u otra, presencian el accidente son clave para la elaboración de los informes de los servicios de salvamento y de la policía y ayudan a determinar las eventuales responsabilidades.

b) La naturaleza de las reglas «FIS»

134 Una vez conocidas las reglas FIS se puede afirmar que, sin ser normas legales, sí son legalmente relevantes, y ello con independencia de que carezcan de fuerza vinculante. Se trata de un decálogo concreto que describe comportamientos concisos cosa que facilita su interpretación en los casos individuales. Su propósito se centra en los deberes de prudencia que han de observar las personas que practican el esquí con la finalidad de prevenir accidentes. La observancia del decálogo permite un esquí seguro, mientras que su desatención es fuente de errores y, en ocasiones, de accidentes que se hubieran podido evitar. Los esquiadores, durante su práctica, tienen la expectativa de que los demás deportistas de la zona practican el deporte de forma prudente y con atención a las reglas de cuidado FIS, por lo que, en cada incorporación, acceso, embarque, descenso... aquel esquiador que respeta las normas

³²⁵ Tipificado y penado por el art. 195 CP.

de precaución espera que los demás también lo estén haciendo. Por ejemplo, un esquiador que esté bajando asumirá que el esquiador que está descendiendo por detrás le dejará el espacio suficiente para seguir con su práctica, además, de dar por hecho, que tiene la pericia suficiente para llevar a cabo el deslizamiento y adelantamiento sin que se lo lleve por delante. El alcance personal y temporal de las reglas FIS es toda persona que esté practicando el esquí en todo momento y su alcance material abarca tanto el esquí como el *snowboard*, así como aquellas formas de deslizamientos que utilicen otros dispositivos cuyo manejo sea típicamente para deslizarse o esquiar. En relación con su ámbito espacial, ha de extenderse tanto dentro como fuera de pistas y ello porque la convivencia y el criterio de prudencia entre esquiadores son los mismos. De esta forma, fuera de pistas aunque no haya señalización y la regla 8 FIS no sea de aplicación, el esquiador deberá comportarse con arreglo a las demás reglas en relación con el control de la velocidad y la forma de deslizarse, la prioridad, los adelantamientos, en su caso, la incorporación a una zona o los descensos y ascensos a pie, todo ello respetando a las demás personas, si es el caso, y rigiéndose por el principio de prudencia general en la práctica de la actividad, que también es válido fuera de pistas.

135 Las ocho primeras reglas del decálogo del esquiador están claramente destinadas a la prevención del accidente de esquí, mientras que la novena y la décima entran en juego una vez acaecido el hecho luctuoso. Asimismo, la primera regla tiene una posición especial y por ello es también la primera porque representa la prevención general, el deber de cuidado que alcanza a toda persona, y en ella se puede incluir la prohibición de aquellas conductas presumibles de convertir el esquí en una actividad insegura como, p. ej., esquiar habiendo consumido bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas que alteren el juicio y la pericia del esquiador. El principio de confianza entre esquiadores rige la práctica del deporte. La jurisprudencia en relación con el art. 1902 CC y las actividades deportivas, señala que la objetivación del precepto, que el propio TS ha aplicado sobre aspectos o conductas de clara y patente transcendencia social inductores de una llamada socialización de responsabilidades, no es, en principio al menos, de aplicación a las competiciones deportivas, porque el riesgo particular del ejercicio de una actividad de este tipo deriva y va implícito en su ejercicio o práctica y no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de la figura responsilicia, porque ésta se fundamenta en la explotación de actividades, industria, instrumentos o materias que si bien son esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado por el beneficio

que de ella se obtiene³²⁶.

136 En suma, el deporte del esquí es un deporte de riesgo y esto lo ponen de manifiesto tanto las condiciones de los lugares en que se practica, como la necesidad de que sus practicantes tengan un nivel adecuado de preparación técnica, mayor cuanto mayores son las dificultades de las pistas en que se desarrolla. En relación con la causalidad, le corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de la base fáctica y de las consecuencias desfavorables que ha comportado. La culpabilidad no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 CC en determinados supuestos, pues el cómo y por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso.

VII. El seguro de responsabilidad civil en el esquí

137 En España, no existe la obligación de contratar un seguro por actividades relacionadas con la práctica del esquí, ni por daños propios ni para asegurar la responsabilidad civil frente a terceras personas, pero sí es recomendable³²⁷. La práctica de este deporte puede suponer no solo un peligro para la propia persona, sino también para otras, y sufrir un siniestro en pistas no es un suceso tan evitable y la probabilidad de que con la caída de un esquiador se dañe a un tercero o a su equipamiento es alta. Por ello, es aconsejable contratar un seguro de responsabilidad civil aunque no sea obligatorio³²⁸. Cuando se debate sobre la introducción de un

³²⁶ SAP Vizcaya, sede Bilbao, secc. 3.ª, n.º 382/2015 de 26 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:APBI:2015:2094] FJ 2.

³²⁷ En cambio, Italia obliga a todos los esquiadores [a excepción del esquí de fondo] a contratar un seguro de esquí a terceros, no será necesario en caso de que el esquiador ya disponga de un seguro de accidentes personales que incluya la práctica del esquí y la responsabilidad civil a terceros. Según el nuevo precepto, deben ser las propias estaciones de esquí las que pongan a disposición de las personas usuarias una póliza de seguro específica por daños causados a personas o cosas, en el momento de la compra del forfait e informarles de su obligatoriedad [art. 30 DL 40/2021]. Obviamente, el esquiador podrá decidir contratar la póliza en cualquier compañía de seguros. Antes, la Ley n.º 363/03 solo preveía la obligación de la gestora de la pista de estipular contrato de seguro a efectos de la responsabilidad civil por daños a usuarios y terceros por los hechos cuya responsabilidad se atribuya a la empresa [art. 15 DL 40/2021].

De este modo, parece que se avanza cada vez más hacia la seguridad y la protección. Según el art. 43. bis [disposición final, DL 40/2021], estas novedades entraron en vigor el 1 de enero de 2022 [*Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale*, n.º 68, Roma, 19 de marzo de 2021, [21G00047] en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/03/19/68/sg/pdf>], y es una normativa que se suma a la que ya se aplica y que, por ejemplo, en aras a la seguridad obliga a los menores a utilizar casco homologado durante la práctica del esquí, y aunque no es obligatorio para los adultos, sí se recomienda su uso.

³²⁸ El seguro obligatorio de viajeros está incluido en el forfait y obliga a la estación a indemnizar por los daños personales o muerte del esquiador si el accidente se produce en las instalaciones de la pista por

seguro obligatorio para practicar el esquí, al menos de responsabilidad civil frente a terceros, se encuentran, en general, varios argumentos a favor. El seguro es compatible con fórmulas de responsabilidad de la persona asegurada causante del daño, por ejemplo, la acción de repetición frente a determinadas conductas, que no deben oponerse al tercero perjudicado (dolo, culpa grave, incumplimiento de reglamentos, etc.), también la buena conducta se premia con la reducción de primas. Por ello, los argumentos a favor de la obligatoriedad del seguro hablan por sí solos, en primer lugar, porque la prima es prácticamente irrelevante (2-5 €/día). El esquí sigue siendo un deporte económicamente selectivo a pesar de su generalización y quien acude a pistas no dejará de hacerlo por el pago de una prima de este importe. Además, la relación prima/indemnización es altamente beneficiosa para el asegurado, por lo que resulta rentable, desde luego para él y sobre todo para el tercer perjudicado. En segundo lugar, el seguro es una técnica de solidaridad, pues nace de la necesidad del ser humano de minimizar las consecuencias del siniestro y del reconocimiento de su imposibilidad si solo cuenta con sus propios medios. La prima es mínima, gracias al colectivo y al reparto de la siniestralidad a cambio de una cobertura máxima. Aunque funcione con ánimo de lucro es solidaridad. Finalmente, el esquí se ha convertido en actividad supranacional con los problemas que la diversidad de ordenamientos plantea cuando llega el momento de hacer efectiva la reparación. La presencia de un elemento extranjero suscita, a los problemas habituales de interpretación jurídica, los derivados del propio contexto a nivel europeo. Un seguro obligatorio contribuye a disminuir los problemas de la falta de uniformidad normativa. Los detractores de esta obligación argumentan que la obligatoriedad del seguro crea inseguridad, pues disminuye la diligencia del esquiador durante su práctica con la creencia de que si llegase a producirse un mal no respondería porque el seguro lo cubriría. Por esta regla de tres, habría que suprimir de igual modo el seguro voluntario, pues el principio general y prevalente debe ser la prevención, que se obtiene gracias a la responsabilidad personal³²⁹. Con todo y con eso, hay autores que, considerando las debilidades de la responsabilidad por culpa en los accidentes de esquí, estiman razones para tener en cuenta regímenes alternativos (*vid. supra*, III, «*En el espacio europeo...*»). Se argumenta que la aplicación de un sistema basado en la culpa con una presunción de culpa, o alternativamente, un sistema de responsabilidad objetiva en la práctica del esquí combinado con un seguro obligatorio de responsabilidad civil

mal funcionamiento de los remontes. Sin embargo, este seguro no cubre los daños materiales a causa del mal estado del remonte y tampoco cubre los daños sufridos en un accidente de esquí «propio» dentro o fuera de pistas o si se causan daños a otros esquiadores. El SOV no es un seguro para el esquí, es decir, para la propia acción de esquiar, sino que su cobertura se ciñe a los daños corporales por los accidentes que tienen lugar en ocasión del desplazamiento en el remonte [accidentes «impropios»].

³²⁹ I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, pp. 105-108.

lograría un mayor nivel de compensación, reduciría los costes de transacción al mínimo, y a menudo, se obtendrían resultados más justos³³⁰.

138 En este sentido, el art. 1 LCS indica que el contrato de seguro es aquel por el que la aseguradora se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones contenidas. Por su parte, el art. 73 LCS dispone que por el seguro de responsabilidad civil la aseguradora se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a una tercera persona los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable conforme a derecho. En consecuencia, ha de declararse la responsabilidad de la persona asegurada para que la aseguradora tenga la obligación de indemnizar. Además, ha de tenerse en cuenta que la aseguradora que garantiza por contrato una responsabilidad civil obligatoria, v. gr., la derivada de un accidente de circulación de automóvil no puede establecerse límites inferiores a la misma, pero, cuando se contrata una cobertura voluntaria, como sucede en los casos de accidentes de esquí, ésta está sometida a la delimitación que de la misma se haga en la póliza. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el perjudicado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido. De esta manera, conforme al art. 76 LCS, hay una situación de solidaridad entre la aseguradora y la persona asegurada respecto del perjudicado y de sus herederos³³¹.

VIII. Las acciones para reclamar la reparación del daño derivado de los accidentes de esquí

139 La acción es el derecho de libre acceso a la jurisdicción, es la vía a través de la cual nos presentamos ante los tribunales y solicitamos la pretensión que justificamos tener derecho³³². La acción en el ejercicio de la responsabilidad derivada de obligaciones extracontractuales ha sido tratada en la primera sección por lo que las líneas que siguen se focalizan en las acciones a ejercitar en casos de accidentes de esquí. Por lo general, la acción habitual que se ejercita para acceder a los tribunales es la declarativa de responsabilidad civil extracontractual contra el otro esquiador

³³⁰ T. Kadner Graziano, *op. cit.*, 2016, pp. 1-26.

³³¹ SAP Valencia, secc. 8.ª, n.º 192/2014, de 12 de mayo, ECLI:ES:APV:2014:2271, FJ 2.

³³² Según el diccionario panhispánico del español jurídico la acción es el derecho subjetivo público que todo sujeto de derecho tiene para impetrar de los órganos competentes la actuación de la potestad jurisdiccional.

causante del accidente o contra la estación que no hubiere desplegado cuántas medidas hubieren sido necesarias para no incrementar el riesgo en la práctica del esquí; así como la acción declarativa de responsabilidad civil contractual contra el titular de la explotación de la estación de esquí si se le imputa responsabilidad en el resultado dañoso del evento por el estado o mal funcionamiento de los remontes mecánicos. También, en los casos previstos en la ley, se podrá ejercitar la acción directa contra la aseguradora responsable del daño. En el caso de un choque con otro esquiador, aunque de inicio parezca obvio, se ha de tener en cuenta demandar propiamente al otro esquiador, además de la estación de esquí y de su aseguradora si también se le atribuye responsabilidad en el resultado dañoso, porque cuando las demandas se dirigen únicamente contra la estación o la aseguradora la jurisprudencia ha desestimado los daños causados a la actora por otro esquiador no demandado. Dicho esto, hay que tener presente que accionar directamente contra la aseguradora del agente productor del daño, sin tener que hacerlo contra éste, no exime al perjudicado de tener que probar o verificar ante los tribunales la autoría de la acción u omisión, la culpa o negligencia, el nexo causal y el resultado dañoso y su valoración; cosa distinta es que si se prueba que su asegurado es el culpable o responsable de la acción dañina y concurren todos los demás presupuestos, sea la aseguradora quien se haga cargo de la reparación del daño de forma monetaria³³³. A modo de ejemplo, en el caso de un accidente de esquí que tuvo lugar en Andorra el año 2004 y que, tras once años en la jurisdicción penal, se ejercitó, en la jurisdicción civil, la acción de responsabilidad extracontractual contra la estación de esquí a través del ejercicio de la acción directa contra su aseguradora; la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y, conforme al Derecho andorrano, declaró la responsabilidad aquiliana de la estación de esquí por considerarla responsable al no haber adoptado las medidas de protección que exigían las mínimas cautelas de precaución³³⁴.

140 Además de la acción declarativa de la responsabilidad, en determinados supuestos se podrá ejercitar la acción declarativa negativa o de exoneración de la responsabilidad en orden a pretender de los tribunales un pronunciamiento de absolución o de exoneración de la propia responsabilidad. En la práctica no se conocen sentencias españolas resultantes del ejercicio de esta acción en materia de accidentes de esquí. Por ello, resulta destacable el caso planteado en el recurso n.º 470/2011 y resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida n.º 40/2013, de

³³³ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 308.

³³⁴ SAP Barcelona [ECLI:ES:APB:2021:766], *cit. supra*, nota 305.

25 de enero³³⁵, aunque el Tribunal no entró a resolver la cuestión por considerar que la actora carecía de interés legítimo para dirigirse contra la demandada. En este caso, la demandante era la aseguradora Seguros Catalana Occidente, Compañía de Seguros y de Reaseguros SA y pretendía que se declarase la no responsabilidad de su asegurada, Baqueira Beret SA, en un accidente de esquí acaecido en sus instalaciones en el que resultó lesionada una esquiadora, menor de edad, con domicilio en Francia. La parte demandada era la esquiadora implicada en el accidente, sus representantes legales (los progenitores) y su aseguradora, Axa France, y ello en virtud del paquete turístico contratado para ir a esquiar a Baqueira Beret. Después de desestimarse la demanda en primera instancia y alzarse la actora Catalana Occidente y la codemandada Baqueira Beret ante la Audiencia Provincial, la Sala estimó que la aseguradora Catalana Occidente no podía dirigirse contra Baqueira Beret y Axa France toda vez que éstas no habían responsabilizado del accidente de esquí, ni fuera ni dentro del procedimiento, a la asegurada de Catalana Occidente, ésta era la estación de Baqueira Beret³³⁶. Así las cosas, el ámbito de la acción declarativa negativa solo puede hacerse valer por quien tiene necesidad para ello, esto es, debe de existir duda o controversia y una necesidad de tutela, por lo que, si el interés de la parte demandante no existe por no haber oposición al hecho, no hay inseguridad jurídica y no ha de restablecerse ni declararse derecho alguno. En este caso, lo cierto es que ninguna de las partes creía responsable a las otras, sino que ambas partes consideraban responsable a la propia víctima del accidente, esta era la esquiadora menor francesa. En definitiva, en este caso la demandante no acreditó su interés legítimo en el ejercicio de la acción y le correspondía hacerlo porque tenía la carga de la prueba en este sentido.

141 En consecuencia, y aplicando la lógica, el tratamiento del supuesto hubiera sido diferente si la actora hubiere acreditado el interés legítimo de su reclamación. En la resolución se indica que no se discute la responsabilidad de Baqueira Beret en el sentido de su no responsabilidad por lo que, en un principio, no hay perjuicios, p. ej., reputacionales³³⁷, que pudieran traducirse en una disminución de usuarios, y por ende en una pérdida patrimonial, para la empresa explotadora de la estación que pudieran sostener este interés. Otro supuesto, hubiere sido que la estación se la

³³⁵ Recurso contra la resolución dictada en primera instancia, sentencia de 27 de mayo de 2010, en el marco del procedimiento ordinario n.º 181/2010, del Juzgado de Primera Instancia de Vielha e Mijaran [SAP Lleida, secc. 2.ª, n.º 40/2013, de 25 de enero, ECLI:ES:APL:2013:30].

³³⁶ J. M. Fontanellas Morell, «Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida [sección 2.ª] núm.40/2013, de 25 de enero», *REDI*, vol. LXV, 2013, 2, pp. 308-312.

³³⁷ En el sentido que las estaciones de esquí deben operar de forma responsable, en el marco de su responsabilidad con los usuarios y contribuir a que los servicios ofrecidos en ella contribuyan de forma segura a satisfacer las necesidades de recreación de los esquiadores. Además, les corresponde establecer un conjunto de actuaciones que incidan en la disminución de los riesgos de los accidentes y avanzar hacia un cambio de cultura deportiva que contribuya a valorar la montaña como un espacio de aventura planificada [L. Carús Ribalaygua/M. Isabel Saz Gil, *op. cit.*, pp. 62-63].

responsabilizase por el mal estado, acomodación deficiente o la falta de señalización de las pistas, sin perjuicio de que pudieran concurrir culpas con la actuación de la víctima del accidente, pero la incertidumbre sobre ello podría fundamentar un interés y la necesidad de obtener la tutela judicial para verse exonerada, «limpiar su imagen», y seguir siendo un reclamo turístico y de destino para la práctica del esquí.

IX. La prescripción en el ámbito del esquí

142 Sin ánimo de ser repetitivos, y dejando de lado las especialidades del derecho mercantil, sí hay que recordar que la prescripción es una institución jurídica en la que el transcurso de un periodo de tiempo determinado produce el efecto jurídico concreto de impedir el ejercicio de la acción. En efecto, sin salir de España, en el marco de los accidentes de esquí la acción para exigir la responsabilidad extracontractual tiene en el Derecho común un plazo legal de prescripción de un año a contar desde que lo supo la persona agraviada [art. 1968 [2] CC]. En el Derecho catalán se prevé un plazo de prescripción de tres años para su ejercicio [art. 121-22 CCCat.]. El momento crucial para el inicio del cómputo de dicho plazo no es cuando tiene lugar el accidente de esquí sino cuando la persona perjudicada conoce del alcance del agravio o daño y puede identificarse el responsable contra quien dirigir la acción. Aun así, debe presumirse *iuris tantum* un conocimiento instantáneo por el perjudicado, esto es, en el momento del accidente, del daño que se le ha ocasionado. En el caso de los accidentes de esquí, el resultado dañoso puede plasmarse en daños materiales y en daños corporales (lesiones), y en materia de lesiones, la jurisprudencia interpreta la norma legal con toda la amplitud favorable al perjudicado y empieza a contar el plazo desde el alta médica porque es cuando la persona lesionada sabe el quebranto producido y, cuando quedan secuelas, se inicia el cómputo en el momento en que se conoce su alcance³³⁸. Así, el TS viene declarando que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios debe partirse de la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, que es el momento en que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas, lo que se precisa para valorar las repercusiones en la capacidad laboral en orden al respeto del principio de indemnidad³³⁹. Por tanto, y de acuerdo con esta doctrina, no procede declarar prescrita la acción en el caso en el que después de la fecha de la declaración administrativa de incapacidad, se promueve con posterioridad acto de conciliación, concluido sin avenencia (y que interrumpe la acción, *vid. supra* § 91), e interponiéndose

³³⁸ L. Díez -Picazo/A. Gullón, *op. cit.*, p. 326.

³³⁹ STS n.º 769/2008, de 22 de julio, ECLI:ES:TS:2008:149, FJ 2.

la demanda dentro del plazo de un año tras la conclusión de la conciliación³⁴⁰.

143 En España, se encuentran diferentes derechos territoriales que contemplan diferentes plazos de prescripción y, por ello, se ha venido debatiendo el alcance del artículo 149.1.8(a) CE que permite a las comunidades autónomas con derecho propio, como Cataluña, conservarlo, modificarlo y desarrollarlo³⁴¹. Es conocido que el Derecho catalán dispone de un plazo de prescripción propio para el ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual, sin embargo, carece de una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles [art. 121-21 [d] CCCat.], por lo que podría argumentarse que para no abrir la puerta a una disciplina incoherente, esto sería en el caso de sometimiento de dichas obligaciones la prescripción civil catalana y al resto de la regulación del CC común; lo correcto sería aplicar a todos los aspectos sustantivos de tales obligaciones a un solo derecho, al

³⁴⁰ SAP Granada, secc. 3.ª, n.º 700/2020, de 30 de octubre, ECLI:ES:APGR:2020:1340.

³⁴¹ A nadie se le escapa que el concepto «desarrollo» implica algo más que la «conservación» y la «modificación» del Derecho civil territorial. El desarrollo parte de las premisas de la modificación, pero el objetivo es más ambicioso porque «desarrollar» implica «novedad». Es decir, el «desarrollo» significa el paso decisivo hacia la «modernización» y la «actualización» del Derecho civil catalán, y se fundamenta en la necesidad de adaptar el Derecho civil, no únicamente a la Constitución [objeto exclusivo de la «modificación»] sino a la realidad o necesidad social [A. Vaquer Aloy, «Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del artículo 149. 1. 8.º de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán», *Derecho privado y Constitución*, n.º 2, 1994, p. 246]. En este contexto, la actividad legislativa que han llevado a cabo las CC.AA., al amparo del art. 149.1(8) CE, ha sido diversa. Y el trabajo se ha expandido desde un eje material porque no se han limitado a actualizar y desarrollar instituciones ya reglamentadas, sino que también han incidido en sectores tradicionales que las compilaciones no habían abordado o en realidades jurídicas nuevas; y desde un eje territorial porque esta actividad reguladora se ha dado tanto en comunidades con un Derecho civil propio conservado como en otras que lo perdieron hace siglos o que nunca lo tuvieron. En este escenario, el TC se ha encargado de declarar la inconstitucionalidad, parcial o total, de diferentes leyes autonómicas sobre la base de la falta de competencia territorial en materia civil. Deben traerse aquí a colación la STC 81/2013 –de 11 de abril, concerniente a la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, *de uniones de hecho*– [que considera que la norma autonómica no encajan en el marco constitucional, porque la comunidad afectada (Madrid) no tiene ninguna competencia sobre Derecho civil; la STC 82/2016 –de 28 de abril, sobre la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, *de régimen económico matrimonial valenciano*–, la STC 110/2016 –de 9 de junio, relativa a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, *de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana*– y la STC 192/2016 –de 16 de noviembre, a propósito de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, *de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*– [las cuales consideran que las normas autonómicas no encajan en el marco constitucional, porque no se ha acreditado que, en ausencia de reglas escritas vigentes al promulgarse la CE, en el territorio en cuestión (Valencia) subsistiera un derecho consuetudinario que dé legitimidad a la legislación impugnada (J. M. Fontanellas Morell «La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual», *AEDIPr*, 2017, p. 1209)]. En cambio, la STC 132/2019, de 13 de noviembre, sobre diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, *del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto*, declaró conforme a la Constitución la regulación catalana relativa a las obligaciones y contratos con la salvedad del art. 621-54, porque la competencia de las CC. AA. «no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias (...) sino que tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas por la norma en virtud de las particularidades del Derecho creado» [FJ 4].

Derecho civil común que lo regula todo, también el plazo de prescripción. Empero, esta no parece ser la solución más equitativa y respetuosa y la mayoría de la doctrina aboga por una aplicación del derecho propio catalán en aquello que sea regulado por él, y aplicar el derecho común supletoriamente en el resto de los aspectos de la materia que no regule el derecho propio de la comunidad autónoma³⁴². Así las cosas, el dilema radica en determinar si en materia de responsabilidad no contractual puede aplicarse la regla sobre la prescripción del derecho de la comunidad autónoma en conjunción con el Derecho español común en relación con el resto de regulación en materia de daños derivados de dichas obligaciones, o si en el terreno de esta materia, solo es aplicable, como un todo, el Derecho civil español común que incluye su norma de prescripción en detrimento de la norma sobre prescripción que incluye el derecho propio de la comunidad autónoma³⁴³. Prácticamente en los mismos términos, esta cuestión ha sido debatida en el marco del derecho interregional español a propósito de la prescripción de las reclamaciones por daños derivados de los accidentes de tráfico y la posición que parece más coherente con la realidad jurídica española es la defendida por el profesor S. Álvarez González cuando ha avalado que «se pueda aplicar el plazo de tres años [de la legislación catalana] junto con la regulación sobre responsabilidad civil del CC español [...] [porque] es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema» [p. 5], y porque «el contrario, es decir, aplicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio sería tratar el caso enjuiciado como un caso diferente: como un supuesto homogéneo de Derecho “común” o un supuesto heterogéneo sujeto a la legislación “común”. Y no existe ninguna lógica que justifique esta solución; es más, se trataría, esta sí, de una solución negadora de la pluralidad jurídica que diseña nuestra Constitución» [p. 20]³⁴⁴. No parece que esta solución, lógica en el terreno interno, tenga que variar sustancialmente por el hecho de que el problema se plantee en la esfera internacional ya que las razones que la justifican son similares³⁴⁵. En consecuencia, en aquellos supuestos de responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de esquí en el que sea de aplicación el Derecho catalán, el plazo de prescripción para ejercitar la acción ante los tribunales

³⁴² A. Lamarca Marquès, «Art. 121-21», en A. Lamarca i Marquès / A. Vaquer Aloy (ed.), *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*. Barcelona, Atelier, 2012, pp. 574-600.

³⁴³ J. M. Fontanellas Morell, «Remisión a un sistema no unificado en el Reglamento Roma II: la plurilegislación española en la materia a examen», *AEDIPr.*, XVI, 2016, pp. 1228-1229.

³⁴⁴ S. Álvarez González, «La prescripción en el CC de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español», *Indret*, 2012-1.

³⁴⁵ J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, pp. 1227-1228.

es el de tres años que prevé la norma catalana en lugar del plazo anual del CC.

CAPÍTULO II :

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO : LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

SECCIÓN 1) EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

I. Concepto y caracteres

145 Se define el Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) como «el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación de las situaciones privadas internacionales»³⁴⁶.

146 El Derecho internacional privado es una disciplina diferenciada dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado³⁴⁷. Cada sistema de DIPr es producto del legislador estatal que lo diseña de acuerdo con sus necesidades y objetivos teniendo en cuenta los límites y condicionamientos derivados de la especial naturaleza de la disciplina la cual siendo de origen fundamentalmente interno tiene un objetivo

³⁴⁶ Se trata de una definición completa que ofrece respuesta a los tres interrogantes esenciales que suscitan las situaciones privadas internacionales desde el punto de vista legal: ¿qué tribunales Estatales conocen de las controversias que suscitan las situaciones privadas internacionales?, ¿qué Derecho aplican a las mismas los tribunales?, y ¿qué efectos surten en un país las decisiones extranjeras? Además, la misma atiende, ante todo, a que el DIPr está constituido por relaciones entre particulares que presentan un carácter internacional, lo que, por otra parte, es coherente y con una lógica del Derecho privado en la que el DIPr es un sector más, el que regula actividades internacionales de personas. (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, [dirs.], *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo I, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 93). J. Basedow lo define como el «Derecho privado de las relaciones jurídicas entre particulares en un mundo multijurisdiccional» en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *idem*).

³⁴⁷ Durante el siglo XIX, se enfrentaron dos grandes corrientes doctrinales, los internacionalistas y los particularistas. Los primeros estimaban que el DIPr formaba parte del Derecho internacional público por lo que compartían fuentes. Por el contrario, los segundos, llamados particularistas, sostenían que el DIPr era parte del Derecho de cada Estado y no parte del Derecho internacional público. A inicios del siglo XX, se evidenció el triunfo de los particularistas a través de varios datos: el DIPr se positivizó en los códigos nacionales de diferentes Estados, nacieron diferentes sistemas estatales de DIPr, los intentos de codificación internacional general del DIPr fracasaron, la doctrina abandonó la idea de que el objeto del DIPr fueran los conflictos de soberanía entre Estados y se aceptó la idea opuesta de que el objeto del DIPr fueran las situaciones privadas internacionales. En consecuencia, visto que el objeto del DIPr no debe ser regulado por el Derecho internacional público cada Estado genera su propio sistema de DIPr con su propio sistema de fuentes. En la actualidad, debido a que los Estados miembros están integrados en la UE, el Derecho de la UE no es un «Derecho extranjero» en ningún Estado miembro, en consecuencia, el sistema jurídico de los Estados miembros aparece integrado por dos ordenamientos jurídicos: el nacional y el de la UE; un «sistema binario» cuyos dos ordenamientos jurídicos mantienen relaciones coordinadas entre sí. «En España, están vigentes y se aplican, existen dos estructuras del DIPr: el DIPr de la UE y el DIPr español»; cada una con sus reglas y fuentes jurídicas (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González [dirs.], *op. cit.*, pp. 202-203).

internacional³⁴⁸. Ésta es una concepción privatista³⁴⁹ del DIPr.

147 Una parte de la doctrina científica sostiene que el DIPr se singulariza por la confluencia de cinco caracteres: la estatalidad, el carácter privado, la autonomía científica, la exclusividad y la relatividad³⁵⁰.

148 La **estatalidad** del DIPr expresa la idea de que cada Estado tiene un sector del ordenamiento jurídico que regula las situaciones privadas internacionales, esto es, cada Estado dispone de su DIPr y no existe un DIPr supraestatal ni tribunales internacionales que diriman los litigios que suscitan las situaciones privadas internacionales. «No existe un DIPr mundial»³⁵¹, sino que existe un «DIPr español», un «DIPr holandés», un «DIPr japonés», etc. El DIPr español es una parte del ordenamiento jurídico español que se nutre de normas creadas en el ámbito interno y de normas creadas en el ámbito internacional. El DIPr es de **carácter privado** pues regula las relaciones entre particulares que actúan como tales y no las situaciones entre poderes públicos y particulares ni tampoco situaciones entre Estados. El objeto del DIPr son las situaciones de Derecho privado, tales como contratos, obligaciones extracontractuales, derechos reales, relaciones entre cónyuges, etc., que se establecen entre particulares y que, a su vez, se desarrollan o se presentan en un contexto internacional y, por consiguiente, se vinculan con dos o más ordenamientos jurídicos³⁵². A su vez, la **autonomía científica** del DIPr se aprecia en el hecho de que el

³⁴⁸ C. Esplugues Mota, *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, 16.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 82-84.

³⁴⁹ Existen otras concepciones del DIPr como la concepción publicista (que lo consideraba una parte del Derecho internacional público), la normativista (para la que el DIPr es un «Derecho de remisión» o un «Derecho para la aplicación del Derecho») o la objetivista (para la cual el DIPr establece el régimen jurídico del «tráfico externo» entendido como el conjunto de situaciones jurídicas «internacionales» o con elemento extranjero que afectan a los particulares, ya sean situaciones de Derecho público o privado), sin embargo, la concepción privatista es la que es preferible por su coherencia, por ser completa y estar sustentada por una lógica de Derecho privado que elimina del concepto el elemento de la soberanía del Estado por afectar las situaciones privadas internacionales, principalmente, a los intereses de los particulares (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González [dirs.], *op. cit.*, pp. 93, 97-99).

³⁵⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 104-117.

³⁵¹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 36.

³⁵² Cuestión distinta son los llamados «conflictos internos» que pueden surgir en países donde existen diferentes unidades territoriales con diferentes regímenes jurídico-privados, como España, Australia, Canadá o EE. UU, o colectivos de personas, que, por razón de etnia o religión, están sometidos a normativas distintas. En estos sistemas plurilegislativos se plantean situaciones análogas a las del DIPr, esto es, relaciones entre particulares que se vinculan a dos o más de los regímenes internos que coexisten en ese Estado. Para referirse a estas situaciones se utiliza la expresión «conflictos internos» y para referirse a la rama del ordenamiento que se ocupa de ellos, en España, se habla del «Derecho interregional o interterritorial». Acerca del Derecho interregional hay que tener presente que existen muy distintos modelos de Estados plurilegislativos y los conflictos de leyes internos a que dan lugar no admiten un tratamiento genérico. Así no se puede comparar, por ejemplo, el pluralismo jurídico existente en España y diseñado básicamente en el art. 149 de la Constitución, con el modelo federal norteamericano. Mientras el español admite una diversidad de legislaciones civiles, en el americano,

DIPr constituye un verdadero sistema normativo propio y en que dispone de un objeto propio. La autonomía del DIPr como disciplina jurídica implica su diferenciación e independencia del Derecho internacional público, por los sujetos, por el carácter de producción normativa y por el carácter de ambos ordenamientos. El DIPr es una disciplina distinta del resto de disciplinas del Derecho privado interno tales como el Derecho civil, mercantil y laboral de cada país, el DIPr dispone de un objeto propio diferente del objeto de las demás ramas del Derecho³⁵³. Los tribunales de un Estado aplican exclusivamente las normas del DIPr de dicho Estado y no otras para resolver las situaciones privadas internacionales. Por eso es **exclusivo**. En España, p. ej., los tribunales aplican en exclusiva, en el caso de que exista normativa europea aplicable al caso en cuestión, dicha normativa europea de DIPr³⁵⁴, y no el DIPr de otros Estados [art. 288 TFUE] y, en ausencia de normas europeas del DIPr aplicables al caso, el art. 12(6) CC indica que las autoridades judiciales deberán aplicar el DIPr español a las situaciones privadas internacionales que deban dirimir, y no otros Derechos internacional privados³⁵⁵. La expresión **relatividad** del DIPr ha de mencionarse con cautela porque significa que cada Estado dispone de su propio sistema de DIPr por lo que se dice que es relativo al no existir un DIPr único, válido e igual para todos los países. De esta forma, una misma situación privada internacional puede resolverse de forma diferente por las autoridades de los diferentes Estados, porque cada autoridad

existen además, jurisdicciones propias de cada Estado Federal. (J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 12.ª ed., Madrid, Civitas, 2022, pp. 29-32). Dado que en España la jurisdicción es única y estatal, el Derecho interregional no produce problemas de competencia judicial o de reconocimiento de decisiones —que sí se dan en EE. UU.—, sino, únicamente, de Derecho aplicable [conflictos de leyes internos] (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 34-35).

³⁵³ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp.108-109.

³⁵⁴ Los Estados miembros están integrados en la Unión Europea por lo que el Derecho comunitario (o de la UE) no constituye derecho extranjero en ninguno de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ya subrayó, a propósito del art. 53 TCE que el Derecho de la Unión Europea «se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros» [STJ de 15 de julio de 1964, 6-64, *Costa vs. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66, § 109].

³⁵⁵ No obstante, las normas europeas y estatales del DIPr pueden ordenar que se aplique un determinado Derecho material, bien español o extranjero, a una situación privada internacional en concreto. Y, si se toma en cuenta el derecho conflictual extranjero, el juez español, a través del reenvío, aplica normas extranjeras del DIPr para aplicar el sistema de DIPr del país más conectado con el supuesto en concreto que se esté conociendo, ello para reforzar la seguridad jurídica en el contexto internacional. El reenvío es una excepción a la exclusividad del DIPr (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 112). El reenvío se plantea al individualizar la consecuencia jurídica, es decir, la respuesta material en el marco de un ordenamiento jurídico. De esta forma, es uno de los problemas clásicos que se han planteado en la aplicación de la norma de conflicto. Y, la situación se produce cuando la norma de conflicto remite a un Derecho extranjero, y, éste, a su vez, atendiendo a su sistema de normas de conflicto, declara aplicable otro Derecho diferente, bien sea el del foro, o bien, el de un tercer Estado (A. Ybarra Bores «Los problemas de aplicación del sistema de Derecho internacional privado» en A. Rodríguez Benot [dir.] *Manual de Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Tecnos, 2022, pp. 146-147).

aplica al caso distintos sistemas estatales de DIPr. Una consecuencia de esta relatividad es la posibilidad de *forum shopping*³⁵⁶ que literalmente puede traducirse como «salir de compras en busca del tribunal que proporcionara la solución más favorable a una situación jurídica privada internacional». Mediante el *forum shopping* se persigue lograr que sea un determinado tribunal el que conozca del asunto para conseguir la aplicación de una ley que resulte más favorable a la pretensión que se suscite. Los Estados tratan de aminorar esta inseguridad jurídica con la elaboración de instrumentos legales internacionales que unifican las normas del DIPr en distintos Estados³⁵⁷.

149 Cada Estado tiene sus propias normas de DIPr, y, dicha relatividad indica que cada Estado responde de manera autónoma a los tres sectores básicos de la disciplina del DIPr: la CJI, el derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos. En relación con la CJI, cada Estado determina si y en qué condiciones sus tribunales van a ser competentes para resolver los litigios que se pueden derivar de una relación privada internacional concreta, pues cada Estado tiene sus propias normas de CJI. En relación con el derecho aplicable, cada Estado define la ley que sus tribunales van a aplicar para resolver el fondo del asunto, pues cada Estado cuenta con sus propias normas para determinar el derecho aplicable. Y finalmente, cada Estado, en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones, dispone si y en qué condiciones se van a reconocer y a ejecutar las sentencias extranjeras en su territorio, y lo hace a través de sus propias normas de

³⁵⁶ El *forum shopping* consiste en la posibilidad de la elección de un tribunal, por parte del demandante, con el fin de lograr una solución favorable a su litigio. Objetivamente, implica la posibilidad de que existan varios tribunales Estatales competentes para conocer de un mismo asunto; y subjetivamente, la facultad que ello otorga a los particulares de elegir el que más convenga a sus intereses. Una elección directamente vinculada al derecho aplicable al fondo del asunto, pues el sujeto acudirá al tribunal cuyo sistema de conflicto de leyes le facilite el acceso al ordenamiento que resulte más favorable a su pretensión. (P. Juárez Pérez, «Bad forum shopping y recurso de revisión: “Causa causae est causa causati”», *CDT*, vol. 12, n.º 2, octubre 2020, pp. 1051-1060, p. 1055). Desde un punto de vista material, el *forum shopping* puede constituir una herramienta útil para «lograr la aplicación de un mejor derecho sustantivo que devenga en una mejor solución del fondo del asunto y no únicamente ventajas meramente procesales o adjetivas» (A. Aguilar Domínguez, «La delgada línea entre el fórum shopping y el fraude de ley» *RDP*, n.º 13, 2018, pp. 60-90, p. 86).

³⁵⁷P. ej., un caso de filiación de menor marroquí y relatividad del DIPr. Un juez francés declara que un menor de nacionalidad marroquí y nacido en Marruecos, pero ahora con residencia habitual en Madrid, es hijo de un varón «X», de nacionalidad francesa. A tal efecto, el juez francés aplicó la «Ley nacional de la madre» a la que remiten las normas francesas del DIPr (art. 311-14 *Code* francés). La madre era libanesa. De este modo, el mismo caso resuelto por un juez español hubiera sido de resultado diferente. Los tribunales españoles hubieran aplicado las normas del DIPr españolas que hacen aplicable al caso la Ley de residencia habitual del menor (art. 9(4) CC). Por ello la solución es relativa. Depende del punto de vista, «francés» o «español», que se adopte. En Francia la filiación se rige por la ley libanesa (ley nacional de la madre). En España, la misma cuestión se rige por la ley española (ley de la residencia habitual del menor). Por ello, el Derecho internacional es también «relativo» (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p.117).

reconocimiento y de ejecución³⁵⁸.

II. El objeto del Derecho internacional privado

150 El objeto del DIPr son las situaciones privadas internacionales. El objeto de una disciplina jurídica lo constituye el conjunto de relaciones sociales que regula, y en el caso del DIPr éstas son las situaciones privadas internacionales³⁵⁹. Es necesario estudiar qué se entiende por situación «privada» y qué se entiende por situación «internacional». Una situación jurídica privada es aquella cuyos intervinientes son particulares o bien actúan en calidad de tales. Los sujetos de una situación jurídica «privada» ocupan una «posición jurídica de igualdad»³⁶⁰. Por ello se habla de «relaciones jurídicas horizontales»³⁶¹. Por su parte, precisar el carácter «internacional» de una situación jurídica privada no es tan sencillo como *a priori* puede parecer y prueba de ello es que existen multitud de tesis doctrinales que han tratado de identificar cuando una situación jurídica privada es o no es «internacional». Las más significativas son la tesis del «elemento extranjero puro» y la tesis del «efecto internacional». Para la primera, una situación privada manifiesta carácter internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea

³⁵⁸ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 38-45.

³⁵⁹ Cf. la función facilitadora del DIPr: el DIPr es un Derecho facilitador, no un Derecho directivo porque, en general, el Derecho privado «no dice a los sujetos con quién han de casarse, para qué empresa deben trabajar o en qué establecimiento deben comprar», sino que se limita a establecer las condiciones para que las personas tomen esas decisiones de manera «informada y racional» [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 43].

³⁶⁰ F. Reinoso Barbero citado por A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 125.

³⁶¹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, *idem*.

dicho elemento³⁶². Esta teoría es la seguida por la jurisprudencia española³⁶³. Para la segunda, una situación es internacional cuando produce efectos conectados con otros países, cuando tiene repercusión transfronteriza³⁶⁴.

151 En el ámbito europeo, se habla de «asuntos con repercusión transfronteriza»

³⁶² La teoría del elemento extranjero puro fue objeto de discusión durante tiempo en la doctrina española. La discusión giraba en torno a la relevancia del elemento extranjero pues, para determinados autores, no todo elemento de extranjería sería apto para configurar una relación objeto del DIPr. La relevancia o, irrelevancia, desde un punto de vista jurídico, del elemento de extranjería en cuestión constituye, para ellos, el presupuesto de aplicación de las normas del DIPr. Para J. A. Carrillo Salcedo y E. Pérez Vera [*Derecho internacional privado: introducción a sus problemas fundamentales*, Tecnos, 3.ª ed., 1983] dicho juicio de relevancia correspondía a los tribunales al plantearse cada caso concreto. J. A. Carrillo Salcedo ponía el siguiente ejemplo: si el Sr. Dupont, turista francés, adquiere una botella de vino de Jerez en Granada, nadie puede pensar en la existencia de una relación internacional por el mero hecho de la nacionalidad francesa de una de las partes. Sin embargo, sabemos que la nacionalidad de una de las partes es un elemento de extranjería relevante y constituye una conexión principal, lo que ocurre es que, en esta compraventa, la irrelevancia viene determinada por su escasa entidad económica. Si como consecuencia de la ingestión de este vino el Sr. Dupont falleciese el supuesto adquiriría relevancia jurídica, tanto interna como internacional, y se aplicaría al caso el art. 10(9) CC o, eventualmente el Convenio de La Haya de 1973 sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos. De este modo, si el elemento extranjero es calificado como sustancial será tratado como supuesto internacional y se aplicaran las normas propias del DIPr, por el contrario, si se considera que el elemento es puramente incidental se tratará el supuesto como un caso de tráfico interno. Por ejemplo, si dos holandeses contratan en los Países Bajos la venta de un automóvil, el hecho de que el vehículo haya sido fabricado en Francia parece irrelevante respecto a la compraventa que sería, en todo caso, una situación interna. Ahora bien, si el vehículo presenta defectos de fábrica, en caso de litigio, la relación jurídica involucra tanto a las partes como al fabricante y entonces el elemento extranjero se convierte en una circunstancia jurídicamente relevante. Sin embargo, otra parte de la doctrina, J. D. González Campos defiende que el análisis expuesto no distingue debidamente dos perspectivas del problema, la estrictamente científica y la legislativa [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo *op. cit.*, pp. 24-25]. De este modo, para el científico todas las situaciones privadas que incluyan un elemento extranjero constituyen objeto del DIPr, cualquiera que sea su relevancia. En cambio, en orden a la reglamentación de los supuestos en el tráfico externo, no hay duda, de que el legislador ha de apreciar la «relevancia» del elemento extranjero y separar los sustanciales de los incidentales. Así, si el elemento extranjero no presenta importancia no será tenido en cuenta por la solución legislativa a través, por ejemplo, de la denegación de la CJI. Por ejemplo, si dos japoneses se encuentran en España de vacaciones y deciden divorciarse, será irrelevante que estén en España pues la jurisdicción española carece de competencia judicial para conocer de este divorcio. Nos encontramos, según S. Álvarez González [«Objeto del DIPr...» *loc. cit.*, 1993, pp. 1118-1133] con la función normativa de la relevancia del elemento extranjero frente a una presunta función identificadora en orden al objeto del DIPr [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit. idem*].

³⁶³ Ejemplo de manual: un ciudadano inglés contrae matrimonio en España con una ciudadana canadiense. El caso presenta «elementos extranjeros», por lo que es «internacional» y debe ser regulado por el DIPr. Otro ejemplo, un matrimonio celebrado en España entre españoles, un varón español contrae matrimonio con mujer española en España y ambos emigran a Suiza, donde se instalan. Separados de hecho, la mujer retorna a España y solicita el divorcio. El marido se niega a ello y alega nulidad del matrimonio. La cuestión concreta de la validez del matrimonio no presenta ningún elemento extranjero, pues son dos españoles casados en España por lo que la cuestión es ajena al DIPr. En cambio, la cuestión del divorcio sí presenta un elemento extranjero la cual es la residencia del matrimonio en Suiza y actual del marido, por lo que la situación deberá ser regulada por el DIPr [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 128].

³⁶⁴ Ejemplo, una empresa con sede en Valencia adquiere de una empresa con sede en Cádiz un cargamento de madera con vistas a su exportación a Rusia. El contrato no presenta elementos extranjeros, pero está conectado con el comercio internacional ya que la madera va a exportarse. El

[art. 81(1) TFUE], término que la jurisprudencia del TJ ha interpretado exigiendo «un grado de heterogeneidad mínimo» para que las relaciones o situaciones queden sujetas a los instrumentos comunitarios del DIPr³⁶⁵.

152 El DIPr tiene como objetivo lograr que las personas puedan desplegar una efectiva actividad jurídica internacional sin que la división del mundo en Estados soberanos se lo impida, pero teniendo en cuenta dicha realidad. Para ello, desarrolla dos grandes funciones: la función de seguridad jurídica internacional y la función de reducción de costes. Y mediante dichas funciones, el DIPr persigue alcanzar dos objetivos; el objetivo económico y social, y, el objetivo jurídico³⁶⁶.

III. El contenido: los sectores del Derecho internacional privado

153 Los tres sectores del DIPr, antes mencionados, afloran cuando, ante una relación privada internacional, uno se pregunta lo siguiente: en la medida en que la relación vincula a varios Estados, ¿los tribunales de cuál de ellos son los competentes para conocer de un posible pleito?; en la medida en que la relación se vincula con diferentes ordenamientos jurídicos, ¿qué ley estatal se va a aplicar para resolver el fondo del asunto?; y por último, ¿qué eficacia va a tener en otros Estados la eventual resolución dictada por el juez que haya conocido y resuelto el litigio?

154 La **competencia judicial internacional** (CJI) es la primera cuestión que debe abordar el DIPr determinando si los órganos jurisdiccionales y demás autoridades de un Estado son competentes para conocer de un asunto relativo a una situación privada internacional. En segundo lugar, determinada la CJI, habrá que fijar el régimen jurídico sustantivo o **derecho estatal aplicable** al fondo de la controversia³⁶⁷. Y,

contrato repercute en otros países por lo que debe considerarse internacional [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2022, p. 134]. La tesis del elemento puro y la tesis de los efectos internacionales son las tesis con un soporte teórico más sólido, sin embargo, se han formulado también otras tesis alternativas, hoy minoritarias, como la tesis del elemento extranjero relevante, la tesis del elemento extranjero no casual o la tesis jurídico-conflictual o tesis *De Nova*, cf. A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 135-136].

³⁶⁵ J. M. Fontanellas Morell, «Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REEI*, n.º 42, diciembre, 2021, pp. 16-20.

³⁶⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González., *op. cit.*, pp. 155-157.

³⁶⁷ Aunque puede suceder también que «la respuesta de fondo no se obtenga por referencia de un Derecho estatal, sino a través de normas materiales o sustantivas especialmente creadas para regir las situaciones privadas internacionales, tanto desde las fuentes estatales, como mediante mecanismos de cooperación internacional a través de los actos de las organizaciones e instituciones internacionales» [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 29]. Son normas materiales especiales del DIPr, p. ej.,

finalmente, el sector de la eficacia extraterritorial de los actos y decisiones extranjeras indica qué efectos desplegarán en España las decisiones extranjeras que resuelven cuestiones sobre Derecho privado³⁶⁸. De este modo, estas tres preguntas conforman el núcleo esencial del DIPr como disciplina jurídica³⁶⁹.

IV. El sistema de fuentes del Derecho internacional privado

a) Derecho privado internacional estatal o autónomo

155 El DIPr español se caracteriza por una marcada dispersión normativa. Los distintos sectores que conforman el contenido de esta disciplina se insertan en cuerpos legales diversos y de distinto rango, elaborados en momentos históricos diferentes y distantes. En el ordenamiento jurídico español, junto a las normas contenidas en textos internos como el Código civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, gran parte de la regulación del DIPr se encuentra en textos europeos o en convenios internacionales³⁷⁰. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico español por lo que también lo es del DIPr español. En este sentido, la Constitución es la primera fuente del DIPr español cuya función es cuádruple: en primer lugar, la de establecer la relación entre las fuentes: el art. 93 CE habilita para ceder competencias legislativas y el art. 96 CE determina qué relación ha de haber entre los tratados y la ley española interna; en segundo lugar, la Constitución establece los principios básicos del sistema jurídico español y, por ende, también del DIPr, esto es, consagra los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos [art. 9[3] CE]; en tercer lugar, la Constitución establece quien tiene competencia para dictar

la que contiene el art. 57 del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 [BOE, n.º 26, de 30 de enero de 1991, pp. 3170-3179], o, el art. 135 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del cheque [BOE, n.º 172, de 19 de julio de 1985].

³⁶⁸ A.- L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 158-164

³⁶⁹ En este trabajo se analizan los dos primeros sectores, la CJI y ley aplicable, en relación con las obligaciones extracontractuales en general, y en particular, en relación con la responsabilidad *aquilliana* derivada de los accidentes de esquí cuando ha intervenido un elemento extranjero. Además, la doctrina añade a este tríptico de sectores o materias del DIPr, un cuarto sector susceptible de englobarse en un concepto genérico de «cooperación de autoridades», que comprende una serie de técnicas que aportan soluciones puntuales a ciertas cuestiones de tráfico externo. El propio sector de reconocimiento y ejecución de decisiones no deja de ser más que una manifestación autónoma de este sector de cooperación [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 28-29]. Por razón del objeto, en este trabajo no se va a tratar ni el tercer ni el cuarto sector del DIPr.

³⁷⁰ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 42.

normas de DIPr³⁷¹; y, en cuarto lugar, proporciona los valores básicos que han de inspirar la creación, interpretación y aplicación de las normas de DIPr, primordialmente, a la hora de integrar el contenido del orden público español³⁷².

156 De este modo, el modelo español de DIPr se articula sobre dos claras premisas: en primer lugar y de acuerdo con el mandato del art. 149.1(8) CE, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de DIPr; y, en segundo lugar, el DIPr comparte con el resto de las disciplinas del ordenamiento jurídico español el sistema de fuentes fijado en el art. 1(1) CC: «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

157 El sistema de fuentes establecido por el art. 1(1) CC opera para todos los sectores del ordenamiento jurídico. En relación con el DIPr y respecto de la ley ha de tenerse en cuenta que la mayor parte de las normas de DIPr español poseen rango legal, por lo que para su eventual modificación operará la reserva de ley. Ello no excluye el desarrollo reglamentario ni el recurso a normas de rango inferior para regular nuevas materias. Por su parte, el art. 1(3) CC indica que la costumbre opera únicamente en defecto de ley aplicable, lo que limita su relevancia dado el volumen de las normas con rango de ley. Y, por último, el art. 1(4) CC y, en relación con los principios generales del Derecho, indica, de un lado, que se aplicarán solo en defecto de ley y costumbre, y de otro, que, sin perjuicio de lo anterior, poseen un carácter informador del ordenamiento jurídico al cumplir una función integradora del ordenamiento lo que conduce al problema de las lagunas del sistema español de DIPr. Por lo que respecta a dichas lagunas, ha de admitirse que en realidad no existen lagunas jurídicas dado que el ordenamiento en su conjunto siempre podrá aportar una respuesta a los problemas jurídicos que se susciten³⁷³. Lo que sí existe es carencia de normas que

³⁷¹ La CE no reconoce a las CC. AA. la competencia para dictar normas autonómicas de DIPr.

³⁷² El orden público «interno» viene conformado por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico que no son derogables por las partes, J. D. González Campos, «El sistema español del DIPr. Formación histórica y fuentes», en A. P. Abarca Juno (dir.), *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Colex, 2004, vol. I, pp. 73-76. «En contrapartida, el orden público «internacional» es un concepto más restringido que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos» o conculcarlos (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo *op. cit.*, p. 180).

³⁷³ El ordenamiento español consagra este planteamiento, dado que el art. 1(7) CC dispone que los jueces y tribunales «tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan», mandato que excluye la posibilidad de *non liquet* por falta de una solución legal expresa en el ordenamiento jurídico español. Y a este fin establece la obligación para los jueces y tribunales de atenerse «al sistema de fuentes establecido» por el art. 1(1) CC, lo que implica que, en defecto de ley o costumbre, habrá de estarse a los «principios generales del Derecho», a los que se reconoce un carácter informador del ordenamiento. Y junto a esta vía de autointegración del sistema, aún cabe recurrir a otras dos: la que ofrece la jurisprudencia o «doctrina legal» del Tribunal Supremo, «que complementará» el ordenamiento jurídico [art. 1(6) CC] y la analogía [art. 4(1) CC] (*vid.*, J. D. González Campos, *op. cit.*, pp. 76-81).

contemplan la regulación de un supuesto de tráfico externo en concreto.

158 Los principios generales del DIPr son importantes, no solo para colmar las eventuales lagunas de reglamentación, sino también para la correcta interpretación y aplicación de las normas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo contiene referencias genéricas a los «principios del DIPr» y se reconoce la existencia de estos principios generales también en materia de DIPr. Además de estos principios generales, las referencias del Tribunal Supremo a los denominados «principios estructurales» del sistema español son igual de relevantes para la integración del ordenamiento, pues se trata de principios que determinan y justifican una determinada regulación legal. Por ejemplo, el «principio de nacionalidad» para la regulación del estado civil y las relaciones de familia, contenido en el artículo 9(1) CC, aludido en varias sentencias del Tribunal Supremo³⁷⁴ [principio, hoy, mermado por las reformas del art. 9 CC que han sustraído a la nacionalidad parte de su hegemonía].

159 Por su parte, el alcance de la jurisprudencia, que constituye según el artículo 1(6) CC un cauce para la autointegración del ordenamiento sin que se le conceda el estatus de verdadera fuente del ordenamiento español, debe apreciarse considerando la posición del TS en cuanto a «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» [art. 123 CE], lo que le configura como supremo intérprete de la legalidad. Estos datos evidencian la enorme importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desborda de hecho su alcance como mero complemento del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia ha tenido en relación con el DIPr, al menos, tres funciones: la integradora de un conjunto de preceptos, la modificativa respecto a soluciones anteriores y la de aportación de soluciones para colmar una laguna legal³⁷⁵.

b) Derecho privado internacional convencional

160 Los convenios internacionales en el sistema del DIPr español tienen notable importancia y abundan en todos sus sectores. En el ámbito de la CJL, muchos convenios son textos bilaterales y multilaterales que circunscriben su aplicación a un ámbito espacial limitado. En contrapartida, los convenios relativos al sector de la ley aplicable son textos multilaterales, por lo general, de aplicación *erga omnes*³⁷⁶, que

³⁷⁴ J. D. González Campos, *op. cit.*, pp. 79.

³⁷⁵ J. D. González Campos, *op. cit.*, pp. 80.

³⁷⁶ La aplicación *erga omnes* de los convenios y tratados tiene la particularidad de que la autoridad del Estado parte del convenio que esté conociendo del asunto aplicará el ordenamiento indicado por el convenio en cuestión, aunque se trate del ordenamiento de un Estado no parte y sin necesidad de que exista reciprocidad. La aplicación del convenio lo será por parte del Estado parte. La eficacia o aplicabilidad *erga omnes* de las normas se contraponen a la eficacia *inter partes* por la que el convenio sería solamente aplicable a las relaciones entre los Estados que son parte [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 402].

provoca el desplazamiento de las soluciones del DIPr estatal o autónomo, incluso respecto de Estados signatarios del convenio, y sin que deba mediar condición de reciprocidad. El convenio internacional es el instrumento primordial en la consecución de un derecho uniforme. Básicamente, el derecho uniforme de origen convencional ofrece dos opciones, una, consistente en la elaboración de convenios que derogan, en la materia afectada, las reglamentaciones internas de los Estados; y dos, es posible que el convenio restrinja su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, esto es, al DIPr, de manera que coexiste con la normativa interna del Estado. En el ámbito de la ley aplicable, la mayor parte de los convenios se limitan a unificar normas de conflicto³⁷⁷.

c) Derecho privado internacional de la Unión Europea o institucional

161 Los Estados miembros han transferido competencias soberanas a la Unión Europea, y cuantas más competencias se han transferido a la Unión Europea, menos competencias conservan los Estados miembros. Ello supone que, cuando la Unión Europea asume competencias soberanas sobre un tema concreto y lo regula mediante su propio Derecho, los Estados miembros pierden competencias y su Derecho nacional resulta inaplicable al asunto. El Derecho comunitario o de la UE constituye un ordenamiento jurídico propio distinto del Derecho nacional de cada Estado miembro. El Derecho comunitario no es Derecho español, es Derecho europeo que está vigente en España y forma parte del sistema jurídico español. Para las autoridades españolas, el Derecho europeo no es Derecho extranjero sino Derecho propio, tan propio como el Derecho español³⁷⁸. El Derecho comunitario participa de los

³⁷⁷ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 34-35.

³⁷⁸ A.- L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 203.

principios de primacía³⁷⁹ y de aplicabilidad inmediata³⁸⁰ y directa³⁸¹.

162 Las fuentes del Derecho comunitario o de la Unión Europea son el derecho

³⁷⁹ Significa que en caso de que el Derecho español fuera contrario al de la UE, el de la UE prevalece sobre el español y también sobre los convenios internacionales vigentes en España que son parte del Derecho nacional español. *Vid.* el fallo de la STJ de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, *Simmenthal* (ECLI:EU:C:1990:257) sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario en caso de conflicto con disposiciones de la ley nacional. También *vid. Costa vs ENEL* ([1964], *cit., supra*). En este sentido, cabe distinguir cuidadosamente entre la «primacía de las normas del Derecho de la UE» y la «supremacía jerárquica de la CE». Así, las normas del DIPr europeo han pasado a ser competencia del Derecho de la UE. Dicha competencia deriva del art. 93 CE. El Parlamento español ha cedido a la UE la competencia para legislar en determinadas materias. Si el Derecho europeo presenta un contenido contrario al Derecho interno («colisión normativa»), el Derecho de la UE prevalece sobre el Derecho de producción interna y sobre los convenios internacionales. El Derecho de la UE goza de primacías sobre el Derecho de producción interna, incluida la CE, y, ello, no resulta incompatible con la supremacía jerárquica de la CE sobre cualquier otra norma de Derecho español ya que es la propia CE que ha permitido esta situación de primacía del Derecho de la UE. No obstante, la CE goza de supremacía jerárquica, y ello significa que toda disposición normativa que la contradiga carece de validez. En principio, el Derecho de la UE no puede vulnerar la CE, pues ésta misma ha creado un ámbito propio en el que rige, exclusivamente, el Derecho de la UE. (A.- L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 216-217). «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía, salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos» (Declaración TC 1/2004, 13 de diciembre, *BOE*, n.º 3, de 4 de enero de 2005, pp. 5-21, FJ 4).

³⁸⁰ Las normas del DIPr se integran en los Estados miembros sin necesidad de fórmulas de introducción en tales sistemas como la ratificación o similares. Por aplicabilidad inmediata se entiende la aptitud de la norma europea para desplegar sus efectos *per se*, sin necesidad de un posterior desarrollo en el Derecho de la UE ni tampoco adaptación en el Derecho interno. Este sería el caso del reglamento europeo, que es la norma más completa dentro de las contempladas por el art. 288 TFUE; ello no puede predicarse, por el contrario, de la directiva, respecto de la cual se deja a elección del Estado miembro, al que se dirige, la forma y medios para su cumplimiento (A.- L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 215).

³⁸¹ Cualquier persona puede solicitar a un juez español o a uno de cualquier Estado miembro que aplique normas del DIPr de la UE. Son los jueces y demás autoridades de los distintos Estados miembros los que deben aplicar el Derecho de la UE, en cuyo caso el juez nacional aplica, según el supuesto, dos ordenamientos jurídicos: el Derecho nacional de su Estado miembro o el Derecho de la Unión Europea. Cuando el juez español opera como juez europeo aplica el Derecho de la UE y debe usar los parámetros aplicativos y de interpretación de dicho ordenamiento jurídico. Aplicará en consecuencia y en exclusiva las normas del Derecho de la UE. El juez español no puede dar entrada al derecho nacional para resolver un caso sujeto al Derecho de la UE, salvo que así lo permitan las normas jurídicas europeas. Si el Derecho de la UE aplicable tuviese carencias o lagunas, el juez español debe hallar la norma, regla o principio aplicable en el Derecho de la UE, no puede llevar a cabo un «salto metodológico» *contra legem* y aplicar el Derecho español ni siquiera de forma auxiliar (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 218).

originario o primario, el derecho derivado y las fuentes subsidiarias. El derecho originario es el derecho primario de la UE recogido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea: el Tratado de la Unión Europea³⁸² y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁸³. El derecho derivado resulta del derecho primario y se contiene en reglamentos, directivas, decisiones, dictámenes y recomendaciones (art. 288 TFUE), así como otros actos atípicos como libros blancos y verdes. Los actos convencionales como los acuerdos internacionales firmados por la Unión Europea con otros Estados u organizaciones internacionales, los acuerdos concluidos entre Estados miembros y los acuerdos entre las instituciones de la Unión Europea son también derecho derivado. Las fuentes o derecho subsidiario lo componen ciertos materiales jurídicos no previstos en los tratados europeos, como es el caso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Derecho internacional general y de los principios generales del Derecho³⁸⁴.

163 Los instrumentos legislativos más importantes del DIPr de la UE se encuentran en reglamentos. Existen los conocidos como «Reglamentos Roma»³⁸⁵, instrumentos

³⁸² Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, es junto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, uno de los tratados fundacionales de la Unión Europea. Firmado en la ciudad neerlandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 y fue concebido como la culminación política de un conjunto normativo, vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea, tanto para los futuros miembros como para los estados firmantes en el momento del tratado [DOUE, L 202, de 7 de junio de 2016, pp. 13-45].

³⁸³ Fue firmado en Roma en 1957 como *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, y desde entonces ha sobrevivido con diversas reformas y distintas denominaciones (hasta 1992: Tratado CEE, y de 1992 hasta 2009: *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*); finalmente, y desde la entrada en vigor (1.12.2009) del Tratado de Lisboa (el actual: DOUE, C 306/1, de 17 de diciembre de 2007) hasta nuestros días. Aunque el TFUE tiene el mismo rango jurídico que el TUE, es cierto que su más pormenorizado contenido, que es en gran medida desarrollo de las disposiciones constitucionales contenidas en el TUE, hace que sus propias cláusulas remitan en numerosas ocasiones al marco de las disposiciones generales contenidas en este último, por lo que *de facto* es precisamente el TUE el que con frecuencia se considera el texto más propiamente constitucional de todos. El título mismo del TFUE parece apuntar a este mismo sentido complementario con respecto al TUE [DOUE, L 202, de 7 de junio de 2016, pp. 47-199].

³⁸⁴ Estos principios generales del derecho pueden ser comunes a los derechos nacionales y compatibles con los objetivos de la UE, como el principio de seguridad jurídica; principios generales del derecho que se extraen de algunos concretos derechos nacionales; y principios generales específicos del derecho de la UE, como los principios de solidaridad entre los Estados miembros, equilibrio institucional y preferencia o primacía del Derecho de la UE sobre los derechos nacionales de los EE. MM. (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 245-246).

³⁸⁵ Se conocen coloquialmente como los «reglamentos Roma» por una razón histórica. En efecto, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, un Convenio que contenía exclusivamente normas de conflicto que determinaban la ley aplicable a los contratos internacionales y del que eran parte, exclusivamente, los Estados miembros de la UE, Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que fue firmado en la ciudad de Roma el 19 de junio de 1980 [DOCE, L 266, de 9 de octubre de 1980, pp. 1-19].

legales simples, los cuales determinan, exclusivamente, cuál es la ley aplicable a ciertas situaciones privadas internacionales³⁸⁶. Éstos coexisten con instrumentos legales, los «Reglamentos Bruselas»³⁸⁷, que son instrumentos dobles que regulan la competencia judicial de los tribunales de los Estados miembros en los casos internacionales, así como la validez extraterritorial de las resoluciones judiciales y otras decisiones³⁸⁸. Además, se encuentran otros instrumentos legales de la Unión Europea que regulan la competencia de los tribunales de los Estados miembros, la ley aplicable a tales casos y la validez internacional de resoluciones judiciales y otras decisiones³⁸⁹. Así como los instrumentos legales procesales de la Unión Europea que recogen reglas relativas a aspectos procesales concretos de los litigios transfronterizos³⁹⁰.

164 En virtud del derecho de primacía del Derecho europeo, las fuentes del DIPr

³⁸⁶ Entre estos reglamentos «Roma» cabe citar: el Reglamento n.º 864/2007, de 11 de julio de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, o «Roma II» [DOUE L 199, de 31 de julio de 2007, pp. 40-49]; el Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, o «Roma I» [DOUE, L 177, de 4 de julio de 2008, pp. 6-16]; y el Reglamento n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, o «Roma III» [DOUE, L 343, de 29 de diciembre de 2010, pp. 10-16].

³⁸⁷ Coloquialmente se conocen como «Reglamentos Bruselas» porque el Convenio original relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil fue firmado por los Estados miembros de la CEE en la ciudad de Bruselas el 27 de septiembre de 1968.

³⁸⁸ Entre estos reglamentos cabe referir: el Reglamento Bruselas I bis n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil [DOUE, L 351, de 20 de diciembre de 2012, pp.1-32] que reemplazó el Reglamento de Bruselas I n.º 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y mercantil [DOUE, L 12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23]; y, el Reglamento Bruselas II ter n.º 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores [DOUE, 2 de julio de 2019, pp. 1-115] que ha reemplazado el Reglamento Bruselas II bis n.º 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 en materia matrimonial y responsabilidad parental [DOUE, L 338, de 23 de diciembre de 2003, pp. 1-29] y el Reglamento Bruselas II n.º 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [DOUE, L 160, de 30 de junio de 2000, pp. 19-36].

³⁸⁹ Destacan el Reglamento n.º 2015/848, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimiento de insolvencia [DOUE, L 141, de 5 de junio de 2015, pp. 19-72], que ha sustituido al Reglamento n.º 1346/2000, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento n.º 4/2009, de 18 de diciembre 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de obligaciones de alimentos [DOUE, L 7, de 9 de enero de 2009, pp. 1-79]; el Reglamento n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de sucesiones *mortis causa* [DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134]; el Reglamento n.º 2016/1103 de 24 de junio de 2016 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de regímenes económicos matrimoniales [DOUE, L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 1-29]; el Reglamento n.º 2016/1104, de 24 de junio de 2016 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas [DOUE, L 183, de 8 de julio de 2016, pp. 30-56].

³⁹⁰ Aspectos procesales de asistencia judicial, como lo son el Reglamento n.º 2020/1784, de 25 de noviembre de 2020, sobre notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, [DOUE, L 405, 2 de diciembre de 2020, pp. 40-78]; y el

institucional prevalecen sobre las de origen convencional o estatal. Este principio coexiste con el «principio de subsidiariedad»³⁹¹, y en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva, la Unión Europea intervendrá solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros³⁹².

V. La estructura del Derecho internacional privado español. Marco general

165 La estructura del DIPr español se explica por las fuentes que la integran y la relación entre ellas existente. Así, en primer lugar, la pertenencia de España a la UE hace que cuando la UE asume competencias sobre una determinada cuestión y la regula mediante sus propias normas, el Derecho nacional resulta inaplicable al caso.

Reglamento n.º 2020/1783, de 25 de noviembre 2020 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil [DOUE, L 405, 2 de diciembre de 2020, pp. 1-39]; y la creación de procesos europeos especiales como el Reglamento n.º 805/2004 por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados de 21 de abril 2004 [DOUE, L 143, de 30.4.2004, pp. 15-38]; el Reglamento n.º 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo de 12 de diciembre 2006 [DOUE, L 399, de 30.12.2006, pp. 1-31]; el Reglamento n.º 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía de 11 de julio de 2007 [DOUE, L 199, de 30 de julio de 2007, pp. 1-22]; y el Reglamento n.º 655/2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil de 15 de mayo de 2014 [DOUE, L 189, de 27 de junio de 2014, pp. 59-92].

³⁹¹ El principio de subsidiariedad permite determinar cuando la UE es competente para legislar y contribuye a que las decisiones sean adoptadas lo más cerca posible a los ciudadanos. Este principio permite determinar el nivel de intervención más pertinente en los ámbitos de las competencias compartidas entre la UE y los EE. MM. (cf.: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-principle-of-subsidiarity.html>). Sin embargo, la subsidiariedad como técnica de articulación de competencias no siempre está orientada a la finalidad establecida por el propio principio de subsidiariedad porque la orientación está condicionada por la idoneidad para conseguir los objetivos de la acción propuesta. De este modo, existe una cierta contradicción entre la subsidiariedad como principio y la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial. Mientras la subsidiariedad como principio tiene un sentido unívoco: la adopción de decisiones por las instituciones que estén más cerca posible de la ciudadanía, la subsidiariedad como técnica de delimitación competencial tiene un doble significado: asigna la competencia de acuerdo con una perspectiva funcional, a la institución que pueda alcanzar mejor los objetivos perseguidos, aunque no sea la institución más cercada a la ciudadanía. Este doble rostro como técnica de delimitación competencial genera una tensión interna: mientras que el principio de subsidiariedad conduciría a un resultado preciso: el ejercicio de la competencia por los Estados; la técnica de la subsidiariedad no está orientada a la finalidad establecida por el principio de subsidiariedad si no a conseguir los objetivos de la UE, y cuando dichos objetivos no pueden ser alcanzados en grado suficiente por los EE. MM. o pueden ser alcanzados mejor, por la escala o los efectos de la acción propuesta, por la UE, el principio de subsidiariedad no se aplica (vid. para su desarrollo a F. Balaguer Callejón, «La subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 31, 2019).

³⁹² J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 40.

El Derecho de la UE prevalece sobre el Derecho nacional y el DIPr de la UE debe de interpretarse y aplicarse con arreglo a sus propios principios, instrumentos y mecanismos sin que puedan recurrirse a los derechos nacionales. La primacía del Derecho de la Unión Europea le otorga competencia para «autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» [art. 93 CE]. El poder legislativo español ha cedido a la UE la competencia para legislar sobre determinadas materias, en cuya regulación prevalece el Derecho de la UE. No obstante lo indicado, la Constitución es la norma suprema del sistema de fuentes español, lo que significa que toda disposición que la contradiga carece de validez. Así las cosas, en principio, el Derecho de la UE no puede vulnerar lo establecido por la Constitución, de modo que no se aplicaría una norma del Derecho de la UE que atentase contra los valores y principios consagrados por la Carta magna. En segundo término, cabe tener en cuenta que, después del 1978, España ha incorporado a su ordenamiento jurídico numerosos convenios internacionales de DIPr. Según el art. 96 CE «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno»³⁹³. En consecuencia, las normas de DIPr contenidas en tratados internacionales forman parte del DIPr español si han sido válidamente celebrados y si han sido publicados oficialmente en España. Las normas contenidas en estos convenios internacionales son parte integrante del Derecho español y presentan un rango normativo legal. Ahora bien, dado que las disposiciones de los convenios no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas por normas jurídicas de producción interna [art. 96 CE], sino solo «en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», puede concluirse que una ley estatal posterior no puede derogar o modificar un convenio internacional en vigor en España, por la que la del tratado será de aplicación preferente a las leyes emanadas del legislador interno.

166 De este modo, atendiendo al principio de primacía, las fuentes del DIPr institucional prevalecen sobre las de origen convencional –salvo cláusulas de compatibilidad–, y éstas sobre las estatales, y por ello, en la determinación de la CJI, debe de tenerse en cuenta una diversidad de regímenes institucionales y convencionales cuya aplicación resulta preferente [art. 21[2] LOPJ]³⁹⁴. Hay que destacar, ante todo, el régimen creado en el marco del espacio judicial europeo, y que, hoy por hoy, viene representado, como instrumento general y junto a otros instrumentos³⁹⁵, por el Reglamento [UE] n.º 1215/2012 [RBI *bis*], relativo a la

³⁹³ Lo mismo indica el art. 1[5] CC: «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

³⁹⁴ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 60-62.

³⁹⁵ *Vid. supra* notas 388 y 389 en relación con los reglamentos existentes.

competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que, a partir del 10 de enero de 2015, sustituyó el Reglamento [CE] n.º 44/2001 [RBI], que a su vez había *comunitarizado* el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil³⁹⁶. En este marco geográfico despliega también su eficacia el Convenio paralelo de Lugano de 30 de octubre de 2007 [CLII]³⁹⁷ que reemplazó al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 [CLI]³⁹⁸.

167 El RBI *bis* constituye la piedra angular del espacio judicial europeo y proporciona a la Europa comunitaria el marco jurídico básico por lo que respecta a la CJL en la materia civil y mercantil de alcance patrimonial. Como se ha dicho el Reglamento tiene su origen en el CB y, de hecho, la mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en respuesta a las cuestiones prejudiciales relativas al Convenio de Bruselas siguen siendo plenamente extrapolables al texto del RBI y en buena parte al RBI *bis*³⁹⁹. El RBI fue uno de los actos normativos promulgados sobre la base competencial del artículo 65 TCE, tras su revisión por el Tratado de Ámsterdam, y vino a suponer la conversión del CB de 1968 en un acto normativo institucional. El Reglamento resulta de aplicación directa a todos los Estados miembros de la Unión Europea dado que Irlanda [y el Reino Unido] hizo uso de esta facultad de incorporación y que Dinamarca, que quedó excluida de los actos comunitarios adoptados en virtud del Título IV del Tratado de Ámsterdam, se incorporó al RBI mediante la firma, el 19 de octubre de 2005, de un Acuerdo específico con la Comunidad Europea que ha permitido la aplicación del Reglamento a Dinamarca a partir del 1 de julio de 2007⁴⁰⁰. De esta forma, en el marco de las relaciones entre los Estados miembros, el Reglamento sustituye al CB de 1968. El RBI *bis* se adopta sobre la base legal de los arts. 67 y 81 TFUE, y las modificaciones han sido asimismo objeto de *opting in* por

³⁹⁶ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [DOCE, L 299 de 31 de diciembre de 1972, pp. 32-42].

³⁹⁷ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 [DOUE, L 47, 10 de julio de 2009, pp. 5-43].

³⁹⁸ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 [BOE, n.º 251, 20 de octubre de 1994, pp. 32815-32829].

³⁹⁹ El «principio de continuidad de los conceptos» [vid. *supra* nota 60].

⁴⁰⁰ DOUE, L 149 de 12 de junio de 2009, p. 80.

Irlanda [cdo. 40]⁴⁰¹. Y aunque Dinamarca queda fuera de la revisión, el Acuerdo de 19 de octubre de 2005 habilita para que pueda aplicar las modificaciones introducidas respecto de RBI [cdo. 41]. Dinamarca notificó a la Comisión por carta de 20 de diciembre de 2012 su decisión de aplicar el contenido del nuevo Reglamento⁴⁰².

168 Por otro lado, el 30 de octubre de 2007, se firmó en Lugano, el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CLII) celebrado entre la Comunidad Europea, el Reino de Dinamarca [Dinamarca firmó el Convenio en Bruselas el 5 de diciembre de 2007], la República de Islandia, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza. El Convenio de Lugano II sustituye al Convenio de Lugano I de 1988 y está en vigor desde el 1 de enero de 2010 entre los Estados de la UE, Noruega, Suiza e Islandia [miembros de la AELC [Asociación Europea de Libre Comercio]⁴⁰³]. El CLII se caracteriza por adoptar el articulado del RBI. El CLII pretende ampliar a los tres Estados citados el régimen normativo en materia de CJL que preveía el RBI. En consecuencia, este instrumento se aplica, por un lado, para determinar la CJL de los tribunales de Noruega, Suiza, Islandia entre sí; y por otro, para determinar la CJL entre los tribunales de los EE. MM. de la UE y los tribunales de los Estados citados. Tanto el ámbito material como los criterios de aplicación son idénticos a los del RBI *bis*: solo se aplica cuando la materia objeto de la controversia esté incluida en su ámbito material de aplicación y cuando el demandado tenga su domicilio en uno de los Estados parte. Puede afirmarse, por tanto, y sin perjuicio del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que, si el demandado tiene su domicilio en un Estado de la Unión Europea, los tribunales de un Estado solo podrán declararse competentes en aplicación de las normas de

⁴⁰¹ El Reino Unido, junto con Irlanda, hizo uso de la facultad de incorporación al Tratado, así como de sus modificaciones, sin embargo, desde enero de 2021, el Reino Unido no es un Estado miembro de la UE. El 31 de enero de 2020 a medianoche [hora central europea] entró en vigor el Acuerdo de Retirada [ratificado por la UE el 30 de enero de 2020], de este modo, el Reino Unido abandonó la UE y se convirtió en tercer país. Esto marcó el inicio de un periodo transitorio que se prolongó hasta el 31 de diciembre de 2020. El 24 de diciembre de 2020, la UE y el Reino Unido celebraron un acuerdo de comercio y de cooperación en el que se redefinían las cooperaciones futuras. El Acuerdo se aprobó por los 27 EE. MM., el 29 de diciembre de 2020, publicado el 31 de diciembre de 2020 [DOUE, L 29, 31 de enero de 2020] aplicable, con carácter provisional, desde el 1 de enero de 2021 [https://eur-lex.europa.eu/content/news/Brexit-UK-withdrawal-from-the_eu.html?locale=es#1.SearchLink]. El Reglamento fue de aplicación respecto del Reino Unido durante el período transitorio del Brexit [art. 67 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica].

⁴⁰² DOUE, L 79, de 21 de marzo de 2013, p. 80; J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁰³ La AELC también es conocida por sus siglas en inglés, EFTA, *European Free Trade Association*. Actualmente forman parte de la EFTA: Noruega, Islandia, Suiza e Liechtenstein. En su origen fue un bloque comercial que se creó en enero de 1960 por la Convención de Estocolmo como alternativa a la Comunidad Económica Europea y estaba integrada por Austria, Dinamarca, Reino Unido, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. El objetivo de su creación fue la promoción del libre comercio y la cooperación económica entre sus miembros. Entró en vigor en junio de 1960; en 1961 se incorporó al bloque Finlandia, en 1970 lo hizo Islandia, y en 1991 Liechtenstein. La AELC agrupa a los países que prefirieron no ingresar en la UE, *vid.* web oficial: <https://www.efta.int/about-efta>.

competencia del RBI *bis*. Si, en cambio, el demandado tiene su domicilio en Noruega, Suiza o Islandia, los tribunales de un Estado de la UE solo podrán declararse competentes en aplicación del CLII⁴⁰⁴. En última instancia, en defecto de Derecho de la Unión Europea y de convenios internacionales es de aplicación el Derecho nacional estatal. En España, el sistema autónomo de CJI ofrece peculiaridades respecto a la determinación de foros específicos de competencia, que se articula atendiendo a los distintos órdenes jurisdiccionales. La LOPJ regula sucesivamente los foros en el orden civil [art. 22], en el orden penal [art. 23], en el orden contencioso-administrativo [art. 24] y, por último, en el orden social [art. 25], pero lo que aquí interesa son los foros de CJI del orden civil recogidos en los arts. 22 a 22 *nonies* LOPJ, que son los que atribuyen a los tribunales españoles la competencia para conocer de los litigios en materia civil o mercantil, así como para intervenir en ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria en el ámbito del tráfico privado externo [art. 9 LJV]. Por otra parte, de conformidad con el art. 22 *sexies* LOPJ, la CJI de nuestros tribunales se extiende también a la adopción de «medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España», aunque carezcan de competencia sobre el fondo del asunto. La estructura de los foros de CJI del art. 22 LOPJ y la atribución de la competencia se basa en el método de concurrencia de estos criterios a diferencia del régimen de Bruselas que se basa en el método de jerarquización, lo que condicionaba su aplicación y funcionamiento. La reforma del 2015⁴⁰⁵ introdujo una regla específica sobre el alcance negativo de las reglas de CJI en el art. 22 *octies* 1.º: «no serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplan dicha competencia», sin perjuicio de la posibilidad de justificar una

⁴⁰⁴ El éxito del CB fue uno de los factores esenciales que animó a los Estados miembros de la EFTA a concluir con los de la Comunidad un Convenio paralelo, el CLI de 1988. El CLI vinculaba a España en las relaciones con los Estados contratantes, básicamente en aquellos casos en que el domicilio del demandado se hallaba en uno de estos países, a su vez que el régimen del RBI prevalecía entre EE. MM. [art. 54. *ter.* 1 CLI]. Con el objeto de adaptar dicho Convenio a las reformas introducidas por el RBI, se adoptó el CL de 30 de octubre de 2007 [CLII] para todas las partes de la UE, incluyendo Dinamarca. El CLII entró en vigor el 1 de enero de 2010 respecto de Noruega, el 1 de enero de 2012 para Suiza, y el 1 de mayo de 2011 para Islandia. El CLII presenta un contenido similar al RBI, y no impide la aplicación del RBI entre Estados miembros de la UE, y su aplicación en materia de CJI se circunscribe, con algunas excepciones [arts. 22 y 23] a los supuestos en que el domicilio del demandado se sitúe en Estados parte que no sean miembros de la UE [art. 64[2]]. El RBI *bis* ha establecido de forma expresa, en su art. 73[1], una cláusula de compatibilidad con el CLII [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 77-78].

⁴⁰⁵ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE, n.º 174, de 22 de julio de 2015, pp. 61593-61660].

competencia basada en un foro de necesidad⁴⁰⁶, contemplada en el apartado tercero.

VI. La competencia judicial internacional: concepto

169 La CJI es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades de un Estado para conocer de los problemas suscitados por las situaciones privadas internacionales. Desde el punto de vista español, el objetivo de la CJI es indicar en qué casos y con arreglo a qué criterios y principios los órganos jurisdiccionales y autoridades españolas pueden conocer de los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales. La CJI tiene un carácter previo con relación a la competencia interna y con relación al Derecho aplicable, así antes de determinar la competencia de un concreto órgano jurisdiccional español ha de averiguarse si respecto de un litigio suscitado por una situación privada internacional los tribunales españoles tienen competencia para conocer del mismo, y de igual manera, ha de conocerse la CJI antes de saber qué ley estatal rige la situación privada internacional controvertida. La CJI es un presupuesto del proceso, pues sin ella los tribunales españoles no pueden conocer del litigio y, por ello, y ante todo debe comprobarse su competencia. Cada Estado tiene libertad de configuración de su sistema de CJI y aplicará sus propias normas para conocer si la posee en un determinado asunto. Y finalmente, hay que considerar el carácter constitucional de la CJI en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a los tribunales⁴⁰⁷.

170 En el momento de aplicar el sistema de CJI, como se ha adelantado en la introducción de este trabajo, deberá procederse a la calificación de la acción para seleccionar la norma de competencia pertinente, es decir tratar de subsumirla en el marco del concepto que integre el supuesto de hecho de una norma reguladora⁴⁰⁸. La norma incorpora un criterio de conexión denominado foro de competencia que

⁴⁰⁶ Para que no se produzcan situaciones de denegación de justicia el tribunal nacional ha de tener en cuenta dos situaciones contrapuestas. De una parte, que el litigio tenga suficientes puntos de contacto con el foro para que pueda ejercer de jurisdicción y, de otra parte, cuando esto no acontezca y la reclamación provenga de un extranjero, establecer dicha jurisdicción si éste no puede acreditar la existencia de un foro alternativo en el extranjero o la eficiencia de dicho foro. De este modo, «el foro de necesidad que habilita a iniciar un procedimiento cuando de otro modo no habría acceso a la justicia se justifica, precisamente, debido a este último axioma». Para más razones sobre los límites máximos y mínimos del *forum necessitatis* [vs. *forum non conveniens*] vid. J. C. Fernández Rozas, «Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*», en <https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>

⁴⁰⁷ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 319-329.

⁴⁰⁸ A. Ybarra Bores, *loc. cit.*, p. 140.

contiene los requisitos de vinculación o proximidad del supuesto que justifican la consecuencia jurídica de la norma, es decir, la atribución de CJI a los tribunales de un Estado determinado. Los foros de competencia pueden ser de carácter personal (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, etc.), territorial (lugar de situación de un inmueble, lugar de ejecución del contrato, lugar donde se ha producido el daño, etc.), o responder a criterios flexibles o necesidades concretas (que el litigio posea una vinculación estrecha con el foro, que en el país de origen del extranjero encausado se dé el mismo trato a los nacionales, *forum necessitatis*, etc.)⁴⁰⁹. Como señala el considerando 15 RBI *bis*: «[l]as normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión»⁴¹⁰.

171 El juego de las normas de CJI y la acotación de los foros de competencia no agotan el catálogo de cuestiones que debe resolver un régimen de CJI. La puesta en práctica de las normas de CJI suscita comúnmente una serie de problemas de aplicación a los que se deberá responder. Entre ellos se encuentra la cuestión de determinar si la verificación y aplicación de la CJI se opera de oficio o a instancia de parte, la admisibilidad de criterios con que puede admitirse la litispendencia y la conexidad internacional, los efectos del factor tiempo en la determinación de la CJI, los efectos de la *derogatio fori* o el régimen del proceso con pluralidad de demandados. Por su parte, el derecho a la tutela judicial efectiva exige limitar la CJI de los tribunales de un Estado, porque una extensión desmesurada de los foros vulneraría el derecho del demandado, a quien se obligaría a litigar ante tribunales estatales totalmente imprevisibles. Además, existen razones prácticas para estas limitaciones de la CJI ya que hay que «incentivar el comercio internacional y tener en cuenta que los empresarios de otros países no quieren hacer negocios con las empresas de un Estado cuyos tribunales se declaran siempre competentes para conocer de los asuntos internacionales que afectan a sus empresas»⁴¹¹. También es importante evitar que ciertos litigantes, con motivos espurios o con ánimo de entorpecer un proceso, accionen ante tribunales de un país que no presenta vínculos

⁴⁰⁹ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁴¹⁰ Cdo. 15 RBI *bis* (DOUE, L 351, 20 de diciembre de 2012, p. 3).

⁴¹¹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 334.

razonables con el litigio, es decir, impedir el fraude de ley⁴¹². Y, por último, ha de limitarse la CJI en orden a ofrecer una buena administración de justicia y que el tribunal competente para proporcionarla cuente con la conexión suficiente con el procedimiento. En este sentido, debe existir, en principio –excepto que haya habido una sumisión de las partes por razón, p. ej., de neutralidad–, una conexión entre los procedimientos a los que se aplique un instrumento determinado y el territorio del Estado miembro a cuyos tribunales se atribuye la CJI⁴¹³.

EL REGLAMENTO N.º 1215/2012 [BRUSELAS I BIS]

I. Introducción

172 La CJI de los tribunales españoles en el sector de las obligaciones extracontractuales se regula por un elenco extenso de normas de DIPr europeas, convencionales y españolas. Tales fuentes jurídicas de regulación de la CJI debe ser ordenada para determinar el instrumento legal aplicable al efecto por los operadores jurídicos españoles. En primer lugar, se ha referido que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho español, los tribunales y autoridades españolas aplicarán las normas de CJI contenidas en los instrumentos legales de la UE, en segundo lugar, se acudirá al Derecho convencional, y en defecto de normativa europea o convencional aplicable, la CJI de los tribunales españoles se fijará con arreglo a las normas de Derecho internacional privado autónomas o estatales españolas.

173 De este modo, dada la primacía del Derecho de la UE o comunitario, el RBI *bis* será el instrumento a tener en cuenta de inicio; ahora bien, según el art. 71 RBI *bis* «el presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de resoluciones». De esta disposición, que es una cláusula de compatibilidad entre instrumentos internacionales, se deduce que el RBI *bis*, en determinadas materias, respeta la prevalencia de los convenios específicos

⁴¹² «Los tribunales no deben declararse competentes cuando el demandante acciona con la exclusiva intención de evitar el conocimiento del caso por un tribunal extranjero de un país en el que la decisión debe producir todos sus efectos [*Bad Forum Shopping* o *Forum Shopping* fraudulento], o cuando acciona con el propósito exclusivo de evitar el *exequatur* en España de sentencia legítimamente obtenida en otro país» [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 335].

⁴¹³ Cdo. 13 RBI *bis* [DOUE, L 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 3].

que se aplicarán en detrimento del RBI *bis*⁴¹⁴. En el caso de que no concorra una materia cubierta por un convenio especial, como sucede en el caso objeto de este estudio, se acudirá al RBI *bis*. Dicho Reglamento fija la competencia de los tribunales de los EE. MM. en materia civil y mercantil. No obstante, el Reglamento solo regula la competencia judicial internacional en relación con materias patrimoniales [=obligaciones contractuales y extracontractuales, derechos reales y sociedades]. Hay dos datos importantes a mencionar: (i) el RBI *bis* regula un amplio espectro de materias patrimoniales [=el Derecho de negocios internacionales en general], mientras que el resto de reglamentos europeos son «conjuntos normativos específicos» que resultan aplicables únicamente a materias concretas perfectamente delimitadas; y (ii) el hoy RBI *bis* ha sido utilizado como modelo por los demás reglamentos europeos a la hora de regular la CJI. Ambos datos convierten a este Reglamento en base fundamental de la cooperación jurídica en materia civil de la UE⁴¹⁵.

Empecemos estudiando los ámbitos de aplicación del Reglamento.

a) **Ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I *bis***

174 El ámbito de aplicación material del RBI *bis* se define en su art. 1 según el cual este texto se aplica solo a las cuestiones litigiosas que tengan carácter civil o mercantil⁴¹⁶, independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional⁴¹⁷. Se

⁴¹⁴ Entre los convenios que contienen regulaciones especiales en materia de daños, se pueden citar el Convenio de Bruselas de 1952 sobre el abordaje marítimo [*BOE*, n.º 3, 3 de enero de 1954, pp. 42-44]; el Convenio de Roma de 1952 en materia de daños de aeronaves [*BOE*, n.º 117, 17 de mayo de 1961, pp. 7415-7419]; el Convenio de París de responsabilidad en materia nuclear de 1960 [*BOE*, n.º 281, 22 de noviembre de 1975, pp. 24437-24441], y el Convenio de Bruselas de 1960 sobre daños por contaminación de hidrocarburos [*BOE*, n.º 58, 8 de marzo de 1976, pp. 4789-4794].

⁴¹⁵ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 383.

⁴¹⁶ Por primera vez, la STJ de 14 de octubre de 1976 [C-29/76, *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137], definió los criterios interpretativos con que debe caracterizarse la materia civil y mercantil, indicando que la autonomía del concepto para cuya interpretación procede referirse por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio (hoy, RBI *bis*) y, por otra parte, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales, y no remitirse al Derecho de uno cualquiera de los Estados interesados; que, en virtud de estos criterios, deben excluirse del ámbito de aplicación del Convenio las resoluciones dictadas en litigios entablados entre autoridades públicas y particulares, en los que la autoridad pública haya actuado en ejercicio del poder público» (§ 5). El concepto es amplio y, a efectos del RBI *bis*, será civil o mercantil el litigio referido a aquellas materias que no están excluidas por el mismo RBI *bis* (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 2574-2575).

⁴¹⁷ El RBI *bis* se aplica con independencia de factores como la nacionalidad de las partes, la naturaleza del órgano jurisdiccional cuya CJI se trata de determinar por ello se aplica a las acciones civiles de las que

excluyen expresamente del radio de acción del instrumento cuestiones claramente de Derecho público, como las fiscales, aduaneras o administrativas y la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad⁴¹⁸. En relación con el Derecho privado, el artículo 1[2] excluye las cuestiones de estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales o aquellos que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio, testamentos, sucesiones, alimentos por causa de muerte y las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco o de matrimonio o afinidad. Quedan fuera, también, del ámbito de aplicación del RBI *bis* las cuestiones sobre la quiebra y procedimientos análogos, la seguridad social y el arbitraje⁴¹⁹. El contenido de este art.

conoce un tribunal del orden jurisdiccional penal, el carácter de la acción y del procedimiento, esto es, que se aplica en relación con todo tipo de procesos: declarativo, ejecutivo, monitorio, especial [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2566-2567].

⁴¹⁸ En el caso resuelto por la STJ de 16 de julio de 2020 [C-73/19, *Movic y otros*, ECLI:EU:C:2020:568], las autoridades belgas en el ejercicio de una acción de cesación de prácticas comerciales desleales para la protección de los intereses de los consumidores, citan a juicio en el marco de un procedimiento de medidas cautelares a *Movic* y otras empresas solicitando que se declarase que estas empresas estaban llevando prácticas comerciales desleales consistentes en revender entradas de espectáculos *on line* por un precio superior al inicial. Las empresas cuestionan la aplicación del RBI *bis* porque, según ellas, las autoridades belgas habían actuado en el ejercicio del poder público razón por la cual sus acciones quedaban fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Las autoridades belgas, por su parte, alegaban que estaban defendiendo un interés general, esto es, hacer respetar la normativa nacional en materia de prácticas comerciales que se rigen por el Derecho común aplicable a las relaciones entre particulares, razón por la que concluían que el Reglamento era aplicable. El TJ indicó que las acciones destinadas a la declaración y cese de prácticas comerciales desleales, en el sentido de la Directiva 2005/29, estaban comprendidas en el concepto «materia civil y mercantil», a efectos del art. 1[1] RBI *bis*. Y, en este caso, las autoridades belgas adoptaron la posición procesal comparable a la de una organización de los consumidores (§ 49), ello siempre que se hubiese descartado que las autoridades belgas hubiesen hecho uso de pruebas obtenidas mediante sus prerrogativas de poder público (§§ 57 y 59).

En el mismo sentido se argumenta en la STJ de 3 de septiembre de 2020 [C-186/19, *Supreme Site Services y otros*, ECLI:EU:C:2020:638], a propósito de una demanda de medidas provisionales, presentada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el marco de la cual una organización internacional invocaba su inmunidad de ejecución para obtener tanto el levantamiento de un embargo preventivo, ejecutado en un Estado miembro diferente del Estado del foro, como la prohibición de instar nuevamente ese tipo de embargo por los mismos hechos, e interpuesta en paralelo a un procedimiento sobre el fondo que tenía por objeto un crédito resultante del supuesto impago de carburante suministrado para atender las necesidades de una operación de mantenimiento de la paz desarrollada por esta organización, declara que «está comprendida en el concepto de “materia civil y mercantil”, siempre que esta demanda no se presente en virtud de prerrogativas de poder público, en el sentido del Derecho de la Unión, extremo que incumbe apreciar al órgano jurisdiccional remitente» (§ 69). *Vid.* R. Arenas García, «Inmunidad de ejecución, materia civil o mercantil y competencias exclusivas [a propósito de la STJ (sala primera) de 3 de septiembre de 2020, As. C-186/19, *Supreme Site Services GmbH y otros c. Supreme Headquarters Allied Powers Europe*]», *REEL*, n.º 40, 2020, pp. 34-41.

⁴¹⁹ Esta delimitación del ámbito de aplicación material del RBI *bis* facilita su compatibilidad con los regímenes contenidos en el Reglamento n.º 2015/848, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimiento de insolvencia [*DOUE*, L 141, 5 de junio de 2015, pp. 19-72], que ha sustituido al Reglamento n.º 1346/2000, 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento n.º 4/2009, de 18 de diciembre de 2008 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de obligaciones de alimentos [*DOUE*, L 7, de 9 de enero de 2009, pp. 1-79] y el Reglamento de Ejecución [UE] 2018/1937, de

1 RBI *bis* ha sido objeto reiterado de estudio por parte del Tribunal de Justicia (en relación con el derogado CB o el RBI), que se ha visto compelido, en numerosas ocasiones, a definir los límites de estas excepciones. Así ha sucedido tanto a propósito de las exclusiones del primer apartado del artículo 1⁴²⁰ como de las materias comprendidas en su apartado segundo⁴²¹.

175 Para poder determinar qué acciones caen dentro o fuera del ámbito material

la Comisión, de 10 de diciembre de 2018, que sustituye el anexo X del mencionado Reglamento; el Reglamento n.º 650/2012, de 4 de julio de 2016 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de sucesiones *mortis causa* (DOUE, L 201, 27 de julio de 2012, pp. 107-134); el Reglamento n.º 2016/1103 de 24 de junio de 2016 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE, L 183, 8 de julio de 2016, pp. 1-29); el Reglamento n.º 2016/1104, de 24 de junio de 2016 de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE, L 183, 8 de julio de 2016, pp. 30-56).

⁴²⁰ Así, a título de ejemplo, en materia fiscal, la STJ de 12 de septiembre de 2013 (C-49/19, *Sunico*, ECLI:EU:C:2013:545), en un caso sobre un supuesto de fraude «carrusel» en el IVA, en el que el impuesto evadido en perjuicio de la Hacienda inglesa se había reclamado a varias empresas, entre ellas Sunico, el TJ resolvió que la relación entre Sunico y los demandantes no era una relación basada en el Derecho público por lo que el concepto de materia civil y mercantil en el sentido del art. 1(1) RBI cubría una acción en la que una autoridad de un EM reclamaba una indemnización de daños y perjuicios a una persona física o jurídica a fin de reparar el daño causado (§ 44). En materia aduanera, la STJ de 15 de mayo de 2013 (C-266/01, *Tiard*, ECLI:EU:C:2003:282), entendió comprendida en el concepto «materia civil y mercantil» una «acción mediante la cual un Estado contratante insta la ejecución de un contrato de fianza destinado a garantizar el pago de una deuda aduanera, cuando la relación jurídica entre el Estado y el fiador que resulta de dicho contrato no responde al ejercicio por parte del Estado de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, y ello aunque el fiador pueda invocar motivos de oposición que impongan un examen de la existencia y el contenido de la deuda aduanera» (§ 44). En materia administrativa, la STJ de 16 de diciembre de 1980 (814/1979, *Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291), excluyó del ámbito de aplicación del CB una acción de repetición ejercitada por el Estado neerlandés contra un transportista fluvial, propietario de un barco a motor de navegación interior alemán, el «Otrate», que, el 26 de octubre de 1971, había chocado con el barco a motor neerlandés «Vechtborg» en la bahía de Watum y que, como consecuencia de dicho abordaje, se hundió allí mismo, «ya que consta que el Estado neerlandés había actuado en este caso en ejercicio del poder público» (§ 12). Por lo que hace referencia a los *acta iure imperii*, la STJ de 15 de febrero de 2007 (C-292/05, *Lechouritou*, ECLI:EU:C:2007:102), en el marco de un litigio entre Lechouritou, y otros, por una parte, y la República Federal de Alemania, por otra, en relación con la reparación de los daños materiales y morales sufridos como consecuencia de la actuación de las fuerzas armadas alemanas de la que fueron víctimas sus padres durante la ocupación de Grecia en la Segunda Guerra Mundial, indicó que: «si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público» (§ 31); de este modo, el TJ ha excluido del ámbito de aplicación material las relaciones jurídico-públicas, es decir, los litigios que oponen una autoridad pública a una persona privada en los que la autoridad pública ha actuado revertida de *imperium*.

⁴²¹ En relación con las materias inventariadas en el art. 1(2), pueden traerse a colación, por ejemplo, en lo tocante a la capacidad de las personas físicas, la STJ de 3 de octubre de 2013 (C-386/2012, *Schneider*, ECLI:EU:C:2013:633), en la que, en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado a instancia de Schneider, ciudadano húngaro sometido a curatela que solicitaba autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en Bulgaria, el TJ señaló que el RBI «no es de aplicación a un procedimiento de jurisdicción voluntaria entablado ante el órgano jurisdiccional de un

de aplicación del RBI *bis*, resulta imprescindible calificar⁴²² –de nuevo, el proceso de

Estado miembro por un ciudadano de otro Estado miembro, que ha sido parcialmente incapacitado al ser sometido a curatela con arreglo a la legislación del Estado de su nacionalidad, y mediante el que dicho ciudadano solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en el primer Estado miembro, puesto que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con la “capacidad de las personas físicas” en el sentido del artículo 1, apartado 2.º, letra a), de dicho Reglamento, la cual está excluida del ámbito de aplicación material de éste» [§ 31]. En el caso de asuntos derivados de regímenes de familia, se encuentra, por un lado, la STJ de 27 de marzo de 1979 [143/78, *De Cavel I*, ECLI:EU:C:1979:83], que excluye del ámbito de aplicación del CB a la adopción de medidas de aseguramiento provisionales, como la colocación de precintos o el embargo de los bienes de los cónyuges, en un proceso de divorcio (§§ 7 y 10), [pues tratándose de cuestiones patrimoniales se hallaban íntimamente unidas o derivaban directamente del vínculo conyugal, su disolución y otra cuestión de estado [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 74]] y, en cambio, por otro lado, la STJ de 6 de marzo de 1980 [129/1980, *De Cavel II*, ECLI:EU:C:1980:70], incluyó en el ámbito de aplicación del CB las medidas provisionales dictadas en un procedimiento de divorcio y que establecían una pensión de alimentos, en concreto indica que: «el Convenio es aplicable, por un lado, a la ejecución de una medida provisional adoptada por un Juez francés en un proceso de divorcio, por la que una de las partes obtiene una pensión alimenticia mensual, y por otro lado, a una prestación compensatoria provisional, pagadera mensualmente, que una sentencia de divorcio francesa concede a una de las partes con arreglo a los artículos 270 y siguientes del *Code civil* francés» [§ 12]. En materia de quiebra, para excluir un asunto del ámbito de aplicación del RBI *bis*, se tienen en cuenta el doble criterio de que la acción tenga origen en la legislación concursal y guarde una estrecha relación con el procedimiento concursal, calificando así a las referidas a la validez de la transmisión de participaciones sociales por un administrador concursal como excluidas del ámbito de aplicación [STJ de 2 de julio de 2009, C-111/08, *Alpenblume*, ECLI:EU:C:2009:419, § 33] estando comprendidas, sin embargo, una demanda que tiene por objeto el cobro de una deuda derivada de una prestación de servicios de transporte formulada por el síndico de una empresa en liquidación [STJ de 4 de septiembre de 2014, C-157/2013, *Nickel*, ECLI:EU:C:2014:2145, § 43[1]]. Y, en cuanto al arbitraje, como precisa su cdo. 12: «el RBI *bis* no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional». De este modo, se aboga por una exclusión material del arbitraje que se extiende a un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, relativo a la designación de un árbitro, aun cuando con carácter previo se haya planteado la cuestión de la existencia o de la validez de un acuerdo de arbitraje. La STJ de 13 de mayo de 2015 [C-536/16, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316], indicó que «el arbitraje no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, ya que éste sólo rige los conflictos de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros» [§ 36], y que «el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral como el controvertido en el litigio principal se rige por el Derecho nacional e internacional aplicables en el Estado miembro en el que se solicitan el reconocimiento y la ejecución, y no por el Reglamento n.º 44/2001» [§ 41]. Igualmente, la materia de la seguridad social está excluida del ámbito de aplicación del instrumento, sin embargo, la STJ de 28 de febrero de 2019 [C-579/17, *BUAK*, ECLI:EU:C:2019:162], indicó que «que el artículo 1, del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una acción dirigida a obtener el pago de un crédito constituido por contribuciones complementarias para la retribución de las vacaciones, en posesión de un organismo de Derecho público contra un empresario, en concepto del desplazamiento, a un Estado miembro, de trabajadores que no tienen en este su lugar de trabajo habitual, o en el marco de la cesión de trabajadores en ese Estado miembro, o contra un empresario cuyo domicilio social se encuentra fuera del territorio del citado Estado miembro por la contratación de trabajadores que tienen su lugar de trabajo habitual en el mismo Estado miembro, está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, siempre que las modalidades de ejercicio de tal acción no supongan una excepción a las normas de Derecho común y, en particular, no excluyan la posibilidad de que el juez competente controle la procedencia de los datos en los que se basa la constatación del citado crédito, lo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente» [§ 71].

⁴²² El proceso de calificar se dirige a identificar la norma de competencia aplicable al caso en concreto. El objeto de la calificación son los hechos, es decir, las situaciones privadas internacionales que se

calificar es esencial en el DIPr– la pretensión recogida en la acción ejercitada por el demandante para determinar el foro de CJI, calificación que, a su vez, dentro de la materia civil o mercantil habrá de verificarse a la luz de los Reglamentos europeos. En relación con el tema objeto del presente estudio, la delimitación de la categoría «materia delictual o cuasidelictual» puede plantear problemas respecto de otras categorías, como, p. ej., los contratos⁴²³ o los derechos reales⁴²⁴ que deberán de resolverse a través de la calificación.

b) Ámbito de aplicación temporal

176 El RBI, que se mantuvo fiel a los criterios de aplicación temporal expresados en el art. 54 CB, tuvo como fecha de entrada en vigor el 1 de marzo del 2002 [art. 76 RBI], por lo que sus reglas de CJI se aplicaron a las acciones judiciales ejercitadas a partir de dicha fecha y sus previsiones sobre RyE a todas las decisiones judiciales pronunciadas con posterioridad a la misma⁴²⁵. Por su parte, el RBI *bis* tiene como fecha

susciten, para tratar de subsumirlos en el ámbito de aplicación de la norma de competencia (*vid. supra* «Introducción»).

⁴²³ El caso *Brogstetter* [2014], *cit. supra*, sería un ej. pues, recuérdese, que se debatió sobre la naturaleza de la acción. Así si se hubiera estimado que la naturaleza de la acción planteada era contractual, los órganos jurisdiccionales competentes conforme al art. 7(1) RBI *bis* serían los del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda; sin embargo, si la acción tuviese naturaleza extracontractual (delictual o cuasidelictual) los órganos jurisdiccionales competentes serían los del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, conforme el art. 7(2) RBI *bis*. Por tanto, dependiendo de la naturaleza o las circunstancias de la acción pueden ser los tribunales de dos Estados distintos los competentes (*vid. A. Moreno Sánchez-Moraleda, «Interpretación autónoma de la naturaleza contractual o no de una acción. Comentario a la STJUE de 13 de marzo 2014, as. C-548/12, Marc Brogstetter v. Fabrication de Montres Normandes», Revista Electrónica de Direito, n.º 1, febrero, 2016, p. 7*).

⁴²⁴ Así ocurre en el caso *ČEZ* [STJ de 18 de mayo de 2006, C-343/04, *ČEZ*, ECLI:EU:C:2006:330], en el que una reclamación basada en el artículo 364, apartado 2.º, del CC austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) aparentemente real, derivada de las perturbaciones causadas en unos terrenos agrícolas situados en Austria por una central nuclear sita en Temelín, es considerada por el TJ como no comprendida en el ámbito de aplicación del art. 16.1(a) CB (acciones reales inmobiliarias) por estimarla propia de las acciones de indemnización por daños y perjuicios (§ 33).

⁴²⁵ Art. 66 RBI «1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento». El segundo apartado del precepto recoge el régimen del derecho transitorio e indica que «no obstante, las resoluciones dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas en el Estado miembro de origen con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo: a) si la acción se hubiere ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro

inicial de aplicación el 10 de enero de 2015⁴²⁶, y sus reglas han sustituido a las del RBI respecto de las acciones judiciales planteadas a partir de esta fecha para la CJI y de las sentencias y actos dictados a partir de esa fecha para el reconocimiento y ejecución⁴²⁷. Dado que el RBI *bis* es irretroactivo, sus disposiciones solamente son aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos formalizados o registrados oficialmente a partir de esta fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha, incluido el mismo día 10 de enero de 2015⁴²⁸.

177 En materia de responsabilidad extracontractual, teniendo en consideración que los plazos de prescripción de la acción son, en general, plazos cortos, es poco probable que se encuentren casos nuevos anteriores a 2015, a los que no sea aplicable el RBI *bis*.

c) **Ámbito de aplicación espacial o territorial**

178 El RBI *bis* se aplica en el entero territorio de los Estados miembros en los términos del art. 355 TFUE⁴²⁹. Todos los tribunales de los Estados miembros están

requerido; b) en todos los demás casos, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción».

⁴²⁶ Art. 81 RBI *bis*: «Será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014».

⁴²⁷ Art. 66 RBI *bis*: «Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) n.º 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento».

⁴²⁸ En este sentido, la STJ de 9 de marzo de 2017 [C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193, § 26], indicó que «en el caso de autos, aunque el objeto del litigio principal es el cobro de un crédito de estacionamiento impagado, devengado en virtud de un contrato celebrado antes de la adhesión de la República de Croacia a la Unión, el procedimiento de ejecución forzosa se inició el 27 de febrero de 2015, una vez entrado en vigor el Reglamento n.º 1215/2012, y el tribunal remitente conoció del litigio principal el 21 de abril de 2015, de modo que una acción como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación temporal de dicho Reglamento».

⁴²⁹ Art. 355 TFUE: «Además de las disposiciones del artículo 52 del Tratado de la Unión Europea relativas al ámbito de aplicación territorial de los Tratados, se aplicarán las disposiciones siguientes: 1. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, de conformidad con el artículo 349. 2. Los países y territorios de ultramar, cuya lista figura en el anexo II, estarán sometidos al régimen especial de asociación definido en la cuarta parte. Los Tratados no se aplicarán a los países y territorios de ultramar no mencionados en la lista antes citada que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. 3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos

obligados a aplicar el RBI *bis*, también Dinamarca tras el acuerdo de 19 de octubre de 2005⁴³⁰. En lo referente a qué se entiende por territorio de cada Estado miembro, son las normas de Derecho público las que definen y delimitan el territorio del Estado miembro⁴³¹. Los Estados miembros participantes en el RBI *bis* son todos los Estados de la Unión Europea, incluyendo Irlanda que participó en la adopción y aplicación del RBI⁴³².

179 En el tema que aquí concierne, la aplicación del RBI *bis* dependerá de que el litigio sea conocido por tribunales de un Estado miembro, con independencia del lugar donde se hubiere producido el daño objeto de responsabilidad extracontractual y del domicilio de las partes.

d) Ámbito de aplicación personal

cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro. 4. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a las islas Åland de conformidad con las disposiciones del Protocolo n.º 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia. 5. No obstante lo dispuesto en el artículo 52 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 a 4 del presente artículo: a) los Tratados no se aplicarán a las islas Feroe; b) los Tratados no se aplicarán a las zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia en Chipre salvo en la medida que sea necesaria para garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Protocolo relativo a las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre adjunto al Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea y de conformidad con lo dispuesto en dicho Protocolo; c) las disposiciones de los Tratados sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para dichas islas en el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972. 6. El Consejo Europeo, por iniciativa del Estado miembro de que se trate, podrá adoptar una decisión que modifique el estatuto respecto de la Unión de alguno de los países o territorios daneses, franceses o neerlandeses a que se refieren los apartados 1.º y 2.º. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa consulta a la Comisión».

⁴³⁰ Vid. *infra* nota 595.

⁴³¹ Así, por ejemplo, en el caso concreto de las plataformas continentales, la STJ de 27 de febrero de 2002 [C-37/2000, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122], indica que «las instalaciones situadas en o sobre la plataforma continental adyacente a un EM deben estimarse territorio situadas en el territorio de un EM» [§ 34].

⁴³² Como también lo hizo el Reino Unido que, sin embargo, desde el 31 de enero de 2021 no es miembro de la UE. Señala el cdo. 40 RBI *bis*, «[d]e conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo a los entonces TUE y TCE, estos Estados participaron en la adopción y aplicación del Reglamento [CE] n.º 44/2001. De conformidad con el artículo 3 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, adjunto al TUE y al TFUE, el Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento».

180 Con carácter general, las reglas de CJI del RBI *bis* se aplican cuando el demandado se halla domiciliado en un Estado miembro [art. 4 RBI *bis*]⁴³³. En el caso en que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, el art. 6 RBI *bis* remite a la legislación de cada Estado miembro para la regulación de la CJI. Por su parte, hay reglas [como las contenidas en los arts. 18, 21, 24 y 25] que se apartan de estos criterios.

181 Los arts. 18 y 21 RBI *bis* contienen una excepción al criterio general del art. 4 cuando el demandante es un consumidor o un trabajador. De este modo, las excepciones al criterio del domicilio del demandado en la Unión Europea permiten a ciertos demandantes privilegiados emplear los foros de CJI contenidos en el RBI *bis* contra demandados domiciliados en terceros Estados. Es el caso del consumidor demandante que acciona contra empresario o profesional con independencia del domicilio de éste [art. 18[1] RBI *bis*], y el del trabajador demandante que acciona contra un empresario no domiciliado en un EM [art. 21 RBI *bis*]. Por otra parte, el art. 24 RBI *bis* recoge ciertas materias exclusivas en las que se prescinde del domicilio de las partes, de modo que, si se trata de una de las materias enumeradas en este art. 24 RBI *bis* la CJI se regirá por el Reglamento. De igual manera, no opera el foro del domicilio del demandado si concurre sumisión de las partes a un tribunal de un Estado miembro, ya sea la misma expresa [art. 25 RBI *bis*] o tácita [art. 26 RBI *bis*], aunque respecto de esta última la opinión de la doctrina no es pacífica⁴³⁴.

182 En el caso de que se desconozca si la parte demandada está domiciliada en un Estado miembro o en un Estado tercero pueden plantearse dos hipótesis⁴³⁵. La primera: si no consta el lugar concreto donde el sujeto tiene su domicilio ni se tienen indicios probatorios de dónde puede estar, pero su último domicilio se encontraba en un Estado miembro, puede recurrirse a un «foro de rescate» para solventar casos límites: el foro del «último domicilio conocido del demandado» en un Estado

⁴³³ En cambio, las reglas de RyE se aplican cuando la sentencia proviene de un país de la UE.

⁴³⁴ Una parte de la doctrina entiende que este precepto se aplica cuando el demandado está domiciliado en un EM y no cuando está domiciliado en un tercer Estado, como se desprende del tenor literal del mismo art. 6[1] RBI *bis* [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 193]. Otra parte de la doctrina, defiende que la sumisión tácita se aplica igualmente si el demandado está domiciliado en un tercer Estado, que el foro opera sea cual sea el domicilio de las partes «incluso cuando ambas partes estén domiciliadas en terceros Estados», pues el art. 26 RBI *bis* no exige el domicilio de ninguna de las partes en el territorio de los EE. MM. porque se respeta la autonomía de voluntad de ambas partes, que han querido someterse tácitamente, a un tribunal de un EM, y han podido perfectamente prever la aplicación del Reglamento a su pacto tácito de sumisión [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2674]. Así, si se admite que el art. 26 se aplica con independencia del domicilio de la parte demandada en un EM, cabe entender que «se aplicará en todos los casos» [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 121]. Esta posición es también la del TJ el cual ha indicado que «la comparecencia voluntaria del demandado fundamenta la competencia del tribunal de un Estado contratante ante el que el demandante haya formulado la demanda, sin que el domicilio de la demandada resulte pertinente a este respecto» [STJ de 13 de julio de 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399, § 44].

⁴³⁵ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2594-2596.

miembro⁴³⁶. En este caso es aplicable el RBI *bis* y el sujeto podrá ser demandado en dicho Estado [art. 4 RBI *bis*]. La segunda: si no consta el lugar donde el sujeto tiene su domicilio, pero figuran una serie de indicios probatorios que apuntan a que el sujeto tiene su domicilio en un Estado miembro, y no concurre ningún dato más que permita afirmar que el domicilio está en un tercer Estado, en este caso, es preferible considerarlo «domiciliado en la UE», a todos los efectos⁴³⁷.

183 En el caso de que concurriesen varios demandados, uno o unos domiciliados en un Estado miembro, y otro u otros, domiciliados en un tercer Estado, no puede aplicarse el RBI *bis* para hacer competente a un solo tribunal frente a los codemandados no domiciliados en el territorio de la UE⁴³⁸. En estos casos, la cuestión ser regirá por las normas de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales

⁴³⁶ El TJ en el asunto *cit supra*, *Hypoteční banka a.s.* [2011] indicó que «procede considerar que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del artículo 16, apartado 2.º, del Reglamento n.º 44/2001, para conocer de dicha acción en caso de que no logren determinar, con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión», [§ 47]. El caso concreto que se conoce se refiere a un demandado en calidad de «consumidor», sin embargo, el criterio es extensible a todos los demandados pues la propia sentencia incide en que «dicho Reglamento no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una situación de denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado» [§ 55], por lo cual lo que es exigible, en todo caso, es agotar todos los medios disponibles para la averiguación del domicilio del demandado, que exigen a su vez, una diligencia y buena fe del mismo, y una vez, intentados y fallidos dichos medios de investigación en aras a la tutela judicial efectiva del demandante podrá acudir al foro de rescate y considerar domiciliado a la parte demandada en el último domicilio del Estado miembro en el que conste que estuvo efectivamente domiciliada.

⁴³⁷ La STJ de 15 de marzo de 2012 [C-292/10, *de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142], estableció que «el artículo 4, apartado 1.º, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no impide que se aplique el artículo 5, número 3, del mismo Reglamento a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de Internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión» [§ 42].

⁴³⁸ Según la STJ de 11 de abril de 2013 [C-645/11, *Sapir*, ECLI:EU:C:2013:228] el RBI/RBI *bis* «no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión» [§ 55].

conocen del asunto⁴³⁹.

184 El elemento decisivo para la aplicación *ratione personae* del RBI *bis*, también en materia delictual o cuasidelictual, es el domicilio del demandado con independencia de cualquier otro elemento presente en la situación privada internacional como el lugar del daño o la nacionalidad de las partes.

II. Articulación de los foros de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I *bis*

185 El RBI *bis* contiene un conjunto de normas [foros] de CJI bilaterales cuya función es distribuir la competencia entre los Estados miembros. «El “foro de competencia judicial internacional” es la circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales, y que el legislador utiliza para atribuir su conocimiento a sus órganos jurisdiccionales» [J. D. GONZÁLEZ CAMPOS]. La naturaleza de las normas y su función permiten su reparto jerarquizado, de forma que, en determinadas circunstancias, se prefiera la competencia de los tribunales de un Estado a las de otro. Dicho reparto de competencias alcanza efectividad merced al principio de confianza comunitaria, que supone la voluntad de los Estados miembros de no invadir o suplantar la competencia judicial atribuida por el RBI *bis* a otro Estado⁴⁴⁰.

186 El sistema competencial del RBI *bis* tiene una estructura jerarquizada para distribuir la CJI entre los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros de forma organizada. Esta estructura jerárquica se podría comparar con una pirámide que estaría configurada del siguiente modo: primero, en la parte superior, los foros exclusivos del art. 24, a continuación, en un segundo escalón, la sumisión tácita del art. 26, en tercer lugar, la sumisión expresa del art. 25, y para acabar, se encontraría en la base y en plano de igualdad, el foro del domicilio del demandado del art. 4 y los

⁴³⁹ Así en el caso de un litisconsorcio pasivo mixto [comunitario y extracomunitario], p. ej., A es alemana y es acreedora de B y C y D, que son francesa, italiana y canadiense, respectivamente. A se plantea reclamar en Francia, ya que es el domicilio de una de las codemandadas, pero se plantea si puede dirigirla también contra C y D. El tribunal francés solo podrá aplicar el RBI *bis*, art. 8, en relación con las codemandadas B y C con domicilio en Francia e Italia, pero el art. 8 no alcanza a la persona con domicilio en Canadá, que no podrá ser demandada en Francia en base al RBI *bis*. Solo si la legislación procesal francesa, dispone de la posibilidad de demandar a la persona canadiense ante los tribunales franceses por litisconsorcio pasivo podrán éstos conocer de la demanda dirigida contra la ciudadana canadiense, pero nunca con fundamento jurídico en el art. 8 RBI *bis*.

⁴⁴⁰ Los foros de CJI presentan una «vinculación mínima» con el país cuyos tribunales son competentes, una conexión jurisdiccional, y, responden a tres fundamentos diferentes compatibles entre sí [vid. *infra* caso *Wintersteiger* [2012: §§ 27, 31 y 37]: (a) a la seguridad jurídica y economía procesal internacional, (b) a la tutela judicial efectiva, acceso económico a la Justicia por los particulares y reducción de los costes de la litigación internacional, y (c) a una buena administración de la Justicia [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, pp. 361-364].

foros especiales de los arts. 7 a 9 ⁴⁴¹.

a) Foros exclusivos del artículo 24 del Reglamento Bruselas I *bis*

187 El art. 24 RBI *bis* contiene un catálogo de foros de CJL que atribuyen competencia exclusiva, única e inderogable, a los tribunales de un Estado miembro. Se trata de una competencia exclusiva, porque ninguna otra jurisdicción puede conocer del asunto sin incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del RBI *bis* y someterse al riesgo de que su decisión no sea reconocida en los restantes Estados miembros⁴⁴². Como los foros exclusivos operan al margen del domicilio de la parte demandada [art. 6 RBI *bis*], el art. 24 convierte al art. 22 LOPJ en un precepto raramente aplicable⁴⁴³. Las materias afectadas por las competencias exclusivas son cinco: los derechos reales y arrendamientos sobre bienes inmuebles, donde los tribunales exclusivamente competentes son los del Estado donde se encuentra el inmueble [art. 24[1] RBI *bis*]; la validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas que tuvieran su domicilio en un Estado miembro o de decisiones de sus órganos, sobre lo que conocen exclusivamente los tribunales de dicho Estado [art. 24[2] RBI *bis*]; la validez de inscripciones en los registros públicos, en que los tribunales del Estado miembro en que se encontrare el registro serán asimismo exclusivamente competentes [art. 24[3] RBI *bis*]; las inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya solicitado por vía de acción o de excepción, por los que serán exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún convenio internacional o instrumento de la Unión [art. 24[4] RBI *bis*]. A estas cuatro competencias se añade la prevista en el artículo 24[5] RBI *bis* acerca del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, que recae en los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución. Las razones que explican la exclusividad de la competencia sobre estas materias son el interés público o general del Estado del

⁴⁴¹ B. Campuzano Díaz, «La competencia judicial internacional», en A. Rodríguez Benot (dir.) *Manual de Derecho Internacional Privado*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2023, p. 45.

⁴⁴² Ha de entenderse en términos jurídicos, no lógicos. El carácter inderogable o exclusivo de estos foros hace referencia a la imposibilidad de que pueda alterarse la competencia exclusiva por voluntad de las partes litigantes (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 119)

⁴⁴³ Pues se ocupa de las mismas materias, por lo que, cuando éstas se planteen, les será siempre aplicable el art. 24 RBI *bis*. Solo en materias excluidas del RBI *bis*, y en las que el art. 22 LOPJ otorgue competencia exclusiva a los tribunales españoles (registro civil, reconocimiento en España de una sentencia de filiación...), será ésta aplicable.

lugar de situación del inmueble, del domicilio de la persona jurídica, del registro, etc., la materia y la especial proximidad del litigio con el Estado exclusivamente competente⁴⁴⁴.

188 En el tema objeto de estudio, vistas las materias enumeradas, es evidente que la materia delictual o causidelictual no se verá afectada por la exclusividad de ninguna competencia de las que recoge el art. 24 RBI *bis*.

b) El foro de sumisión de las partes (arts. 25 y 26 RBI *bis*)

189 Cuando no exista una competencia exclusiva de un Estado miembro, las partes pueden prorrogar la competencia, tanto tácita (art. 26 RBI *bis*) como expresamente (art. 25 RBI *bis*). De forma expresa, las partes pueden someterse a los tribunales de un Estado miembro mediante un acuerdo atributivo de competencia. Si media esta sumisión expresa, los tribunales elegidos serán los únicos competentes, con exclusión de aquellos que pudieran venir determinados por el foro general o foros especiales, y el incumplimiento por una de las partes de este acuerdo da la acción de responsabilidad por los daños ocasionados a la otra parte cumplidora. Este art. 25 RBI *bis* atribuye competencia única a los tribunales de un Estado miembro elegido por las partes con independencia de su domicilio⁴⁴⁵. El art. 25(1) RBI *bis* fija las condiciones

⁴⁴⁴ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴⁵ Ésta es una innovación del RBI *bis* con relación al RBI, el cual exigía en orden a prorrogar la competencia que, al menos, una de las partes, cualquiera de ellas, tuviera el domicilio en un Estado de la UE (art. 23 RBI).

En este sentido, ¿podrían las partes «internacionalizar» el asunto puramente interno pactando atribuir la CJL a un Estado miembro diferente el cual ninguna relación tiene con la controversia? En el ámbito contractual, el TJUE en el caso *INKRÉAL* (STJ, de 8 de febrero de 2024, C-566/22, ECLI:C:2024:123) ha resuelto que sí. El caso concreto versa sobre un contrato entre dos partes con domicilio en Eslovaquia el cual incluye una cláusula de atribución de CJL a los tribunales de Chequia. El caso, si no fuera por dicha cláusula, es puramente interno; y, el Abogado General, en sus conclusiones de 12.10.2023 sostiene que no existe el elemento de extranjería en el contrato que permita acudir al R1215/2012, y que el carácter interno del litigio funda la imposibilidad de aplicar el citado Reglamento. Según el Abogado General, no puede, por mera voluntad de las partes, internacionalizarse el litigio (§ 31), y, ello, porqué implicaría establecer excepciones a las normas nacionales en materia de competencia y elección del foro, porqué la autonomía de la voluntad no puede invocarse tan ampliamente que deje a las partes la facultad de cuestionar el ámbito de aplicación del Reglamento el cual está limitado a situaciones internacionales, y no a situaciones puramente internas, y, porqué, según el Convenio de la Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de elección de foro, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratantes y la(s) relación(es) entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, está(n) conectad(a)s únicamente con este Estado (art. 1(2)). Sin embargo, el TJ no opta por la posición del AG y declara que la «la existencia de un acuerdo atributivo de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas las partes contratantes demuestra, por sí misma, la incidencia transfronteriza del litigio principal» (§ 25). Y que, la interpretación del art. 25 R1215/2012 debe «efectuarse a la luz de los objetivos de respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y de refuerzo de la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro, expuestos en los considerandos 15, 19 y 22 del Reglamento» (§ 26). Por lo que concluye que el art. 25(1) R1215/2012 debe interpretarse «en el sentido de que un acuerdo atributivo de competencia mediante el cual las partes de un contrato establecidas en

formales que debe cumplir el convenio atributivo de competencia que deberá celebrarse: [a] por escrito o verbalmente con confirmación escrita, [b] en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o [c] en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. El art. 25(2) RBI *bis* considera cumplido el requisito formal del acuerdo de elección del foro cuando se realiza una transmisión por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo⁴⁴⁶. La facultad de sumisión expresa tiene, por un lado, límites por razón de la materia: contratos de seguro [art. 15 RBI *bis*], de consumidores [art. 19 RBI *bis*] y de trabajo [art. 23 RBI *bis*], y, por otro, la naturaleza de la *prorogatio fori*, que no puede operar sobre materias reguladas en el art. 24 RBI *bis*⁴⁴⁷.

190 El art. 26 RBI *bis* contempla la prorrogación tácita, es decir la competencia del Estado miembro ante el que comparece la parte demandada. Esta sumisión no es

un mismo Estado miembro pactan la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro para conocer de los litigios surgidos de ese contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de esta disposición, aun cuando dicho contrato no contenga ningún otro vínculo con ese otro Estado miembro» [§ 39]. Según el TJ, la alternativa de que el tribunal competente se determine con arreglo a las normas nacionales de DIPr de los Estados involucrados generaría una mayor inseguridad jurídica, ya que la aplicación de normas nacionales distintas podría dar lugar a soluciones divergentes. De esta forma, el TJ abre la puerta a que sean las propias partes las que decidan, mediante su voluntad, internacionalizar una situación que desde cualquier otro punto de vista se considera interna. Con la nueva doctrina jurisprudencial, las partes pueden optar, pues, por los tribunales ordinarios de otro Estado de la UE si por razones de celeridad, eficiencia, costes, especialización o cualquier otra razón lo estiman oportuno.

A la vista de este asunto, el mismo debate puede trasladarse en materia extracontractual. ¿Podrían las partes pactar atribuir la CJL a un Estado miembro diferente al que contenga todos los puntos de conexión con el caso e, internacionalizar, de este modo, un asunto interno? Nada obsta para que la misma doctrina jurisprudencial se aplique en sede extracontractual.

⁴⁴⁶ En la STJ de 21 de mayo de 2015 [C-322/14, *El Majdoub*, ECLI:EU:C:2015:334], el TJ trató el caso en el que el demandante en el litigio principal, concesionario de automóviles domiciliado en Colonia (Alemania), adquirió, en el sitio web propiedad de la demandada en el mismo procedimiento, con domicilio social en Amberg (Alemania), un automóvil eléctrico a un precio muy ventajoso. Las condiciones generales de la contratación contenían una cláusula de sumisión en favor de los tribunales de Lovaina (Bélgica). La venta, no obstante, fue cancelada por el vendedor, debido a supuestos daños sufridos por el vehículo que fueron apreciados cuando estaba siendo preparado para el transporte con destino a su entrega al comprador. Se discute si el procedimiento de aceptación de las condiciones generales de contratación que figuran en un sitio web haciendo clic el comprador sobre un enlace que abre una ventana, cumple los requisitos del art. 23(2) RBI. El TJ resuelve que este precepto «debe interpretarse en el sentido de que la técnica de aceptación mediante un “clic” de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato» [§ 40].

⁴⁴⁷ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 131.

operativa en las materias recogidas en el art. 24 RBI *bis*. Sin embargo, opera como un criterio alternativo de atribución de competencia incluso respecto de los foros de protección especial (seguros, consumidores, contratos de trabajo), siempre que en estos casos la parte débil haya sido informada de la posibilidad de impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia⁴⁴⁸. La sumisión tácita prevalece frente a una cláusula de sumisión expresa, en su condición de acto posterior, de manera que la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior⁴⁴⁹. El art. 26 RBI *bis* opera con independencia de si la parte demandada se halla domiciliada en un Estado miembro⁴⁵⁰. El art. 26 RBI *bis* no exige el domicilio de ninguna de las partes en territorio de los Estados miembros porque se respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes que han querido someterse tácitamente a un tribunal de un Estado miembro y que han podido prever la aplicación del art. 26 RBI *bis* a su pacto tácito de sumisión⁴⁵¹. Desde la perspectiva española, siempre que las partes y cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio se sometan tácitamente a un tribunal español, el tribunal español ha de valorar dicha sumisión y aceptar la competencia conforme el art. 26 RBI *bis*, con lo que el concepto de sumisión tácita que pudiese extraerse del art. 22 *bis*(1) LOPJ no será aplicable nunca en el ámbito de aplicación del RBI *bis*⁴⁵².

191 Debe existir una voluntad real de sumisión. De este modo, la actitud de la parte

⁴⁴⁸ El apartado 2.º del art. 26 RBI *bis* es consecuencia de la STJ de 20 de mayo de 2010 (C-111/09, *Bilas*, ECLI:EU:C:2010:290), que, en un asunto que enfrentaba a la compañía de seguros (domiciliada en Chequia) y al asegurado (con domicilio en Eslovaquia) falla que el art. 24 RBI «debe interpretarse en el sentido de que el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de la sección 3 del capítulo II de dicho Reglamento debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal comparecencia constituye una prórroga tácita de la competencia». Así, aunque en aquella época no estaba recogido en el instrumento, el Tribunal ya indicó que «el juez que conoce del asunto siempre está autorizado a asegurarse de que el demandado así emplazado ante él, que no es su juez natural, tiene pleno conocimiento de las consecuencias de su aceptación de comparecer» [§ 32].

⁴⁴⁹ *Vid. infra* nota 454 *Elefanten Schuh* [1981; § 11].

⁴⁵⁰ Aunque el ámbito de aplicación personal del art. 26 RBI *bis* ha sido discutido –*vid. supra* nota 434– en el sentido de si debe entenderse que él mismo solo opera cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro de la UE, o por el contrario, debe operar con independencia de su domicilio, a día de hoy, cabe entender que la opinión más extendida es la de considerar que basta con que las partes se sometan tácitamente a los tribunales de un Estado miembro, cualquiera que sea el domicilio de la parte demandada o de la parte demandante. Esta tesis de la aplicación personal universal del precepto es la que ha defendido también el TJ en el caso *Group Josi* [2000] *cit. supra* nota 434: «el Convenio no se opone, en principio, a que las reglas de competencia que en él se formulan se apliquen a un litigio entre un demandado domiciliado en un Estado contratante y un demandante domiciliado en un país tercero» [§ 59]. Y, más recientemente, en la sentencia de 17 de marzo de 2016 (C-175/15, *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176): «el artículo 24, primera frase, del Reglamento n.º 44/2001 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento» [§ 21].

⁴⁵¹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2671.

⁴⁵² J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 119-122.

demandada en el proceso ha de ser clara y su comparecencia no comportará la sumisión a la competencia del tribunal si dicha comparecencia tuviera por objeto impugnar la competencia, incluso se admite impugnar la competencia y contestar al fondo a título subsidiario⁴⁵³. En tal caso, es necesario que tanto la parte demandada como el órgano jurisdiccional se encuentren en condiciones de comprender que la finalidad primera de la comparecencia de la parte demandada es cuestionar la competencia del tribunal⁴⁵⁴. La interpretación de este límite es uno de los elementos claves del art. 26 RBI *bis*, toda vez que, frente a la rigidez de algunos sistemas internos, como ha sido tradicionalmente el español, en el que la realización de cualquier acto procesal que no fuera interponer en firme la declinatoria implicaba sumisión⁴⁵⁵, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de interpretar con flexibilidad los índices que permiten deducir una comparecencia cuyo fin fundamental es impugnar y no aceptar la competencia⁴⁵⁶.

192 En el caso concreto de responsabilidad cuasidelictual derivada de un accidente de esquí –como se explicará en la sección 2.^a– concurren los foros de sumisión o del juego de la autonomía de la voluntad, pues ningún precepto los excluye

⁴⁵³ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁴⁵⁴ En la STJ de 24 de junio de 1981 [150/80, *Elefanten Schuh*, ECLI:EU:C:1981:148] relativa a la interpretación del art. 18 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, disposición sustancialmente idéntica al art. 26 RBI *bis*, el TJ establece que «la impugnación de la competencia no puede ser posterior al momento de la actuación procesal de la parte considerada, por el Derecho procesal nacional, como la primera actuación de defensa dirigida al juez que conoce del asunto» [§ 16]. Por su parte, la STJ de 27 de febrero de 2014 [C-1/13, *Cartier*, ECLI:EU:C:2014:109] indicó que «no hay sumisión tácita al tribunal que conoce del asunto si el demandado propone una excepción de incompetencia, expresando así su voluntad de no aceptar la competencia de dicho tribunal» [§ 35], y, que la regla también «se aplica asimismo en el supuesto de que el demandado plantee la cuestión de la competencia del juez que conoce del litigio y formule al mismo tiempo pretensiones sobre el fondo del asunto» [§ 37].

⁴⁵⁵ En este sentido, es preferente la voluntad real de la parte demandada y por ello no compartimos en absoluto resoluciones como la dictada por la AP de Oviedo (SAP Oviedo, secc. 5.^a, n.º 54/2018, de 7 de febrero de 2018, ECLI:ES:APO:2018:293) en las que constando una clara intención de la parte demandada de no someterse tácitamente a la jurisdicción de los tribunales españoles «dado traslado de la demanda a la demandada, ésta contestó oponiendo, en primer lugar, la falta de competencia jurisdiccional de los Tribunales de España» [FJ 1.3], se estime la prórroga tácita porque «el demandado no usó el trámite habilitado de la declinatoria, sino que excepcionó la competencia al contestar y ello determina la aplicación del foro de la prórroga tácita» [FJ 2.9].

⁴⁵⁶ En el caso *Elefanten Schuh* [1981] *vid. supra* en nota 454, el TJ falla que «el artículo 18 del Convenio debe ser interpretado en el sentido de que la regla de competencia establecida por dicha disposición no es aplicable cuando el demandado impugna no sólo la competencia sino que además formula pretensiones sobre el fondo del litigio, a condición de que la impugnación de la competencia, si no es previa a la defensa sobre el fondo, no sea posterior a la actuación procesal que conforme al Derecho procesal interno, sea considerada como la primera actuación de defensa dirigida al Juez que conoce del asunto» [§ 17].

o limita. En concreto, el art. 25 RBI *bis* dispone que «si las partes [...] han acordado que un órgano jurisdiccional sea competente para conocer de cualquier litigio que haya surgido [...]», por lo que, acaecido el accidente, las partes, de forma extrajudicial y fruto de la negociación, y siguiendo los requisitos de forma del RBI *bis*, podrán someterse a los tribunales de un Estado miembro. Es cierto que la sumisión expresa antes de la producción del siniestro y nacimiento de la acción no parece operativa pues, en primer lugar, no se puede prever si ocurrirá un accidente en el que se produzcan o se ocasionen daños, y, en segundo lugar, más difícil aún, quien va a resultar perjudicado por el accidente; pero sí podrá operar una vez se conozcan dichas variables, si así lo acuerdan las partes. De igual manera, opera la sumisión tácita si el demandado comparece en las actuaciones con la voluntad de continuar con el procedimiento ante el tribunal en el que el demandante haya presentado la demanda.

c) El foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*)

193 En defecto de operatividad de los foros exclusivos o de la sumisión de las partes, el foro del domicilio de la parte demandada constituye el criterio general de atribución de competencia en el RBI *bis* (art. 4). El domicilio del demandado en un Estado miembro es, asimismo, el criterio que, con carácter general, determina la aplicación de las normas reguladoras de CJL del Reglamento, a excepción de los arts. 18, 21, 24, 25 y 26. Sin embargo, el domicilio es un concepto que admite varios significados y que es entendido de forma diversa por el Derecho de los distintos Estados miembros. El RBI *bis* no contiene un concepto uniforme de domicilio, pero sí disposiciones conflictuales sobre la interpretación de dicho concepto. Así, la concreción del domicilio de las personas físicas en un Estado miembro se rige por la ley de dicho Estado. Si se trata de determinar si una parte está domiciliada en el territorio del foro, el tribunal del Estado miembro aplicará su ley interna (art. 62[1] RBI *bis*), si no estuviere domiciliada en el Estado cuyos tribunales conocieran del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado (art. 62[2] RBI *bis*). En relación con las personas jurídicas, una sociedad u otra persona moral se indica que está domiciliada en el lugar en que se encuentra su sede estatutaria, su administración central, o su centro de actividad principal (art. 63 RBI *bis*)⁴⁵⁷.

194 Las soluciones previstas en el Reglamento no se hallan exentas de problemas. La diferencia de criterios en los distintos Estados miembros puede dar lugar tanto a conflictos positivos como negativos. En el primer caso, dos jueces de sendos Estados

⁴⁵⁷ Para Irlanda y Chipre la expresión «sede estatutaria» se equiparará a la *registered office* y, en caso de que en ningún lugar exista una *registered office*, al *place of incorporation* (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica. Y, para determinar si un *trust* está domiciliado en el EM cuyos órganos jurisdiccionales conocen del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de DIPr (art. 63[2] y [3] RBI *bis*).

miembros pueden considerar domiciliado en su territorio el mismo sujeto. En este conflicto se alcanzaría la solución sirviéndose de los mecanismos previstos en el propio RBI *bis* (litispendencia, conexidad...). En un conflicto negativo, la solución sería más difícil, ninguno de los jueces considera al demandado domiciliado en su Estado, por no cumplir las condiciones previstas por el derecho aplicable para entender que tiene su domicilio en dicho territorio⁴⁵⁸. Esta consideración no solo afecta a la inoperancia del foro del domicilio del demandado, sino que puede llevar a la inaplicación de las normas de competencia previstas en el Reglamento, de manera que sería tratado como no domiciliado en la Unión Europea un demandado, que aun teniendo una conexión con uno o más Estados miembros, la misma no fuera suficiente para tener la consideración de domicilio. Esta consecuencia incita a una interpretación *flexible* del concepto domicilio⁴⁵⁹.

195 En lo que concierna el tema objeto de este estudio, en ausencia de sumisión de las partes, este foro general ofrece seguridad y previsibilidad al causante de un accidente de esquí que deberá de ser demandado ante los tribunales de su domicilio. El foro del domicilio del demandado expresa el favor del derecho respecto del demandado. Se ha considerado que para el demandado resulta beneficioso ser juzgado por su juez natural pues así tiene más facilidades para organizar su defensa⁴⁶⁰. A su vez, no existe un foro del perjudicado, por lo que no se le permite a la

⁴⁵⁸ Conflictos positivos o negativos de domicilio. Así, p.ej., en el caso de domicilios de personas físicas, una persona puede tener, con arreglo a los respectivos derechos nacionales, su domicilio en dos o más Estados miembros del RBI *bis*. En estos casos, el demandante podrá elegir en que país demandar siendo sus tribunales competentes. En el caso de personas jurídicas, podrá el demandante escoger ante qué tribunal desea demandar a partir de los tres criterios materiales que sirven para determinar el domicilio de acuerdo con el art. 63 RBI *bis*. En el caso negativo, es decir, personas no domiciliadas en ningún Estado miembro, pero que sí desarrollan su actividad o su vida en territorios de los Estados miembros, son diversas las teorías y, unas, defienden que en estos casos no podrá litigarse en la UE, lo que está vetado por el art. 6 CEDH (denegación de justicia) y es incompatible con el sistema y objetivo del propio RBI *bis*, y otras teorías, como la teoría del foro de necesidad, defienden que para no dañar la tutela judicial efectiva y salvaguardar el art. 6 CEDH, puede permitirse litigar en un Estado miembro abriendo el foro de necesidad. Este foro no sería admisible si no se acredita que existe un interés efectivo en el supuesto objeto de litigación y una vinculación suficiente con el Estado miembro cuyos tribunales deberían de conocer del asunto. En el caso de personas jurídicas, para evitar la denegación de la justicia, podría considerarse la ficción de considerar domiciliada la sociedad en el Estado miembro en el que desarrolle sus actividades de modo evidente «*Doing Business Rule*» [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2690-2693].

⁴⁵⁹ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁶⁰ La regla según la cual en los litigios internacionales son competentes los tribunales del Estado en cuyo territorio el demandado tiene su domicilio se conoce con el aforismo latino «*actor sequitur forum rei*»: el actor debe acudir al foro del demandado. Esta regla presenta un triple fundamento jurídico-público: (1) el juez natural del demandado es el que tiene más derecho a juzgar a dicho demandado y se le presupone más justo que cualquier otro juez, sin sesgos de parcialidad ni hostilidad. (2) El foro permite una adecuada sustentación del proceso en orden a las pruebas, notificaciones, etc., asegura un proceso

víctima accionar ante los tribunales de su propio domicilio por considerarse inadmisibles la falta de previsión y de seguridad jurídica del que ha de ser demandado, aunque lo cierto es que el foro general, en numerosas ocasiones, también resulta beneficioso para la víctima demandante en términos de economía procesal, pues se trata de un foro previsible que no depende de otras circunstancias del litigio y que le permite, además, una rápida ejecución de la sentencia sobre el patrimonio que posee el deudor en el lugar de su domicilio⁴⁶¹.

d) Foros especiales por razón de la materia (foros de ataque)

196 Un foro especial es aquél que confiere competencia al tribunal por razón de la materia objeto del litigio y su vinculación con el foro. Son foros alternativos al del domicilio del demandado, así, si no existe sumisión, el demandante puede accionar contra el demandado ante los tribunales del Estado miembro en el que conste su domicilio (art. 4 RBI *bis*) o, si lo prefiere, ante los tribunales del Estado miembro en el que concurra el foro especial por razón de la materia correspondiente (arts. 7 a 23 RBI

más veloz y económico, en definitiva, más justo. [3] Visto que es el actor el que tiene que desplazarse al país del demandado para interponer la demanda, solo lo hará si tiene sólidas y fundamentadas razones, en consecuencia, se evitan procesos meramente dilatorios. [4] Y, más recientemente, se ha defendido que la competencia de los tribunales del domicilio del demandado es expresión de la responsabilidad de la comunidad en la que está integrado el demandado. Desde un fundamento jurídico-privado, por lo general, los expertos del DIPr han avalado este foro: [1] es un foro que beneficia al demandado porque le permite organizar su defensa en su propio país y le permite litigar «en casa»; el demandado debe soportar el riesgo derivado de la «internacionalidad de la litigación» [D. Bureau/ H. Muir Watt, *Droit international privé, Tome I Parite générale*, 3.ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 142-145, en J. Carrascosa González, «Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas "I-bis 1215/2012". Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*», *CDT*, marzo, 2019, vol. 11, n.º 1, pp. 112-138, en p. 116], [2] el foro también beneficia al demandante en el sentido que le permite una rápida ejecución de la sentencia pues el patrimonio del demandado suele hallarse en el lugar de su domicilio, [3] el foro reparte las cargas entre las partes de modo equitativo: el actor decide el momento de demandar mientras que no puede decidir en qué lugar demandar ya que debe hacerlo en el lugar del domicilio del demandado; [4] esta regla facilita la agrupación de litigios, y, [5] es un foro previsible para ambas partes. Además, debe recordarse que, el foro del domicilio del demandado ha permanecido como regla clave de competencia judicial internacional en todo el mundo occidental desde hace más de mil años por lo que es un foro consolidado. Ante estos argumentos a favor de dicho foro, existen también posiciones que lo critican y lo tachan, desde un punto de vista privatista, de ineficiente, puesto que no responde *per se* a la idea-principio de proximidad [J. Carrascosa González, «Foro del domicilio...», 2019, *op. cit.*, pp. 117-120]. Las razones que se exponen son [1] la regla *actor sequitur* resulta solo beneficiosa para el demandado, puesto que el «viaje jurisdiccional» lo paga siempre el demandante, [2] dicha regla castiga al demandante con el «viaje jurisdiccional» cuando es la presunta víctima del comportamiento antijurídico y dañoso del demandado, [3] las ventajas que se les presuponen al foro del domicilio del demandado solo son ciertas si éste es el país en el que se sitúan también los bienes litigiosos, es decir, la regla *actor sequitur* solo es eficiente si opera como un *forum patrimonii* o *forum loci patrimonii*, [4] dicha regla beneficia a los Estados pero no siempre a los particulares, pues permite el desarrollo de procesos que respetan la soberanía estatal y evitan procesos infundados, sin embargo, para el particular demandante sigue siendo costoso y no equitativo, y, [5] no por ser un foro antiguo significa que sea «bueno». En consecuencia, J. Carrascosa González, afirma que «la regla *actor sequitur* esconde un foro ineficiente que desincentiva las relaciones internacionales entre particulares» [p. 119].

⁴⁶¹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 57.

bis). Los foros especiales otorgan al demandante una posibilidad adicional de interponer su demanda ante los tribunales de otro Estado miembro diferente al del domicilio del demandado, y por ello, se denominan también foros de ataque. A su vez, estos foros alternativos son, además de foros de CJJ, foros de competencia territorial interna, pues designan directamente el concreto órgano jurisdiccional competente⁴⁶².

197 Estos foros, según la interpretación del Tribunal de Justicia, obedecen a una buena administración de justicia, a un eficaz desarrollo del procedimiento y a una adecuada sustanciación del proceso, así como al principio de proximidad del caso con el tribunal⁴⁶³. Además de la argumentación del TJ, existen otros motivos que justifican la existencia de estos foros especiales, como el hecho de que la existencia de varios foros para litigar «potencia el comercio internacional porque fomenta la confianza de los sujetos del tráfico privado en los operadores jurídicos»⁴⁶⁴ o que la existencia de este tipo de foros incrementa las posibilidades de litigar en el país del propio domicilio, así como su efecto útil, pues ayudan al demandante, lo que, a su vez, implica que solo pueden aplicarse en los supuestos explícitamente recogidos por el Reglamento y no pueden ser expandidos⁴⁶⁵, y, han de ser interpretados de forma estricta, pues son una excepción al foro general del domicilio del demandado⁴⁶⁶.

198 El art. 7 RBI *bis* recoge una lista de diferentes materias a las que el Reglamento

⁴⁶² Son foros con «doble valencia procesal». *Vid. infra* nota 549, caso *Valvo* [2020: § 33] y A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2693-2697).

⁴⁶³ Por ejemplo, en la sentencia de 19 de abril de 2012 [C-532/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220], el TJ señala «como excepción al principio de competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en el artículo 5, número 3, del citado Reglamento se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los órganos jurisdiccionales del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dichos órganos jurisdiccionales por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso» [§ 18].

⁴⁶⁴ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2694.

⁴⁶⁵ Sin embargo, y en materia de obligaciones extracontractuales, y en concreto, en los casos de disociación entre el lugar del acto causal y el lugar de producción del daño, el propio TJ convierte el foro especial recogido en el art. 7(2) RBI *bis* en varios foros de modo que el demandante puede interponer su demanda ante varios Estados miembros [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, pp. 794-795]. Se verá el detalle de lo aquí expuesto en los próximos párrafos al tratar en concreto el foro especial del art. 7(2) RBI *bis*.

⁴⁶⁶ STJ de 5 de junio de 2014 [C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318], «una regla de competencia especial debe interpretarse de modo estricto, sin que quepa una interpretación de la misma que vaya más allá de los supuestos explícitamente contemplados en dicho Reglamento» [§ 45]. En esta sentencia el TJ pudo interpretar el art. 93(5) Reglamento [CE] n.º 40/94 del Consejo, de 20 de septiembre de 1993 y actual art. 125(5) Reglamento [UE] 2017/1001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, estableciendo que el citado precepto solo otorga CJJ a los tribunales del EM donde el demandado cometió el hecho ilícito invocado.

atribuye al demandante la posibilidad de accionar ante un foro especial de competencia alternativo al foro general del domicilio del demandado, siempre que éste esté domiciliado en un Estado miembro. Dichas materias se refieren a asuntos contractuales⁴⁶⁷, a temas delictuales o cuasidelictuales⁴⁶⁸, a acciones por daños o perjuicios o acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal⁴⁶⁹, a la acción civil basada en el derecho a la propiedad encaminada a recuperar un bien cultural e incoada por la propia persona que reclama recuperar el bien⁴⁷⁰, en litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento⁴⁷¹, en litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario de un trust⁴⁷², y, en litigios sobre el pago de la remuneración reclamada en razón del auxilio o el salvamento de los que se haya beneficiado un cargamento o un flete⁴⁷³.

e) Los foros especiales de conexión procesal

199 El artículo 8 RBI *bis* recoge una relación de foros por vinculación procesal que permiten demandar a personas domiciliadas en un Estado miembro por razón de conexidad en casos de litisconsorcio pasivo⁴⁷⁴, en el de ejercicio de acciones de

⁴⁶⁷ «Podrán ser demandadas ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, que, salvo pacto en contra, dicho lugar será el lugar de entrega de las mercaderías que se haya establecido en el contrato cuando se trate de una compraventa de mercaderías, y el lugar del Estado miembro en el que se deban prestar los servicios si se está ante un contrato de prestación de servicios» [art. 7[1] RBI *bis*].

⁴⁶⁸ Como se tendrá ocasión de desarrollar, en materia delictual o cuasidelictual, los responsables podrán ser demandados «ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» [art. 7[2] RBI *bis*].

⁴⁶⁹ Podrán ser demandados «ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso en medida que dicho órgano pueda conocer de la acción civil de acuerdo con su ley» [art. 7[3] RBI *bis*].

⁴⁷⁰ Podrán ser demandados «ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda» [art. 7[4] RBI *bis*].

⁴⁷¹ Podrán ser demandados «ante el órgano jurisdiccional en el que se hallen sitios» [art. 7[5] RBI *bis*].

⁴⁷² Podrán ser demandados «ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*, ya sea éste constituido en aplicación de la ley, o por escrito, o por un acuerdo verbal confirmado por escrito» [art. 7[6] RBI *bis*].

⁴⁷³ Podrá ser demandado «ante el órgano jurisdiccional en cuya jurisdicción el cargamento o el flete haya sido embargado para garantizar dicho pago, o habría podido ser embargado a tal fin, pero se ha presentado una caución o cualquier otra garantía. Este foro solo se aplicará cuando se pretenda que el demandado tenga un derecho sobre el cargamento o flete o que tenía tal derecho en el momento de dicho auxilio o salvamento» [art. 7[7] RBI *bis*].

⁴⁷⁴ Cuando existen varios demandados, el art. 8[1] RBI *bis* permite al demandante presentar la demanda contra todos los codemandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos. En la STJ de 27 de septiembre de 1988 (189/87, *Kalfelis*, ECLI:EU:C:1988:459), el Tribunal dijo que «las personas domiciliadas en el territorio de un Estado

garantía e intervención de terceras personas⁴⁷⁵, en el caso de reconvención⁴⁷⁶, así como en asuntos de acumulación de acciones reales y contractuales⁴⁷⁷ y en caso de

contratante pueden ser demandadas en otro Estado contratante» [§ 7]. Igualmente, la STJ de 11 de abril de 2013 [C-645/11, *Sapir*, ECLI:EU:C:2013:228], el Tribunal refirió que el art. 6[1] RBI «no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión» [§ 56].

⁴⁷⁵ En casos sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso es competente, en virtud del art. 8[2] RBI *bis*, el tribunal que conoce de la demanda principal de acuerdo con cualquiera de los foros del RBI *bis*, salvo que dicha demanda principal se hubiere interpuesto con el único objetivo de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al del domicilio del demandado. En este sentido, *vid.* la STJ de 15 de mayo de 1990 [C-365/88, *Kongreb Agentur*, ECLI:EU:C:1990:203]: «en el supuesto de que una persona, domiciliada en el territorio de un Estado contratante, haya sido demandada ante el Juez de otro Estado contratante con arreglo al inicio y punto 1 del artículo 5 del Convenio de Bruselas, este Juez será competente igualmente, en virtud de lo dispuesto en el inicio y en el punto 2.º del artículo 6 del Convenio, para conocer de una demanda sobre obligaciones de garantía interpuesta contra una persona domiciliada en el territorio de un Estado contratante distinto del Estado del Juez que esté conociendo de la demanda principal» [§ 12].

⁴⁷⁶ La STJ de 13 de julio de 1995 [C-341/93, *Danværn Production*, ECLI:EU:C:1995:239], estableció un concepto de reconvención cuando indicó que «[l]os derechos nacionales de los Estados contratantes distinguen, en general, dos situaciones. En la primera, el demandado invoca, como medio de defensa, la existencia de un crédito contra el demandante que extinguiría, total o parcialmente, el crédito de éste. En la segunda, el demandado pretende, mediante una demanda distinta formulada en el marco del mismo proceso, que se condene al demandante al pago de una cantidad que le adeuda. En este último caso, la pretensión distinta puede referirse a una cantidad superior a la reclamada por el demandante, y puede sustanciarse aun cuando se desestimen las pretensiones deducidas por el demandante» [§ 12]. De la reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamente la demanda inicial conocerá el tribunal que estuviere conociendo de dicha demanda principal en virtud de cualquier foro de competencia previsto en el RBI *bis* [art. 8[3] RBI *bis*]; la STJ de 12 de octubre de 2016 [C-185/15, *Kostanjevec*, ECLI:EU:C:2016:763], indicó: «a este respecto, debe señalarse que el foro especial en materia de reconvención permite a las partes, en interés de una buena administración de la justicia, que se resuelva en el mismo procedimiento y ante el mismo juez acerca de todas sus pretensiones recíprocas que tienen un origen común. De este modo, se evitan múltiples y superfluos procedimientos. En circunstancias como las del asunto principal, debe considerarse que la pretensión de reembolso formulada en la reconvención y basada en un enriquecimiento sin causa se deriva del contrato de arrendamiento financiero que originó la demanda inicial del arrendador. En efecto, el supuesto enriquecimiento por importe de la cantidad abonada en ejecución de la sentencia anulada posteriormente no se habría producido sin dicho contrato. Por tanto, procede estimar que, en tales circunstancias, una pretensión de reembolso formulada en una reconvención y basada en un enriquecimiento sin causa deriva, conforme al artículo 6, punto 3.º, del Reglamento n.º 44/2001, del contrato de arrendamiento financiero celebrado entre las partes del asunto principal» [§§ 37-39].

⁴⁷⁷ Puede acumularse una acción contractual con una acción en materia de derechos reales inmobiliarios de modo que un solo tribunal es competente. Dicho tribunal será el del territorio en el que se halle sito el inmueble [art. 8[4] RBI *bis*]. Los requisitos para accionar este foro son que ambas acciones, personal y real, han de dirigirse contra el mismo demandado y por el mismo actor, el Derecho procesal del país en el que esté situado el inmueble ha de permitir dicha acumulación y el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2703-2704].

conexidad marítima [art. 9 RBI *bis*]⁴⁷⁸. Estos foros operarán en defecto de sumisión. Siempre que exista sumisión de las partes, de forma válida de conformidad con el Reglamento, su autonomía de la voluntad prevalecerá al foro del artículo 8 RBI *bis*.

f) Los foros especiales tuitivos o de protección

200 El RBI *bis* aborda la regulación de la CJI en casos de conflicto con una parte débil a partir del art. 10; son los conocidos foros de protección. Lo relevante en estos supuestos es que, en primer lugar, la actora, como parte débil, puede hacer valer la CJI de los órganos jurisdiccionales de su domicilio (*forum actoris*), y, en segundo lugar, solo cabe acudir a la sumisión expresa una vez el litigio ha surgido, y no antes⁴⁷⁹.

201 De este modo, del artículo 10 al 16, el Reglamento recoge el régimen jurídico relativo a la CJI en materia de seguros. Comprende los contratos de seguros en los que existe una parte débil que merezca protección y los contratos de seguros por grandes riesgos a los que se les aplicará, en primer lugar, dichas reglas especiales del Reglamento⁴⁸⁰. La sección cuarta del capítulo segundo del RBI *bis*, esto es del art. 17 al 19, recoge las reglas sobre competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores. Para que dichas reglas se apliquen es necesario que el sujeto que contrata con una persona consumidora sea un profesional —con independencia del domicilio de dicho profesional—, que se haya celebrado un contrato y que este contrato sea uno de los que contempla el art. 17(1) RBI *bis*, esto es, una venta a plazos de mercaderías, un préstamo a plazo u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes o un contrato dirigido al mercado del consumidor pasivo⁴⁸¹. Y, la sección quinta del mismo capítulo cuarto, formada por los

⁴⁷⁸ «Cuando un órgano jurisdiccional de un EM sea competente para conocer de acciones de responsabilidad derivadas de la utilización o la explotación de un buque, dicho órgano jurisdiccional o cualquier otro que le sustituya en virtud de la ley interna de dicho EM conocerá también de la demanda relativa a la limitación de esta responsabilidad».

⁴⁷⁹ «En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales» [cdo. 18 RBI *bis*].

⁴⁸⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, tomo III, 2022, p. 3393. Se verá en la sección segunda de este capítulo cómo, en atención al objeto de este estudio, la acción directa (acción de naturaleza extracontractual) que faculta al perjudicado a reclamar directamente a la aseguradora de su deudor, en su ejercicio contra la aseguradora del responsable del accidente de esquí y en aplicación de los arts. 11.1 (b) y 13 RBI *bis* (reglas especiales de competencia en materia de seguros) hace posible la operatividad del *forum actoris* en el actor-perjudicado.

⁴⁸¹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3446-3457. Como se ha establecido en la introducción de este trabajo, el estudio trata la responsabilidad extracontractual derivada de los «accidentes propios» de esquí. Se han excluido del trabajo el tratamiento de los «accidentes impropios» en los que la celebración de un contrato de transporte para acceder a las pistas con la empresa explotadora de los remontes mecánicos obligaría a plantearse la aplicabilidad de las reglas especiales

arts. 20 a 23 RBI *bis*, se ocupa de las reglas sobre la competencia en materia de contratos individuales de trabajo. Estas reglas son aplicables a todos los casos en los que el demandante sea un trabajador con independencia del país en el que el empresario tenga su domicilio⁴⁸².

III. Análisis del foro especial en materia delictual o cuasidelictual del lugar del hecho dañoso (7[2] RBI *bis*)

a) Materia delictual o cuasidelictual: concepto

202 El foro nuclear concernido por este trabajo es el correspondiente al lugar del hecho dañoso, que el art. 7[2] RBI *bis* prevé en materia delictual o cuasidelictual [materia objeto de este estudio]. Ahora bien, antes de centrar el trabajo en los accidentes de esquí, se van a estudiar las vicisitudes a las que, hasta el momento, se ha enfrentado la aplicación de este foro y que el Tribunal de Justicia ha ido perfilando en sus resoluciones.

203 La materia delictual y cuasidelictual es un concepto jurídico autónomo que, a los efectos del RBI *bis*, ha de definirse con arreglo a los criterios propios del DIPr europeo y no a los utilizados por los sistemas nacionales de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha dictado numerosas sentencias en relación con la interpretación de este concepto, siendo igualmente útiles las directrices brindadas por el Tribunal a propósito de sus antecesores, el Convenio de Bruselas y el Reglamento Bruselas I, puesto que las normas de estos instrumentos «pueden calificarse de equivalentes»⁴⁸³; por el «principio de continuidad de los conceptos»⁴⁸⁴. Según la jurisprudencia del TJ, el concepto delictual y cuasidelictual comprende toda

de competencia en materia de contratos celebrados con consumidores. Y, en efecto, parece que en atención al art. 17[3] RBI *bis* serían aplicables siempre que dicho contrato de transporte (forfait) se hubiere celebrado de forma combinada con el alojamiento o el viaje por un precio global. En el caso de sufrir un accidente impropio de esquí durante el acceso con la ayuda del remonte mecánico al que se haya accedido mediante el título de transporte adquirido a la vez que el viaje al resorte y/o el alojamiento con un único precio (un todo incluido en un viaje combinado) el accidente a causa del mal funcionamiento del remontador mecánico que diera lugar a una responsabilidad contractual del gestor de este tipo de transporte abriría la posibilidad de la aplicación de las reglas del art. 17 RBI *bis*. Por el contrario, la celebración únicamente del contrato de transporte para su acceso a las pistas queda excluido del ámbito de aplicación de dichas normas especiales.

⁴⁸² A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3529.

⁴⁸³ M. A. Cebrián Salvat, «Estrategia procesal y litigación en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual», *CDT*, vol. 6, n.º 2, pp. 315-329, en p. 321.

⁴⁸⁴ F. Garcimartín Alférez, *op. cit. vid. nota 61*; G. Garriga Suau, *op. cit., vid. nota 58*; A. Muñoz Fernández, *loc. cit., vid. nota 62*.

demanda que no esté relacionada con materia contractual, y «debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual”»⁴⁸⁵. Con esta frase, el Tribunal de Justicia dibujó una noción muy extensa y amplia que comprende toda obligación que no nazca de una relación jurídica libremente asumida por las partes. Así pues, con carácter general, podría afirmarse que es materia extracontractual toda aquella que no sea posible calificar como contractual⁴⁸⁶. Con todo, y con el paso del tiempo, este concepto de materia extracontractual se ha ido modulando y, para que se pueda considerar una acción como extracontractual, han de concentrarse un elemento positivo, que ponga en cuestión la responsabilidad del demandado, y un elemento negativo en el sentido de no poderse calificar la acción como contractual porque no exista un compromiso asumido por las partes o porque no se considere que la acción ejercitada derive de este compromiso⁴⁸⁷; y, un tercer elemento [según reciente jurisprudencia del TJUE] en el sentido que la obligación ha de tener su origen en un hecho dañoso y ha de nacer directamente del comportamiento del demandado, de lo cual se deduce que, si no es así, aun sin poderse calificar de contractual, tampoco podrá calificarse como materia delictual o cuasidelictual a los efectos del art. 7(2) RBI *bis*⁴⁸⁸.

204 La responsabilidad extracontractual generada por un daño causado a un tercero ya sea una responsabilidad objetiva o por culpa, por acción o por omisión es

⁴⁸⁵ *Kalfelis* [1988] *cit.*, *supra* nota 474: «debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1.º del artículo 5» [§ 18].

⁴⁸⁶ Sin embargo, desde el caso, *cit. supra* nota 67, *Hrvatske Šume* [2021] esta noción general no puede acoger la calificación del enriquecimiento injusto como materia no contractual, al menos, no en sede del conflicto de jurisdicciones. Por lo que parece, que, al fin y al cabo, no toda materia que no pueda calificarse como contractual se incardinará *per se* en la categoría de materia extracontractual a efectos de la operatividad del foro de ataque del art. 7(2) RBI *bis*.

⁴⁸⁷ M. A. Cebrián Salvat, *loc. cit.*, p. 323. P. ej., *vid.* en el caso *Granarolo* [2016] *cit. supra* nota 67, como el TJ indica que en el caso de una relación comercial duradera que pueda acreditarse en base a una serie de elementos concordantes como la existencia de las relaciones al largo del tiempo, la buena fe de las partes, la regularidad de las transacciones y evolución del tiempo en términos de cantidad y de valor, de eventuales acuerdos sobre los precios facturados o sobre los descuentos aplicados, a pesar de que no exista un contrato escrito, se considera como materia contractual a los efectos del foro contractual del art. 5(1) RBI [§§ 26 y 27], o en otras palabras, que la acción ejercitada en este marco no es de naturaleza delictual o cuasidelictual a los efectos del art. 5(3) RBI [§ 28]. El TJ crea una calificación contractual en el caso de que exista una obligación tácita.

⁴⁸⁸ *Vid. supra*, *Hrvatske Šume* [[2021] § 55-56] a propósito de la calificación de la acción de restitución por razón de un enriquecimiento injusto, que, «no puede estar comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001» [§ 56]. *Vid. infra* nota 497 *in fine* comentario de M. Orozco Hermoso, «Acciones por enriquecimiento injusto y competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, C- 242/20, *Hrvatske Šume*».

materia del artículo 7(2) RBI *bis*⁴⁸⁹. Desde esta perspectiva, este artículo cubre un amplio campo de obligaciones extracontractuales: accidentes de esquí, accidentes de tráfico, daños derivados de tratamientos médicos, vulneración de los derechos de la personalidad, vulneración de los derechos fundamentales constitucionales y derechos recogidos por el Derecho de la Unión Europea (como el derecho a la libre circulación de personas), daños derivados de ilícitos *antitrust* y competencia desleal, responsabilidad de un abogado y de un empresario por haber redactado de manera equivocada un contrato de forma que se cause daño a un tercero, vulneración de patentes, marcas, propiedad intelectual y demás derechos incorporales, daños a la propiedad física, usurpación de nombre de dominio en Internet, responsabilidad derivada de ilícito penal, daños derivados de huelgas y conflictos colectivos, responsabilidad civil derivada de daños causados por productos defectuosos, daños al medioambiente, daños derivados de falsificaciones y engaños en general y de las llevadas en los mercados de capitales en particular, daños derivados de una omisión cuando existe un deber legal de actuar, etcétera⁴⁹⁰.

b) Acciones amparadas por el artículo 7(2) del Reglamento Bruselas I *bis*

205 Las acciones cubiertas por el art. 7(2) RBI *bis* son muy diversas, entre otras: acciones de resarcimiento o de indemnización derivadas de un daño⁴⁹¹; acciones de

⁴⁸⁹ En este sentido, se ha indicado que el TJ es favorable al concepto amplio de responsabilidad extracontractual. A modo de ejemplo, *vid.* el caso *Henkel* [2002] *cit. supra* nota 67, en el que el TJ consideró que una acción judicial preventiva, como la que se pretendía en el supuesto, y entablada por una asociación para la protección de los consumidores y con el objeto de obtener la prohibición del uso por el comerciante de cláusulas consideraras abusivas en los contratos celebrados con particulares, estaba comprendida dentro del carácter delictual o cuasidelictual del RBI.

⁴⁹⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3783-3790.

⁴⁹¹ *Vid.* la STJ de 29 de julio de 2019 [C-451/18, *Tibor-Trans*, ECLI:EU:C:2019:635], sobre la petición presentada por Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft., sociedad de Derecho húngaro, y DAF Trucks NV, sociedad de Derecho neerlandés, en relación con la interposición de una acción de daños y perjuicios para obtener resarcimiento del perjuicio supuestamente causado por la infracción del artículo 101 TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [DO 1994, L, 1, p. 3]. En él se discute el alcance del foro del lugar del daño en una acción indemnizatoria de un perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE, consistente, en particular, en la celebración de acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de camiones, y, en este caso, pudo considerarse que «el “lugar donde se haya producido el hecho dañoso” se refiere al lugar del mercado afectado por dicha infracción, a saber, el lugar donde se han falseado los precios de mercado y en el cual la víctima alega haber sufrido este perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante en el cártel controvertido con el que la víctima no estableció relaciones contractuales» (§ 37). En el asunto C-498/20, *BMA Nederland*, resuelto por STJ de 10 de marzo de 2022 [ECLI:EU:C:2022:173] se interpreta que es competente para conocer de una acción colectiva de indemnización por daños y perjuicios en materia delictual y cuasidelictual que el administrador de dicha sociedad ejercita en el marco de su función legal

cesación de una conducta⁴⁹², comportamiento o actividad⁴⁹³; acciones de exoneración de responsabilidad no contractual o de negación de la existencia de dicha responsabilidad que se utilizan para obtener de un tribunal un pronunciamiento declarativo en el que se hace constar que un sujeto no ha vulnerado y/o no está vulnerando un derecho del que es titular un tercero y que por lo tanto no está incurriendo en ninguna responsabilidad jurídica extracontractual⁴⁹⁴; acciones de

de liquidar la masa en favor del conjunto de los acreedores, el órgano jurisdiccional del lugar del establecimiento de una sociedad cuyas deudas han pasado a ser incobrables, porque la sociedad matriz cabecera de esa sociedad incumplió su deber de diligencia para con sus acreedores (§ 40).

⁴⁹² *Vid.*, p. ej., la STJ de 25 de octubre de 2011 [C-509/09, *eDate Advertising*, ECLI:EU:C:2011:685], caso en el que el Sr. X ejercita una acción de cesación contra eDate Advertising con el fin de que dejara de informar sobre los hechos cometidos por X en el pasado mencionando su persona con el nombre completo. También en el asunto acumulado en la misma resolución [C-161/10] en el que un actor francés, Olivier Martínez, denuncia intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen a propósito de un texto publicado a una dirección web.

⁴⁹³ Las acciones de cesación que pretenden que el tribunal ordene poner fin a un comportamiento o conducta que la actora considera lesivo para sus intereses están incluidas en el ámbito de aplicación del art. 7(2) RBL *bis*. Así, p. ej., en el caso *Wintersteiger AG* [2012] *cit. supra* nota 463, se ejercitó una acción de cesación por parte de la sociedad Wintersteiger AG quien sostenía que la empresa Products 4U al haberse reservado la palabra clave «wintersteiger» para el marco publicitario AdWords en Internet, google.de. estaba vulnerando su marca austríaca. Del mismo modo, en el caso *ČEZ* [2006] *cit. supra* nota 424, se ejercitó la acción negatoria, calificada como de cesación, cuando se pretendió que cesara la actividad por la que radiaciones ionizantes procedentes de una central nuclear sita en Tamelin, en la República Checa, dañaban terrenos agrícolas, sitios en Austria.

⁴⁹⁴ El caso *cit. supra* nota 335, visto por la AP Lleida [ECLI:ES:APL:2013:30] en el cual la parte demandante, la aseguradora Seguros Catalana Occidente, Cía. de Seguros y de Reaseguros SA pretendía que se declarara la no responsabilidad de su asegurada, Baqueira Beret SA, en un accidente de esquí acaecido en sus pistas de esquí de Baqueira Beret en el que resultó lesionada una esquiadora francesa, es un ejemplo. Sin embargo, el tribunal no entró a resolver la cuestión indicando que la demandante carecía de interés legítimo para dirigirse contra Baqueira Beret SA (FD 1.5). Otro ejemplo: el caso de la STJ de 25 de octubre de 2012 [C-133/11, *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:664 [§ 36-37]], supuesto en el que Folien Fischer, sociedad domiciliada en Suiza, se dedica al desarrollo, fabricación venta de productos de papel plastificado y láminas plásticas. Comercializa, particularmente en Alemania, material de soporte para formularios de tarjetas en rollo continuo. Por su parte, Fofitec, que también tiene su domicilio social en Suiza y que pertenece al grupo de empresas de Folien Fischer, es titular de patentes que protegen determinados formularios para la transmisión de un escrito junto con un carné de miembro o similar, así como el material de soporte para esos formularios de tarjetas. Ritrama, entidad con domicilio social en Italia, desarrolla, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos. Ritrama denunció como contrarias al Derecho de la competencia la política de distribución de Folien Fischer y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes. Tras la recepción del mencionado escrito, Folien Fischer y Fofitec ejercitaron ante el *Landgericht Hamburg* (Alemania) una acción declarativa negativa al objeto de que se declarara que Folien Fischer no estaba obligada a abandonar sus prácticas comerciales en lo relativo a los descuentos y el contenido de los contratos de distribución. El asunto llega al tribunal de casación, Tribunal Federal alemán, el *Bundesgerichtshof*, el cual se plantea si la competencia judicial prevista en el art. 5(3) RBL también está fundada cuando el autor potencial del daño ejercita una acción declarativa negativa. Al respecto, el TJ hace constar que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición. Considerando la jurisprudencia del TJ [*vid. supra Kalfelis* [1988]] en la que se determinó que «el 5. 3.º CB abarca todas las demandas dirigidas a exigir responsabilidad de un demandante que no esté relacionada con la materia contractual» (§18), han de cumplirse dos requisitos en el criterio de calificación de la acción: el primero, requisito positivo,

ejercicio del derecho de réplica o contestación y de rectificación [de utilización muy frecuente en el ámbito de los derechos de la intimidad, la propia imagen y derecho al honor de las personas físicas]⁴⁹⁵; acciones de responsabilidad precontractual⁴⁹⁶;

correspondiente al objeto de la acción, es decir, a la declaración de responsabilidad del demandado y el segundo, requisito negativo, correspondiente a la causa de la acción, es decir si es una responsabilidad contractual o extracontractual. En el caso *Folien Fischer*, y así lo apuntaba el Abogado General en sus conclusiones, presentadas el 19 de abril de 2012, [ECLI:EU:C:2012:226 [§§ 45-46]] no estaba claro que concurriese el primero de los requisitos, porque la acción declarativa negativa no tiene por objeto que se establezca y se declare la responsabilidad del demandado, como exigía la jurisprudencia hasta el momento, sino que el objeto de la acción era excluirla. A ello, el TJ, en la sentencia de dicho caso, *Folien Fischer*, subraya la particularidad de una acción declarativa negativa que estriba en el hecho de que el demandante pretende que se declare que no existen los presupuestos de una responsabilidad de la que se derivaría un derecho de reparación en beneficio del demandado. Y, en este contexto, en esta acción declarativa negativa hay una inversión de los papeles tradicionales en materia delictual, puesto que el demandante es el deudor potencial de un derecho de crédito derivado de un acto ilícito mientras que el demandado es la presunta víctima de dicho acto ilícito. Ahora bien, precisa el TJ, dicha inversión de los papeles no es suficiente para excluir a una acción declarativa negativa del ámbito de aplicación del artículo 5(3) RBI. En efecto, no se ven alterados los objetivos de previsibilidad del foro y de seguridad jurídica que gobiernan el Reglamento, pues nada tienen que ver con el rol respectivo del demandante y demandado. Es cierto que los intereses que persigue el demandado en el ejercicio de una acción declarativa negativa son diferentes al que ejercita una acción declarativa de la responsabilidad que busca que el demandado sea declarado responsable de un perjuicio y se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios, pero es igual de cierto, que en el ejercicio de ambas acciones el examen que realiza el tribunal que conoce del asunto recae esencialmente sobre los mismos elementos de hecho y de derecho. De este modo, la especificidad de la acción negativa carece de incidencia sobre el examen que un tribunal nacional debe efectuar para verificar su competencia judicial en materia extracontractual, puesto que se trata únicamente de determinar si existe un punto de conexión con el Estado del foro [§§ 41 a 52]. Por lo tanto, justifica el TJ: «a los efectos de determinar la competencia de los tribunales nacionales, una acción declarativa negativa no está excluida del ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento n.º 44/2001» [§ 54]. En efecto, se produjo, así, un cambio en la noción de acción que abrió la puerta a las acciones declarativas negativas constituyendo las mismas el requisito positivo del criterio de calificación de la acción, en el sentido del art. 7(2) del Reglamento vigente. *Vid.* comentario de C. Oró Martínez, «Las acciones declarativas negativas y el art. 5(3) del Reglamento Bruselas I bis», *AEDIPr*, n.º 11, 2011, pp. 185-206.

⁴⁹⁵ En la STJ de 17 de octubre de 2017 [C-194/16, *Handel*, ECLI:EU:C:2017:766], caso en el que en el marco de un litigio entre *Bolagsupplysningen OÜ* e *Ingrid IIsjan*, por un lado, y *Svensk Handel AB*, por otro, en relación con determinadas pretensiones de rectificación de información supuestamente inexacta publicada en el sitio de Internet de esta última, de supresión de comentarios relativos a esta información en un foro de discusión del mencionado sitio y de indemnización del perjuicio presuntamente sufrido. En este sentido el TJ resolvió que «el artículo 7, punto 2.º, del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una persona que alega que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de estos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible» [§ 45].

⁴⁹⁶ Por ejemplo, la ruptura injustificada de negociaciones se incluye también dentro del ámbito del art. 7(2) RBI *bis*. En el caso *Tacconi* [2002] *vid. supra* nota 67, *Tacconi* demandó a *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)* ante el *Tribunale di Perugia* con el fin de que se declarara que HWS y la sociedad de arrendamiento financiero BN [Commercio e Finanza SpA] no habían celebrado un contrato de venta de una fundidora automática, siendo así que BN y *Tacconi* ya habían celebrado, con el

acciones derivadas de cuasicontratos⁴⁹⁷; acciones colectivas de inhibición o acciones

consentimiento de HWS, un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto la citada fundidora automática. Según Tacconi, no se había celebrado el contrato entre HWS y BN debido a la negativa injustificada de HWS a proceder a la venta y, por consiguiente, debido al incumplimiento por la citada sociedad de las obligaciones de lealtad y buena fe que deben observarse. De esta forma, HWS defraudó la confianza legítima de Tacconi, que había contado con que se celebrara el contrato de venta. Por lo tanto, Tacconi solicitaba que se condenara a HWS a reparar todos los perjuicios que supuestamente le había irrogado, perjuicios cuyo importe evaluaba en 3.000 millones de ITL (unos 2M€). El TJ resolvió que, en el supuesto de «inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato y (...) eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas» [§ 27].

⁴⁹⁷ La STJ del caso *Sapir* [2013] cit. *supra* nota 474, trata sobre la producción de un cobro de lo indebido. En este caso, el Sr. Julius Busse era propietario de un terreno situado en el territorio antes perteneciente a Berlín-Este. Durante el régimen nacionalsocialista, fue perseguido por éste y, en 1938, fue obligado a ceder su terreno a un tercero. Después, este terreno fue expropiado por la República Democrática Alemana y posteriormente fue incluido, con otros territorios pertenecientes a dicho Estado, en una operación de concentración parcelaria. A raíz de la reunificación alemana, la unidad inmobiliaria obtenida de este modo pasó a ser, en parte, propiedad del Land Berlin y, en parte, propiedad de la República Federal Alemana. Como consecuencia de una expropiación los causahabientes del propietario de la finca expropiada solicitaron la reversión de la parte de una unidad inmobiliaria en la que se concentró dicha finca. Esta finca, juntamente con toda la concentración parcelaria, fue vendida por la República Federal Alemana y el Land Berlín a un inversor. Después de la venta, la autoridad competente resolvió que los causahabientes no tenían derecho a la reversión pero sí al abono de lo que correspondiera de los ingresos de la venta, incluso al valor del mercado del bien. Se condenó a Land Berlín a efectuar los abonos a los causahabientes. Sin embargo, al efectuar el pago, el Land Berlin se equivocó en perjuicio de uno de ellos, que reclamó la parte que le correspondía. Al darse cuenta del error el Land Berlin reclama a los perceptores la devolución de la cantidad recibida en exceso por enriquecimiento sin causa. El TJ resolvió que el concepto de «materia civil y mercantil» incluye una acción de repetición de lo indebido en el supuesto de que un organismo público, al que una autoridad creada por una ley reparadora de las persecuciones llevadas a cabo por un régimen totalitario obliga a devolver a un perjudicado, en concepto de indemnización, una parte de los ingresos procedentes de la venta de un inmueble, hubiese abonado a dicha persona, por un error accidental, todo el importe del precio de venta y demandase posteriormente en vía judicial el cobro de lo indebido [§ 38]. Y, si bien, en este asunto el Tribunal no entró en la naturaleza de este enriquecimiento sin causa, sí indica que está dentro del ámbito material de aplicación del RBI y nada de lo que refiere permite intuir lo que en el asunto *Hrvatske Šume* [2021] se falla a propósito de una acción por enriquecimiento injusto o sin causa y su naturaleza contractual o delictual. Conforme a esta última resolución del Tribunal, el enriquecimiento injusto es materia extracontractual en el ámbito de los conflictos de leyes (ex. art. 10 RRII) pero no lo es para el foro de competencia del art. 7(2) RBI *bis*. Para el Tribunal, «las acciones relativas a la materia delictual o cuasidelictual (...) y el concepto de “materia delictual o cuasidelictual” en el sentido del artículo 5, punto 3, del Reglamento 44/2001, abarca toda pretensión por la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a) del Reglamento» [§ 42], continua diciendo que «una acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto se basa en una obligación que no tiene su origen en un hecho dañoso. En efecto, esta obligación nace independientemente del comportamiento del demandado, de modo que no existe una relación de causalidad que pueda establecerse entre el daño y un posible acto u omisión ilícitos cometidos por este» [§ 55]. Entonces, concluye que este tipo de acciones no pueden estar comprendidas en la materia delictual o cuasidelictual del art. 5(3) RBI [§ 56]. Así, existen obligaciones de fuente no contractual que sin embargo no pueden ser consideradas como pertenecientes al ámbito de la materia delictual o cuasidelictual por no tener la responsabilidad del cual se atribuya y exija al demandado su origen en un hecho ilícito. Para un análisis detallado de esta resolución *vid.* M. Orozco Hermoso, «Acciones por enriquecimiento injusto y competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, C-

legales preventivas que ejercitan ciertos grupos de sujetos, asociaciones o instituciones, como los consumidores para obligar a ciertos empresarios a no utilizar determinadas «condiciones generales de la contratación» en un país concreto o a abstenerse de ciertos comportamientos desleales en el mercado para evitar daños todavía no verificados pero que podrían verificarse en el futuro^{49B}.

206 Definido el supuesto de hecho de la norma de competencia, el art. 7[2] RBI *bis* indica como foro especial en la materia, alternativo al foro general del domicilio del demandado, el del lugar «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». Para comprender el alcance de este foro se debe tener en cuenta qué significa «daño», a quien ha de afectar este daño y quien puede causarlo, y, muy importante también, qué se entiende por el «lugar del daño» y qué ocurre en los

242/20, Hrvatske Šume», *La Ley Unión Europea* n.º 102, abril 2022, pp. 1-27. En nuestra opinión esta decisión rompe el principio de coherencia (sobre él, S. Sánchez Lorenzo, «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *loc. cit.*, *supra* nota 56] según el cual los términos del RBI *bis*, RRI y RRII han de interpretarse de la forma más conciliatoria posible (cdos. 7 RRI, 7 RRII, 10 RRIII). Es sabido que la noción «extracontractual» es más amplia que la de «materia delictual o cuasidelictual» (v. gr., en el «Roma II»), pero a los efectos del RBI *bis* parecía lógico que la materia que no fuera contractual fuera delictual o cuasidelictual; esta idea se ha desvanecido con esta resolución. El texto de la sentencia se focaliza en la necesidad de que para aplicar el foro del 7[2] RBI *bis* es requisito que la responsabilidad derive de un hecho dañoso lo que no parece casar con su anterior jurisprudencia que calificó la *culpa in contrahendo* como materia delictual o cuasidelictual (en el caso *vid. supra, Tacconi* [2002]) a pesar de que la responsabilidad que se genera precontractualmente no depende de ningún hecho dañoso. Sería deseable mantener la correspondencia entre el Reglamento «Roma II» que recoge el enriquecimiento injusto en su art. 10 y el RBI *bis*, de suerte que éste reputara las acciones derivadas de él como delictuales o cuasidelictuales y, por tanto, las incluyera dentro del marco del art. 7[2] RBI *bis*. Sin embargo, recientemente, el TJ en el marco de una rescisión de precontrato relativo a la futura celebración de un contrato de franquicia ha calificado el hecho como materia contractual en el sentido del art. 7[1] RBI *bis* y ha resuelto que a efectos de la CJl el precontrato en cuestión no constituía una prestación de servicios por lo que el foro competencial vino determinado, en este caso, por el art. 7.1[a] RBI *bis* (STJ de 14 de septiembre de 2023, C-393/22, *Extéria*, ECLI:EU:C:2023:675).

^{49B} *Vid. supra* la STJ del caso *Henkel* [2002]. El Sr. Henkel, comerciante con domicilio social en Munich (Alemania), que organiza excursiones publicitarias, en particular en Austria, utiliza en el marco de sus relaciones contractuales con consumidores residentes en Viena (Austria), condiciones generales de contratación que VKI (*Verein für Konsumenteninformation*) una asociación sin ánimo de lucro cuyo objeto consiste en la protección de los consumidores y la defensa de sus intereses, consideraba contrarias a determinadas disposiciones de la legislación austriaca. Mediante una acción de interés colectivo entablada ante el *Handelsgericht Wien*, el VKI solicitó que se dictara una orden conminatoria judicial para prohibir a Henkel el uso de las cláusulas objeto del litigio en los contratos que celebraba con clientes austriacos. Henkel alegó la incompetencia de los órganos jurisdiccionales austriacos. Consideró que la acción de VKI no podía calificarse de delictual o cuasidelictual en el sentido del art. 5[3] CB, debido a que no se produjo ningún comportamiento lesivo ni se sufrió un perjuicio dentro de la circunscripción del órgano jurisdiccional que conoció de la demanda. Por considerar que VKI no alegaba un perjuicio de origen delictual, el *Handelsgericht Wien* se declaró incompetente. Esta resolución fue apelada al *Oberlandesgericht Wien*, que planteó la cuestión al TJ, el cual consideró que: «una acción judicial preventiva, entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con particulares es de carácter delictual o cuasidelictual en el sentido del artículo 5, número 3, de dicho Convenio» (§ 50).

supuestos de «disociación del hecho dañoso» y en los casos de «plurilocalización del daño».

c) El daño y la víctima «directos»

207 ¿A qué tipo de daños se refiere el Reglamento Bruselas I *bis*? El aspecto relevante para el art. 7(2) RBI *bis* es el lugar donde se comprueba el daño directo (el daño indirecto, de rebote o las consecuencias indirectas son irrelevantes)⁴⁹⁹. Y, puede ocurrir que este daño directo despliegue sus efectos perjudiciales en un lugar diferente al de la acción generadora del daño, en cuyo caso se estará ante un daño directo a distancia.

208 El daño directo es el que sufre la víctima inmediata del hecho dañoso, tanto si afecta a su persona como si afecta a sus bienes, ya se haya producido dicho daño en el mismo lugar que despliega sus perjuicios o se hubiese producido en sitio distinto del que extiende el daño. El lugar relevante para el art. 7(2) RBI *bis* es el «lugar del daño directo», coincida éste con el lugar de su producción o no. En cambio, lo que no es relevante para el foro estudiado es el daño indirecto ni el lugar donde pueda comprobarse éste. Por eso, se insiste, en que el Tribunal de Justicia ha enfatizado que

⁴⁹⁹ Los daños indirectos son los que sufre una persona como consecuencia de los daños directos que otra experimenta. Se denominan daños reflejos, daños por rebote, daños mediatos e incluso daños por carambola (en la doctrina francesa, *dommage par ricochet*). Pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Por ejemplo, en el asunto que trató la sentencia del TJ, de 10 de junio de 2004 (asunto C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364), se dictaminó que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar (§ 22), es decir, no engloba a los daños indirectos. Los hechos en este caso fueron los siguientes: Kronhofer, con domicilio en Austria, celebró por teléfono un contrato sobre opciones de compra de acciones, sin ser advertido supuestamente de los riesgos de la operación. Kronhofer transfirió un importe de dinero a una cuenta de inversión gestionada por Protectas en Alemania y dicho importe se utilizó para adquirir en la Bolsa de Londres opciones de compra de carácter extremadamente especulativo. Kronhofer sufrió pérdidas económicas. En consecuencia, Kronhofer demanda en Austria e indica que Austria es el lugar donde ha sobrevenido el daño al ser el del domicilio del perjudicado. Se desestimó. Se recurrió. El tribunal se declaró incompetente al resolver que el daño no se había producido en Austria. Se recurrió y se planteó la cuestión prejudicial acerca de la interpretación que había de darse el lugar del daño en el caso de uno puramente patrimonial producido como consecuencia de la inversión de parte del patrimonio de la persona perjudicada. Y, en una situación como la de este asunto, el TJ resolvió que dicho lugar no engloba aquél en el que se han verificado las pérdidas patrimoniales, ya que dicha interpretación haría que la determinación de los tribunales competentes dependiese de circunstancias inciertas, tales como el lugar donde se hallase «el centro del patrimonio» de la víctima, y sería por ello contraria al fortalecimiento de la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad que, al permitir al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitarse una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado, constituye uno de los objetivos del Convenio. Además, expresó el TJ, esa interpretación llevaría en la mayor parte de los casos a reconocer la competencia de los tribunales del domicilio del demandante, a lo que se muestra contrario el Convenio (§ 20). En efecto, «dicho concepto no comprende el lugar del domicilio del demandante en el que se localice el centro de su patrimonio solo por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado contratante» (§ 21).

no se considera «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», el 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 miembro⁵⁰⁰.

209 El perjudicado directo del hecho dañoso es la víctima del daño al que se refiere el artículo 7(2) RBI *bis*, quien sufre el daño, bien sea en su esfera personal o patrimonial. Sin embargo, en determinados supuestos, algunas personas experimentan un daño indirecto como consecuencia de daños infligidos directamente a otra persona, bien o derecho. En estos casos, los sujetos perjudicados indirectamente no pueden utilizar el foro del art. 7(2) RBI *bis* para demandar en el Estado miembro en cuyo territorio han sufrido ese daño indirecto o de daño rebote. Esta disposición solo permite a la presunta víctima directa del daño presentar su demanda ante el tribunal del lugar donde ha ocurrido el daño que le ha afectado directamente a su persona, bien o derecho. Y es que el lugar de producción del daño indirecto resultaría un foro completamente imprevisible para la parte demandada⁵⁰¹, presunta responsable del daño, lo que contraviene la idea inspiradora básica del RBI *bis*⁵⁰².

210 El daño directo a bienes físicos se padece en el lugar donde se encuentra el

⁵⁰⁰ Vid. la STJ de 19 de septiembre de 1995 [C-364/93, *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289], caso en el que el Marinari, con domicilio en Italia, depositó en la filial de Manchester del Lloyd's Bank, con domicilio social en Londres, un paquete de pagarés (*promissory notes*) cuyo contravalor era de 752.500.000 USD, emitidos en la provincia de Negros Oriental de la República de Filipinas en favor de la Zubaidi Trading Company, de Beirut. Los empleados del banco, después de abrir el pliego, se negaron a restituir las «*promissory notes*» y pusieron en conocimiento de la policía la existencia de tales efectos, declarándolos de procedencia dudosa, lo que dio lugar a la detención de Marinari y a la incautación de las «*promissory notes*». Tras haber sido absuelto por la justicia inglesa, Marinari formuló demanda ante el *Tribunale di Pisa* solicitando que se condenara al Lloyd's Bank a reparar los daños ocasionados por el comportamiento de sus empleados. De los autos del proceso nacional se desprende que la demanda de Marinari tiene por objeto, por una parte, que se le abone el contravalor de los pagarés y, por otra, obtener la reparación de los daños y perjuicios que alega haber sufrido como consecuencia de su detención, así como del incumplimiento de varios contratos y del menoscabo de su reputación. Debido a que el Lloyd's Bank propuso la excepción de falta de jurisdicción de los Tribunales italianos, basándose en que el daño, fundamento de la competencia *ratione loci*, se había producido en Inglaterra, Marinari, apoyado por la sociedad Zubaidi, presentó escrito solicitando se resolviese sobre la cuestión de competencia. El TJ resolvió que el foro del lugar del daño «no incluye el lugar en el que la víctima [...] alega haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado contratante» [§ 15].

⁵⁰¹ El cdo. 15 RBI *bis* expone que las normas de CJI deben presentar un alto grado de previsibilidad. Este alto grado de previsibilidad implica que las partes litigantes puedan fácilmente determinar el órgano jurisdiccional ante el cual pueden ejercitar sus acciones y ser demandados.

⁵⁰² Vid. la STJ de 11 de enero de 1990 [C-220/88, *Dumez*, ECLI:EU:C:1990:8], caso en el que la sociedad *Dumez*, cuya matriz está domiciliada en Francia, persigue la reparación del daño que pretende haber sufrido por el estado de insolvencia de sus filiales domiciliadas en Alemania. La insolvencia vendría provocada por el abandono de un programa de construcción de inmuebles que debería de haberse

bien material que se ha visto presuntamente perjudicado, aunque la acción dañosa se haya producido en distinto lugar, como, p. ej., el lugar donde radica una plantación que es contaminada⁵⁰³, el lugar donde radica un bien inmueble que se ha dañado⁵⁰⁴, un mueble destruido o perjudicado o el lugar donde se encuentra la persona que ha sufrido unas lesiones⁵⁰⁵. Cuando son bienes inmateriales los que se han dañado, el

construido en Alemania a instancias de un promotor alemán. El abandono fue supuestamente provocado por la revocación al promotor de los créditos concedidos por los bancos alemanes. La demanda se presenta en Francia y los bancos alemanes plantean excepción de falta de competencia con el argumento de que el daño inicial lo experimentan las filiales de *Dumez* y otros en Alemania, y que solo indirectamente sufrieron las matrices francesas. El TJ resuelve que el art. 5(3) CB, actual 7(2) RBI *bis* «no puede interpretarse de manera tal que legitime a un demandante que invoque un daño del que afirme ser la consecuencia del perjuicio sufrido por terceros, víctimas directas del hecho dañoso, para demandar al autor de este hecho ante los tribunales competentes en virtud del lugar en el que el propio demandante haya experimentado el daño en su propio patrimonio» [§ 22].

⁵⁰³ Vid. p. ej., la STJ de 30 de noviembre de 1976 [21/76, *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166], caso en el que se reclama por unos daños sufridos en unas plantaciones; se trata de daños directos. Lo importante de esta sentencia es que fue la primera en aceptar una disociación del hecho dañoso en el sentido de entender que tanto el lugar del hecho causante como el lugar en que se materializa el resultado dañoso, pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial [§ 15]. Se volverá sobre esta sentencia cuando se aborde la disociación del hecho dañoso.

⁵⁰⁴ Vid. p. ej., la STJ de 27 de enero de 2000 [C-8/98, *Dansommer*, ECLI:EU:C:2000:45], caso en el que, en materia de contratos, se ejercita una acción por daños y perjuicios relativa a la conservación deficiente y al deterioro causado en una vivienda tomada en arriendo por un particular para pasar unas semanas de vacaciones. El objeto del litigio «está directamente relacionado con un contrato de arrendamiento relativo a una propiedad inmobiliaria, por consiguiente, a un contrato de inmueble en el sentido del artículo 16, número 1, letra a), del Convenio, de modo que el litigio está comprendido en la regla de competencia exclusiva establecida en dicha disposición» [§ 25], aun cuando la acción sea ejercitada por el organizador de viajes profesional a través del cual se había arrendado la finca y que acude ante el órgano jurisdiccional tras haberse subrogado en los derechos del propietario del inmueble [§ 38].

⁵⁰⁵ Vid. p. ej., —en terreno de ley aplicable— la STJ de 10 de diciembre de 2015 [C-350/14, *Lazar*, ECLI:EU:C:2015:802] (revisada por P. Jiménez Blanco, «Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas», *La Ley: Unión Europea*, n.º 35, 2016, pp. 1–15). El concepto de daño no se expande a los familiares que sufren como consecuencia de la muerte de la persona accidentada. «Una persona distinta de la “víctima directa” no puede obtener indemnización del daño que se le ha causado “de rebote”, a raíz del daño sufrido por la persona lesionada» [§ 27]. En este sentido, «los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en dicho accidente ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de ésta que residen en otro Estado miembro deben calificarse como “consecuencias indirectas” de ese accidente» [§ 30]. El Tribunal Supremo de Grecia (n.º 1658 de 5 de octubre de 2022) se distancia de este criterio al atribuir competencia judicial a los tribunales al lugar en el que los familiares (Atenas) de los fallecidos en un accidente de avión (sucedido en España) sufren el daño moral (que coincide con su domicilio). Concluye el Tribunal: «los tribunales griegos tienen competencia jurisdiccional y territorial para conocer de las reclamaciones de pago de una indemnización monetaria razonable debido a la angustia mental como resultado de la muerte de un familiar de los demandantes cometidos en otro Estado miembro, si los demandantes residen en la circunscripción del órgano jurisdiccional». Sin embargo, uno de los miembros del Tribunal emitió un voto particular en sentido contrario y fundamentado en el criterio establecido con anterioridad por el TJ en el sentido de que los daños sufridos por familiares y deudos mantienen su calificación como daños indirectos; haciendo hincapié que la decisión de la mayoría no tuvo en consideración el factor de la previsibilidad de los foros (<https://conflictoflaws.net/2023/the-greek-supreme-court-has-decided-relatives-of-persons-killed-in-accidents-are-immediate-victims/>).

daño directo se padece en el lugar donde el derecho inmaterial del que es titular la víctima ha sido vulnerado, p. ej., el lugar donde la patente, la marca o el nombre comercial que hayan sido vulnerados exista y se utilice⁵⁰⁶ o el lugar donde una persona es conocida y goce de una reputación determinada y donde se haya difundido una información dañina vulnerando el derecho al honor de la víctima⁵⁰⁷.

d) Coperpetración del hecho dañoso

211 En caso de perpetración del daño siendo varios los autores de su producción, se podrá demandar ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones irreconciliables que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente⁵⁰⁸. Es un foro alternativo al foro general del domicilio del demandado y, además, es un foro materialmente abierto pues permite centralizar las pretensiones frente a una pluralidad de demandados con independencia de su carácter o de su naturaleza material, siempre que todos ellos se incluyan dentro del ámbito material sustantivo del RBI *bis*⁵⁰⁹. Por otro lado, el art. 8(1) RBI *bis* no puede ser

⁵⁰⁶ Vid. *supra* caso *Wintersteiger* [2012].

⁵⁰⁷ Así, p. ej., vid. la STJ de 7 de marzo de 1995 [C-68/93, *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61], dictada a propósito del ejercicio de una acción de reparación de un perjuicio derivado de la publicación de un artículo de prensa difamatorio; en la que la Corte europea indicó que «las declaraciones efectuadas acerca de daños materiales, también deben valer, por los mismos motivos, en el caso de perjuicios no patrimoniales, en particular, los causados a la fama y a la consideración de una persona física o jurídica por una publicación difamatoria» [§ 23]. De este modo, «en el caso de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida» [§ 29]. Más adelante, cuando se trate el lugar de producción del daño, se expondrá alguna casuística en relación con los daños disociados, los que se producen en un lugar, pero tienen sus efectos dañinos en otro, sin olvidar que siempre se está frente un daño directo y que es el daño directo el único que compele al art. 7(2) RBI *bis*.

⁵⁰⁸ Art. 8(1) RBI *bis*.

⁵⁰⁹ En la STJ de 20 de abril de 2016 [asunto C-366/13, *Profit Investment*, ECLI:EU:C:2016:282], el TJ mantiene su jurisprudencia previa en relación con los supuestos de pluralidad de demandados domiciliados en distintos Estados miembros. Con ello, el TJ consolida su jurisprudencia restrictiva en cuanto a su carácter excepcional, «siendo necesario para activar el foro del art. 6(1) RBI, actual 8(1) RBI *bis*, un riesgo de resoluciones irreconciliables en el caso de tramitarse las demandas de manera separada» [§ 60]. En lo que atañe a su objetivo, refiere el Tribunal de Justicia «la regla de competencia judicial del artículo 6, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 obedece a la preocupación, conforme a los considerandos 12 y 15 de dicho Reglamento, de facilitar una buena administración de justicia, de reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y de evitar así resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente» [§ 61]. En consecuencia, el recurso al art.

invocado frente a demandados domiciliados fuera de un Estado miembro⁵¹⁰. Ello supone que si alguno de los demandados estuviere domiciliado en un tercer Estado sería el ordenamiento jurídico interno (estatal) el que regularía la competencia. En el caso español supondría la entrada del art. 22 LOPJ.

e) El lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso

212 La gran mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual no presentan dificultades en el momento de determinar el lugar donde se ha producido o pudiere producirse el hecho dañoso. En muchos casos, cuando la relación extracontractual internacional se caracteriza por tener los elementos del ilícito ubicados en distintos Estados, la determinación del lugar del hecho dañoso representa, generalmente, una realidad constatable y acreditable, es decir, es un dato fáctico y reconocible que señala el lugar donde los intereses, los bienes y las personas afectadas se encuentran ubicados⁵¹¹.

f) Ilícitos a distancia

213 Existen supuestos en los cuales el lugar del daño está disociado, *i. e.*, el lugar del hecho generador y el lugar donde se manifiestan las consecuencias del daño se encuentran separados en el espacio al concretarse en Estados distintos. Son los conocidos como ilícitos a distancia. El mismo hecho generador puede haber producido diferentes hechos dañosos (daño plurilocalizado) que se extienden a otros Estados en los cuales se han manifestados sus consecuencias⁵¹². Las respuestas que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha brindado para la determinación del tribunal competente en esta clase de daños han dado nacimiento a la «regla de la

8 RBI *bis* se justifica en un criterio de riesgo de resoluciones incompatibles y no en una cuestión de mera oportunidad.

⁵¹⁰ Caso *vid. supra Sapir* [2013] «el artículo 6, número 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe ser interpretado en el sentido de que no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión Europea» (§ 56).

⁵¹¹ En este sentido, en el caso objeto de estudio (los accidentes de esquí), de forma apriorística, se afirma que fijar el lugar donde se produce el hecho dañoso no resultará conflictivo, pero ¿qué ocurre en casos de accidentes transfronterizos? o ¿en los accidentes de lugar indeterminado? o ¿en los que el accidente se debe a una mala fabricación del material de esquí? Se dará respuesta a estos interrogantes en la sección 2.ª de este capítulo.

⁵¹² J. C. Fernández Rozas «La vista del mosaico: daños en múltiples países, Internet, competencia desleal y demandas inteligentes», blog *Accursio DIP-Blog*, 30.12.2019, <http://accursio.com/blog/?p=1015>].

ubicidad»⁵¹³. Así las cosas, los ilícitos a distancia son aquellos que se componen de dos elementos que, además, se localizan en países diferentes. Primer elemento, hecho generador del daño, que se produce en un país; y, segundo elemento, el daño [resultado dañoso] que se verifica en otro país o países distintos. De este modo, los

⁵¹³ Se habla de ubicidad [o de teoría del mosaico, en Derecho alemán: «*Mosaikbetrachtung*» («vista de mosaico») en materia delictual o cuasidelictual civil cuando se reconoce al demandante el derecho a optar entre el foro del lugar donde se verifica el resultado del daño y el foro del lugar donde se produce el hecho generador del daño, cuando ambos no se encuentran en un mismo Estado (*optio fori*). El Tribunal de Justicia acogió esta tesis en el caso paradigmático de *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* [1976], *cit. supra.*, y la ha ido corroborando luego en numerosa jurisprudencia. En el referido asunto, el TJ sentó el primer antecedente conforme el cual ambos lugares, el lugar del origen y el lugar del resultado, constituyen un criterio de conexión pertinente de CJI. En este caso el Tribunal se pronunció sobre la contaminación transfronteriza en los cultivos agrícolas ubicados en Holanda por causa de minerales pesados en aguas contaminadas por faenas mineras ubicadas en Francia e imputable a la sociedad Minas de Potasio de Alsacia. El Tribunal consideró que tanto el lugar del origen del daño como el lugar donde se manifiestan sus consecuencias son idóneos desde el punto de vista de la prueba y de la economía del proceso. Las consecuencias del daño en el lugar donde se manifiesta son consecuencias directas del hecho generado en otro Estado por lo que el Tribunal indicó que la conexión de ambos lugares tiene entidad suficiente y es relevante a la hora de determinar el foro. En el caso de daños medioambientales generalmente la víctima del daño sufre un accidente o una acumulación de lesiones en el tiempo sobre los cuales no tiene control alguno, por lo que la regla de la ubicidad la protege.

Este criterio se ha ido manteniendo por el Tribunal también en relación con muchos tipos distintos de responsabilidad extracontractual: daños físicos, daños a la propiedad industrial e intelectual, daños al honor, daños financieros, etc. *Vid.*, v. gr., de más reciente a más antigua, la STJ de 12 de mayo de 2021 [C-709/19, *Verenigin van Effectenbezitters (VEB)*, ECLI:EU:C:2021:377, §§ 26-27]; la STJ de 12 de septiembre de 2018 [C-304/17, *Löber*, ECLI:EU:C:2018:701, § 22]; la STJ de 17 de octubre de 2017 [C-194/16, *Bolagsupplysninger*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 31 y 33]; la STJ de 21 de diciembre de 2016 [C-618/15, *Concurrence*, ECLI:EU:C:2016:976, § 25]; la STJ de 10 de septiembre de 2015 [C-47/14, *Holtermann Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574, § 72]; la STJ de 21 de mayo de 2015 [C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC)*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 36 y 39]; la STJ de 28 de enero de 2015 [C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 45]; la STJ de 22 de enero de 2015 [C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, §18]; la STJ de 16 de enero de 2014 [C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 23]; la STJ de 25 de octubre de 2012, *cit. supra.*, [C-133/11, *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:664 § 39].

Los argumentos de la tesis de la ubicidad se identifican con la proximidad al litigio tanto del Estado donde se ha producido el hecho causal como del Estado en el que ha acaecido el resultado lesivo. El punto de conexión de ambos lugares es igualmente relevante. *Vid.*, v. gr., los casos *cit. supra: Wintersteiger* [2012: § 32]; el caso *Concurrence* [2016: § 26]. Además, el foro dual es previsible para las partes. Esta tesis no persigue el favorecimiento del perjudicado, así lo ha defendido el Tribunal en casos como, *cit. supra., Marinari* [1995: §§ 19-20]; *Kronhofer* [2004: § 16]; *Kainz* [2014: § 30-31] o *VEB* [2021: §§ 32-34]]. Y, de hecho, la tesis opera para ambas partes del procedimiento y obedece al principio de proximidad. De este modo, opera también cuando el demandante es el presunto responsable del presunto daño; piénsese en la acción declarativa negativa. En definitiva, se trata, de un criterio de creación jurisprudencial que el legislador ha seguido dejando a la jurisprudencia, como sugiere el hecho de que la última redacción del RBI *bis* no hizo referencia a los ilícitos a distancia en su art. 7(2) que se refiere al «tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso». Y ello, a pesar de que el legislador conocía la tesis jurisprudencial que se estaba aplicando durante años. Una explicación plausible es considerar que el legislador optó por no encorsetar el criterio y la aplicación práctica del art. 7(2) RBI *bis* en los casos de ilícitos a distancia, dejando un margen amplio a la jurisprudencia para fraguar reglas específicas en relación con este tipo de ilícitos que pueden presentarse y complicarse en el futuro [A.-L. Calvo Caravaca/J.Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3803-3806].

ilícitos a distancia plantean el problema de identificar cuál es el país que corresponde al «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» como foro de CJI. Debe decidirse si el lugar del «hecho dañoso» es aquél donde se produce el «hecho causal» o es el lugar donde se constata el «daño» o «resultado lesivo»⁵¹⁴. En estos casos, el Tribunal de Justicia ha resuelto que el demandante es libre de accionar [foro de ataque] en un Estado miembro (*forum actus*) o en el otro (*forum injurias*), pues ambos lugares manifiestan una igual dosis de proximidad con el ilícito. Ésta es la tesis de la ubicuidad que, como se ha referido, el Tribunal de Justicia acogió, por primera vez, en la sentencia del ausunto *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* [1976]. La tesis ha sido posteriormente corroborada por numerosa jurisprudencia: «el concepto de “lugar donde se haya producido el hecho dañoso” en el sentido del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos lugares»⁵¹⁵. La tesis se ha ido adaptando a las circunstancias de los diferentes tipos de ilícitos civiles.

214 La realidad ofrece una variada casuística que permite comprender la entidad de estos daños a distancia, los cuales, siendo daños directos, se producen en lugar diferente al de su producción inmediata y cuyo régimen de CJI lo determina el art. 7(2) RBI *bis*. Sin ánimo de exhaustividad [porque los ejemplos son innumerables] la explicación se centrará en los daños ambientales, en los derivados de la violación de los derechos de la personalidad, en los resultantes de infracción de derechos de la propiedad intelectual o industrial, en los daños causados por productos defectuosos y en los daños causados por prácticas contrarias a la libre competencia.

i) Daños ambientales

215 Los daños físicos, como los ambientales por contaminación transfronteriza [p. ej., los vertidos en ríos, mares y aire que se producen en un país y que llegan a otros] constituyen clásicos ejemplos de ilícitos a distancia⁵¹⁶. En estos supuestos de daños

⁵¹⁴ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3800.

⁵¹⁵ *Vid.* caso *VEB* [2021: § 26].

⁵¹⁶ En España, un dechado de daños ambientales que causó impacto fue el conocido como el caso «Prestige», en el que el hundimiento del buque «Prestige» a las costas gallegas, en 2002, y el vertido de sus tanques de fueloil al Océano Atlántico, produjo un desastre ecológico por contaminación marítima por hidrocarburos [que se denominó popularmente como la «marea negra» del Prestige] [STS n.º 865/2015, de 14 de enero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:11]. [Para un comentario sobre este caso *vid.* M. Hinojo Rojas «El accidente del buque *Prestige* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, mayo, 2019, pp. 553-589; y, J. J. Álvarez Rubio, «Responsabilidad por daños al medio marino: cauces de actuación procesal internacional», *InDret*, n.º 2, Barcelona, abril, 2017, pp. 100-138; y J. J. Álvarez Rubio, «El siniestro del buque “Prestige”: realidad jurídica en presencia y delimitación de responsabilidades», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de*

físicos ambientales, como fue el ya citado caso de *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* [1976], el foro del artículo 7(2) RBI *bis* del lugar del daño es tanto el lugar en donde se origina el hecho causal como el lugar en donde se verifica el daño (se constata el resultado lesivo). Por ello, en el supuesto mencionado, el Tribunal de Justicia, ya resolvió que los tribunales de los Países Bajos tenían competencia internacional por ser los del lugar donde se materializó el daño creado por los vertidos que se habían producido en Francia.

ii) Derechos de la personalidad

216 Los derechos de la personalidad también pueden ser lesionados. En estos casos los daños que se ocasionan son intangibles (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad personal) y pueden producirse a través de cualquier medio de comunicación. En las acciones de responsabilidad por daños a los derechos de la personalidad realizados a través de prensa, el lugar de materialización del daño es el lugar donde el hecho causal ha producido sus efectos dañosos en relación con la víctima y los lugares en los que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima tenga «intereses reputacionales» en ellos. De ahí que los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en el que se haya difundido la publicación difamatoria y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque a su fama son competentes para conocer de los daños de este tipo causados en dicho Estado, así p. ej., en el asunto *Shevill* [1995]⁵¹⁷; caso en el que un editor publica, en París y en formato papel, un

Vitoria-Gasteiz, 2012, pp. 261-310). Es interesante como en 2022 el TJ tuvo que pronunciarse sobre el RyE en el Reino Unido de la SAP A Coruña que, por indicación del TS [2016], fijó la cuantía de las indemnizaciones a pagar por los responsables del naufragio. El TJ en sentencia de 20 de junio de 2022 [C-700/20, *London Steam*, ECLI:EU:C:2022:488] declaró que los tribunales del Reino Unido [UK] no podían denegar el RyE de la SAP A Coruña de 1 de marzo de 2019 sobre la base del art. 34(1) RBI *bis* o del art.-34(3) RBI [el hecho de que existiera un laudo previo que exoneraba de responsabilidad a *London-Steam* con respecto a los daños causados por el hundimiento del barco], *vid.* M. Gómez Jene, «Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia *London Steam-ship* del TJUE», *CDT*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 1088-1099). Sin embargo, la sentencia de la High Court of Justice Commercial Court (KBD) Royal Courts of Justice de 6 de octubre de 2023 [*London Steam-Ship Owner's Mutual Insurance Association v. Spain*] EWHC 2473 [Comm] *The Hon Mr Justice Butcher*, se puso del lado de las aseguradoras británicas y bloqueó el cobro por las consecuencias del hundimiento del petrolero, y dijo que ha de someterse a un arbitraje en el Reino Unido.

⁵¹⁷ En el litigio entre *Fiona Shevill*, con domicilio en el Reino Unido, y otros contra *Presse Alliance SA*, domiciliada en Francia [STJ de 7 de marzo de 1995 [C-68-93, *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61]] se resolvió acerca de la determinación de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de una acción de reparación de un perjuicio derivado de la publicación de un artículo de prensa difamatorio. *Presse Alliance SA*, editora del periódico *France-Soir* publicó en 1989 un artículo relativo a una operación efectuada por la brigada de estupefacientes de la policía francesa en una de las oficinas de cambio explotadas, en París, por la sociedad *Checkpoint SARL*, que mencionaba además de dicha sociedad, a una joven llamada *Fiona Shevill-Avril*. *Checkpoint SARL* tenía domicilio social en París y no ejercía actividad ninguna en Inglaterra o Gales. Resulta que *Fiona Shevill* trabajó en *Checkpoint SARL*, en París, durante tres meses y luego volvió

semanario que contiene informaciones difamatorias respecto del honor de una mujer británica. La publicación se difunde en Francia, en Reino Unido y en otros países, y el Tribunal de Justicia resolvió que la víctima podía entablar acción bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en que la publicación hubiese sido difundida y en el que la víctima alegase haber sufrido un daño reputacional (cuyos órganos conocerían únicamente de los daños causados en su territorio) o bien, ante los órganos del Estado miembro del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, que serían competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación.

217 La evolución tecnológica de los medios de comunicación origina la aparición de nuevas modalidades de vulneración de los derechos de la personalidad. El ejemplo paradigmático es Internet en donde la difusión de contenidos difamatorios presenta particularidades notables. Los contenidos de Internet pueden ser visionados instantáneamente por un número indefinido de usuarios en todo el mundo, con independencia de la intención y el control de su emisor de limitar o no su consulta al Estado de su residencia⁵¹⁸. Es por ello que el Tribunal de Justicia, en este tipo de daños

a Inglaterra. El artículo sugería que la empresa Checkpoint SARL y otras, así como Shevill formaban parte de una red de tráfico de drogas para la cual habían efectuado operaciones de blanqueo de dinero. Shevill demanda ante el Tribunal de Inglaterra y Gales a Presse Alliance SA por difamación y le reclama daños y perjuicios por los ejemplares del artículo distribuidos tanto en Francia como Europa, incluidos los vendidos en Inglaterra y el País de Gales. Tras publicar una disculpa, Press Alliance SA impugna la competencia del *Hight Court of England and Wales*, pues argumentaba que no se había producido ningún hecho dañoso en Inglaterra, por lo que la competencia correspondía a los tribunales franceses del lugar donde supuestamente se había producido el daño.

⁵¹⁸ En los asuntos acumulados, *cit. supra*, *eDate Advertising y Martinez* [2011], el TJ aborda el tema. Los hechos del primer asunto fueron los siguientes: la sociedad eDate Advertising, domiciliada en Austria, gestionaba un portal de Internet disponible en la dirección www.rainbow.at, y bajo la rúbrica *Info-News*, mantuvo accesible hasta el 18 de junio de 2007 una indagación con fecha de 23 de agosto de 1999 en la que se hacía mención de los nombres de X y de su hermano, informando sobre el recurso de amparo interpuesto por ambos ante el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemán) contra una sentencia condenatoria que les afectaba. Además de una breve descripción de los hechos delictivos acaecidos en 1990, se citaba al abogado designado por los condenados, que había declarado que querían probar que varios testigos principales de la acusación habían cometido falso testimonio durante el proceso. X exigió a eDate Advertising que dejase de publicar la información mencionada y emitiese una declaración comprometiéndose a no publicarla en el futuro. Pese a no contestar el escrito, eDate Advertising retiró de su sitio de Internet la información controvertida. Mediante su demanda ante los tribunales alemanes, X interpuso una acción de cesación contra eDate Advertising a fin de que ésta dejara de informar sobre los hechos cometidos mencionando su persona con el nombre completo.

En el segundo asunto, la secuencia fáctica fue la siguiente: el actor francés Olivier Martinez y su padre, Robert Martínez, denuncian ante el *Tribunal de grande instance* de París, intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen de Olivier Martinez, causadas por la publicación de un texto redactado en lengua inglesa, con fecha de 3 de febrero de 2008 y titulado, «*Kylie Minogue est de nouveau avec Olivier Martinez*» [«Kylie Minogue está otra vez con Olivier Martinez»] con detalles sobre su encuentro, en el sitio de Internet al que puede accederse en la dirección «www.sundaymirror.co.uk». Sobre la base del artículo 9 del *Code civil* francés, que establece que «todos tienen derecho a que se respete su vida privada», la acción se entabla contra la sociedad inglesa MGN, editora del sitio de Internet del periódico británico *Sunday Mirror*. Esta sociedad plantea la excepción de falta de competencia del *Tribunal de grande instance de Paris* al no haber una vinculación suficiente entre la publicación en

consistentes en lesiones de un derecho de la personalidad a través de Internet se ve obligado a adoptar el *forum damni* y a considerar que la acción de la víctima puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que ésta tiene su «centro de intereses» que, generalmente, coincidirá con el lugar de su residencia habitual, aun cuando en supuestos concretos puede localizarse también en otro Estado miembro en el que no resida habitualmente, y ello, en la medida en que concurren otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional⁵¹⁹. Determinado este nuevo foro, el tribunal del centro de intereses de la víctima tendrá competencia para conocer de la totalidad de los daños causados⁵²⁰. Ahora bien, para que los órganos jurisdiccionales del centro de intereses del perjudicado sean competentes, el perjudicado ha de poder ser identificado en o por el contenido de la publicación. El responsable de la publicación ha de poder prever que su contenido puede afectar a individuos identificados o identificables a través de la difusión y con ello la posible competencia de los tribunales del centro de intereses de aquéllos. El *forum damni* no incluye el centro de intereses de una persona que alega que sus derechos de la personalidad han sido vulnerados cuando la infracción de los derechos de la personalidad se interpone por una persona que no es identificada como individuo, directa o indirectamente, en el contenido que se ha publicado. En estos casos la CJI vendrá determinada por la regla general del domicilio del demandado

Internet controvertida y el daño alegado en territorio francés; mientras que los actores sostienen, por el contrario, que no es necesario que se dé tal vinculación, que, en cualquier caso, existe.

⁵¹⁹ Este criterio del «centro de intereses» es conforme con el objetivo de la previsibilidad de las reglas de la CJI y permite al demandante identificar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual pueda ejercitar una acción y al demandado preverlo. Por otro lado, que el demandante pueda accionar ante el Estado miembro en el que se halle su centro de intereses por la totalidad del daño alegado se justifica en aras a la recta administración de justicia y no para proteger específicamente al demandante y tampoco es determinante que éste sea una persona física o jurídica, *vid.*, v. gr., el caso *cit. supra* nota 495, *Handel* [2017]. El centro de intereses de una persona jurídica vendrá determinado por el lugar en donde esencialmente se desarrolle su actividad económica.

⁵²⁰ P. Orejudo Prieto de los Mozos, «La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, n.º 4, abril, 2013, pp. 18-27; vierte una velada crítica a la lectura del Tribunal de Justicia que podría conducirse a un *forum actoris* injustificado. Y lo explica así: del «centro de intereses de la víctima» parte el «centro de gravedad del conflicto» en el que se añade la consideración de la naturaleza de la información para la determinación del foro. Así, en particular, comporta la necesidad de tomar en cuenta dos elementos: el contenido de la información, esto es, si la información tiene interés en el territorio, y la conexión con el territorio a la luz de indicios que deriven de la propia web tales como el nombre, idioma empleado, la publicidad, etc. En conjunto, estos indicios son denotativos de la intención del editor en lo referente a los destinatarios de la información. Tomar estos elementos en consideración permite corregir los inconvenientes de una aplicación automática del foro de la residencia habitual de la víctima. Por ejemplo, en el caso de una actriz sueca que vive y trabaja en España y es difamada en la versión digital de un periódico sueco, si ese periódico solo publica en sueco, en un dominio de nivel geográfico «.se», que no se publica en España, ni tiene palabras asignadas en español en los motores de búsqueda, no cabría entender que son competentes los tribunales españoles para conocer de una eventual demanda.

cuya excepción solo es posible en casos en que exista una conexión especialmente estrecha entre el litigio y los órganos designados por el art. 7[2] RBI *bis*. En todo caso, no ha de perderse de vista que ha de garantizarse la seguridad jurídica y ha de evitarse que el presunto autor del daño pueda ser demandado ante un órgano jurisdiccional de un EM que no pueda prever de forma razonable. En consecuencia, si en la publicación no se identifica a un individuo sino a un grupo en abstracto, la persona responsable de dicha publicación no puede prever ser demandada en cada uno de los centros de intereses de las personas desconocidas que puedan sentirse ofendidas; en palabras del Tribunal de Justicia, el emisor del contenido «no puede razonablemente prever ser demandado ante esos órganos jurisdiccionales, puesto que, en el momento en que publica un contenido en Internet, no está en condiciones de conocer los centros de intereses de personas a las que en modo alguno se refiere dicho contenido»⁵²¹.

218 Por regla general pues, el demandante que alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet tiene una acción de responsabilidad civil por la totalidad del daño causado ante los órganos del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos (hecho causal) o ante los órganos del Estado miembro donde se encuentre su centro de intereses y en el que se ha verificado el daño⁵²². Además, se puede ejercitar la acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet haya sido accesible limitándose, en este caso, al daño causado

⁵²¹ Este es el caso resuelto por la STJ de 17 de junio de 2021 [C-800/19, *SM c. Mittelbayerischer Verlag KG*, ECLI:EU:C:2021:489, § 38]. Los hechos fueron los siguientes: la sociedad Mittelbayerischer Verlag KG, establecida en Alemania, publica un diario regional en lengua alemana en su sitio de Internet y accesible desde otros Estados tales como Polonia. En una de estas publicaciones subió un artículo «*Ein Kämpfer und sein zweites Leben*» (un luchador y su segunda vida) que trataba la historia de Israel Offman, judío superviviente del Holocausto, y en el que se menciona que su hermana «fue asesinada en el campo de exterminio polaco de Treblinka» (luego, fue sustituido por «fue asesinada por los nazis en el campo de exterminio nazi alemán de Treblinka, sito en la Polonia ocupada»). En este contexto, SM interpuso demanda ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio (de su centro de intereses), en Polonia, por la que solicitaba la protección de sus derechos de la personalidad por el menoscabo sufrido por la utilización de la expresión «campo de exterminio polaco». La sociedad, responsable de la publicación, respondió alegando la falta, en las circunstancias explicadas, de previsión de la CJI de los órganos jurisdiccionales polacos. El TJ aclara que «en tales circunstancias, no existe una conexión particularmente estrecha entre el órgano jurisdiccional del lugar en el que se encuentra el centro de intereses de la persona que invoca esos derechos de la personalidad y el litigio de que se trata, de modo que este órgano jurisdiccional no es competente para conocer del litigio en virtud del artículo 7, punto 2, de Reglamento n.º 1215/2012» (§ 45).

⁵²² Es el sistema *optio fori* por el que se le permite al demandante disponer de una opción y decidir a qué tribunales estatales acudir. El demandante es libre de accionar bien ante los tribunales del Estado miembro donde se produjo el hecho generador del daño o bien ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el daño. Ambos lugares presentan el mismo grado de proximidad con el litigio.

únicamente en este territorio⁵²³. En los casos en que, mediante una acción de cesación, se solicite que se retire la publicación de una información en Internet y la supresión de comentarios en línea por resultar los mismos inciertos y atentar contra los derechos de la personalidad del demandante, la CJI vendrá determinada por el centro de intereses de la parte actora no siendo posible demandar ante cada Estado miembro en cuyo territorio la información haya sido publicada o hubiese sido accesible⁵²⁴. Este aspecto ha sido reiterado por el TJ en el asunto *Gtflix TV* [2021]⁵²⁵ en la que a propósito del ejercicio de la acción de reparación para la rectificación de información y de supresión de contenidos en línea a causa de un artículo difamatorio publicado en Internet (demanda única e indivisible, y, en consecuencia, que solo puede presentarse ante un tribunal competente que conocerá íntegramente de la acción [vid. *supra* *Handel* [2017]]), juntamente con la acción de indemnización de daños y perjuicios; sostiene que no estaría justificado excluir la facultad del demandante de presentar una demanda de indemnización parcial ante cualquier territorio en cuya circunscripción territorial considere haber sufrido un daño por el perjuicio que se le haya causado en el EM del órgano jurisdiccional ante el que se haya entablado el litigio, y ello con el único requisito de la mera accesibilidad⁵²⁶.

⁵²³ M. Sabido Rodríguez, *et al.* «Artículo 7.2» en Pilar Blanco-Morales Limones, Federico Francisco Garau Sobrino, María Luz Lorenzo Guillén, Félix J. Monteiro Muriel, José Pedro Pérez-Llorca (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 213-214.

⁵²⁴ La STJ, *cit. supra*, del caso *Handel* [2017], resolvió que, «en caso de una acción de cesación mediante la supresión de información en línea, el foro especial del art. 7(2) RBI *bis* se concreta en el centro de intereses del demandante». En este litigio la parte demandante es una sociedad estoniana, *Bolagsupplysningen*, que demanda en Estonia a una sociedad sueca, *Svensk Handel*, para obtener la rectificación de la información inexacta publicada en su sitio de Internet, por tanto, accesible para todo el mundo, relativa a la implicación de la primera en actos de fraude y engaño.

⁵²⁵ STJ de 21 de diciembre de 2021 (asunto C-251/20, *Gtflix TV*, ECLI:EU:C:2021:1036).

⁵²⁶ Una vez más, el TJ mantiene el criterio del mosaico, y aunque la sentencia va referida a contenido que supuestamente vulnera derechos de la personalidad, incluidos los ataques a la reputación comercial de personas jurídicas, el alcance del art. 7(2) RBI *bis* se extiende al conjunto de la responsabilidad extracontractual. Como indica Pedro de Miguel Asensio [«Competencia judicial internacional y actividades ilícitas en línea [sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, asunto C-251/20: *Gtflix TV*]», *La Ley*, Unión Europea n.º 99, enero 2022, pp. 116-129] el mantenimiento del criterio del mosaico respecto de actividades de difusión de contenidos ilícitos en línea está plenamente justificado. El TJ sostiene en la referida sentencia *Gtflix TV* [2021: §§ 37 a 40] que el criterio del mosaico es adecuado respecto del objetivo de garantizar una buena administración de justicia en relación con demandas de indemnización de daños, siendo suficiente la mera accesibilidad a los contenidos supuestamente ilícitos desde el foro como único requisito exigible a los efectos de la CJI con base en el lugar de manifestación del daño del art. 7(2) RBI *bis*. Así y todo, el TJ añade que la exigencia de cualquier requisito adicional a la

iii) Derechos de la propiedad intelectual o industrial

219 Los daños por la violación de los derechos de la propiedad intelectual o industrial constatados en Internet o en prensa es otro ejemplo de ilícito a distancia. Un caso paradigmático de vulneración del derecho de la propiedad industrial fue el asunto *Wintersteiger* [2012] en el que una empresa alemana utilizó una marca registrada en Austria a nombre de una empresa austríaca como texto para un anuncio plasmado en Internet («Adword») e introducido en Alemania en idioma alemán y visible por todo el mundo⁵²⁷. En este caso, el Tribunal de Justicia indicó que el foro especial para asignar la CJL es el coincidente con el lugar en donde se produce el daño y éste se corresponde con el lugar en el que esté registrada la marca⁵²⁸ o bien, el lugar en donde se produjo el hecho causal del daño siendo éste el del lugar del establecimiento del anunciante⁵²⁹, foro que, aunque pueda ser de operatividad dudosa

mera accesibilidad podría menoscabar la facultad de toda persona que se considere perjudicada de «presentar su demanda ante los tribunales del lugar donde se ha materializado el daño» (§ 42). En efecto, el caso de *Gtflix TV* difiere de los antecedentes que cita el TJ [*Hedjuck* [2015] y *Pinckney* [2013]] y que se referían a la eventual vulneración de derechos de exclusivo carácter territorial de modo que la vinculación con el territorio en cuestión no se limitaba a la mera accesibilidad de los contenidos, sino que además coincidía con el territorio al que iban referidos los derechos de exclusiva supuestamente infringidos.

⁵²⁷ En el caso, *vid. supra* nota 493, *Wintersteiger* [2012], la sociedad Wintersteiger AG ejerció una acción de cesación contra *Products 4U* porque sostenía que ésta, al haberse reservado la palabra clave «wintersteiger» para el marco publicitario *AdWords* en Internet, google.de., estaba vulnerando la marca austríaca idéntica registrada a su nombre.

⁵²⁸ El Tribunal de Justicia diferencia la situación del caso *Wintersteiger* [2012] de la situación de una persona que considera lesionados sus derechos de la personalidad, protegidos en todos los Estados miembros, como más adelante se verá. En el caso de «la protección otorgada por el registro de una marca nacional la protección se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio» (§ 25). Por tanto, «para conocer de una acción por vulneración de una marca nacional en un supuesto como el del procedimiento principal, procede considerar que tanto el objetivo de previsibilidad como el de buena administración de justicia militan en favor de la atribución de competencia, atendiendo al criterio de la producción del daño, a los tribunales del Estado miembro en que se halla protegido el derecho en cuestión» (§ 27). En el caso de autos, «un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso por un anunciante de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro, puede someterse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca» (§ 29).

⁵²⁹ En casos como el presente, *Wintersteiger* [2012], «el lugar del hecho causal de un daño que se alega puede constituir una conexión significativa desde el punto de vista de la competencia judicial, ya que puede proporcionar una indicación particularmente útil en lo que respecta a la administración de la prueba y la sustanciación del proceso» (§ 32). Alegándose aquí «la vulneración de una marca nacional registrada en un Estado miembro como consecuencia de la exhibición, en el sitio de Internet de un motor de búsqueda, de un anuncio publicitario gracias a la utilización de una palabra clave idéntica a dicha marca, procede considerar como hecho causal no la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial» (§ 34). No siendo posible a estos efectos, y por razones de previsibilidad, utilizar el lugar del establecimiento del servidor (§ 36), «procede declarar que el lugar de establecimiento del anunciante es el lugar donde se decide el

respecto de acciones negativas [aquellas con las que se solicita que el tribunal declare que no se ha producido violación alguna de los derechos de propiedad intelectual o industrial] es un foro que garantiza la previsibilidad y otorga la certidumbre exigidas por las reglas de la CJ⁵³⁰. El conocimiento del Tribunal de Justicia de este caso puso de relieve que la doctrina derivada del asunto *eDate Advertising* [2011] y el foro en favor del centro de intereses del demandante, en el que puede reclamar la integridad del daño alegado, no es transferible a otros supuestos de responsabilidad extracontractual originada en Internet⁵³¹.

iv) Derechos de autor

220 En relación con las vulneraciones de derechos de autor y la ubicación del lugar de verificación o materialización del daño el Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión en diferentes asuntos⁵³². En este sentido, en lo

desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio» [§ 37]. Por todo ello, el Tribunal de Justicia declara que «un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante» [§ 39].

⁵³⁰ J. M. Fontanellas Morell, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-532/10, Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH», *Revista Jurídica de Catalunya*, CXI (2012-4), pp. 1131-1137.

⁵³¹ *Idem*.

⁵³² Por ejemplo, en la STJ de 3 de octubre de 2013 [C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635], en el que se dirime el litigio planteado por Pinckney, residente en Toulouse, Francia, quien afirma ser el autor, compositor e intérprete de doce canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en un disco de vinilo. Dichas canciones habían sido reproducidas en CD por Mediatech en Austria, sin autorización, y eran comercializados por sociedades británicas en distintos sitios de Internet accesibles desde Toulouse. Pinckney demanda a Mediatech ante los tribunales de Toulouse para obtener la reparación derivada de la vulneración de sus derechos de autor. El Tribunal de Justicia concluyó que «en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Sin embargo, dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece» [§ 47]. En este último inciso la sentencia reafirma la doctrina del mosaico.

Véase otro ejemplo: la STJ de 22 de enero de 2015 [C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28], caso en el que Hejduk, fotógrafa austríaca profesional de arquitectura, autora, entre otras, de obras fotográficas que representan los trabajos del arquitecto austriaco Georg W. Reinberg. Reinberg utilizó las fotografías de Hejduk, con la autorización de esta última, para mostrar sus construcciones en el marco de un coloquio

que respecta a la presunta vulneración de un derecho patrimonial de autor, la

organizado el 16 de septiembre de 2004 por EnergieAgentur. Acto seguido, según refiere la resolución de remisión, EnergieAgentur (Alemania) puso dichas fotografías a disposición para consulta y descarga en su sitio de Internet, sin contar con la autorización de Hejduk y sin efectuar ninguna indicación relativa a los derechos de autor. Al considerar que EnergieAgentur había vulnerado sus derechos de autor, Hejduk interpuso una demanda ante el *Handelsgericht Wien* con el fin de obtener una indemnización de daños y perjuicios, así como la autorización de publicar la sentencia a expensas de dicha sociedad; Hejduk se ampara en el art. 5(3) RBI para justificar la interposición de la demanda ante dicho órgano jurisdiccional. Por su parte, EnergieAgentur propone una excepción de incompetencia internacional y territorial del *Handelsgericht Wien* afirmando que su sitio de Internet no está destinado a Austria y que la mera facultad de consultarlo desde ese Estado miembro no basta para atribuir la competencia a dicho órgano jurisdiccional. El Tribunal de Justicia consideró como lugar del hecho causal el del desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir las fotografías en el citado sitio de Internet. Por lo tanto, el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio. Los actos u omisiones que pueden constituir tal vulneración solo pueden localizarse en el lugar en que se encuentra la sede de EnergieAgentur, es decir, Alemania, puesto que ése fue el lugar en el que EnergieAgentur tomó y ejecutó la decisión de poner en línea las fotografías en un determinado sitio de Internet. Por tanto, el hecho causal se ubica en la sede de dicha sociedad y, de ahí que no se permita establecer la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción (en Austria). En segundo lugar, el Tribunal examina si dicho órgano jurisdiccional puede ser competente sobre la base del criterio de la materialización del daño alegado. A este respecto, el Tribunal señala que, en este caso, «ha de considerarse que tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder, en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, a través del sitio de Internet de EnergieAgentur, a fotografías amparadas por los derechos que esgrime Hejduk» (§ 34). Y concluye que la «vulneración de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción, dicho órgano jurisdiccional será competente, en virtud del lugar de materialización del daño, para conocer de una acción de responsabilidad por la vulneración de esos derechos cometida al ponerse en línea fotografías protegidas en un sitio de Internet accesible desde su circunscripción territorial. Dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece» (§ 38). Se aprecia, por tanto, como una vez más el Tribunal recurre a la teoría del mosaico («*Mosaikbetrachtung*»).

Por su parte, el Tribunal Supremo español ha tenido también la oportunidad de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia en relación con la vulneración de modelos comunitarios de marcas registrados por Bayerische Motoren Werke (BMW) quien presentó demanda ante los tribunales españoles y reclamó que se declarase la existencia de tal vulneración y se ordenase la cesación de la actividad porque Acacia SRL, fabricante italiano de llantas de réplica, y Autohaus Motorsport, taller de automóviles español, sin relación con Acacia, pero en el que se vendían llantas fabricadas por Acacia; ofrecían, promocionaban, comercializaban y poseían las llantas cuyos dibujos eran modelos registrados por BMW. Acacia SRL interpuso declinatoria por falta de CJ, que es desestimada en primera instancia, pero estimada en alzada, decisión contra la cual BMW interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La decisión de la Sala analiza los foros aplicables de acuerdo con el Reglamento Bruselas I y destaca la limitación, en este tipo de supuestos, del foro alternativo especial por razón de la materia delictual y cuasidelictual del lugar de comisión del hecho dañoso, aduciendo la teoría del mosaico y la hipotética pérdida de ventas de llantas en España (FJ 2 y 3). Sin embargo, en el caso no puede invocarse la conexión del supuesto y demandar por esta vía a Acacia SRL en España porque no existía vínculo entre Acacia SRL y Autohaus Motorsport, y porque el lugar de producción del hecho dañoso era, respecto de su actividad, el domicilio de Acacia SRL. En este sentido, el TS ubica, en Italia, el lugar de producción del daño y de su materialización, lugar en el que se fabrican y suministran dichas llantas con los dibujos registrados por BMW. Tal y como refiere el Tribunal Supremo en casos de litigios sobre infracción de marcas de la Unión o de dibujos y modelos comunitarios, no sería posible prever por parte de los fabricantes o grandes distribuidores o importadores a la Unión Europea, ante qué tribunal pueden ser demandados, lo que infringiría los principios de previsibilidad y seguridad jurídica del Reglamento (FJ 3 y 15) (STS n.º 1/2017, de 10 de enero, ECLI:ES:TS:2017:24).

competencia para conocer de una acción en materia delictual o cuasidelictual es del órgano jurisdiccional del Estado miembro en cuyo territorio se proteja los derechos patrimoniales invocados por el actor y el daño alegado pueda verificarse o materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercita la acción. Dicho órgano jurisdiccional es competente para conocer únicamente el daño causado en el territorio del Estado miembro al que el tribunal pertenece.

v) Productos defectuosos

221 Otro supuesto de ilícito a distancia son los daños causados por productos defectuosos importados, cuando se reclama la responsabilidad civil al fabricante de un producto elaborado en un país y que ha provocado daños en otro. De este modo, los casos de responsabilidad internacional por productos defectuosos son proclives a producirse «a distancia» e incluso de forma «plurilocalizada»⁵³³. Caso paradigmático

⁵³³ Así, en estos supuestos, la jurisprudencia europea señalada permitiría al actor accionar ante los tribunales del EM donde se desarrolló el acto generador del daño (*forum loci acti*) o donde se manifestó el perjuicio (*forum loci damni*) lo que conllevaría, a su vez, un riesgo de imprevisibilidad contrario a la filosofía del propio RBI *bis*. Además, la ubicación concreta de estos lugares no resulta sencilla en la práctica. En la STJ de 16 de julio de 2009 (asunto C-189/08, *Zuid-Chemie BV*, ECLI:EU:C:2009:475) en relación con un caso de daños en el producto causados por un fertilizante [producido en Holanda] cuya fabricación fue defectuosa y que había sido puesto a disposición por un empresa, sita en Alemania, distinta de la empresa fabricante, el TJ designa como «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» en el que ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización del producto para la finalidad a la que está destinado, por tanto, el *loci acti* se ubicaría en el país desde donde se distribuyó el producto [*vid.* G. Palao Moreno, «La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea. *Cross-border Products Liability in the European Union*». *Derecho PUCP*. n.º 74, 2015, pp. 333-352]. Con posterioridad, el TJ se manifestó en el sentido de que «en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño es el lugar de fabricación de producto de que se trate» [*Kainz* [2014: § 33]], *vid.* nota siguiente.

es el asunto *Kainz*⁵³⁴ [el caso de «la bicicleta transfronteriza»⁵³⁵], en el que el Tribunal de Justicia determinó que si bien el lugar del hecho causal es el del lugar de fabricación del producto defectuoso y el lugar de materialización del daño es el lugar donde el usuario sufre el daño o lesiones, la exigencia de previsibilidad de las reglas de determinación de la CJI obliga a fijar como foro accesible el del lugar del hecho causal, esto es, el del lugar de fabricación del producto defectuoso, pues es el único previsible y conocido por ambas partes y además presenta una conexión fundamental con el litigio, lo que se traduce en una buena administración de justicia y una sustentación adecuada del proceso⁵³⁶.

vi) Competencia desleal

222 En el caso de daños derivados de la competencia desleal, el Tribunal de Justicia se pronunció por primera vez en el asunto *Cartel Damage Claims* [2015]⁵³⁷, y analizando

⁵³⁴ En dicho asunto [2014], Kainz, residente en Salzburgo, Austria, compra una bicicleta a la empresa austríaca Funbike GmbH. La bicicleta fue fabricada por Pantherwerke AG, empresa domiciliada en Alemania. Kainz sufre una caída con la bicicleta, y él lo atribuye al hecho de que las patas de las horquillas se desprendieron lo que le provocó la caída y las lesiones. Kainz reclama al fabricante, Pantherwerke AG, ante los órganos jurisdiccionales de Salzburgo la indemnización por sus lesiones al creerlo responsable del defecto de fabricación, por entender que es Austria el lugar del hecho causante ya que la bicicleta fue puesta en circulación en dicho país, toda vez que en él se puso a disposición del usuario final con motivo de una distribución comercial. Pantherwerke AG niega la competencia de los tribunales austriacos pues el hecho causante, fabricación del producto, ocurre en Alemania, al igual que la puesta en circulación del producto.

En España, el asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, el 17 de diciembre de 2018, en el que se desestima el recurso interpuesto por una persona que reclamó, en España, la responsabilidad por productos defectuosos a una empresa española distribuidora de los productos que fabricaba otra empresa domiciliada en el Reino Unido, y vio desestimada su pretensión por falta de legitimación pasiva. Pero, a su vez, lo cierto es que los tribunales españoles carecían de CJI para conocer del litigio sobre el defecto del producto y su consecuente responsabilidad por ser el Reino Unido el lugar de producción del hecho causal del daño [SAP Madrid, ECLI:ES:APM:2018:18235]. «Si lo que se pretendía es una responsabilidad de la distribuidora, sita en España, no se le podía exigir por defecto del producto puesto que no es el fabricante, y éste consta ya identificado en los autos». [Aun así, en atención al principio de coherencia, habría de considerarse también que, en el ámbito de la ley aplicable —art. 3(4) CLH73— se incluye la responsabilidad de los distribuidores; hay una equiparación entre el fabricante y el distribuidor].

⁵³⁵ I. Lorente Martínez, «Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea», *CDT*, 2014, vol. 6, n.º 2, p. 351.

⁵³⁶ *Idem*. Para más comentarios sobre la sentencia *Kainz* [2014] *vid.* p. ej., P. Paradela Areán, «Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 26 de enero de 2014, asunto C- 45/13, Andreas Kainz v. Pantherwerke AG», *REDI*, 66, 2014-2, pp. 243-246.

⁵³⁷ *Cit. supra* nota 513. Evonik Degussa, el demandado principal, junto con varias empresas, formaron, en 1994, el Cártel de Peróxido de Hidrógeno. Hasta los años 2000, cometieron una violación única y continuada de los arts. 81 TCE [101 TFUE] y 53 EEE, finalmente sancionada por la Comisión Europea. En marzo de 2009, CDC, una sociedad belga cesionaria de las acciones de treinta y dos demandantes procedentes de distintos Estados miembros, demandó a Evonik Degussa y al resto de infractores ante un tribunal de Dortmund [Alemania] con el fin de obtener la reparación del daño resultante del incremento

el foro especial de la CJJ decidió que cada demandante podía interponer su demanda alternativamente ante los tribunales del lugar en el que se constituyó el cártel, ante el tribunal del lugar donde se concluyó un acuerdo generador de los daños (lugar del hecho causal del daño) o ante los del lugar en el que éstos se manifestaron (lugar en el que se produce el resultado lesivo). En casos de daños patrimoniales directos, como fue el referido asunto CDC, el lugar del resultado dañoso es aquél en el que se produce el perjuicio material directo para la víctima directa. Es el lugar en el que el acto generador despliega sus efectos perjudiciales, *i. e.*, el sitio en el que «el perjuicio alegado se materializa de forma concreta»⁵³⁸.

223 El Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en más ocasiones concretas de casos de prácticas contrarias a la competencia. Así, p. ej., en el caso *flyLAL* [2018]⁵³⁹, declara la CJJ del lugar donde su hubiere producido el hecho dañoso (hecho causal), como la del lugar en el que se celebraron los acuerdos contrarios a la competencia en violación del TFUE o el lugar en el que se aplicaron los precios predatorios en virtud de prácticas infractoras del TFUE. Asimismo, el Tribunal califica el lucro cesante como un daño inicial (o directo⁵⁴⁰), lo que le permite establecer la CJJ de los tribunales del Estado miembro en el que se produzca el daño (resultado lesivo) concreto del lucro cesante⁵⁴¹. En otras palabras, el Tribunal permite la competencia de

en el precio de las mercancías comercializadas por los miembros del cártel. Posteriormente, CDC llegó a un acuerdo con Evonik Degussa, y desistió de su demanda. Por su parte, los demás demandados impugnaron la competencia de los tribunales alemanes, invocando la existencia de acuerdos de elección de foro o de cláusulas arbitrales.

⁵³⁸ CDC [2015] (§ 52).

⁵³⁹ STJ de 5 de julio de 2018 [C-27/17, *flyLAL*, ECLI:EU:C:2018:533], que aborda el caso sobre la reclamación por parte de AB *flyLAL* Lithuanian Airlines (*flyLAL*), sociedad lituana, de una indemnización como compensación a daños supuestamente ocasionados por prácticas contrarias a la competencia infractoras del TFUE perpetradas por Air Baltic y el aeropuerto de Riga, sociedades letonas. Según la actora se la había expulsado del mercado aplicando precios predatorios en concretas rutas aéreas con salida desde el aeropuerto de Vilna o llegada en éste, financiados mediante la reducción en favor de Air Baltic de las tarifas de servicios prestados por el aeropuerto de Riga; así como el desvío de los vuelos con salida desde Vilna o con destino a éste hacia el aeropuerto internacional de Riga.

⁵⁴⁰ El lucro cesante alegado por *flyLAL* [2018] consistía en las pérdidas supuestamente sufridas debido a la dificultad de explotación de modo rentable de los vuelos como consecuencia de los precios predatorios aplicados por Air Baltic (§ 34), y, según el TJ «puede calificarse como daño a efectos de la aplicación del art. 5(3) del Reglamento Bruselas I y permite fundamentar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ha producido el hecho dañoso –lucro cesante–» (§ 36).

⁵⁴¹ De este modo el Tribunal evita calificar el lucro cesante como perjuicio económico sucesivo –daño indirecto– que no podría fundamentar la CJJ del art. 5(3) RBJ. Que el lucro cesante fuese considerado daño en el marco de una acción de indemnización fue trascendente por varios motivos: primero, el «lugar donde se hubiere producido el daño» es un foro especial, por lo que su interpretación es restrictiva y no

los tribunales del lugar en el que se materializa el daño en forma de lucro cesante por calificarlo de daño inicial y no como perjuicio patrimonial sobrevenido en otro Estado miembro⁵⁴².

224 En el caso *Tibor-Trans* [2019]⁵⁴³, en el que se ejercita una acción de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento de un perjuicio supuestamente causado por la infracción del TFUE y del AEEE, se declara competentes a los tribunales tanto del lugar en el que se hayan falseado los precios del mercado como del lugar en el que la víctima alega haber sufrido el perjuicio. Dicho lo cual, el tribunal mantiene el criterio del caso *CDC* [2015] fijando la competencia alternativa del tribunal del lugar en el que se hayan llevado a cabo las prácticas infractoras de la competencia y el del lugar en el que se haya producido el perjuicio concreto. Y eso porque este perjuicio se deriva directamente del hecho causal derivado de las malas prácticas, es la consecuencia inmediata de la infracción y, por tanto, un daño directo que fundamenta el foro de la

puede abarcar cualquier lugar en el que puedan experimentarse consecuencias perjudiciales de un hecho que haya acaecido en otro lugar; segundo, hay que distinguir el daño inicial del perjuicio económico consecutivo o daño indirecto o de rebote, que no puede justificar por sí solo la aplicación del foro especial de CJJ [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «El DIPr de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos». *CDT*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 9-14]. Fue decisivo que, en un caso anterior, *Concurrence* [2016] [*cit.*, *supra* nota 513] se estimase como daño directo la reducción del volumen de ventas y consiguiente pérdida de beneficios sufridos por un distribuidor autorizado cuando el TJ interpretó a los efectos de atribuir CJJ, que para, conocer de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición de vender fuera de una red de distribución selectiva que supone la oferta en sitios web que operan en diversos EE. MM., «debe considerarse que el lugar donde se ha producido el daño es el del territorio del EM que protege dicha prohibición de venta mediante la acción en cuestión, territorio en el cual el demandante afirma haber sufrido una reducción de sus ventas» [A. Font i Segura/ C. Otero García-Castellón, «Crónica de actualidad de Derecho internacional privado [julio-diciembre 2016]», *REEI*, n.º 33, 2017].

⁵⁴² El lucro cesante es la privación de algo que habría llegado a formar parte, si el hecho dañoso no hubiere tenido lugar, del incremento patrimonial neto que el dañado hubiere conseguido. Es un daño directo. En Derecho español, el art. 1106 CC no deja lugar a dudas: «la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor». El precepto se aplica también en la esfera extracontractual, pues a nadie escapa que en el patrimonio de la víctima puede, en efecto, experimentar, junto al menoscabo de un interés que ya formaba parte del patrimonio la privación de algo que habría llegado a formar parte si el evento dañoso no hubiese tenido lugar, del «incremento patrimonial neto» que el dañado habría conseguido a través de la utilización de la prestación no ejecutada [M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 192-193].

⁵⁴³ Asunto *cit. supra* nota 491, en el que daño alegado por la actora, Tibor-Trans, consistió en sobrecostes pagados a causa de un precio artificialmente elevado que se aplicó a los camiones a raíz de pactos infractores del art. 101 TFUE llevados a cabo en Alemania y que desplegaron sus efectos al conjunto del EEE. Tibor-Trans adquirió camiones en concesionarios húngaros los cuales repercutían el aumento derivado de dichas prácticas al precio final del camión. La demanda se interpone en Hungría.

competencia⁵⁴⁴.

225 El caso *Volkswagen AG* [2020]⁵⁴⁵, que afectó también a España⁵⁴⁶, el Tribunal de Justicia fideliza su criterio cuando declara que la competencia para conocer de los litigios derivados de las acciones de reclamación de daños y perjuicios originados por la adquisición de un vehículo que adolece de un vicio material (manipulación en la cuantificación de las emisiones de los gases de escape) es de los tribunales del lugar en el que se ha materializado el daño. Esto es, el lugar en el que se adquiere el vehículo. Por supuesto, en este caso concreto, la competencia de los tribunales alemanes no sería discutible puesto que es dónde se equiparon los vehículos con el programa que manipula los datos de emisión, y es el lugar del hecho causal del daño⁵⁴⁷. Lo que refiere el Tribunal es que el lugar de materialización del daño es igualmente competente, y eso porque el daño no se produce hasta que no se adquiere el vehículo. Es cuando se formaliza la adquisición del coche cuando el comprador sufre el daño inicial, y no antes⁵⁴⁸. En consecuencia, se está ante un daño directo que se produce en el Estado

⁵⁴⁴ Téngase en cuenta que el Tribunal de Justicia ha declarado que «la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no puede interpretarse de forma extensiva ni abarcar cualquier lugar donde puedan sucederse perjuicios consecuentes o sobrevenidos a un daño inicial de un hecho causado en otro lugar» (*TiborTrans*, [2019: § 28]). El concepto no incluye un *forum actoris*.

⁵⁴⁵ La STJ de 9 de julio de 2020 [C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation c. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2020:534] trata del litigio entre VKI, asociación para la información de consumidores domiciliada en Viena, y Volkswagen, fabricante de automóviles domiciliado en Alemania, en relación con la acción declarativa de responsabilidad extracontractual contra Volkswagen por los perjuicios resultantes de la incorporación en los vehículos de un programa informático que manipula los datos relativos a la emisiones de los gases de escape lo que causa perjuicio al consumidor que adquiere el bien desconociendo el vicio del vehículo y, por tanto, su valor real.

⁵⁴⁶ La STS n.º 561/2021, de 23 de julio [ECLI:ES:TS:2021:3068] a propósito de una reclamación por la compradora de un vehículo en el que se instaló un dispositivo fraudulento que manipula el control de la emisión de los gases contaminantes (responsabilidad contractual) en la que se desestimó la responsabilidad de la empresa distribuidora y prestadora de servicios, en primera y segunda instancia; el TS casa la sentencia y en su lugar indica que la empresa distribuidora y prestadora de servicios, con sus actos, asume la responsabilidad de la sociedad matriz fabricante, y en consecuencia, su incumplimiento doloso da lugar a indemnizar al comprador por los daños morales. El TS considera que, en un caso como el enjuiciado, la empresa distribuidora asumió en España la posición de la responsable contractual propia del fabricante. En este caso la actora ejercitó una acción de nulidad, y de forma subsidiaria, la declarativa de responsabilidad contractual contra la distribuidora en España del automóvil Volkswagen, la Volkswagen Audi España S.A. A la vista de la jurisprudencia del TJUE, si bien la sentencia se dicta con posterioridad a la presentación de esta demanda, no hay óbice para ejercitar una acción declarativa de responsabilidad extracontractual contra el fabricante, sito en Alemania, y hacerlo ante los tribunales españoles que tienen CJL en relación con los daños realizados en este territorio, y en estos casos, el TJ determinó que el daño se produce en el momento de la adquisición del vehículo (*Volkswagen AG* [2020 § 30]).

⁵⁴⁷ *Volkswagen AG* [2020: § 23].

⁵⁴⁸ *Volkswagen AG* [2020: § 30].

miembro en el que se adquiere el bien. Este criterio es conforme con el requisito de previsibilidad de las normas de CJI que menciona el cdo. 15 del RBI *bis*, en la medida que quien concluya prácticas contrarias al Derecho de la competencia vulnere el TFUE e infrinja el AEEE puede esperar ser demandado ante los tribunales del lugar en el que esas prácticas desplieguen los resultados lesivos.

226 El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el asunto *Volvo* y otros [2021]⁵⁴⁹ indicando que el art. 7(2) RBI *bis* en el mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes «debe interpretarse que la competencia internacional y territorial para conocer, en razón del lugar de materialización del daño, de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos contrarios al artículo 101 TFUE corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por esta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa» (§ 43)⁵⁵⁰. Véase como, de este modo, el Tribunal distingue entre un lugar del daño único, cuando se adquieren en una sola compra todos los bienes, de manera que la competencia internacional y territorial se atribuye al Tribunal de la demarcación en la que se ha realizado la compra; y múltiples lugares del daño en los que se han realizado las diferentes compras en cuyo caso la competencia internacional y territorial recae

⁵⁴⁹ STJ de 15 de julio de 2021 (asunto C-30/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2021:604).

⁵⁵⁰ Los antecedentes de este asunto son: una empresa (RH) domiciliada en Córdoba adquirió, entre los años 2004-09, cinco camiones a un concesionario Volvo Group España. El primero de estos camiones fue objeto inicialmente de un contrato de arrendamiento financiero, antes de que RH ejerciera la opción de compra en el 2008. El 19 de julio de 2016, la Comisión adoptó la Decisión C (2016) 4673 final, relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto AT. 39824 – camiones) [DO 2017, C 108, p. 6, en lo sucesivo, «Decisión de 19 de julio de 2016»]. Mediante esta Decisión, la Comisión declaró la existencia de un cártel en el que participaron quince fabricantes internacionales de camiones (entre ellos, Volvo, Volvo Group Trucks Central Europe y Volvo Lastvagnar) que afectaba a los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas, en una categoría, y en otra, los camiones de más de 16 toneladas, tanto rígidos como cabezas tractoras. La Comisión consideró que la infracción del art. 101 TFUE abarcaba la totalidad del EEE y que había durado desde enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. RH alega haber sufrido un perjuicio en ocasión de la adquisición de los cinco camiones, antes mencionados, al haber pagado un sobrecoste debido a los acuerdos colusorios sancionados por la Comisión y, en consecuencia, demanda ejercitando la acción de resarcimiento por daños y perjuicios contra Volvo (Gotemburgo, Suecia), Volvo Group Trucks Central Europe (Ismaning, Alemania), Volvo Lastvagnar (Gotemburgo) y Volvo Group España (Madrid). RH interpone su demanda en Madrid y las demandadas discuten la CJI porque entienden que el lugar del daño es el lugar en el que se constituyó el cártel de camiones y no el domicilio del demandante (en este punto, en el asunto *Tibor-Trans* [2019] § 33). El TJ indicó que cuando el mercado afectado por las prácticas contrarias a la competencia se encuentra en el EM en cuyo territorio supuestamente ha sobrevenido el daño, se considera que el lugar de materialización del daño se encuentra en dicho EM; el TJ también ha referido que el lugar de materialización del daño solo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individual, y en principio, este lugar corresponderá a su domicilio social [CDC [2015: § 52]]. En consecuencia, el domicilio social de la empresa RH es un foro atributivo de CJI. Y, según el propio TJ, en este supuesto, las partes demandadas, miembros del cártel, no pueden desconocer que los compradores de los bienes en cuestión están establecidos en el mercado afectado por las prácticas colusorias. Además, esta atribución de competencia responde al objetivo de proximidad y reúne todas las garantías para la eficaz sustentación del proceso [*Volvo* [2021: § 42]].

sobre el órgano jurisdiccional del lugar en el que se encuentre el domicilio social de la empresa que realizó dichas compras y que decide reclamar⁵⁵¹. Dicha doctrina está siendo aplicada por el TS y, de este modo, para determinar qué órgano jurisdiccional español es competente para conocer de una demanda en la que se ejercita una acción de reparación de daños ocasionados por un acto contrario al art. 101 TFUE, en el caso particular, el denominado cártel de los camiones, en el que dos juzgados españoles entienden que carecen de competencia, el TS indica que habrá que atender primero al lugar en el que se hubiere vendido el camión, y en el caso de que la reclamación afecte a varios camiones vendidos en diferentes provincias, en este caso la competencia corresponderá a aquella en que se encuentre el domicilio social del comprador⁵⁵².

IV. La litispendencia y las materias conexas en el RBI *bis*

227 El RBI *bis* incorpora reglas para evitar la duplicidad de procedimientos sobre la misma controversia o sobre materias conexas que pudieran desembocar en resoluciones irreconciliables⁵⁵³. Estas reglas se refieren tanto a la duplicidad de

⁵⁵¹ Ante este escenario, el juez nacional se cuestiona si dicha competencia internacional determina también la competencia territorial y el TJ determina que sí, y ello sin perjuicio de que un EM decida atribuir el conocimiento de una clase de litigios determinados a un único tribunal, el cual sería, por lo tanto, exclusivamente competente territorialmente, cualquiera que fuese el lugar de dicho EM en el que se hubiera materializado el daño (*Volvo* [2021: §35]).

⁵⁵² En el caso concreto, se adquirieron por la demandante, con domicilio en Vitoria, cuatro camiones (uno comprado en Vitoria y tres, en Navarra) a una vendedora no domiciliada en España (pero sí en un EM). La demanda se presenta ante el Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid que la admite a trámite y tras resultar negativo el emplazamiento a la demandada (y habiendo designado la parte demandante dos nuevos domicilios donde efectuar el emplazamiento) el Juzgado de Madrid se declara incompetencia de oficio y atribuye la competencia a los juzgados de Vitoria. Éstos se declaran igualmente incompetentes. Planteado el conflicto negativo de competencia, el TS pone de manifiesto que su criterio de examen de competencia territorial ha quedado afectado por la interpretación de la sentencia del TJ (caso *Volvo* [2021]). En este caso, el Juzgado de Madrid se declaró incompetente, de forma prematura, pues debió emplazar a la demandada en todos los domicilios facilitados por la demandante, dando a la demandada la posibilidad de someterse al fuero en que había sido demandada, antes de declararse de oficio incompetente. Y por ello, en un asunto en el que el debate sobre la CJI y CTI podía haber resultado aplicable el fuero del lugar del domicilio social del comprador (art. 28[1] en relación con el 7[2]RBI *bis*); el TS zanja el conflicto declarando competente al Juzgado de Madrid (ATS de 7 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:13327A).

⁵⁵³ La litispendencia internacional cumple básicamente dos funciones: la prevención de comportamientos oportunistas evitando dobles procesos y asegurando la uniformidad de la tutela judicial efectiva en su

procedimientos entre Estados miembros como a duplicidades en un Estado miembro y un tercer Estado. El art. 29 RBI *bis* dispone que cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa, entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos⁵⁵⁴, el órgano que conozca de la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera⁵⁵⁵. Cuando esto se produzca, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda demanda se abstendrá en favor del primero⁵⁵⁶. La regla de funcionamiento de la litispendencia se altera en el caso de que uno de los órganos jurisdiccionales tenga competencia exclusiva en virtud de una materia exclusiva o en virtud de un convenio atributivo de competencia y de elección de foro⁵⁵⁷. Los requisitos de la litispendencia internacional se sistematizan en tres: [1] las dos demandas han de tener el mismo objeto y la misma causa⁵⁵⁸, [2] solo es admisible cuando ambos procesos se hayan planteados entre las

dimensión internacional, y, la reducción de costes procesales injustificados, lo que entronca directamente con la economía procesal y la buena administración de justicia [A. Durán Ayago, «Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados y Reglamento (UE) n.º 1215/2012: ¿Brindis al sol?», *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 171-216 [p. 178]]. «No solo previene la duplicidad de costes procesales, sino que evita que surjan resoluciones divergentes. Si el segundo tribunal resuelve de forma contraria al primero, existirían dos decisiones inconciliables, con lo cual se estaría ofreciendo una tutela judicial contradictoria y territorialmente limitada [...]», F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁵⁴ El concepto de litispendencia no es idéntico en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados y tampoco puede llegarse a un concepto común de litispendencia a partir de la conjunción de las diferentes normativas nacionales aplicables [STJ de 8 de diciembre de 1987, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, ECLI:EU:C:1987:528 [§ 10]]. Por ello, el Reglamento ofrece una definición de los presupuestos sustanciales como elementos de esta definición; concepto autónomo de la litispendencia [§ 11]. En este caso, el Tribunal señaló que la norma sobre litispendencia se aplicaba en un caso de procesos que involucraban a las mismas partes, que tenían como causa la misma relación contractual, aunque el objeto del proceso en un Estado fuese la ejecución del contrato y en otro Estado miembro su nulidad o resolución [§ 19].

⁵⁵⁵ «El segundo tribunal debe suspender el procedimiento en tanto no se declare competente el primero. Aunque la regla no lo exige, tiene sentido que esta decisión deba ser firme o, cuando menos, definitiva, salvo que su competencia venga determinada por la sumisión tácita del demandado ya que entonces lo normal es que no haya decisión» [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 210]; *vid. caso cit. supra* nota 454, *Cartier* [2014].

⁵⁵⁶ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 76.

⁵⁵⁷ Art. 31 RBI *bis*. Dicho artículo establece una regla especial de litispendencia internacional cuando se trata de dos Estados miembros exclusivamente competentes. Si el mismo litigio se plantea en dos Estados miembros distintos y ambos son exclusivamente competentes [24 RBI *bis*], cosa que puede suceder, por ejemplo, en los casos subsumibles en el art. 22.1[2] RBI *bis*, el tribunal ante el cual se presentó el litigio deberá inhibirse en favor del primero [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 210]. *Vid. p. ej.*, la STJ de 6 de julio de 1988, asunto 158/87, *Scherrens* [ECLI:EU:C:1988:370] sobre la competencia internacional en caso de existir un contrato de arrendamiento de un bien inmueble rústico situado en dos Estados contratantes [CB], o la STJ de 3 de abril de 2014, C-438/12, *Weber* [ECLI:EU:C:2014:212] sobre el control de la competencia del juez extranjero en materia de competencias exclusivas.

⁵⁵⁸ Esto es que los litigios han de ser idénticos. La acción planteada en España ha de ser la misma que la acción pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro. El TJ ha optado por una interpretación autónoma del concepto de identidad y causa. Según ella, el concepto «causa» hace referencia a los

mismas partes con independencia de su posición procesal⁵⁵⁹, y [3] el litigio ha de hallarse pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro⁵⁶⁰.

228 Por otra parte, se estaría ante materias conexas en aquellos casos en los que no exista tal identidad de partes, objeto y causa pero que a pesar de ello las demandas estén estrechamente vinculadas y su resolución por separado pudiese conllevar contradicción, y por ello, el Reglamento dispone un tratamiento coordinado en su tramitación y conocimiento⁵⁶¹. En efecto, el artículo 30(3) RBI *bis* considera conexas

hechos y a las normas aplicables, mientras que el concepto «objeto» hace referencia a lo que persigue la demanda, esto es, a la pretensión. No obstante, para practicar el juicio de comparación, el TJ ha interpretado los dos conceptos en un sentido amplio: lo relevante para determinar si existe identidad no es la *causa petendi*, en el sentido técnico-jurídico, ni por lo tanto la coincidencia de alcance de cosa juzgada en ambos procesos, sino el hecho de que se esté discutiendo, en esencia, lo mismo ante los dos tribunales, y en consecuencia, puedan producirse resultados inconciliables [la doctrina alemana suele utilizar el término *Kernpunktstheorie* o «teoría del núcleo común» para referirse a esta construcción]. Por ejemplo, hay identidad de objeto cuando en un Estado miembro se plantea una acción de condena por incumplimiento contractual, y en otro segundo Estado miembro se plantea una acción declarativa negativa de la existencia del contrato. En ambos casos, lo que se discute es, en esencia, lo mismo: la eficacia de la relación contractual [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 207]. La función de prevención de decisiones inconciliables justifica esta interpretación, *vid.* la STJ de 9 de diciembre de 2003, C-116/02, *MISAT*, ECLI:EU:C:2003:657.

⁵⁵⁹ El concepto de «mismas partes» debe ser objeto de interpretación autónoma a partir de la teleología de la norma [evitar decisiones inconciliables], pero ha de garantizarse siempre el derecho de cada parte a invocar sus intereses ante los tribunales competentes. Por ello, el TJ ha interpretado el concepto de «identidad de objeto» de un modo amplio, y en cambio, ha sido más estricto a la hora de interpretar el concepto «identidad de partes». Por ejemplo, en el caso de pluralidad de partes siendo solo parcial la identidad entre ellas, el TJ ha seguido el principio de separabilidad y ha aceptado únicamente la identidad de las partes idénticas en los dos procesos, sin que nada impida aplicar al resto el artículo 30 *infra* [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 208]. *Vid.* p. ej., la STJ de 6 de diciembre de 1994, C-406/92, *Tatry* [ECLI:EU:C:1994:400].

⁵⁶⁰ De este modo, determinar cuál es el primer tribunal exige determinar las fechas de pendencia de cada uno de los procesos. A estos efectos, el art. 32 del Reglamento establece una regla procedimental para determinar las fechas, en función de cada Derecho procesal. Se considerará que un tribunal conoce de un litigio: desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que el demandante posteriormente no deje de tomar las medidas necesarias para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o desde en el momento en que la autoridad reciba la notificación en los casos en los que el documento de emplazamiento haya de notificarse al demandado antes de su presentación ante el tribunal, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar las medidas necesarias para presentar el documento ante el tribunal. Los requisitos de dichas medidas necesarias se concretarán en concordancia con la ley del foro. Además, el Reglamento prevé un mecanismo de cooperación entre los tribunales involucrados. Cualquiera de ellos puede dirigirse al otro para que le informe de la fecha de pendencia del litigio en este último [art. 29[2] RBI *bis*]. La extinción o archivo del primer proceso hace decaer la situación de litispendencia [F. J. Garcimartín Alférez *op. cit.*, pp. 208 -209].

⁵⁶¹ En este sentido, diferenciar la litispendencia de la conexidad sobre el papel es fácil. La litispendencia internacional opera cuando el objeto del pleito es el mismo en ambos procesos, de manera que, «una vez resuelto el primer litigio, la decisión de que él se derive impediría a través de la excepción de cosa juzgada continuar adelante con el segundo proceso. Por ello, se dice que la litispendencia implica un juego

las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha por la que sería oportuno (no obligatorio) tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente⁵⁶². Para estas situaciones de conexidad se prevén tres posibles soluciones: la primera, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda en segundo lugar suspenda el procedimiento hasta esperar que se resuelva el primero (art. 30[1] RBI *bis*)⁵⁶³; la segunda, que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda en segundo lugar decline la competencia a instancia de una de las partes, siempre que la demanda presentada en primer lugar esté pendiente en primera instancia y que el órgano que conozca de esta primera demanda sea competente también para conocer de la segunda (art. 30[2] RBI *bis*); y, una tercera solución, implícita en el tenor del instrumento, será que el juez requerido no estimara la conexidad y continuara tramitando el procedimiento del que estuviere conociendo.

229 En relación con situaciones de litispendencia y de conexidad, como las expuestas, pero en las que la implicación es con un tercer Estado⁵⁶⁴, el Reglamento recoge dos reglas en sus artículos 33 y 34. En estos casos, dichas reglas solo se aplican si el órgano jurisdiccional del Estado miembro es competente en base al foro general del domicilio del demandado o los foros especiales (arts. 4, 7, 8, o 9 RBI *bis*). Las reglas presentan carácter facultativo, pues se establece que el órgano

adelantado de la excepción de la cosa juzgada». En cambio, la conexidad internacional entra en juego cuando no hay una relación de identidad sino una conexión entre los procesos. Tienen elementos en común por lo que la decisión del primero puede tener efectos sobre el segundo. Y, en este caso, para evitar sentencias incompatibles, no debe excluirse el segundo pleito, pues como no hay identidad dicha solución podría llevar a una denegación de justicia, por eso lo que se acuerda es una suspensión del proceso, y, eventualmente, si procede, una acumulación del segundo al primero (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 205-206).

⁵⁶² Los presupuestos son: que el objeto del litigio se encuentre dentro del ámbito material del RBI *bis*, que exista otro litigio, el litigio conexo, ya pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro, y que exista una relación estrecha entre ambos litigios. Al igual que sucedía en el artículo 29 RBI *bis*, en la aplicación del artículo 30 ni se controla la CJI de los tribunales de otro Estado miembro donde el litigio conexo se halle pendiente ni se controla la reconocibilidad de su decisión. Tampoco la aplicación del art. 30 depende de que la CJI venga determinada directamente por el propio Reglamento o por el Derecho interno, el artículo 30 juega con independencia del domicilio de las partes, tanto para el primer juez como para el segundo (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 213).

⁵⁶³ La determinación de cuál es el primer tribunal y cuál el segundo debe hacerse conforme a la regla del art. 32 RBI *bis*. Y en cuanto a la suspensión, la primera posibilidad que se prevé es la suspensión del segundo proceso cuando se verifican los tres presupuestos que se han señalado en la nota anterior. La otra posibilidad es la inhibición del segundo tribunal a favor del primero. Dicha decisión solo procede si además de los tres presupuestos, se dan las siguientes circunstancias: que las demandas conexas estén pendientes en primera instancia (para evitar que una de las partes pierda una instancia), que la inhibición la solicite una de las partes, aunque lo natural es que lo pida el demandado, que el primer tribunal sea también competente para conocer del segundo litigio, y que el Derecho procesal del primer tribunal permita la acumulación de procesos; en Derecho español debe admitirse dicha posibilidad a tenor de los artículos 74 y ss. LEC (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 213-215).

⁵⁶⁴ Cf. *cit. supra* nota 553, el régimen jurídico de la litispendencia extraeuropea en A. Durán Ayago, *loc. cit.*, pp. 182 y ss.

jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento en una situación de litispendencia y de conexidad con un tercer Estado. En consecuencia, en casos de litispendencia en relación con terceros Estados, el juego de la excepción no es automático, sino que se concede cierto margen de apreciación a los jueces nacionales. Y ello se explica por los propios presupuestos sobre los que descansa el Reglamento, como el de la idea de equivalencia de los servicios jurisdiccionales y la fijación de reglas comunes de competencia o de reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales, presupuestos que no se cumplen siempre con terceros Estados. Por ello, los jueces en el momento de decidir sobre la excepción de litispendencia en estos casos han de tener en cuenta aspectos tales como si las resoluciones de este tercer Estado van a ser reconocidas en el Estado miembro de que se trate, la vinculación entre el litigio y ese tercer Estado o si cabe esperar que la sentencia vaya a dictarse en un plazo razonable. Así pues, en el caso que exista la pendencia de un procedimiento anterior ante los tribunales de un tercer Estado con el mismo objeto, causa y partes, el juez español podrá suspender el procedimiento (se entiende que a instancia de parte) si se dan dos condiciones: una, que la resolución extranjera sea susceptible de reconocimiento en España (la razón es simple: la excepción de litispendencia implica que temporalmente el demandante se le niega el acceso a la jurisdicción nacional y se le remite a un foro extranjero, que ya está conociendo del litigio, y esta negativa solo se justifica si la decisión que va a dictar el tribunal extranjero puede ser reconocida y ejecutada en España) dos, es que la suspensión sea necesaria para asegurar una buena administración de justicia, p. ej., evitar una duplicidad innecesaria de los costes procesales o prevenir conductas oportunistas de una de las partes. Además de eso, y en relación con la regulación de la conexidad existente con terceros Estados, se establece también una regla de conexidad con efectos suspensivos, con salvaguardas semejante a las que se han visto para la litispendencia contenidas en el art. 34 RBI *bis*⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 211 y 215.

230 El Convenio de Lugano⁵⁶⁶ surgió de la voluntad de trasladar el contenido sustancial del Reglamento Bruselas I [2000] a los países firmantes de dicho convenio: Suiza, Islandia y Noruega, y los Estados miembros de la Unión Europea. El Convenio solo se aplica a las relaciones entre Suiza, Islandia, Dinamarca⁵⁶⁷ y Noruega entre sí, y en las relaciones entre estos Estados con los demás miembros de la Unión Europea. El Convenio entró en vigor el 1 de enero del 2010 entre los Estados miembros de la Unión Europea, Noruega y Dinamarca, mientras que respecto de Islandia entró en vigor el 1 de mayo del 2011 y respecto de Suiza el 1 de enero del 2011. El Convenio de Lugano es un texto prácticamente idéntico al RBI, pero no lo es respecto del RBI *bis*, por lo que sería conveniente adaptarlo al vigente RBI *bis* del 2012⁵⁶⁸.

231 El Convenio de Lugano de 2007 (CLII) sustituye al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (CLI), relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y determinados Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)⁵⁶⁹. El Convenio de 1988 era un «convenio paralelo» al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que celebraron los seis Estados miembros iniciales de la Comunidad Europea en aplicación del art. 220 (actual art. 293) del Tratado de la Comunidad Europea, y que, posteriormente, fue modificado en varias ocasiones para hacerlo aplicable a los nuevos Estados que se habían adherido a la Comunidad. Después de 1988 varios Estados miembros del Convenio de Lugano se adhirieron a la Comunidad

⁵⁶⁶ *DOUE*, n.º 339, de 21 de diciembre de 2007, pp. 1-41.

⁵⁶⁷ Dinamarca participó en la firma del Convenio de Lugano II al margen de la Unión Europea porque Dinamarca no participa en actos normativos que se adoptan por la Unión Europea en el marco de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza. Esto es, los actos normativos producto de la «europeización del DIPr» que ha tenido lugar a partir del art. 81 TFUE no son aplicables a Dinamarca y este país no participa en la adopción de tales textos legales. Dinamarca no ha transferido sus competencias soberanas a la Unión Europea en relación con el DIPr. En su virtud, Dinamarca participó en las negociaciones del Convenio de Lugano II porque a pesar de ser Estado miembro de la Unión Europea no ha transferido sus competencias a la Unión Europea en relación con la cooperación judicial en materia civil (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, pp. 2746-2748).

⁵⁶⁸ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2746.

⁵⁶⁹ El Convenio de Lugano de 1988 se celebró entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, y reproduce de forma literal gran parte del Convenio de Bruselas. El objetivo perseguido fue la creación de un espacio judicial europeo que cubriera la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio, pues los Estados no comunitarios de la Asociación no podían adherirse al Convenio de Bruselas (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *id.*).

Europea y pasaron a ser parte del Convenio de Bruselas. En 1997, cuando empezó el proceso de revisión del Convenio de Lugano, las Partes contratantes eran los quince Estados pertenecientes a la Comunidad Europea en aquel momento, Islandia, Noruega y Suiza. En 1997, el Consejo de la Unión Europea comenzó una revisión simultánea del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano de 1988 con el fin de armonizar plenamente ambos convenios e introducir cambios para uniformar su interpretación⁵⁷⁰. De ahí surge, por un lado, el Reglamento de Bruselas 44/2001 para las partes comunitarias, y por otra, el Convenio de Lugano II que, al igual que su antecesor, regula la relación en materia de CJI y de reconocimiento y ejecución de resoluciones entre los países firmantes y los demás de los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁷¹.

I. Ámbito material de aplicación del CLII

232 El contenido del art. 1[1] y 1[2] CLII determinan su ámbito material de aplicación, y es el mismo que el contemplado por el anterior CLI y el texto es idéntico al predecesor CB y al RBI y [en gran parte] al RBI *bis*. Igual que estos textos, el CLII se limita a los procedimientos y resoluciones judiciales que afectan a las relaciones jurídicas internacionales, lo que incluye no solo las relaciones entre dos Estados contratantes, sino las relaciones entre un Estado contratante y un Estado no contratante. Se aplica automáticamente tanto si las partes se acogen al CLII o no, y se aplica únicamente en materia civil y mercantil con independencia del órgano jurisdiccional⁵⁷². El ámbito de aplicación material del Convenio queda delimitado mediante una lista de materias excluidas [art. 1[2] CLII].

II. Ámbito personal de aplicación del CLII

233 Con carácter general las reglas sobre CJI del CLII se aplican cuando el

⁵⁷⁰ F. Pocar, «Informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmada en Lugano el 30 de octubre de 2007», *Informaciones procedentes de instituciones y órganos de la Unión Europea*, DOUE, C 319, 23 de enero de 2009, pp. 1-56.

⁵⁷¹ «Sería útil para los operadores económicos de terceros Estados que desarrollan su actividad en Europa que se abriera el Convenio de Lugano II a las relaciones entre la Unión Europea y éstos otros terceros países». La cuestión se ha valorado por la Unión Europea [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10.6.2009, COM, 2009, 262 final] [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2746].

⁵⁷² F. Pocar, *op. cit.*, pp. 4-5.

demandado se halla domiciliado en un Estado parte [art. 3[1] CLII]. En el caso que el demandado no esté domiciliado en un Estado parte, el art. 4[1] RBI *bis* remite a la legislación de cada Estado para la regulación de la competencia judicial.

234 En atención a las relaciones entre el CL⁵⁷³ y el RBI *bis* se aplicará el Convenio y

⁵⁷³ El Reino Unido dejó de formar parte de la Unión Europea el 31 de enero de 2020. El 23 de junio de 2016 el Reino Unido celebró un referéndum sobre su permanencia en la Unión Europea (el llamado «Brexit»). En sí, el referéndum no tenía consecuencias jurídicas ni desde la perspectiva del Derecho británico ni desde la del Derecho de la UE. La ley que convocaba el referéndum no le dotaba de carácter vinculante y, tal como aclararon los tribunales británicos, debía ser el Parlamento quien decidiera abandonar la Unión. Esta decisión fue adoptada por el Parlamento Británico el 16 de marzo de 2017 lo que permitió que el 29 de marzo de 2017 el Reino Unido pudiera notificar al Consejo Europeo su decisión de abandonar la UE, activando así oficialmente el artículo 50 TUE (R. Arenas García, «Brexit y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: de lo deseable a lo posible», *Diálogos jurídicos*, 2018, pp. 17-48, en pp. 1-2). El Reino Unido solicitó, el 8 de abril de 2020, su adhesión al Convenio de Lugano, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 70 y 72, pero se requiere ahora el acuerdo de las demás partes, y, si bien Suiza, Noruega e Islandia ya se han mostrado favorables (*DOUE*, C 034, 31 de enero de 2020), la UE, por su parte, no «está en posición de dar su consentimiento para invitar al Reino Unido a acceder al Convenio de Lugano» [carta de 28 de junio de 2021]. El 4 de mayo de 2021 la Comisión de la UE explicó su postura en una comunicación al Parlamento y al Consejo en la que defendió que el Convenio de Lugano «representa un carácter esencial del área de justicia común y es una medida de flaqueo para la economía de la UE en la relación con los países del EEA; las partes del Convenio de Lugano participan, por lo menos de forma parcial, del mercado interior de la UE, comprendiendo una libre circulación de servicios, bienes, capital y personas». En consecuencia, el Convenio apoya las relaciones de la UE con terceros países cuya política de integración es semejante a la de la UE, y no fue elaborado para cualquier o todos los países terceros; aparte de Polonia, antes de formar parte de la UE (adherida en 2004), ningún tercer Estado se ha sumado al Convenio de Lugano. El Convenio está basado en altos niveles de confianza entre las partes. La UE concluye que el Reino Unido es un simple tercer Estado que no tiene una especial vinculación con el mercado interno de la UE y que su entrada al Convenio de Lugano no está justificada (tampoco fue mencionada durante las negociaciones entre UE y RU en el *Trade Cooperation Agreement* [TCA]) por lo que las relaciones deberían basarse en el régimen de la Conferencia de la Haya [el CLH de 2005 sobre acuerdo de elección de foro que ya es una realidad con respecto de acuerdos de elección de foro celebrados a partir del 1 de enero de 2021 (*DOUE* núm. 353, de 10 de diciembre de 2014, pp. 5-8), y el CLH de 2 de julio de 2019 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial (el Convenio, que no ha entrado aún en vigor, puesto que necesita para ello como mínimo dos ratificaciones y hasta el momento solo ha sido firmado por Uruguay, Ucrania, Israel y Costa Rica pero ninguno lo ha ratificado, se extiende al reconocimiento y ejecución de sentencias y también al reconocimiento y ejecución de transacciones judiciales [art.11]), <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=137>]. Por lo tanto, por el momento, el régimen jurídico de la cooperación entre la UE y el RU en materia civil se regirá por el derecho nacional de los EE. MM, por una parte, y la del RU, por otra. Si en algún momento, tanto la UE como el RU se adhieren al Convenio de la Haya sobre sentencias, se facilitarían la libre circulación de resoluciones judiciales en asuntos civiles entre los EE. MM. y el RU. Sin embargo, el grado de integración jurídica del Convenio de la Haya es muy inferior al sistema cuasiautomático de reconocimiento previsto por el Convenio de Lugano o el automático del RBI *bis* (R. Manko, «The United Kingdom's possible re-joining of the 2007 Lugano Convention», *European Parliamentary Research Service*, PE 698.797, noviembre 2021, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698797/EPRS_BRI\(2021\)698797_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698797/EPRS_BRI(2021)698797_EN.pdf)). En marzo de 2023, el Parlamento Europeo requirió un estudio que abordase la situación después del Brexit y las opciones de cooperación en el futuro ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/743340/IPOL_STU\(2023\)743340_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/743340/IPOL_STU(2023)743340_EN.pdf)) el cual concluye, *grasso modo*, por un lado que en la actualidad parece prematuro asumir una adhesión del RU al CLII, y por el otro, que la cooperación judicial entre la UE y el RU debe continuar retejiendo, en la medida de lo posible, los hilos existentes antes del Brexit, pues identificados determinados asuntos que afectan directamente al comercio internacional [p. ej., divorcio y separación legal, obligación de alimentos, insolvencias transfronterizas] garantizar un nivel adecuado de cooperación redundaría en el

no el Reglamento (ni el CB de 1968) en los siguientes supuestos: cuando el demandado esté domiciliado en un Estado que es parte, exclusivamente, en el CLII; cuando los arts. 22 y 23 del Convenio, relativos a las competencias exclusivas y sumisión, otorguen competencia a los tribunales de un Estado parte de forma exclusiva en el CLII; en casos de litispendencia y de conexidad, el CLII se aplica siempre que se presente una demanda ante los tribunales de un Estado parte; y en cuanto al reconocimiento y exequatur, se aplica el CLII si el Estado de origen o el requerido es un Estado parte en el CLII y no miembro del RBI *bis* ⁵⁷⁴.

235 En materia delictual y cuasidelictual, la CJI viene determinada por el foro especial alternativo del «tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», según el art. 5(3) CLII. Este lugar, de acuerdo con el Tribunal de Justicia y del mismo modo que se interpreta para el RBI *bis*, ha de entenderse en el sentido que incluye tanto el lugar en el que se había causado el daño como el lugar en el que se había dado el hecho generador o causante del daño, y que el demandante puede optar por entablar acción ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de ambos. En este sentido, lo que se ha estudiado en relación con el Reglamento es igualmente aplicable al Convenio de Lugano ⁵⁷⁵.

NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL SOBRE OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

236 Cuando en materia de CJI no sean de aplicación ninguno de los instrumentos institucionales ni convencionales se aplicará, siguiendo las fuentes del DIPr europeo, la normativa estatal española, que resultará aplicable, en particular, y siempre que el demandado no esté domiciliado en la Unión Europea, la norma que en este ámbito fue reformada por la Ley Orgánica del Poder Judicial 7/2015, de 21 de julio, recogida en el

beneficio tanto de los ciudadanos de la UE como de los del RU (*vid.* comentario de G. Cuniberti, «European Parliament Study on Efficient Cooperation with the UK», *EAPIL*, marzo, 2023).

⁵⁷⁴ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. II, p. 2746.

⁵⁷⁵ Se debe tener en cuenta la naturaleza del daño en el sentido que solo el daño directo es al que se refiere el art. 5(3) CLII, como sucede con el art. 7(2) RBI *bis*, quedando fuera los daños indirectos, o consecuencias indirectas del daño que pudieran sobrevenir en lugares diferentes al del lugar de producción del daño. Por ejemplo, en un caso, en el cual, en el transcurso de una competición ecuestre celebrada en Suiza, una yegua fue herida por otro semental, se discutió la CJI porque el daño se produjo en Suiza, pero la yegua y su propietaria tenían su domicilio en Francia por lo que las secuelas de las lesiones y de sus consecuencias aparecen en Francia. El Tribunal de Casación francés, su sección civil, en resolución de 14 de marzo de 2018, 16-27913, determina que el hecho generador del daño relativo a la agresión del animal se perpetró en Suiza por lo que la CJI no es del estado francés, de acuerdo con el art. 5 CLII (<https://juricaf.org/arret/france-courdecassation-20180314-1627913>).

art. 22⁵⁷⁶. Es preciso recordar que, con carácter general, este art. 22, norma que se ocupa de la CJI exclusiva de los tribunales españoles no tiene, en la práctica, oportunidad de ser aplicada. Esto es así porque el art. 22 LOPJ es, después de la reforma del 2015, una copia del texto del art. 24 RBI *bis*. Ambos preceptos se ocupan, de forma sustancial, de las mismas materias. Visto que el Reglamento presenta una aplicación preferente y que el antedicho art. 24 se aplica, en las materias contempladas, con independencia del domicilio, nacionalidad de las partes u otras circunstancias, resulta que cuando surja un litigio sobre las materias por él recogidas, será siempre de aplicación, y, en consecuencia, el art. 22 LOPJ no lo será⁵⁷⁷.

237 Los foros concretos de CJI a favor de los tribunales españoles según el art. 22 LOPJ son: [1] en casos de competencia exclusiva en favor de los tribunales españoles; [2] en caso de sumisión expresa o tácita de las partes; [3] en caso de tener el demandado domicilio en España; [4] casos de competencias especiales por razón de la materia en el sector de la persona y de la familia; [5] supuestos de competencias especiales por razón de la materia en el sector patrimonial; y [6] en materia cautelar y provisional. La jerarquía entre los foros indicados es la siguientes: en primer lugar, se deberá determinar si concurre un criterio de competencia exclusiva, luego, si no concurre dicho criterio, en defecto del ejercicio de la autonomía de las partes a través de su sumisión, expresa o tácita, al tribunal de un lugar en concreto, se deberá descartar que el caso no sea uno de los supuestos especiales por razón de la materia [derecho de la persona o familia, y derecho patrimonial], y si no es así, y en defecto de todos ellos, se activará el foro general del domicilio del demandado en España⁵⁷⁸.

I. El foro general del domicilio del demandado

238 El art. 22 *ter*. LOPJ recoge como foro competencial de los tribunales españoles el hecho de que el demandado tenga su domicilio en España⁵⁷⁹. Sin embargo,

⁵⁷⁶ BOE, n.º 174, 22 de julio de 2015, pp. 61593-61660.

⁵⁷⁷ La excepción se halla en las letras c) y g) del art. 22 LOPJ que podrían tener aplicación en relación con litigios sobre «validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español», que es una materia excluida del Reglamento Bruselas I *bis*, por ejemplo, en el caso de nulidad de la inscripción de una filiación en el Registro Civil español. Igualmente, podría ser de aplicación el art. 22 LOPJ en el caso del «reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero» en materias también excluidas de los reglamentos europeos. En el resto de los supuestos, no será de aplicación el art. 22 LOPJ por serlo el art. 24 RBI *bis* [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, p. 407].

⁵⁷⁸ Dicha jerarquía puede ser discutida porque si bien parece que el artículo la mantiene no tiene demasiado sentido desde el momento en el que son foros atributivos de CJI y no distributivos.

⁵⁷⁹ El concepto de domicilio debe definirse con arreglo a Derecho, y el domicilio que utiliza la LOPJ es el proporcionado por el Derecho español. De este modo, una persona física tiene domicilio en España cuando tenga su residencia habitual en España [criterio recogido a efectos civiles generales en el artículo

circunstancias tales como que este foro general no operará cuando la determinación de la CJI de los tribunales españoles se rija por el art. 4 RBI *bis* o por otros reglamentos europeos de DIPr reduce el ámbito de este art. 22⁵⁸⁰.

II. El foro especial por razón de la materia

239 Los arts. 22 *quater*, *quinquies*, *sexies* y *septies* LOPJ ofrecen una serie de foros especiales⁵⁸¹ y adicionales⁵⁸² de CJI a favor de los tribunales españoles en relación con materias privadas internacionales.

240 Estos foros se fundamentan en el principio de proximidad, de pluralidad de foros a favor del demandante y en el de protección de la parte débil. De este modo, la competencia le corresponde a un juez próximo al litigio lo que facilita la práctica de la prueba y valoración del propio tribunal. Además, en circunstancias normales la actora podrá demandar ante los tribunales españoles si la demandada tiene su domicilio en España, pero también podrá hacerlo siempre que un foro especial por razón de la materia le habilite para ello sin que concurra el foro general del demandado. A su vez, en aquellas relaciones en las que las partes se encuentran en desventaja, tales como pueden ser en casos de alimentos, contratos de consumo, de seguros, etc., la LOPJ

40 CC]. A su vez, el concepto de «residencia habitual» requiere la concurrencia de dos elementos diferentes: uno objetivo, con la presencia física del sujeto en un lugar concreto de forma habitual, con un centro social de vida; y otro subjetivo, cuando se verifica la voluntad del sujeto de permanecer en España de forma estable. De este modo, la residencia habitual de una persona se identifica con aquel lugar en el que la persona se halla arraigada social, familiar y laboralmente. La idea es la integración de la persona en un medio social y jurídico en concreto. M. H. van Hoogstraten dijo que el concepto de «residencia habitual» es como una elipse, es decir, es un concepto con varios «centros», y por eso, una persona puede tener su residencia habitual en varios países. Ello dependerá del tipo de litigio que se considere y de las circunstancias del supuesto. Es una noción de contenido variable [dicha variabilidad se hace más latente en litigios relativos al Derecho de familia o sucesorios, así como los relativos a Derecho patrimonial]. En el caso de las personas jurídicas, es requisito que se halla domiciliada en España. Los elementos como tener la sede social en España, su centro de administración, o su centro de actividad principal no son suficientes. De todos modos, cuando una persona jurídica esté domiciliada en España será de aplicación, ya que es preferente, la norma del RBI *bis*, y no la LOPJ [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, pp. 415-419].

⁵⁸⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, p. 419.

⁵⁸¹ Se dice que son foros especiales, primero, porque se refieren a materias concretas y a cada una de las materias le corresponde un foro de CJI específico, y segundo, porque designan el tribunal competente territorialmente, como hace el art. 7 RBI *bis* [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, p. 423].

⁵⁸² Se dice que son adicionales porque lo son respecto de los foros generales recogidos en el art. 22 *bis* [sumisión] y *ter* [domicilio del demandado] LOPJ. Lo que en la práctica se traduce en que solo cuando los foros generales no otorgan CJI a los tribunales españoles pueden aplicarse los foros recogidos en los arts. 22 *quater*, *quinquies*, *sexies* y *septies* LOPJ [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *idem.*].

facilita el fácil acceso a los tribunales españoles. En concreto, y en relación con la materia de las obligaciones extracontractuales, el art. 22 *quinquies* (b) LOPJ indica que «serán competentes los tribunales españoles cuando el hecho se haya producido en territorio español»⁵⁸³. El concepto de materia extracontractual de este precepto ha de extraerse del Derecho material español, en este sentido conforme el art. 1902 CC, y de las derivadas del enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido y gestión de negocios⁵⁸⁴. El precepto está directamente copiado del art. 7(2) RBI *bis* por lo que todo lo referido en torno a la interpretación del precepto europeo debe valer para la norma española. Es conveniente recordar que este art. 22 *quinquies* (b) LOPJ resulta aplicable solo en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea. Si el demandado dispone de domicilio en España será aplicable el RBI *bis* y nunca el art. 22 de la norma española. De igual modo, en el caso de existir sumisión de las partes a favor de los tribunales españoles, éstos son ya competentes en virtud de los arts. 25 y 26 RBI *bis* y no por la LOPJ⁵⁸⁵.

241 En línea con la interpretación europea del art. 7(2) RBI *bis*, el art. 22 *quinquies* (b) LOPJ no debe usarse para otorgar CJI a los tribunales españoles en el caso de que se produzca un daño o efecto meramente indirecto o tangencial en España, como, p. ej., daños que pudiera experimentar una empresa española en su reputación comercial, en el valor de sus acciones, en su patrimonio sito en España, todo ello por actos ocurridos fuera de España [consecuencias indirectas del daño]. Si fuese así, habría de pensarse que toda empresa española siempre sufre daños en España y siempre podría demandar en España cuando le vayan mal los negocios a causa de hechos verificados en el extranjero; «esto sería contrario a la tutela judicial efectiva del demandado y contrario a la previsibilidad del tribunal competente en el comercio

⁵⁸³ Con anterioridad a la reforma del 2015, el art. 22 LOPJ establecía que los juzgados españoles eran competentes «en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España». Con la reforma del precepto se suprimió el segundo criterio y se mantuvo el primero, acorde con el texto del RBI *bis*, de aplicación preferente y que prevé el domicilio del demandado como foro aplicable. Por ende, sabiendo que el art. 22 LOPJ solo se aplicará cuando el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea, y si está domiciliado en un Estado miembro, y además éste es España, el foro del RBI *bis* [art. 7(2) RBI *bis*], que es el aplicable, conduce a la competencia de los tribunales españoles, el criterio segundo del antiguo redactado del precepto es innecesario y de ahí que se reformara.

⁵⁸⁴ En el caso, p. ej., de vulneración del derecho al honor por prensa publicada en varios países en el que una revista norteamericana publicó una información que ofendió gravemente al honor de un político español. Dicha información se escribió en lengua española y se publicó y difundió en Estados Unidos, Sudamérica y en España. El político español presentó demanda ante los tribunales españoles pretendiendo la reclamación de daños y perjuicios, la cesación de la actividad y retirada de la publicación. En este caso, el RBI *bis* era inaplicable pues el demandado no tenía su domicilio en la UE, sino en EE. UU, lo que le permitió al político español presentar la demanda en España mediante el foro especial por razón de la materia, en el lugar donde se había producido el hecho dañoso: la publicación de la información [caso expuesto por A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3849].

⁵⁸⁵ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, pp. 406-407.

internacional y al principio de proximidad, vulnerándose, a su vez, el principio a la buena administración de justicia»⁵⁸⁶.

III. Litispendencia y conexidad (CLII, LOPJ)

242 Los efectos de la litispendencia en Suiza, Noruega o Islandia están regulados en el Convenio de Lugano II que contiene un régimen equivalente al del RBI *bis*⁵⁸⁷. Y, en el Derecho interno español, el legislador ha previsto manifiestamente la excepción de litispendencia internacional en la Ley de cooperación jurídica internacional [art. 39]. Esta norma sería aplicable fuera del ámbito del RBI *bis* o de otros textos supranacionales. «No obstante, sus términos son prácticamente idénticos a los del art. 33 RBI *bis*, por lo que el texto proporciona el referente hermenéutico para su interpretación»⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3848-3849.

⁵⁸⁷ *Vid.* STJ de 20 de diciembre de 2017, C-467/16, *Brigitte Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993.

⁵⁸⁸ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 213.

244 Después de sentar las bases regulatorias en este sector del DIPr, en esta sección especial se analizará el marco normativo y el funcionamiento de la CJI, a propósito de los accidentes de esquí, principalmente, en relación con la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Ante todo, recuérdese que se tiene en cuenta como accidente de esquí aquél que se produce propiamente durante la práctica del esquí ya suceda por choque entre dos o más esquiadores ya sea en una pista de esquí (reconocida y habilitada para la práctica del deporte de ocio y durante su práctica como actividad de recreo o lúdica, es decir, fuera de ninguna competición oficial), ya fuera de pistas, así como aquél que se produce por el impacto del esquiador contra algún elemento, natural o artificial, de la estación y aquél que ocurre a causa de la caída en solitario del esquiador [accidentes «propios»]. La práctica incluye también otras modalidades o disciplinas que se llevan a cabo, bien en las pistas de las estaciones de esquí, bien fuera de pistas, como el *snowboard*⁵⁸⁹. El resultado de un accidente de esquí se califica como un daño de naturaleza extracontractual⁵⁹⁰, y lo que caracteriza un accidente es la eventualidad y, por lo general, la falta de vínculo preexistente entre la persona lastimada y el responsable del daño. Es cierto que existen accidentes de esquí complejos que podrán dar lugar también a una responsabilidad contractual, por ejemplo, el que puede acaecer bajo la supervisión y protección del instructor de esquí que puede enmarcarse en un contrato de prestación de servicios en cuyo caso podría no considerarse un ilícito civil, y deberían de verse en concreto los pactos de dicha prestación para respecto de la responsabilidad de este instructor, y en atención a su conducta o comportamiento poder llevar a cabo la calificación de la situación. En un supuesto de este tipo, el foro especial en materia delictual o cuasidelictual del 7[2] RBI *bis* no sería el pertinente, sino que se estaría en el campo cubierto por el foro en materia contractual del lugar en el que se han prestado los servicios [contrato de prestación de servicios [art. 7.1.b[2] RBI *bis*]]. Como se ha indicado en la introducción de este trabajo que justifica y enmarca su objeto, el foco de este estudio está en los accidentes de esquí propios calificados como materia extracontractual.

245 En consecuencia, a lo largo de las páginas siguientes, siguiendo el orden de la exposición de la primera sección, se tratará sobre: 1) las fuentes del DIPr en el tema objeto de estudio y de la normativa aplicable; 2) el ámbito temporal, territorial y personal del RBI *bis*; 3) la estructura y articulación de los foros del RBI *bis*; 4) el ámbito material de aplicación del RBI *bis*: el daño derivado de los accidentes de esquí como

⁵⁸⁹ Vid. «Introducción explicativa» y el capítulo I para una definición de accidente de esquí y su clasificación para este trabajo.

⁵⁹⁰ Vid. la justificación de esta calificación en la Introducción de este trabajo.

materia cuasidelictual; 5) las acciones que pueden ejercitarse para reclamar la responsabilidad derivada de los daños por accidente de esquí; y 6) la litispendencia y las materias conexas.

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS ACCIDENTES DE ESQUÍ Y NORMATIVA APLICABLE

246 Se ha explicado en el capítulo primero que la CJI es un presupuesto del proceso y tiene alcance constitucional en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a los tribunales. La aplicación de las fuentes del DIPr para determinar la CJI (DIPr europeo, DIPr convencional y DIPr estatal) conduce, primero, a una calificación de la acción para saber ante qué tipo de materia se está; y, segundo, a una identificación de la conexión del supuesto con la norma en concreto. De este modo, en atención a un accidente de esquí, primero se tendrá que calificar la pretensión; segundo, interpretar los conceptos integrados en los supuestos de hecho de las normas de la CJI; y, tercero, subsumir la pretensión (calificable) en una norma de CJI [cuyo supuesto de hecho haya sido interpretado]. A partir de aquí, puede operar el sistema de CJI de cualquier Estado.

247 La responsabilidad por los daños ocasionados en los accidentes de esquí causados por el choque de dos o más esquiadores se califica como extracontractual⁵⁹¹. De este modo, aplicando las fuentes del DIPr español, la normativa que se aplicará para fijar la CJI es el RBI *bis*, de aplicación directa y preferente en todos los Estados miembros y en Dinamarca, siempre que el demandado como responsable del accidente de esquí esté domiciliado en un Estado miembro [art. 4[1] RBI *bis*]. En el caso de que la persona que haya de ser demandada esté domiciliada en un tercer Estado, la estructura del sistema de fuentes conduce a aplicar la regulación autónoma, esto es la LOPJ. En otras palabras, en materia de daños derivados de accidentes de esquí si el domicilio del demandado está ubicado en un Estado miembro implica la aplicación del RBI *bis* por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE; entre los cuales, España, por lo que los tribunales españoles deberán aplicar el Reglamento para decidir sobre su atribución de CJI. En el caso de que el demandado tenga el domicilio sito en un tercer Estado ya no es aplicable el Derecho de la UE, y las fuentes del DIPr español conducen a aplicar la normativa autónoma. La LOPJ atribuye la CJI a los órganos jurisdiccionales españoles,

⁵⁹¹ Los contratos de seguro, las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros están excluidos de este estudio cuya regulación va a depender del contenido y de los pactos del contrato entre la aseguradora y su asegurado. En cambio, sí que está incluida en su ámbito material la acción directa del perjudicado contra la aseguradora, en los casos en los que ésta sea posible, porque dicha acción tiene naturaleza extracontractual.

con carácter especial, cuando el accidente de esquí ha tenido lugar en territorio español [art. 22 *quinquies* [b] LOPJ] además de los casos en que las partes hayan ejercitado su autonomía de la voluntad en favor de los tribunales españoles [art. 22 *bis* LOPJ] [o el demandado esté domiciliado en España [art. 22 *ter* LOPJ], pero que en cuyo caso se aplicaría el RBI *bis*].

248 Se inicia esta sección estudiando el RBI *bis*, en concreto, sus ámbitos de aplicación⁵⁹² y la disposición y articulación de sus foros en el área concreta de su ámbito material de aplicación en relación con los daños derivados de accidentes de esquí. El RBI *bis* es expresión del Derecho de la UE y resultado de un equilibrio entre los derechos de los Estados miembros; y es el instrumento que ha de aplicarse en el ámbito de los daños. Se ha explicado la concurrencia del CLII en la misma materia y para los casos concretos en los que el domicilio del demandado esté sito en uno de los tres Estados parte del Convenio firmado con la Unión Europea. Fuera de estas normas, y en ausencia de convenio aplicable⁵⁹³, cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado, es de aplicación el art. 22 LOPJ. Este trabajo se centra en el DIPr europeo, por ello se va a ocupar preferentemente del RBI *bis* porque permite precisar el examen valorativo que los tribunales españoles deberían llevar a cabo a la hora de atribuirse, o no, la CJI en los supuestos que caen dentro del presente objeto de estudio.

EL REGLAMENTO BRUSELAS I *BIS*

I. **Ámbito temporal, territorial y personal del Reglamento Bruselas I *bis***

249 Los arts. 66 y 81 RBI *bis* determinan el ámbito temporal del Reglamento de suerte que las acciones que traigan causa de accidentes de esquí con algún elemento extranjero ejercitadas a partir del 10 de enero del 2015 quedan subsumidas dentro de su ámbito de aplicación⁵⁹⁴. El alcance territorial del Reglamento se extiende a todos

⁵⁹² En primer lugar, se explicará el ámbito temporal, territorial y personal, y, seguidamente, el ámbito material, que se abordará al hilo del análisis del supuesto de hecho de la norma.

⁵⁹³ De los convenios en materia general de daños de los que España sea parte; el existente con Rumanía ha sido sustituido por el RBI *bis* [art. 69 RBI *bis* [lista 3 del apéndice]] por lo que solo es potencialmente aplicable el Convenio con El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias, de 7 de noviembre de 2000 [BOE, n.º 256, 25 de octubre de 2001, pp. 39150-39153].

⁵⁹⁴ Sin olvidar que el Reglamento n.º 44/2001 [RBI] se aplica con carácter transitorio en sentencias posteriores al 10 de enero del 2015 si son consecuencia de acciones anteriores a esta fecha [art. 66[2] RBI *bis*].

los Estados miembros y a Dinamarca⁵⁹⁵. Por su parte, el ámbito personal depende del domicilio del demandado en un Estado miembro, porque si el demandado se halla domiciliado en uno de los Estados parte del Convenio de Lugano II (Islandia, Noruega y Suiza) la CJI viene determinada por el Convenio y no por el Reglamento y si lo está en un tercer Estado, la regulación de la CJI corresponde al Derecho autónomo.

II. Ámbito material de aplicación del RBI *bis*. El accidente de esquí como materia cuasidelictual

250 El Tribunal de Justicia ha resuelto un gran número de cuestiones prejudiciales en relación con la interpretación del RBI *bis* y sus predecesores acerca de la interpretación de los conceptos «materia contractual» y «materia extracontractual»⁵⁹⁶. En este sentido el Tribunal ha dejado reiteradamente claro que se trata de conceptos autónomos que se deben definir a partir del propio sistema y de los objetivos del Reglamento sin que exista un reenvío al derecho interno de los Estados miembros para su conceptualización⁵⁹⁷. Esta interpretación autónoma «garantiza la aplicación uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros»⁵⁹⁸.

251 El concepto de «materia delictual o cuasidelictual» es un concepto residual en relación con el de «materia contractual», *i. e.*, es delictual o extracontractual aquella relación jurídica que no esté relacionada con materia contractual⁵⁹⁹. Como se ha

⁵⁹⁵ El 19 de octubre de 2005, Dinamarca firmó un Acuerdo específico con la Comunidad Europea, que ha permitido la aplicación del Reglamento n.º 44/2001 a Dinamarca a partir del 1 de julio de 2007. El Reglamento [CE] n.º 44/2001 fue sustituido por el Reglamento [UE] n.º 1215/2012 [Reglamento Bruselas I [refundición]] a partir del 10 de enero de 2015. Este nuevo Reglamento se aplica únicamente a las acciones judiciales ejercitadas, a los instrumentos auténticos formalizados o registrados o a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 10 de enero de 2015. El Reglamento [CE] n.º 44/2001 se sigue aplicando a las sentencias dictadas en acciones judiciales ejercitadas, a los instrumentos auténticos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes del 10 de enero de 2015 que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento. El Reglamento [UE] n.º 1215/2012 se aplica en Dinamarca en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Las enmiendas legislativas necesarias en Dinamarca entraron en vigor el 1 de junio de 2013 [en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=celex%3a02012r1215-20150226>].

⁵⁹⁶ *Vid. supra* nota 67.

⁵⁹⁷ Desde *LTU/ Eurocontrol* [1976].

⁵⁹⁸ M. A. Cebrián Salvat, *op. cit.*, pp. 320-321.

⁵⁹⁹ En el asunto, *cit. supra*, *Kalfelis* [1988] se determinó por primera vez que materia delictual o cuasidelictual «es un concepto autónomo que comprende toda demanda que se dirija a exigir la

referido anteriormente, el TJ tiende a calificar la categoría de «obligaciones extracontractuales» [o cuasidelictuales] como una categoría subsidiaria frente al artículo 7(1): «el concepto materia delictual [=ilícito civil] o cuasidelictual comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1...», esto es, cuando la responsabilidad no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una frente a la otra⁶⁰⁰. Además, el TJ también ha afirmado que la responsabilidad extracontractual solo surge cuando puede establecerse un nexo causal entre el daño afirmado por la víctima y el hecho que le imputa al presunto causante⁶⁰¹. Así, se ha considerado que derivan de una situación dañosa todas las acciones de reparación, de indemnización, de cesación, de exoneración de responsabilidad extracontractual⁶⁰². También se utiliza cuando los terceros se subrogan en los derechos del perjudicado o del responsable, bien por ley, o en virtud de contrato, y para reclamar la responsabilidad de un sujeto por los daños de otro, como p. ej., en el caso de la responsabilidad de los progenitores por los daños de los hijos⁶⁰³.

252 Por su parte, la responsabilidad derivada de delito, jurisdicción penal, cuenta con un foro alternativo especial propio, el art. 7(3) RBI *bis*. El Reglamento contempla la posibilidad de acumular la acción civil a la penal ante los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la acción penal (recuérdese que el Reglamento se aplica con independencia del órgano jurisdiccional que conozca del asunto —art. 1(1)

responsabilidad de un demandado que no esté relacionada con “materia contractual”» [§ 17]. Esta noción se ha ido perfilando en aras de la seguridad jurídica y para que pueda considerarse como materia extracontractual han de verificarse dos elementos: uno, positivo, que se trate de una acción que ponga en cuestión la responsabilidad del demandado; y, dos, un elemento negativo, en el sentido de que dicha acción no pueda calificarse como contractual, bien ya sea por no existir un compromiso libremente asumido por las partes, bien porque no se considere que la acción que se ejerce derive de ese compromiso. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha determinado que no existe un compromiso asumido por las partes, de forma libre, en los casos de accidentes, daños medioambientales, prácticas contrarias al Derecho de la libre competencia, daños a los derechos de la propiedad intelectual o industrial, daños a los derechos contra la personalidad o intimidad, daños derivados de la gestión de negocios ajenos, etc. (M. A. Cebrían Salvat, *op. cit.*, p. 323). Asimismo, y en relación con la naturaleza de la acción de restitución por enriquecimiento injusto ha determinado que no es materia extracontractual a los efectos del foro competencial 7(2) RBI *bis*, debiéndose acudir, en estos casos, indefectiblemente, al foro general del domicilio del demandado [art. 4 RBI *bis*] [caso, *cit. supra*, *Hrvatske Šume* [2021]]. Y, ello porque este tipo de acciones se basan en una obligación que no tiene su origen en un hecho dañoso ya que nace independientemente el comportamiento del demandado, de modo que no existe una relación de causalidad que pueda establecerse entre el daño y un posible acto u omisión ilícitos cometidos por este [§ 55].

⁶⁰⁰ P. ej., *vid. supra*, caso *ÖFAB* [2013: §§ 33 y 36].

⁶⁰¹ P. ej. *vid. supra*, caso *Bier* [1976: § 16]; *Troline* [2002: § 32]; *Amazon* [2016: § 41].

⁶⁰² P. ej. *vid. supra*, caso *Folien Fischer AG* [2012: § 55.]

⁶⁰³ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 114-117.

RBI *bis*, STJUE [Sonntag; 1993]—).

253 En este contexto cuando sucede un accidente de esquí «propio»: el que se produce por la colisión o choque entre esquiadores; el que sucede por la caída de un esquiador solo; y, el que ocurre por el impacto contra objetos, naturales o artificiales, ya sean fijos (edificaciones y casetas, árboles y cañones de nieve), semifijos (palos de señalización y vallas) o móviles (remontes mecánicos y motonieves); puede dar lugar al nacimiento de la acción de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC). Este tipo de accidentes de esquí, que en su ámbito internacional son el objeto de este trabajo, se califican como materia netamente extracontractual [o cuasidelictual].

a) El daño en el accidente de esquí

254 El daño que se produce en un accidente de esquí lo constituyen las lesiones y secuelas causadas por el siniestro y los daños perpetrados en el material de esquí; es el menoscabo que el esquiador lesionado padece de forma propia, actual y directa, y de forma certera; y estos daños son, a su vez, resarcibles y valorables. Además de estos daños directos, pueden derivarse daños indirectos tales como los daños patrimoniales, p. ej., si el esquiador lesionado sufre además de los daños corporales, pérdidas patrimoniales como consecuencia de no poder atender su actividad laboral o negocio durante un periodo de tiempo identificable, o si el daño corporal es irreversible, p. ej., una invalidez, y el lesionado se viera impedido para desempeñar su profesión. Este concepto general del «daño resarcible»⁶⁰⁴ en que se basa el Derecho español, no es el mismo concepto autónomo que utiliza el foro especial del lugar del daño del RBI *bis* para identificar el lugar en el que el órgano jurisdiccional puede atribuirse CJI⁶⁰⁵. Por ejemplo, ¿el daño moral derivado del accidente de esquí constituye daño a efectos de determinar la CJI? No. Como se verá en las próximas líneas, los daños indirectos, como los morales, no permiten la aplicabilidad del foro especial y han de seguir la aplicación del foro general o del foro de la autonomía de la voluntad para fijar la CJI. El concepto de daño que permite utilizar estos foros para la atribución de la competencia de unos órganos jurisdiccionales concretos es distinto

⁶⁰⁴ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 185-187.

⁶⁰⁵ En este sentido y en consonancia con las sentencias europeas, ya citadas en la primera sección de este capítulo, como el caso *Marinari* [1995] o el caso *Dumez* [1990], y en relación con la operatividad del foro especial del artículo 7(2) del RBI *bis*, el TJ ha resuelto que dicho foro no incluye el lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial derivado de un daño inicial, por ejemplo, corporal, producido en otro Estado, en las pistas de esquí de otro Estado miembro diferente al de su domicilio, por ejemplo, el resultado de una operación quirúrgica mal realizada en un Estado, como consecuencia de un accidente sufrido en otro Estado. Otra cuestión distinta es la resarcibilidad de estos daños indirectos, que constituye una cuestión de fondo y de prueba en el litigio.

al concepto de daño resarcible⁶⁰⁶.

255 En la doctrina moderna es común utilizar las expresiones «daño directo» y «daño indirecto» para designar, respectivamente, los daños que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional, o los que solo son su consecuencia mediata⁶⁰⁷. En efecto, se alude a los daños directos cuando quien reclama su reparación o compensación es precisamente la persona que directamente los ha padecido en su físico o sus bienes. El daño indirecto o de «rebote»⁶⁰⁸, en cambio, lo sufren los familiares y allegados del fallecido o lesionado por la acción dañosa. El daño inmediato en un accidente de esquí es el que es consecuencia directa del actuar del agente, se trata más de un problema de relación de causalidad que de tipos de daños o conceptos. Los daños inmediatos debidos a la falta del cumplimiento de la obligación extracontractual (la de no causar a otros, con culpa o negligencia, ningún daño) son los que se pueden prever en el momento del accidente.

b) El perjudicado en el accidente de esquí

256 En los accidentes de esquí la víctima o el perjudicado del daño será la persona perjudicada o lesionada directamente por el accidente. Es decir, aquella que haya sufrido en su cuerpo o bienes el impacto causante de las lesiones o los daños. En consecuencia, quien tiene la acción es el perjudicado directamente por el accidente, y no se puede utilizar el foro especial del artículo 7(2) RBI *bis* para demandar en un lugar diferente al que se haya ocasionado el perjuicio directo a la víctima directa, éste es la pista o lugar en el que ha acontecido el accidente. En el orden que se exponía en párrafos anteriores, las víctimas indirectas, esto es, los familiares que sufren los daños en sus domicilios, lugares, que son imprevisibles, no son tenidos en cuenta y no son operativos para la determinación de la atribución de la CJL en base al foro especial del lugar del daño.

III. Daños durante el esquí no clasificados como accidentes de esquí: los accidentes causados por material defectuoso [daños a distancia]

257 En materia de esquí los productos son el equipo que lleva el propio esquiador, principalmente los esquís y sus fijaciones. En el supuesto de que el accidente traiga

⁶⁰⁶ En este sentido es importante diferenciar el daño con relevancia competencial que determina el foro de competencia judicial, y el daño o los daños de relevancia material, que serán los daños que conforme a la ley aplicable serán indemnizables. Estos daños indemnizables pueden comprender no solo los directos sino también los derivados o indirectos [*vid., infra* capítulo III].

⁶⁰⁷ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁰⁸ M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 191-193.

causa de un defecto de fabricación del producto importado y luego comprado por el esquiador, de igual modo como sucedió en el caso de la *bicicleta transfronteriza* del caso *Kainz* [2014], se deberá tener en cuenta el país donde se han fabricado los esquís. Si el accidente se produce por un defecto de fabricación, como podría ser p. ej., que durante la práctica del esquí tuviera lugar una caída, causante de daños o lesiones, como consecuencia del desenganche o rotura de las fijaciones del esquí por un defecto de fábrica, se estaría ante un ilícito a distancia cuya CJL vendría determinada por el lugar de fabricación del material, que, según ha señalado el TJ, es el lugar donde se origina el hecho del que trae causa el daño, esto es, el lugar en el que se ha fabricado defectuosamente el material⁶⁰⁹, con independencia de dónde se hubiese adquirido o comprado dicho material.

258 Al margen de que, como en todos los supuestos de reclamación de la responsabilidad extracontractual, aquí cobraría protagonismo la materia de carga de la prueba y de acreditar en el juicio oral la relación o nexo causal entre el desperfecto de origen y el resultado del accidente, no debe perderse de vista que, en el supuesto planteado, se ha cambiado la «naturaleza» del problema, ya que, sin movernos de la materia delictual o cuasidelictual, se ha pasado de la subcategoría «responsabilidad civil por daños derivados de un accidente de esquí» a la subcategoría «responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos»⁶¹⁰.

259 En estos casos, la idea que impera es que el lugar de producción del daño es el lugar en el que se ha mal fabricado el producto, porque de haberse fabricado bien, el accidente no hubiera acaecido. Además, el hecho dañoso es el defecto de fábrica del producto y no el accidente. En efecto, habrá que acreditar el defecto del producto y el nexo causal entre el desperfecto de fabricación de la fijación en el esquí y la caída y las consecuentes lesiones, así como descartar que la misma se hubiere producido por la falta de pericia del propio esquiador o que la rotura de la fijación se hubiese dado después del impacto, todo ello teniendo en cuenta la ley que regirá en el asunto en concreto (que se determinará de acuerdo con la norma de conflicto aplicable y que se estudiará en el próximo capítulo). Éste es un supuesto que pudiera plantearse tanto

⁶⁰⁹ Porque el hecho que ha dañado el propio producto es su mala fabricación; caso *Kainz* [2014: § 26], *cit. supra* nota 534.

⁶¹⁰ Se recuerda que la categoría responsabilidad por productos defectuosos hace años que tiene sustantividad propia. En Derecho de la Unión, la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [*DOCE*, n.º 210, de 7 de agosto de 1985, pp. 29-33] —propuesta de revisión COM [2022] 495 final, de 28 de septiembre de 2022—; y, en el DIPr español en cuanto a la ley aplicable, el Convenio de la Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos [*BOE*, n.º 21, de 25 de enero de 1989, pp. 2054-2056].

en caídas en solitario de esquiadores, en las que sufren un daño, daño que, si el estado de la fijación hubiera sido la óptima, no se hubieran sufrido; como en supuestos en los que esta caída causada por el defecto de la fijación causase un accidente con otro esquiador, que también resultase perjudicado.

IV. Daños clasificados como accidentes de esquí propios

En el primer capítulo, sección 2.^a, de este trabajo se trata sobre la calificación de los accidentes de esquí «propios» como materia de responsabilidad extracontractual [cuasidelictual], de manera que a él nos remitimos, recogiendo en los próximos párrafos un resumen a modo recordatorio de aquellos daños [accidentes de esquí propios] calificados como materia cuasidelictual que entran dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento.

a) Colisión o choque de esquiadores

260 El daño derivado de un choque entre esquiadores es un daño extracontractual pues no existe ninguna relación jurídica, anterior al hecho dañoso, entre las personas que colisionan⁶¹¹. Una vez producido el accidente que genera el daño nace la acción del perjudicado para reclamar al causante la reparación por las lesiones o daños sufridos. De igual modo, nace la acción del presunto causante del daño contra el perjudicado para exonerarse de la responsabilidad que se le pueda pretender.

261 Igualmente, en el caso de que el presunto causante del daño hubiera contratado un seguro con una compañía aseguradora y la responsabilidad civil frente a terceros estuviere cubierta por la póliza, la acción directa que nace del hecho dañoso a disposición del perjudicado contra la aseguradora tiene naturaleza extracontractual, pues ningún vínculo o relación jurídica existía entre éstos. Cuestión diferente es la relación entre el esquiador asegurado y su aseguradora la cual se regirá por sus pactos, sin perjuicio del derecho de repetición de la aseguradora. La obligación contractual de la aseguradora y su asegurado queda fuera de este estudio, pues en el caso de que existiese dicha cobertura, la obligación se regirá por los pactos entre las partes. En cambio, el supuesto de la acción directa, *i. e.*, la que ostenta el perjudicado contra la aseguradora del causante del daño, sí tiene cabida en este trabajo, en tanto y cuanto la relación de este perjudicado y la aseguradora del autor

⁶¹¹ *Vid.* cap. I para casuísticas, dinámicas, reglas y resoluciones para este tipo de accidentes de esquí.

del daño es autónoma y extracontractual⁶¹².

b) Impactos y caídas

262 En caso de impacto contra elementos de la pista y/o caídas por falta de pericia del esquiador, la naturaleza del daño, si se produjera, seguiría siendo extracontractual, pues el titular de la explotación se obliga a poner a disposición las pistas en sus condiciones óptimas para su uso, pero no es responsable de su impericia en la práctica del esquí. En todo caso, el demandado en estos casos deberá acreditar que adoptó las medidas de protección necesarias para minimizar el riesgo de impactos o caídas.

263 Los accidentes de esquí que traen causa de impactos del esquiador contra objetos de la pista, objetos que pueden ser fijos (casetas y cañones), semifijos (palos de señalización o redes) o móviles (remontes y máquinas) son tipo de accidentes en los que la casuística es muy variada y la culpa o negligencia constituyen una valoración subjetiva de conducta porque el esquiador asume siempre un riesgo. La fatalidad, la impericia o la propia negligencia del esquiador pueden causar el accidente, con independencia del hecho objetivo de nieve insuficiente y la presencia de otros elementos añadidos por la estación. En todo caso, la actora tiene la carga de probar que el estado de las instalaciones fue la causa del accidente. Por lo general, las pistas de esquí cuentan con dispositivos de amortiguación que son elementos como redes y colchonetas que se colocan sobre un obstáculo o en sus inmediaciones, a su lado, a alrededor, cuya función es evidenciar la presencia de un obstáculo artificial y reducir, si fuere el caso, las consecuencias de un impacto, por ello, se usan preferentemente colores llamativos. En cualquier caso, pero, la fuerza del impacto dependerá de la velocidad del esquiador y de la mecánica del accidente, y las consecuencias vendrán determinadas además por la zona corporal que reciba el impacto⁶¹³. Sea como fuere, la protección de estos dispositivos es limitada y las

⁶¹² En el Derecho español, la acción directa está definida en el art. 76 LCS. Cuando el causante del daño se encuentre asegurado, el referido art. 76 le obliga a manifestar al perjudicado la existencia del seguro y de su contenido, mientras que el art. 74 LCS propicia que el asegurado ponga su defensa en manos de su aseguradora. En síntesis, la víctima tiene frente a la aseguradora una posición jurídica autónoma, con independencia de la acción que tiene contra el causante del accidente y del daño. Este derecho, esta acción no nace del contrato sino del acto dañoso del asegurado, por más que quede configurada la identidad del deudor y la de su alcance por medio del contrato de seguro (M. Yzquierdo Tolsada, *op. cit.*, pp. 755-756). Por consiguiente, es aplicable al seguro contra los accidentes de esquí, en la modalidad de seguro de daños derivados de la responsabilidad civil. La Ley concede un derecho propio al perjudicado para dirigirse por los daños sufridos contra la aseguradora del causante del daño. Desde un punto de vista procesal el tercero perjudicado tiene legitimación activa y la aseguradora, legitimación pasiva (I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, p. 109).

⁶¹³ *Cit. supra*, Reglamento Atudem, § 4.5, p. 10.

personas deben esquiar con precaución y seguridad para sí mismas.

264 En las caídas en solitario de un esquiador el hecho determinante es la ausencia de la colisión, por ello, cuando el esquiador perjudicado acude a los tribunales a través del ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad civil lo hace con la pretensión de atribuir la culpa de su accidente (caída) a la estación de esquí. En concreto, se suele alegar la negligencia de la estación en el cuidado y mantenimiento de las pistas, especialmente por abrirlas en circunstancias de peligro como niebla, hielo, escasez de nieve, etc. Por lo general, el acondicionamiento de las pistas incluye la producción de nieve con cañones y el compactado de la nieve con maquinaria (pisado). El objetivo principal del acondicionamiento de pistas es prolongar la permanencia del manto nivoso. Empero, el acondicionamiento de las pistas es una actividad opcional de cada estación, en ningún caso obligatoria. Es relevante que, por el mero hecho de ser competencia de la estación el mantenimiento de pistas y no haber tomado la decisión de cerrarlas, si no se aprecia negligencia, el criterio de la jurisprudencia es absolver a las estaciones⁶¹⁴.

Veamos a continuación, con más detalle, y al hilo de lo que venimos exponiendo, las acciones en materia de accidentes de esquí propios.

V. Acciones en materia de responsabilidad derivada de un accidente de esquí

265 La acción es el derecho de libre acceso a la jurisdicción. A través del ejercicio de la acción se individualiza la pretensión, esto es la concreta tutela que se demanda del órgano judicial. La responsabilidad civil extracontractual es exigible a través de la acción del artículo 1902 CC según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». De este modo, a las acciones en materia civil, y, en concreto, en materia de responsabilidad extracontractual o cuasidelictual, le es aplicable, según el sistema de fuentes de DIPr para la CJI, bien el RBI *bis*, de aplicación preferente por los Estado miembros, que en su art. 1 delimita, con carácter general, su ámbito de aplicación a la materia civil y mercantil; bien un convenio internacional en función del ámbito material fijado en sus disposiciones, o bien, la LOPJ.

266 En materia de responsabilidad derivada de un accidente de esquí las acciones que se pueden entablar son, en esencia, dos: las acciones de reclamación de responsabilidad dirigidas a obtener una indemnización por los daños y perjuicios producidos⁶¹⁵; y, la acción de exoneración o declarativa negativa de la responsabilidad tendente a la exoneración de responsabilidad y, por ende, a la exención de indemnizar

⁶¹⁴ *Vid. supra* capítulo I.

⁶¹⁵ Ej. SAP Lleida, secc. 2.ª, n.º 487/2015, de 27 de noviembre de 2015, ECLI:ES:APL:2015:955.

o de resarcir⁶¹⁶. Por lo general, en la acción de reclamación de la responsabilidad quien acciona es el perjudicado por el daño, y en la acción declarativa negativa de responsabilidad lo es el que, presuntamente, ha ocasionado el daño.

a) Acción de reclamación de la responsabilidad civil extracontractual contra el causante del accidente

267 En estos casos el perjudicado tiene el interés legítimo de que el órgano judicial declare la responsabilidad del causante del accidente para satisfacer su pretensión de ser resarcido por los daños sufridos⁶¹⁷. Sentencias de las audiencias españolas que discutan la CJI en accidentes de esquí las hay contadas, bien por no concurrir ningún elemento extranjero, bien por no resultar el proceso de determinación de la competencia judicial relevante a efectos del resultado del pleito, pues como se ha referido en párrafos anteriores, sucede que la aplicación del foro general del art. 22 LOPJ coincide con el foro general del RBI *bis*, razón por la cual, materialmente, el resultado no es diferente en el caso en el que el demandado está domiciliado en España. Así sucedió en el supuesto real que se ha expuesto a propósito del foro del domicilio del demandado, en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre, en la que aun no habiéndose aplicado correctamente el sistema de fuentes español del DIPr, pues no se aplicó el instrumento europeo vigente en el momento cuya aplicación era preferente (*RBI*), lo cierto es que el resultado fue el mismo aplicando la LOPJ y que la CJI de los tribunales españoles era indiscutible⁶¹⁸.

268 Tomando dicha sentencia como base, se van a cambiar y alterar las variables del caso para describir los diferentes supuestos que pueden darse en la determinación de la CJI. Para ello, primero, se recuerda el caso en concreto: el Juzgado de primera instancia n.º 1 de Lleida, en sentencia n.º 129/2014, de 2 de diciembre, confirmada en alzada por la Audiencia Provincial de Lleida, en la sentencia ya referida, de 27 de noviembre de 2015, desestima la pretensión de la actora de obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente de esquí. El 14 de marzo de 2009, en un viaje organizado por la Parroquia

⁶¹⁶ Ej. SAP Lleida, secc. 2.ª, n.º 181/2010, de 25 de enero de 2013, ECLI:ES:APL:2013:30.

⁶¹⁷ Todos los daños que puedan acreditarse y valorarse pueden ser objeto de resarcimiento o indemnización. Pero no todos los daños tienen el carácter de daño directo, y solo el daño directo es el que se tiene en cuenta para operar a través del foro especial por razón de la materia del art. 7[2] RBI *bis* (daño competencial). *Vid. supra* § 287.

⁶¹⁸ Cuestión diferente fue la determinación de la ley aplicable al caso, en cuyo estudio se adentra el próximo capítulo de este trabajo.

de *La Mercè* de Lleida para ir a esquiar a la estación andorrana de *Gran Valira*, una de las integrantes del grupo, una chica menor de edad de nacionalidad española y con residencia habitual en la ciudad de Lleida, embiste a otra esquiadora que se encontraba parada a un lado de la pista dentro de la zona habilitada para la práctica del esquí. La perjudicada era nacional española y con domicilio en Cataluña. Como consecuencia de la colisión, la perjudicada sufre lesiones de diversa consideración de las que necesita para su curación nueve meses y de las que persisten secuelas de perjuicio estético moderado y un leve déficit de movilidad del hombro derecho. Por este motivo, la perjudicada interpone demanda en el ejercicio de la acción declarativa y de reclamación de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual contra los padres de la menor causante del accidente, el sacerdote encargado de la excursión, la parroquia de *La Mercè* y su aseguradora comercial, la compañía FIATC⁶¹⁹. Los padres contestan a la demanda y el sacerdote comparece en el acto de la audiencia previa alegando, todos ellos, prescripción de la acción. Por su parte, la parroquia y la entidad aseguradora se mantienen en rebeldía procesal. El juez de instancia comprueba la CJI de los tribunales españoles cuya valoración basa, de forma errónea, en el art. 22 de la LOPJ⁶²⁰. La Audiencia Provincial confirma el fallo, atribuyéndose para ello la CJI también sobre la norma interna de la LOPJ, sin considerar la existencia y la preferencia del *RBI*.

269 En relación con la determinación de la CJI, en el caso expuesto concurren dos nacionales y domiciliadas españolas que son parte en un accidente de esquí acaecido en una de las pistas de esquí de la estación *Gran Valira*, de Andorra. La parte demandada está domiciliada en un Estado miembro, España, en Cataluña, en concreto en Lleida, por lo que, en aplicación del sistema de fuentes del DIPr español por concurrir en los hechos un elemento extranjero (accidente acaecido en Andorra) es de aplicación preferente el *RBI*, vigente en el momento de los hechos. El recurso a la normativa interna española para la determinación de la CJI está reservado a los supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea. De lo expuesto, se deriva que el *RBI* conducía a la atribución de la CJI a los tribunales españoles por ser el lugar del domicilio de la demandada y por resultar inoperante, a efectos del Reglamento, el fuero alternativo del lugar del daño al no constituir Andorra un Estado miembro. El mismo resultado se hubiera producido en el caso de residir la causante del accidente en otra comunidad autónoma del

⁶¹⁹ De este modo, fijada la CJI en aplicación del *RBI*, la competencia territorial en España viene determinada por el domicilio de cualquiera de los demandados (art. 50[1] LEC), por lo que en este supuesto es conocido el domicilio de la demandada en Lleida.

⁶²⁰ Además, erróneamente, hace derivar de esta norma interna la aplicación al contencioso de la ley española, el CC español, y deja al margen la norma del CC catalán por entender [desacertadamente] que la misma solo se aplica en territorio catalán [desatendiendo el funcionamiento de la norma de conflicto, *vid. infra* capítulo III], y, por ende, aplica al pleito el artículo 1968[2] CC español, que establece el plazo de prescripción de un año de las acciones basadas en el artículo 1902 del CC por responsabilidad extracontractual.

Estado español⁶²¹.

270 En el supuesto hipotético de residir la causante del daño en otro Estado miembro, p. ej., Alemania, la atribución de la CJI variaría y ya no correspondería a los tribunales españoles. Siguiendo el mismo razonamiento, estando la parte demandada domiciliada en un Estado miembro, es aplicable a la acción de reclamación de daños extracontractuales derivadas del accidente, el instrumento europeo, hoy el RBI *bis*, el cual proporciona, a falta de sumisión de las partes, dos foros alternativos: uno, el domicilio del demandado, en este caso Alemania, y dos, el foro del lugar de la producción del daño, en este caso inoperativo por no ser Andorra un Estado miembro. De ahí que, y del mismo modo que ocurre con las variables originales del caso, la determinación de la CJI vendría determinada por la aplicación del foro general del domicilio del demandado según el RBI *bis*. En el supuesto de haber sucedido el accidente en una pista de esquí andorrana, americana o japonesa, el instrumento europeo del RBI *bis* es aplicable mientras la parte demandada esté domiciliada en un Estado miembro—ámbito de aplicación personal del Reglamento—. Y, a su vez, «[U]na persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro...en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso...» [art. 7[2] RBI *bis*]. En consecuencia, el foro de ataque del lugar del daño concurre siempre con el foro general del domicilio del demandado, y es necesario que el lugar del daño se localice en un Estado miembro para optar por el foro especial en lugar de por el foro general.

271 En el caso de ubicarse la pista de esquí en un Estado miembro como Italia, p. ej., y el causante del daño en lugar de ser domiciliado español lo fuese de Francia, por poner una variable, la parte actora podría accionar su pretensión ante los tribunales franceses o ante los tribunales italianos, alternativamente, ya que en este supuesto ambos fueros serían operantes por ubicarse los dos en EE. MM. Lo que no podría hacer la parte actora es accionar ante la jurisdicción española por ser el lugar de su domicilio, pues no constituye un foro de atribución de la competencia, ello, sin perjuicio de que, de hacerlo, la parte demandada compareciese, sin impugnar la competencia de los tribunales españoles y se sometiese, de este modo, a su

⁶²¹ Este aspecto resulta de interés en materia de ley aplicable en sistemas normativos no unificados como lo es el sistema español, porque, en el caso de autos, ambas partes son residentes en Cataluña. La problemática que la cuestión puede suscitar se estudia en el próximo capítulo.

competencia mediante el ejercicio del foro de la sumisión tácita.

b) Acción directa contra la compañía aseguradora

272 En el caso hipotético de que el causante del daño hubiese contratado una póliza de seguro (la póliza del esquiador⁶²²) cuya cobertura alcanzase la responsabilidad civil frente a terceros derivada de las colisiones con otros esquiadores, si la compañía se negara a abonar la indemnización por los daños sufridos, el tercero perjudicado puede dirigirse directamente contra la compañía aseguradora en el ejercicio de la acción directa. En este caso ¿cabría la posibilidad de que el tercero perjudicado pudiese presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio? La respuesta, poco meditada –y se verá el en próximo párrafo por qué–, parecería ser negativa de acuerdo con el artículo 11.1(b) RBI *bis*, el cual indica que la aseguradora, cuando el demandante sea el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario [no menciona el tercer perjudicado], podrá ser demandada en otro Estado miembro ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga el domicilio el demandante. El tercero perjudicado, que es ajeno a la relación contractual entre el asegurado y la aseguradora, deberá acudir y optar por el foro general del domicilio del demandado o el foro especial del lugar del daño. De este modo, *a priori* no parecería que existiese un foro propio de la actora para el ejercicio de la acción directa en los casos de responsabilidad civil extracontractual derivada

⁶²² Las pólizas o productos que cubren los daños derivados de la práctica del esquí son muchas y heterogéneas. Existe mucha diversidad de elementos en las pólizas de seguro, diferencias en los riesgos incluidos y excluidos, garantías, límites, sumas máximas aseguradas. Sin embargo, suelen coincidir en elementos como la prima, la forma y la prueba del contrato, los ámbitos territorial y especial. Las coberturas se extienden tanto a los daños propios como a la responsabilidad civil frente a terceros derivada de la práctica del esquí. Desde un punto conceptual el seguro contra los accidentes de esquí es un seguro de daños, pero en unos casos se trata de un seguro de daños propios, y en otros de un seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros. Cuando uno se dispone a acceder a una estación de esquí a través de los remontes y adquiere el forfait se le pregunta si por el módico precio de tres a seis euros quiere contratar el seguro por el día que esquía (p. ej, para el año 2023, consultado en las respectivas páginas web de las estaciones del Fromigal, la Molina o Masella, el precio es de 3,5€/día). Es importante tener en cuenta que el contrato se celebra con la estación de esquí o con la sociedad gestora de las pistas, que es el tomador del seguro. Esto se explica por el tipo de contratación, realizada en la propia taquilla de venta de la entrada del forfait, donde no se encuentran las condiciones y por tanto no se puede leer, comprender y aceptar las cláusulas de un contrato, impuesto por la predisponente, la aseguradora. Por ello, la contratación se hace con anterioridad y se designa como asegurada el titular de la entrada, del forfait, que es el titular del interés asegurado, siendo el beneficiario el tercer asegurado. Se deberá tener la diligencia de consultar las condiciones del contrato de seguro que ofrece la propia estación con la adquisición de la entrada y sus coberturas. Y, por el momento, el seguro en la práctica del esquí es voluntario, ni el seguro por daños propios ni el seguro para asegurar la responsabilidad frente a terceros son obligatorios para esquiar en España (I. Arroyo Martínez, *op. cit.*, pp. 94-105).

del accidente de esquí⁶²³.

273 Además, se cuestiona si la acción directa en materia de seguros está incardinada en el instituto del contrato de seguro de la sección tercera del RBI *bis* y si le es aplicable dicho foro de protección, puesto que la naturaleza de la acción directa radica en las acciones delictuales o cuasidelictuales; y cabría también preguntarse si dicha sección solo puede ser aplicada a las relaciones contractuales de seguros, pero no a la responsabilidad civil extracontractual⁶²⁴. En realidad, si sucumbimos a la literalidad del art. 13(2) RBI *bis* que indica que el perjudicado que ejercite la acción directa podrá entablar la demanda contra la aseguradora en el lugar en el que tenga el domicilio el demandante, esto es el del lugar del domicilio del tercero perjudicado⁶²⁵, se debe aceptar que aun cuando el artículo 11.1(b) RBI *bis* no alude expresamente al tercer perjudicado en materia de seguros, el art. 13 sí permite que la persona perjudicada recurra a los foros tuitivos en materia de seguros cuando ejercite la acción directa⁶²⁶. De este modo, del abanico de foros que los arts. 10, 11 y 12 RBI *bis* ofrecen al perjudicado, interesa destacar el *forum actoris* que el TJ deduce del

⁶²³ Sin embargo, el TJ admite, a los efectos de interpretar el art. 11.1(b) RBI *bis*, la equivalencia de la condición literal del beneficiario de una póliza de seguro y de tercer perjudicado en un seguro de responsabilidad civil, *vid. infra Allianz* [2022; § § 26,30 y 31].

⁶²⁴ En Alemania fue muy candente el debate sobre si estas acciones directas son acciones en materia de seguros en el sentido de los antiguos arts. 8 y ss. RBI, dado que la acción que se reconoce al perjudicado se entiende en DIPr alemán como una acción incluida en el estatuto delictual y no como una acción derivada del contrato de seguro. Conforme a esta interpretación, el art. 9.1(b) RBI [actual, art. 11.1(b) RBI *bis*] comprende únicamente las demandas en materia de seguros en sentido estricto y la condición de «beneficiario», a que hace referencia esta disposición, no incluye al perjudicado. En virtud del art. 11(2) del mismo RBI [actual 13.1(b) RBI *bis*] el perjudicado no puede ocupar en el procedimiento la posición de parte principal. A esta opinión doctrinal, se opone la tesis de que, en virtud de la remisión efectuada por el art. 11(2) RBI a su art. 9, en las acciones directas entabladas por los perjudicados contra la aseguradora, es competente el tribunal del domicilio del perjudicado [caso, *cit. supra, FBTO* [2007: § 13]].

⁶²⁵ Beneficiario vs. perjudicado. El verdadero beneficiario es el asegurado, quien tiene un riesgo cubierto por parte de la aseguradora, frente a la cual el perjudicado tiene un derecho de reclamación (F. Sánchez Calero, «Sección 8.ª. Seguro de responsabilidad civil», en F. Sánchez Calero [dir.], *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 3.ª ed., Aranzadi, 2005, p. 1307).

⁶²⁶ El reenvío de la competencia del artículo 13(2) del Reglamento amplía el ámbito de aplicación del artículo 11.1(b) respecto de las categorías de demandantes que pueden accionar contra la aseguradora, distintas del asegurado, el tomador del seguro o el beneficiario del contrato de seguro. La función de este reenvío es añadir a la lista de los posibles demandantes a las personas perjudicadas que han sufrido un daño cubierto por un contrato de responsabilidad civil del esquiador. Aunque este perjudicado no sea parte del contrato de seguro, lo cierto es que tiene acción en virtud de este contrato de seguro que cubre el riesgo. La materialización de este riesgo en un daño y su condición de tercero perjudicado le permite accionar contra la aseguradora en virtud del derecho autónomo e independiente de la acción directa. En este sentido, el TJ (*FBTO* [2007: § 26]) interpretó dicha remisión [actual, 13(2) RBI *bis*] en el sentido de que su función es añadir a la lista de demandantes del actual 11.1(b) RBI *bis* a quienes han resultado perjudicados.

art. 11.1(b) RBI *bis* en, por ej., los asuntos *FBTO* [2007; § 31] y *Allianz* [2022; § 30]. Y es que, ante la posibilidad de que el perjudicado pueda activar el foro de su domicilio (cuando el ejercicio de la acción directa fuera posible), las situaciones en las que aquél decidirá optar por otro foro son pocas; salvo que razones de otra índole le aconsejaren una estrategia procesal distinta. El demandante se encuentra en una situación de debilidad frente a la aseguradora profesional lo que justifica la aplicación del art. 13(2) RBI *bis* cuyo objetivo es ofrecer una protección especial en los casos en que concurra claramente una parte débil en la relación jurídica⁶²⁷. De igual modo, se ha de tener presente que el propio RBI *bis* prevé que habiendo el demandante activado el *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora, ésta última puede reclamar la intervención del asegurado si así lo prevé la ley aplicable a la acción directa lo que no alteraría el foro protector (art. 13(3) RBI *bis*). Otro escenario sería que el tercer perjudicado pretendiese ejercitar el foro del art. 13(3) RBI *bis* con el propósito de demandar conjuntamente, ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio como demandante, a la aseguradora de responsabilidad civil y al responsable del daño (asegurado), en cuyo caso, el TJ se ha pronunciado al respecto confirmando que el tercer perjudicado no puede, en estos casos, utilizar el foro del 13(3) RBI *bis* dado que ello situaría al responsable del daño (asegurado) en una posición de desprotección al privarle de las reglas que el propio Reglamento incorpora en sus secciones 1 y 2 de su capítulo II⁶²⁸.

274 Otro argumento relevante en orden a postularse a favor del foro tuitivo del

⁶²⁷ El acuerdo atributivo de competencia incluido en el contrato de seguro no vincula al tercero perjudicado [vid. STJ de 13 de julio de 2017, C-368/16, *Assens Havn*, ECLI:EU:C:2017:546 [§ 30]], que indica que: «[A]l igual que las materias relativas a los trabajadores y a los consumidores, la acción en materia de seguros se caracteriza por cierto desequilibrio entre las partes [vid., en este sentido, la sentencia de 26 de mayo de 2005, *GIE Réunion européenne* y otros, C-77/04, EU:C:2005:327, § 22], desequilibrio que las normas establecidas en el artículo 8 de la sección 3.ª del capítulo II del Reglamento n.º 44/2001 pretenden corregir haciendo que la parte más débil se acoja a reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales [vid., en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, C-347/08, EU:C:2009:561, § 40]».

⁶²⁸ STJ de 9 de diciembre de 2021 (C-708/20, *BT*, ECLI:EU:C:2021:986) caso en el que la perjudicada sufrió un daño en un inmueble, situado en Alicante (España) asegurado por un seguro de responsabilidad civil y en el que demandó al propietario (con domicilio en Irlanda) del inmueble (tomador del seguro y asegurado) y a la compañía de seguros (con domicilio en España) ante los tribunales de la parte actora, en el Reino Unido. El TJ niega la posibilidad de que la actora pueda demandar conjuntamente a los dos sujetos de la relación para ejercer la acción directa sobre la base del art. 11.1(b) RBI *bis* en relación con el art. 13(3) RBI *bis*. Así, se descarta que el tercer perjudicado pueda beneficiarse del *forum actoris* con la finalidad de atraer al responsable del daño ante los tribunales del Estados miembros distintos a los que con carácter general (art. 4 RBI *bis*) o especial (en concreto, 7(1) y 7(2) RBI *bis*), contempla para los asuntos en materia contractual o delictual. Vid. comentario de G. Garriga Suau, «El art. 13.3 del Reglamento 1215/2012 no puede ser invocado por el tercer perjudicado para demandar al responsable del daño (asegurado). Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, Asunto C-708/20: BT», *La Ley Unión Europea*, n.º 103, 2022; y de la misma autora: «Pretensión de reparación del perjuicio sufrido por un particular domiciliado en un Estado miembro a raíz de un accidente acaecido en un alojamiento alquilado en otro Estado miembro [STJ 8ª 9 diciembre, 2021, as. 708/20: BT y Seguros Catalana Occidente/EB]», *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 677-680.

legitimado en el ejercicio de la acción directa radica en la actividad profesional de la aseguradora, la cual acepta cubrir unos riesgos concretos asumiendo una eventual reclamación del tercero perjudicado si su cobertura asegura dicha responsabilidad por parte de su asegurado. En consecuencia, el espíritu general del RBI *bis* (cdos. 15, 18) no se ve conculcado por hacer operativo un foro de protección del tercer perjudicado en el mismo sentido que lo hace respecto del asegurado, el tomador del seguro o del beneficiario⁶²⁹. Y siendo cierto que la aseguradora no puede prever anticipadamente el foro del domicilio de la actora, es innegable, de igual modo, que su actividad económica se construye sobre la elección de negocio y decisión sobre los riesgos que acuerda cubrir en el caso de que se produzca el hecho dañoso, siendo ineficaces los acuerdos atributivos de competencia que no respeten los foros tuitivos de la sección tercera del Reglamento, en favor de la parte débil de la relación jurídica contractual⁶³⁰. Únicamente, los acuerdos posteriores a la producción del accidente prevalecerán sobre las disposiciones de la sección tercera (art. 15). Y por ello, cabe sostener que el tercero perjudicado, siendo ajeno a la relación contractual, no está vinculado por los pactos entre el asegurado y su aseguradora, y en cambio, por su condición de parte débil de la relación jurídica, sí está amparado por las disposiciones

⁶²⁹ Cuestión diferente es si la reclamación la impulsa una empresa profesional en el sector de los seguros como cesionaria de los derechos de la persona perjudicada y contra la aseguradora de la persona responsable del daño, porque en este escenario no se justifica una protección especial, pues se estaría ante dos profesionales del sector de los seguros. El TJ, en sentencia de 20 de mayo de 2021, C-913/19, *CNP* [ECLI:EU:C:2021:399], ha confirmado la aplicación de las competencias especiales en materia de obligaciones extracontractuales (art. 7[2] y 7[5] RBI *bis*) con el fin de que el cesionario del crédito del tercer perjudicado (persona directamente perjudicada), consistente aquél en un profesional que se dedica al rescate de créditos en el ámbito del contrato de seguro, pueda ejercitar una acción directa contra la entidad aseguradora del responsable de un accidente de tráfico (Vid. comentario de G. Garriga Suau, «El ejercicio de la acción directa por el perjudicado indirecto contra la aseguradora del responsable civil con un establecimiento en otro Estado miembro», *La Ley Unión Europea*, n.º 96, 2021). Sin embargo, no se aplicaría la competencia tuitiva del 13(3) RBI *bis*. Y la cuestión no puede ser relevada a la casuística ya que, según el TJ, crearía un riesgo de inseguridad jurídica y contravendría el objetivo del RBI *bis* (STJ de 21 de octubre de 2021, C- 393/20, *TB*, ECLI:EU:C:2021:871 [§ 33, 40]; STJ de 31 de enero de 2018 [C-106/17, *Hofsoe*, ECLI:EU:C:2018:50]). «La función de protección que cumple el artículo 13, apartado 2.º, del Reglamento n.º 1215/2012, en relación con el artículo 11, apartado 1.º, letra b), del mismo Reglamento, implica que la aplicación de la regla especial para determinar la competencia que establecen esos preceptos no se amplíe a las personas para las que esta protección no esté justificada»[§ 42]. Para un comentario sobre la interpretación del TJ sobre el concepto de persona perjudicada más débil en el caso de que la persona directamente perjudicada hubiese cedido su crédito a un profesional dedicado a reclamar el pago a las entidades de seguro y la posibilidad o no de invocar el *forum actoris*, vid. G. Garriga Suau, «El concepto de “persona perjudicada más débil” para activar el *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de responsabilidad civil. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2018, Asunto C-106/17, *Hofsoe*», *La Ley Unión Europea*, n.º 59, 2018.

⁶³⁰ «No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia si fueren contrarios a las disposiciones del citado artículo 13. De estas disposiciones resulta que dicho Reglamento establece un sistema con arreglo al cual las excepciones a las normas de competencia en materia de seguro deben interpretarse restrictivamente» [caso, *cit. supra*, *Assens Havn* [2017: § 38]].

de carácter protector o tuitivo⁶³¹.

275 Ello conduce a concluir que sí existe un *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa en los casos en los que ésta sea posible. En otras palabras, la persona perjudicada domiciliada en un EM puede entablar ante el tribunal de su domicilio una acción directa contra la aseguradora siempre que la acción directa sea posible y la aseguradora esté domiciliada en un EM⁶³². Sin embargo, éste es un foro de protección y, como tal, su ejercicio deberá justificarse en cada caso concreto⁶³³. En los supuestos de esquiadores, personas físicas, que han salido dañados en un accidente de esquí parece plausible justificar que su condición va a permitir el recurso al foro del domicilio del actor por ser éste, claramente, la parte débil frente a la aseguradora [domiciliada en un Estado miembro] del causante del accidente de esquí⁶³⁴. Además, tratándose de aseguradoras, es frecuente que estas compañías dispongan de sucursales o agencias en diferentes Estados miembros, con independencia de su domicilio, lo que, en la práctica, no será inusitado que coincida el país del domicilio de la actora con un Estado miembro en el que la compañía de seguros tenga una agencia [art. 11[2] RBI *bis*].

c) Acción declarativa negativa de la responsabilidad civil extracontractual contra el perjudicado del accidente

276 Puede resultar excepcional, a la vez que bastante desconocida, la acción

⁶³¹ De este modo, el artículo 13[2] RBI *bis* supedita dicha eventualidad a que la acción directa sea posible. En materia de obligaciones extracontractuales, la posibilidad de accionar la demanda directamente contra la aseguradora en lugar de contra el causante del daño, la asegurada, dependerá de que el artículo 18 RRII lo haga posible. Se estudiará la repercusión de este precepto en el próximo capítulo. Pero, en definitiva, que pueda aplicarse el art. 13[2] RBI *bis* va a depender de que la ley del daño o la ley del contrato de seguro lo permita [art. 18 RRII]. La lógica del precepto es poder dar amparo a la víctima, a la parte débil en este caso, y que, a su vez, esta protección no resulte demasiado onerosa para la aseguradora, y no lo es en la medida que la aseguradora puede contractualmente delimitar el ámbito territorial de cobertura del seguro. Por ejemplo, el art. 9 del Convenio de la Haya de 1971, sobre la ley aplicable a los accidentes de carretera es una norma parecida al art. 18 RRII. Un dechado de ello es el que se analiza en el próximo capítulo a propósito de la ley aplicable: el caso *Prüller-Frey* [2015] en el que, en un accidente ocurrido en Cádiz y con un contrato de seguro sujeto a la ley alemana, la víctima puede plantear la acción directa contra la compañía aseguradora si se lo permite la ley española, ley aplicable a la obligación extracontractual, aunque no se lo permita la ley alemana, que era la aplicable al contrato de seguro (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 424).

⁶³² Caso *cit. supra*, FBTO [2007: § 31].

⁶³³ Casos *cit. supra*, Hofsoe [2018]; TB [2021].

⁶³⁴ En el accidente de esquí acaecido en Italia por un esquiador con domicilio y residencia en Eslovenia que demandó a la empresa gestora de la estación de esquí ejercitando la acción directa contra su aseguradora, el Tribunal Superior de la República de Eslovenia en Liubliana (I Cp 2219/2017 de 18 de abril de 2018, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418\(51\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418(51)&from=EN), § 7-8) tuvo en cuenta el art. 11.1[b] RBI *bis* en relación con el art. 13[2] RBI *bis* permitiendo accionar ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandante la acción directa únicamente frente a empresas de seguros.

declarativa negativa en un accidente de esquí. En un terreno teórico se refiere al caso de un esquiador causante del accidente que demande al perjudicado con la pretensión de que se declare que él no fue el responsable del accidente⁶³⁵. Por lo general, el productor del daño esperará a ser demandado en orden a descargarse de la responsabilidad que se le pretenda y acreditar una actuación no culposa en la dinámica del accidente, sin olvidar que la carga de probar la culpa y la negligencia es de la parte demandante⁶³⁶. En estos casos la actora pretende obtener una sentencia estimatoria y su absolución en relación con una responsabilidad extracontractual. Los costes y riesgos que asume la parte actora en la jurisdicción civil son significativos por lo que el agente del daño antes de iniciar el procedimiento como parte demandante ha de valorar y ponderar la viabilidad y éxito del asunto. Esto, *a priori*, hace pensar que el presunto causante del daño espere a ser demandado, y no al revés. Además, en las acciones declarativas ha de justificarse el interés legítimo y necesidad de la declaración o decisión del Tribunal en el sentido que se invoque «una necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre a la relación jurídica de que se trate»⁶³⁷.

277 Dicha acción podría ejercitarse en los casos en los que p. ej. el agente al que se le imputa la causa o producción del daño estima que claramente no es responsable y que su actuación ha sido correcta o, simplemente, que el accidente se ha producido por causa inevitable y en consecuencia no es responsable; y que, además, por los motivos que fuesen, p. ej., reputacionales, porque supóngase que, el implicado es un esquiador profesional que estaba practicando el esquí de forma lúdica un día con la familia y tiene interés legítimo en que se le exonere de la presunta responsabilidad que el perjudicado pudiera atribuirle, también de forma extraprocesal, pues, de lo contrario, pudiera verse afectada su carrera deportiva y su reputación pública, en definitiva, su honor o prestigio. En este caso, se decide ejercitar la acción declarativa

⁶³⁵ En el caso visto *supra Folien Fischer* [2012] el TJ ya sentenció que dicha acción está incluida en el ámbito de aplicación del RBI, ahora, RBI *bis* (§ 55).

⁶³⁶ La regulación básica de la carga de la prueba la recoge el artículo 217 LEC. La carga de la prueba es la necesidad de las partes de acreditar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que se invoca. La regla general es que cada parte tiene la carga de probar el supuesto de hecho de la norma jurídica cuya consecuencia solicita a su favor. Además, la Ley española obliga también a la parte a probar el contenido del Derecho extranjero que deba regir el litigio cosa que a menudo no se realiza, lo que conduce a la indefectible aplicación al asunto del Derecho español.

⁶³⁷ STC n.º 210/1992, de 30 de noviembre [ECLI:ES:TC:1992:210, FD 2]. A propósito de un caso laboral (un despido) en el que se pretendía que se reconociera la existencia de una relación laboral y los datos de categoría profesional y antigüedad, pero se pidió cuando dicha relación, de haber existido, ya estaba periclitada. El Tribunal estimó que no era posible la interposición de una demanda meramente declarativa en un proceso laboral y no entró en el fondo del asunto. La decisión se recurrió en amparo con la finalidad de anularla [por conculcar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva] y se solicitó que se resolviese de nuevo y se entrase en el fondo. El TC estimó el amparo.

negativa de exoneración de la responsabilidad con la pretensión de que se estime la demanda y se declare la no responsabilidad de la actora en el resultado lesivo del accidente y restaurar, a su vez, su buena reputación como profesional del deporte del esquí.

278 Es cierto que, en la práctica, no se conocen sentencias españolas resultantes del ejercicio de esta acción en materia de accidentes de esquí. Por ello, resulta destacable el caso planteado en el recurso n.º 470/2011 y resuelto por sentencia n.º 40/2013 de 25 de enero, de la Audiencia Provincial de Lleida⁶³⁸ [aunque el Tribunal no entrase a resolver la cuestión por considerar que la actora carecía de interés legítimo para dirigirse contra la demandada]. Los antecedentes de hecho del caso fueron los siguientes: la demandante, la aseguradora Seguros Catalana Occidente, Cía. de Seguros y de Reaseguros S.A., pretendía que se declarase la no responsabilidad de su asegurada, Baqueira Beret S.A., en un accidente de esquí acaecido en sus instalaciones en el que resultó lesionada una esquiadora, menor de edad, con domicilio en Francia. La parte demandada es la esquiadora implicada en el accidente, sus representantes legales (los progenitores) y su aseguradora Axa France, ello en virtud del paquete turístico contratado para ir a esquiar a Baqueira Beret. Pues bien, tras desestimarse la demanda en primera instancia y apelar la actora Catalana Occidente y la codemandada Baqueira Beret ante la Audiencia Provincial, el Tribunal estimó que la aseguradora Catalana Occidente no podía dirigirse contra Baqueira Beret y Axa France toda vez que éstas no habían responsabilizado del accidente de esquí, ni fuera ni dentro del procedimiento, a la asegurada de Catalana Occidente, ésta era la estación de Baqueira Beret⁶³⁹.

279 Indica el Tribunal, que el ámbito de la acción declarativa negativa solo puede hacerse valer por quien tiene necesidad para ello, esto es, debe de existir duda o controversia y una necesidad de tutela, por lo que, si el interés del demandante no existe por no haber oposición al hecho, no hay inseguridad jurídica y no ha de restablecerse ni declararse derecho alguno. En este caso, lo cierto es que ninguna de las partes creía responsable a las otras, sino que ambas partes consideraban responsable a la propia víctima del accidente, esto es a la menor francesa. En consecuencia, la demandante no acreditó su interés legítimo en el ejercicio de la acción y le correspondía hacerlo, porque tenía la carga de la prueba en este sentido. El tratamiento del supuesto hubiera sido diferente si la actora hubiere acreditado el interés legítimo que se le reclamaba. En la resolución se indica que no se discute la responsabilidad de Baqueira Beret en el sentido de su no responsabilidad por lo que, en un principio, no hay perjuicios, p. ej., reputacionales, que pudieran traducirse en

⁶³⁸ Recurso contra la resolución dictada en primera instancia, sentencia de 27 de mayo de 2010, en el marco del PO 181/2010, del Juzgado de Primera Instancia de Vielha e Mijaran.

⁶³⁹ Asunto analizado por J. M. Fontanellas Morell, «Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida [sección 2.ª] núm. 40/2013, de 25 de enero», *REDI*, vol. LXV, 2013, 2, pp. 308-312.

una disminución de usuarios, y, por consiguiente, en una pérdida patrimonial para la empresa explotadora de la estación que pudieran sostener este interés. Otro supuesto totalmente distinto, hubiere sido que la estación se la responsabilizase por el mal estado o falta de señalización de las pistas, sin perjuicio de que pudieran concurrir culpas con la víctima del accidente, pero la incertidumbre sobre ello podría fundamentar un interés y la necesidad de obtener la tutela judicial para verse exonerada, «limpiar su imagen», y seguir siendo un reclamo turístico y de destino para la práctica del esquí.

280 En consecuencia, la Audiencia desestimó el recurso y no entró a debatir la responsabilidad, o no, de Baqueira Beret SA ni tampoco a valorar el sistema de fuentes del DIPr español en orden a determinar la competencia de los tribunales españoles. Si se hubiere realizado, el resultado del examen hubiera sido el siguiente: dado que el domicilio de la demandada se hallaba en un Estado miembro, Francia, y que los hechos sucedieron en el 2007, hubiera sido entonces aplicable el artículo 5[3] RBI –ahora sería el artículo 7[2] RBI *bis*–, que, a falta de sumisión de las partes, permitía al demandante escoger entre accionar en el foro general del domicilio del demandado [art. 3] o en el foro especial del lugar de producción del daño [art. 5[3]]. El partido judicial de Baqueira corresponde al juzgado de Vielha e Mijaran por lo que, habiendo conocido en primera instancia este juzgado se deduce que la demandante hizo valer el foro especial del lugar del daño para accionar la declaración negativa de su responsabilidad civil extracontractual. De hecho, el foro especial coincidía, en este caso, con el de su propio domicilio por lo que la interposición de la demanda ante los tribunales de su competencia territorial era la opción más sensata. Lo alternativo hubiese sido interponer la demanda ante los tribunales franceses por ser el Estado miembro del domicilio de la parte demandada⁶⁴⁰. Es destacable que, en este caso, la familia francesa hubiera podido ejercitar la acción directa contra Seguros Catalana Occidente SA [aseguradora de Baqueria Beret] «en casa», ante los tribunales franceses en aplicación del art. 11[3] RBI, actual art. 13[2] RBI *bis*.

⁶⁴⁰ En esta sentencia es interesante ver que, a su vez, la demandada ante los juzgados de Vielha e Mijaran, interpuso demanda contra su compañía de seguros Axa France, en Francia, para que la resarcieran de los daños y perjuicios derivados del accidente. Como bien indica la sentencia, esta acción es una acción declarativa de responsabilidad contractual que deriva de la relación previa entre la esquiadora y aseguradora de la agencia de viajes con quien se había contratado el viaje y la experiencia de practicar el esquí. Indica la sentencia que constaba interpuesta la demanda ante el *Tribunal de grande instance de Bordeaux*, por lo que se deduce que, para atribuir la CJI a los tribunales franceses, se hizo valer bien el foro general del domicilio del demandado del RBI *bis*, bien el foro especial del art. 7.1[b] RBI *bis*.

VI. Foros competenciales en materia de accidentes de esquí (RBI *bis*)

281 Llegado a este punto, el trabajo se adentra en la aplicación concreta de los foros del RBI *bis* para determinar la CJL en materia de accidentes de esquí. De este modo y teniendo en cuenta la articulación jerárquica de los foros, primero, hay que descartar que un accidente de esquí sea materia exclusiva del artículo 24 RBI *bis*. Y, en efecto, ninguno de los supuestos recogidos por este artículo⁶⁴¹ lo interpelan por lo que se deberá recurrir a los demás foros de conexión. Para ello se debe valorar de qué modo puede entrar en juego la sumisión o autonomía de la voluntad de las partes en un litigio por responsabilidad extracontractual, que, si concurre, parecería más plausible que lo hiciera en forma de sumisión tácita [art. 26 RBI *bis*]. Después se tratará sobre el foro general del domicilio del demandado [art. 4 RBI *bis*] y sobre el foro especial por razón de la materia extracontractual [art. 7[2] RBI *bis*].

a) Los foros de la autonomía de la voluntad: sumisión expresa y sumisión tácita

282 El RBI *bis* recoge un foro basado en la autonomía de la voluntad (secc. 7, cap. II). La voluntad común de las partes de atribución de la CJL a los tribunales de un Estado miembro puede manifestarse de dos formas distintas. Por una parte, la forma de la sumisión expresa del art. 25, que consiste en un acuerdo que celebran las partes de una relación jurídica, acuerdo extrajudicial para someter los litigios que pudieran surgir o que ya hubieran surgido en relación con la misma a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (cláusula de elección de foro o cláusula de jurisdicción). Y por otra, la forma de la sumisión tácita del art. 26, que se fundamenta en el comportamiento procesal de las partes, las partes realizan ciertos actos procesales que permiten presumir su voluntad de someterse a unos tribunales determinados, actos tales como el que por parte del demandante se presente la demanda ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro y el demandado comparezca y conteste a la demanda sin impugnar la competencia⁶⁴².

283 En casos de accidentes de esquí por colisión entre esquiadores o por impacto contra elementos de la pista⁶⁴³, la propia naturaleza del accidente descarta que pueda

⁶⁴¹ Se recuerda que las materias del art. 24 RBI *bis* son: derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas y validez sobre las decisiones de sus órganos; validez de las inscripciones en los registros públicos; en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro; y materia de ejecución de las resoluciones judiciales.

⁶⁴² F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁴³ No es objeto de este trabajo la relación contractual entre el esquiador y la aseguradora (que se registrará por la póliza y la LCS), pero no ha de olvidarse que, si existe un seguro de responsabilidad civil

concurrir una sumisión expresa de las partes anterior al siniestro porque el accidente es por definición un suceso fortuito cuyas variables son imprevisibles, pero nada impide que, pese a la dificultad de alcanzarlo, el responsable y el perjudicado lleguen a un acuerdo con posterioridad al hecho luctuoso⁶⁴⁴. Lo mismo puede predicarse a

extracontractual frente a terceros, en función de los riesgos cubiertos, en caso de accidentes por choque con otro esquiador, este tercer perjudicado tendrá acción directa [extracontractual] contra la aseguradora. Con todo, en España, por el momento, el seguro de RCT no es obligatorio para practicar el esquí.

⁶⁴⁴ A propósito de la sumisión de las partes, ha de considerarse lo siguiente: se recuerda que el derecho nacional excluye los foros de sumisión en los juicios verbales (art. 54 LEC), por lo que si la cuantía del procedimiento es inferior a 6000 €, en España, no cabe la sumisión de las partes en relación con la competencia territorial. De igual modo, la LEC no prevé ninguna especialidad en su art. 51 en relación con el lugar de los daños en casos de accidentes de esquí, refiriéndose, exclusiva y expresamente, al foro especial de la competencia territorial del lugar donde se produce el accidente en los casos de daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación de vehículos de motor (art. 52[9] LEC). Por su parte el RBI *bis* no contempla el caso de accidente de esquí como materia de foro exclusivo del art. 24 por lo que nada impide la sumisión de las partes en materia de CJI. Esta sumisión de las partes puede serlo tanto en relación con la CJI como CTI pues parece obvio que las partes acuerden someterse a la jurisdicción de unos tribunales determinados, esto implica elegir el lugar concreto en el que el tribunal esté sito, entendiendo dicho lugar, en general, el de un Estado miembro [CJI], y en particular, el de un partido judicial concreto [CTI]. Por ende, puesto que el Reglamento es de aplicación directa y preferente y se interpreta en todos sus aspectos de manera autónoma y común para todos los Estados miembros, sus reglas no pueden estar condicionadas por las limitaciones que puedan establecer las normas de competencia judicial interna de los Estados miembros, como sería la falta de validez en procesos que por razón de su escasa cuantía deben decidirse por los trámites del juicio verbal según la LEC española. De manera que, en los casos en los que las partes han hecho uso de su autonomía de la voluntad de acuerdo con el artículo 25 o 26 RBI *bis*, dicho acuerdo o acto procesal de las partes, según la forma, prevalece sobre la normativa procesal interna, hay un desplazamiento de las normas internas de competencia en el ámbito del RBI *bis*. Y así se afirma, porque el TJ ya ha indicado que algunos de las reglas del RBI *bis* determinan tanto la competencia internacional como la competencia territorial interna, sin necesidad de efectuar remisiones a la normativa interna; así lo determinó, en el 2007, el TJ en relación con la materia contractual en el caso *Color Drack* (STJ de 3 de mayo de 2007 [C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262]), y del mismo modo, después, en el 2021, en el asunto *Volvo y otros* [cit. *supra* nota 549] lo ha apuntado en materia extracontractual: «del propio tenor del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 se infiere que esta disposición atribuye directa e inmediatamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar donde haya sobrevenido el daño» [§ 33]. Y es que, de lo contrario, parecería un tanto absurdo que las partes pudieran acordar someterse a la jurisdicción de un Estado en concreto, pero no elegir el partido judicial al que se someten. El espíritu o razón del foro de la autonomía de la voluntad radica, como se suele decir, en que las partes son los «mejores jueces de sus propios intereses» y son quienes más información tienen sobre las características de su relación, ergo, son quienes mejor pueden identificar qué tribunales son los más apropiados para conocer de los litigios que pueden surgir entre ellas. Las partes pueden asegurar *ex ante* el tribunal competente, lo cual, además, les permite asegurarse otros aspectos procesales y sustantivos como la ley procesal y material aplicable, y reducir los riesgos que la existencia de varios foros alternativos puede acarrear [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 177-178]. Y, más recientemente el TJ, en sentencia de 30 de junio de 2022 [C-652/20, *Allianz* [ECLI:EU:C:2022:514]] ha reiterado el mismo criterio con respecto a la acción directa del art. 11.1(b) RBI *bis*, de modo que el mismo debe interpretarse en el sentido que, cuando dicha disposición sea aplicable, determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuya demarcación se encuentre el domicilio del demandante [§ 57]. El art. 11.1(b) RBI *bis* tiene por objeto designar directamente a un órgano jurisdiccional concreto en el seno de un EM, sin remitirse a las normas sobre reparto de

propósito de caídas de esquiadores en solitario cuya responsabilidad se impute a la mala conservación de la pista de esquí por parte de la empresa que la explota. En estas hipótesis es concebible que el perjudicado y la empresa explotadora de la estación de esquí acuerden, tras el accidente, someterse a un tribunal concreto. Caso diferente —y ajeno al núcleo de nuestro estudio— es el accidente que sucede bajo la supervisión negligente del instructor de esquí en el marco de un contrato de prestación de servicios en el que se aplicarán las normas en materia de contratos celebrados con consumidores [arts. 17 y 18 RBI *bis*]. Por su parte, en el supuesto de un accidente producido por el mal funcionamiento de los remontes mecánicos de la estación [materia también excluida de este trabajo] se podría pensar en que la misma adquisición del forfait pudiera implicar un acuerdo de sumisión expresa. En efecto, el contrato de forfait es un contrato de adhesión y sus condiciones generales podrían incluir una cláusula de sumisión. Esta cláusula será válida siempre que no sea contraria a las reglas del RBI *bis* y cumpla tanto los requisitos formales como materiales establecidos por el art. 25 RBI I *bis*. La lógica obliga a pensar que en caso de la existencia de dicha cláusula la sumisión se atribuya a los órganos jurisdiccionales del lugar donde ha de cumplirse la obligación, este es donde el esquiador será transportado por los remontes (la pista de esquí), lo que coincide con lo prevenido en el art. 7.1(a) RBI *bis*, y que es el lugar más previsible para las dos partes. Con todo y con eso, el forfait es el título de un contrato de transporte y está singularmente excluido [art. 17[3] RBI *bis*] del foro tuitivo del art. 18 RBI *bis* [contratos celebrados por los consumidores].

i) La sumisión expresa

284 El art. 25 RBI *bis* se aplica a los acuerdos atributivos de competencia que se celebren en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sobre una materia cubierta por el Reglamento con independencia del domicilio de las partes. Cuando las partes hagan uso de la sumisión expresa, se aplica el Reglamento para determinar la validez y efectos del acuerdo, y se desplaza la norma de origen interno [art. 22 *bis* LOPJ]. No se requiere que exista vínculo alguno entre la relación jurídica litigiosa y el órgano designado⁶⁴⁵. Las partes tiene libertad para someterse a los

competencia territorial en vigor en dicho Estado, y, por tanto, determinar no solo la competencia internacional, sino también la competencia territorial del referido órgano jurisdiccional, en los supuestos contemplados por el artículo referido [§§ 38 y 42].

⁶⁴⁵ STJ de 17 de enero de 1980 (56/79, *Zelger I*, ECLI:EU:C:1980:15, §§ 5-6).

órganos jurisdiccionales que estimen más convenientes⁶⁴⁶.

285 Un accidente de esquí no se puede prever aun sabiendo que eventualmente puede ocurrir si se practica este deporte. Con todo, cabe pensar en un modo en el que las partes puedan acordar extrajudicialmente, siguiendo los requisitos del artículo 25(1) RBI *bis*, someterse a los tribunales de un Estado miembro, con independencia del lugar de su domicilio. En los casos de responsabilidad extracontractual, antes de dar comienzo al procedimiento litigioso y ejercitar su acción, las partes deberán pactar la sumisión expresa a los tribunales de un lugar concreto, una vez acaecido el accidente y conociendo las circunstancias del caso en concreto y siendo conscientes de los posibles resultados de su acuerdo. En todo caso, desde un punto de vista de su validez material, el consenso de las partes es imprescindible para saber si han escogido libremente el tribunal ante el que litigar, por ello, el órgano jurisdiccional deberá comprobar en base a su norma de conflicto que la sumisión sea válida materialmente, y, además, que cumpla con los requisitos formales requeridos, v. gr., que conste por escrito; si la cláusula no supera dicho examen, será declarada nula.

286 Piénsese en un supuesto en el que colisionan dos esquiadores y que les pudiese interesar someterse exclusivamente a la competencia de los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro: un accidente que tiene lugar en una pista de esquí de la región de Klínovec, en la República Checa, entre dos esquiadores, el presunto causante del daño con domicilio en Francia, y el perjudicado con domicilio en Andorra. El perjudicado, siguiendo los foros operativos del RBI *bis*, ha de interponer la demanda ejercitando la acción declarativa de daños bien en el lugar donde ha tenido lugar el accidente (República Checa) o bien en el del domicilio del demandado (Francia), ambos Estados miembros; pero los interesados negocian y, por razones de neutralidad, acuerdan someterse a la jurisdicción de los tribunales españoles. Con este acuerdo, las partes, sobre todo el perjudicado, obtienen ventajas y desventajas. El causante del daño cede al no poder litigar ante los tribunales de su domicilio, pero evita haber de defenderse en Chequia, mientras que la víctima sabiendo que no puede litigar «en casa», elude un pleito en Francia o en el país en el

⁶⁴⁶ El acuerdo atributivo de competencia válidamente celebrado producirá los efectos de prórroga y de derogación. En este sentido los órganos jurisdiccionales designados por las partes serán los únicos competentes para conocer del litigio salvo pacto en contrario de las partes, y ello por el efecto de prórroga del acuerdo; y complementario a este efecto de prórroga concurre el efecto de derogación del acuerdo que implica que los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros no podrán declararse competentes para conocer del litigio aunque fueran objetivamente competentes (B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 54). Esto permite entender porque la eficacia de una cláusula tanto prorrogatoria como derogatoria depende siempre, como mínimo, de dos ordenamientos jurídicos distintos, aquél cuyos tribunales las partes han escogido y aquél cuyos tribunales las partes pretenden evitar pese a gozar de CJI conforme las reglas generales (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 179).

que ha tenido lugar el accidente, a favor de un tribunal más «cerca de casa»⁶⁴⁷. Es importante resaltar que ambas partes ganan en seguridad jurídica, porque litigarán en el lugar acordado y podrán hacer una previsión de la ley que habrá de aplicarse a su controversia. Véase otra situación, un accidente ocurrido en Francia entre dos esquiadores, domiciliados en Francia, que por razones de neutralidad o imparcialidad pacten someterse a la jurisdicción de los tribunales españoles [*vid. supra* nota 445].

ii) La sumisión tácita

287 Por otra parte, como expresión del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden recurrir a la sumisión tácita (art. 26 RBI *bis*)⁶⁴⁸. La sumisión tácita se produce una vez el demandado conoce de la existencia del litigio porque se le emplaza para contestar la demanda de reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de esquí.

288 El foro de la sumisión tácita se fundamenta en el comportamiento procesal de los litigantes⁶⁴⁹. Si el demandante presenta su demanda ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea objetivamente competente y el demandado comparece sin impugnar la competencia de dicho órgano, se entiende que está conforme con ella, que manifiesta de forma tácita su acuerdo (como una forma de manifestación de la voluntad al comienzo del proceso, equiparable a una cláusula de elección de foro)⁶⁵⁰ al ser juzgado ante tal tribunal. El demandado puede comparecer para impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y entonces no se produce la sumisión tácita. Se ha señalado que le está permitido, además, realizar una defensa subsidiaria sobre el fondo sin que ello implique una sumisión tácita⁶⁵¹. En el caso de que el demandado no comparezca, el juez asume el control de la CJI, en cambio, si comparece, se le impone al demandado la carga de impugnar la competencia, y si no lo hace, en la forma y momento procesal exigido, le precluye dicha posibilidad. Se procura, de este modo, que los problemas de la competencia queden resueltos lo

⁶⁴⁷ ¿Podrían elegir las partes los tribunales de la Seu d'Urgell, por ejemplo, es decir, no los tribunales de un país, España, sino los concretos de un partido judicial concreto o demarcación territorial? En el caso que se ha expuesto, parecería lógico que el acuerdo de litigar en España indicase litigar ante los tribunales de la Seu d'Urgell por ser los más cercanos a la frontera. Se ha visto [*ut. supra*] que el acuerdo atributivo de la CJI lo es también de la CTI, por lo que el acuerdo indicará someterse a la competencia de los tribunales de un lugar o partido judicial determinado, es decir, indicará la elección de la CTI, lo que implicará a su vez, la elección y sometimiento a la jurisdicción española, la CJI.

⁶⁴⁸ La STJ, *vid. supra* notas 434 y 450, del caso *Group Josi* [2000] parece haberse decantado por la aplicación general del art. 26 RBI *bis*, lo que conlleva el desplazamiento de las normas internas de CJI en el ámbito material del RBI *bis* [en España, del art. 22.*bis*(3) LOPJ].

⁶⁴⁹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 191.

⁶⁵⁰ STJ de 7 de marzo de 1985 [C-48/84, *Spitzley*, ECLI:EU:C:1985:105 [§ § 13 y 27]].

⁶⁵¹ Caso *vid. supra* nota 454, *Elefanten Schuh* [1981: § § 14, 16 y 17].

antes posible y no se sucedan cuestiones de competencia a lo largo del proceso⁶⁵².

289 Piénsese en un caso hipotético en el que el actor hubiera interpuesto la demanda ante la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro carente de CJI en aplicación de los foros previstos objetivamente; la parte demandada puede, por ignorancia o por conveniencia, sujetarse tácitamente a las normas simplemente con la personación y contestación de la demanda. Dicho de otro modo, si la parte demandada se persona y no impugna la CJI del tribunal elegido por la actora se estará sometiendo tácitamente a su competencia. Obviamente, al demandado (que no esté domiciliado en el país del tribunal) siempre le queda la posibilidad de no personarse, y entonces, el órgano jurisdiccional deberá controlar⁶⁵³ de oficio su competencia (art. 28[1] RBI *bis*⁶⁵⁴).

290 La condición de pacto posterior al nacimiento del litigio de la sumisión tácita

⁶⁵² F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁵³ El control de la CJI se manifiesta en tres criterios normativos: (1) la adopción de un sistema de competencias exclusivas exige un mecanismo de control *ex officio* de esas competencias, (2) fuera de ellas, la posibilidad de sumisión tácita como criterio de atribución de CJI conlleva que, una vez personado el demandado, la iniciativa del control de la competencia la asuma él (=control a instancia de parte), y (3) la protección de los derechos de defensa exige que, si el demandado no se persona en el proceso, el control de la competencia lo asuma el juez (= *ex officio*). En base a estos criterios se articula también el sistema interno (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 217).

⁶⁵⁴ El precepto indica que cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada en otro Estado miembro y no comparezca, el órgano jurisdiccional se declarará de oficio incompetente si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el Reglamento. Lo que exige el precepto, es que se hayan tomado los cauces legales establecidos y adecuados para asegurar que la parte demandada ha sido notificada en forma de la existencia de la demanda y del litigio contra él. El art. 28 RBI *bis* tiene la ventaja de que libera a la parte demandada de la carga de impugnar la CJI de un tribunal extranjero. Si el demandado permanece en rebeldía, el juez debe controlar de oficio su CJI y declararse incompetente en el caso de que no pueda fundar su competencia en los foros del Reglamento. La idea es que la ausencia del demandado no equivale a la sumisión tácita. Si el demandado decide personarse en el procedimiento el control de la CJI se le impone a él, de modo que, salvo que la impugne, el juez será competente en virtud del art. 26 RBI *bis*. Para ello, los apdos. 2, 3 y 4 del art. 28 RBI *bis* ofrecen una protección añadida asegurando el derecho de audiencia del demandado, pues el juez deberá suspender el procedimiento principal y no seguir con el procedimiento hasta que no tenga constancia de que el demandado ha podido recibir regularmente la cédula de emplazamiento con tiempo suficiente para personarse y defenderse o de que se ha tomado toda la diligencia a tal fin (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 219).

En la LEC, el régimen para llevar a cabo este control de la CJI está recogido en el art. 38: si no comparece la parte demandada emplazada en debida forma, el juez se abstendrá *ex officio* si se considera incompetente, dando audiencia previa a la actora y al MF (el art. 36[3] LEC) en relación con el art. 38 LEC; no es aplicable en el contexto internacional el art. 56[2] *in fine* LEC). En este orden de cosas, se halla un ejemplo en el ATS de 7 de octubre de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:13327A, *cit. supra*] donde un juzgado Mercantil de Madrid en un asunto de reclamación de daños ocasionados por un acto contrario al derecho de competencia (cártel de camiones) se declara de oficio incompetente sin haber emplazado a la parte demandada. Ante este escenario, el TS determina que el juzgado debe emplazar al demandado, y solo si éste no comparece [pues si lo hiciera sería éste el que debería denunciar la falta de competencia

no conlleva problemas de aplicación en casos de accidentes de esquí. La sumisión tácita opera con independencia de los foros objetivos y respeta la autonomía de la voluntad de las partes. Es de sentido común pensar que, con este ejercicio de autonomía, las partes que lo ejercitan escogerán litigar en el lugar en el que los tribunales, por conexión con el litigio, partes o derecho aplicable, puedan ofrecer mayores garantías de protección de los derechos procesales y seguridad jurídica. En el caso eventual de un accidente acaecido en una estación de esquí italiana, entre un causante del daño, con domicilio en Francia, y un perjudicado, con domicilio en España, éste como parte actora podría accionar su pretensión ante los tribunales franceses o ante los tribunales italianos, de forma alternativa, según el Reglamento, ya que ambos foros serían operantes al ubicarse los dos en Estados miembros. Lo que, en principio, no sería operativo es accionar ante los tribunales españoles aprovechando la actora que es el lugar de su domicilio, pues el *forum actoris* no constituye un foro operante de atribución de CJI. Sin embargo, podría suceder que, habiendo accionado la actora en España, la demandada francesa compareciese, sin objetar la CJI de los tribunales españoles y aceptase, de este modo, su competencia mediante sumisión tácita.

b) El foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI bis)

291 En defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, el foro general del domicilio del demandado recogido por el artículo 4 RBI bis⁶⁵⁵, entendiendo como domicilio el lugar de residencia habitual⁶⁵⁶, es un foro que en materia de accidentes de esquí ofrece seguridad y previsibilidad al causante del accidente de esquí y al perjudicado, puesto que, por lo general, las acciones en este tipo de materia son acciones declarativas y de reclamación de responsabilidad por daños. De hecho, el foro del perjudicado no existe en esta materia y no se le permite a la víctima accionar ante los tribunales de su propio domicilio por considerarse que la desprotección e inseguridad jurídica de la parte demandada responsable del daño no

mediante la declinatoria] el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial si considera que carece de competencia conforme a los criterios fijados por el caso *vid. supra, Volvo* [2021].

⁶⁵⁵ El foro sirve para fijar la CJI con independencia de la naturaleza del litigio, dado que utiliza como criterio el domicilio del demandado que es el generalmente aplicable. No obstante, el RBI bis le impone ciertas limitaciones relacionadas con su estructura jerárquica: en primer lugar, no se puede acudir a los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado cuando son exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud del artículo 24(1) RBI bis; y en segundo término, el foro del domicilio del demandado tampoco opera cuando las partes se hayan sometido de forma expresa o tácita a los órganos jurisdiccionales de otro Estado, de acuerdo con los artículos 25 y 26 del Reglamento [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 91]

⁶⁵⁶ *Vid. supra* a propósito del concepto de domicilio. Por su parte, el art. 4 RBI bis consagra el foro general del domicilio del demandado, concretamente, dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de este Estado.

es admisible. Se considera que es más beneficioso para el demandado ser juzgado por su juez natural, pues así tendrá más facilidades para organizar su defensa⁶⁵⁷. Y también resulta beneficioso para el demandante, dado que se trata de un foro previsible que no depende de otras circunstancias del litigio, y que, si fuere el caso, le permite además una rápida ejecución de la sentencia sobre el patrimonio que posee el deudor en el lugar de su domicilio, siempre que no se cumpliera la sentencia de forma voluntaria.

292 Por ello, al margen de tener presente el foro alternativo especial del lugar del daño en materia extracontractual, cuando uno se dispone a esquiar, en caso de sufrir un accidente con daños resarcibles deberá indagar sobre el domicilio de la persona que ha producido el daño, que ha provocado el accidente. Del mismo modo, si es uno mismo el presunto responsable del accidente sabe que, en caso de que se exijan responsabilidades, es posible que deba defenderse ante los tribunales de su domicilio⁶⁵⁸.

c) El foro alternativo especial del lugar del daño (art. 7[2] RBI *bis*)

293 El foro especial del art. 7[2] RBI *bis* se refiere al lugar de «comisión del ilícito»: «el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». Veremos, más adelante, como el hecho dañoso al que se refiere este precepto es únicamente el daño directo y respecto de la víctima directa. De ahí que, el sitio que se tiene en cuenta para la operatividad de este foro especial sea aquél en el que haya acaecido el accidente de esquí. El accidente de esquí —el choque, el impacto o la caída—, es el momento de producción del daño, con independencia de los lugares en los que puedan suceder consecuencias o daños indirectos que puedan surgir o detectarse en un tiempo posterior al supuesto fáctico del accidente⁶⁵⁹.

294 El foro del lugar del daño es uno de los foros especiales por razón de la materia

⁶⁵⁷ Recuérdese que en el caso de que el agente del daño conste domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia, será de aplicación el CLII (*vid. supra*: «*Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007*»).

⁶⁵⁸ Téngase en cuenta que esta afirmación no contempla la acción directa y se centra especial y exclusivamente en la acción contra la persona responsable del accidente de esquí.

⁶⁵⁹ De este modo, el lugar de producción del daño se concreta a través del concepto fáctico de «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» lo cual no conlleva más complicaciones en materia de daños derivados de accidentes de esquí, porque el tiempo y el lugar de la producción del daño van de la mano. Las dificultades, como se ha visto, se encuentran en dos situaciones: la disociación entre el lugar de origen del daño (donde haya tenido lugar el suceso causal del daño) y el lugar del resultado o de materialización del daño (donde se haya producido la lesión); y cuando se padecen daños en varios

que contempla el RBI *bis* y que atribuye la CJI atendiendo a las circunstancias concretas de una determinada relación jurídica. Este foro es alternativo al foro general del domicilio del demandado y opera en defecto de competencias exclusivas y de sumisiones. Sin embargo, ha de tenerse presente que este foro exige que la persona causante del accidente tenga su domicilio en un Estado miembro. Así las cosas, este foro especial ofrece una alternativa al demandante, pero requiere que el demandado esté domiciliado en territorio de la UE (que el Reglamento sea aplicable *ratione personae*), aunque en virtud de la conexión del lugar de producción del daño se ejercite la acción ante los tribunales del lugar de producción del accidente. El art. 7(2) del Reglamento dispone que en materia delictual o cuasidelictual será competente el órgano jurisdiccional «del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso», *i. e.*, tanto en el lugar del hecho causal como en el lugar de materialización del daño⁶⁶⁰. En consecuencia, en materia de accidentes de esquí, el foro especial del lugar del daño se materializa en donde se produzca efectivamente el daño (directo): el lugar del accidente de esquí sea cual sea el modo del hecho: un choque, un impacto o una caída.

295 El foro especial por razón de la materia que articula el art. 7(2) RBI *bis* para litigios en materia delictual y cuasidelictual resulta de lógica aplicación en casos de accidentes de esquí, porque todas las partes conocen con anterioridad el lugar del daño que recae, indiscutiblemente, en la pista de esquí o lugar cierto, razón por la cual la CJI y la CTI vendrán determinadas por el país primero, y demarcación judicial, segundo, en el que radique la estación deportiva o terreno donde ha acaecido el hecho (previsibilidad para las partes). De la misma manera, si se decide esquiar fuera de pistas, desde el momento en el que se opta por descender por una montaña o por otra, la geografía no es desconocida pues la actividad se desarrolla en un lugar cierto. Puede suceder que no se conozca la ubicación exacta, pero desde luego, sí se conoce la elección de esquiar por una zona en concreto, la cual ya no resulta ajena o

Estados (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 117). Del mismo modo, las consecuencias indirectas que suceden al daño directo (producido en donde acaece el hecho dañoso), se sustraen al foro especial del lugar del daño que solo atiende al daño directo o inicial, esto es la lesión o daño sufridos por la víctima, pues todo lo demás escapa a la órbita de control-previsibilidad del causante. Solo debe atenderse a la víctima directa y no al daño que pueden sufrir terceras personas por repercusión del daño padecido por la víctima directa; y solo puede abrirse un foro de competencia allí donde padece los daños inmediatos, no los derivados, indirectos o consecutivos. En este sentido, el Reglamento «Roma II» (art. 4 y cdo. 17), en sede de ley aplicable, que se estudia en el próximo capítulo, ha intentado aclarar esta idea señalando que el lugar relevante es donde se haya producido el daño, independientemente de donde se hayan producido sus consecuencias indirectas (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 118). El planteamiento es trasladable al sector de la CJI.

⁶⁶⁰ Por su parte, el art. 7(1) RBI *bis* atribuye la competencia en materia contractual a los órganos del lugar en el que «se haya cumplido o deba cumplirse la obligación», *i. e.*, en relación con los accidentes causados por el mal funcionamiento de los remontes (forfait) el lugar en el que el esquiador debe ser transportado: al acceso de la pista de esquí. En consecuencia, el lugar en el que haya o deba cumplirse la obligación vendrá determinado por la *lex contractus* (así, desde la STJ de 6 de octubre de 1976, asunto 12/76, *Tessili*, ECLI:EU:C:1976:133).

representa una incógnita. La conveniencia de la aplicación y operatividad de este foro especial dependerá de las circunstancias de cada caso y al final solo cuando se conozcan todas las variables puede estudiarse qué foro disponible por cada una de las partes es el más idóneo [que no el más previsible].

296 Hay consecuencias dañosas de los accidentes que son mediatas, indirectas o remotas. Por ejemplo, en caso de fallecimiento de un esquiador implicado y los daños morales a los que pudiesen tener derecho sus familiares⁶⁶¹, se podría operar a través del foro general del domicilio del demandado, pero no del foro especial del lugar de producción del daño. En otras palabras, el daño, comprendido en el ámbito del art.7[2] RBI *bis*, producido en un accidente de esquí son las lesiones o daños consecuencia directa del impacto y el lugar de producción es el lugar en el que se produce el choque, el impacto o la caída. Daños directos, exclusivamente. Cualquier otro tipo de daño que se reclame, p. ej., el moral, deberá pretenderse sobre la base del foro general del domicilio del demandado o mediante los foros de la autonomía de la voluntad.

d) Interrelación entre el foro general del domicilio del demandado y el foro general especial del lugar del daño (art. 4 y 7[2] RBI *bis*)

i) El lugar de producción del daño

297 El foro especial del art. 7[2] RBI *bis* es alternativo al foro del domicilio del demandado, situándose ambos en el mismo orden jerárquico en un plano de igualdad. Su operatividad depende de la ubicación de la pista de esquí, montaña o terreno en dónde haya tenido lugar el accidente de esquí. Por un lado, este foro únicamente podrá utilizar-se si, habiendo sucedido el accidente en un Estado miembro, es de aplicación el Reglamento, esto es, si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro. Además, en caso de que ambos foros coincidan, es decir, el lugar del domicilio del demandado sea el mismo lugar en el que sucede el accidente, por lo

⁶⁶¹ Ejemplo inspirado en el supuesto de hecho del caso *Lazar* [2015] en el que el fallecimiento del familiar acaece en un accidente de tráfico. El Tribunal indica —en el ámbito del derecho aplicable— que «los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en dicho accidente ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por los familiares próximos de ésta que residen en otro Estado miembro deben calificarse como «consecuencias indirectas» de ese accidente» (§ 30). Por lo demás, estos daños no habilitan el foro para que el asunto pueda ser conocido por el órgano jurisdiccional del lugar en el que se producen estas consecuencias indirectas [el daño moral por la pérdida de un ser querido], que se corresponde con el Estado miembro del domicilio del damnificado, sino que en virtud de la articulación de los foros del RBI *bis* deberán ser sometidos a los órganos jurisdiccionales del lugar del domicilio del demandado causante del accidente, o del lugar en el que ocurrió el accidente, incluso si el fallecimiento se hubiere producido en días posteriores y ya en el Estado miembro domicilio del perjudicado fallecido y de su familia.

general, el foro del domicilio del demandado desplazará el del lugar del daño⁶⁶². Por otro lado, en caso de concurrir en el siniestro un esquiador domiciliado en un tercer Estado, que sea contra quien haya de presentarse la demanda, el supuesto queda fuera del ámbito de aplicación personal del Reglamento, y, por tanto, de todos sus foros.

ii) Accidente de esquí que tiene lugar en territorio de un Estado miembro

298 En casos de accidentes de esquí, podrá acogerse este foro especial del lugar del daño siempre que la pista de esquí esté sita en un Estado miembro de la Unión Europea o en Dinamarca. En estas hipótesis, el art. 7(2) RBI *bis* también proporciona la competencia territorial internacional. El TJ, en un asunto sobre daños causados por actos contra la competencia, se ha pronunciado sobre si el art. 7(2) RBI *bis* es una norma estricta de competencia internacional, o se trata de una norma doble o mixta, que también opera como regla de competencia territorial interna⁶⁶³. Y el TJ ha

⁶⁶² Postulado de G. Garriga Suau, «Per tant, el fòrum del domicili del demandat [art. 4] desplaçarà al fòrum corresponent al de l'origen del dany [art. 7.2]» en «Obligacions extracontractuals», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Atelier, Barcelona, 2023., pp. 439-472 [p. 446]. En este sentido es pertinente, en materia de daños derivados de accidentes de esquí, hacer la siguiente observación *personal* –la misma que justifica una interpretación restrictiva del foro del art. 8(1) RBI *bis* [vid. conclusión IV]– porque en este tipos de sucesos el lugar del daño, por lo general, goza de una previsibilidad más concreta y temprana que el foro general del domicilio del demandado, y si bien, los daños extracontractuales se caracterizan por su incertidumbre y eventualidad, en materia de esquí existe la particularidad que el esquiador conoce donde va a practicar el esquí por lo que el lugar del daño le es familiar y determinado antes, incluso, de iniciar la práctica. En caso de que acontezca el accidente, antes de poder conocer el lugar del domicilio del presunto responsable a quien habría que demandarse, el foro que todos los implicados conocen es el del lugar donde ha tenido lugar este accidente, lo que justificaría el desplazamiento del foro general del domicilio del demandado en caso de que ambos lugares coincidieran. El foro especial es más previsible que el foro general, en este tipos de sucesos, es decir, en una graduación del índice de previsibilidad de los foros, en estos casos, es más concreto el del lugar del daño. Así, p. ej., en el caso hipotético de un accidente ocurrido en España entre un esquiador con domicilio en Toledo [España], responsable del accidente, y un esquiador perjudicado con domicilio en París [Francia], los dos foros operativos [art. 4 y art. 7(2) RBI *bis*] atribuyen CJI a los órganos jurisdiccionales españoles, sin duda, pero es evidente que el esquiador francés conoce el lugar del daño antes de que sucediera el accidente, mientras que el domicilio del demandado es una variable a despejar una vez acaecido el accidente, lo que justificaría el desplazamiento del foro general. Todo, des de un punto de vista dogmático porque en la práctica no conllevaría más problemas porque los órganos jurisdiccionales españoles conocerían del asunto, en cualquier caso.

⁶⁶³ Vid. *supra* nota 549 el caso *Volvo y otros* [2021] en el que la cuestión prejudicial planteó: «¿debe interpretarse en el sentido de que solo establece la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre dicho lugar, de forma que para la concreción del juez nacional territorialmente competente dentro de ese Estado se hace una remisión a las normas procesales internas, o debe interpretarse como una norma mixta que, por tanto, determina directamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial nacional, sin necesidad de efectuar emisiones a la normativa interna?». Las conclusiones del Abogado General, presentadas el 22 de abril de 2021, ECLI:EU:C:2021:322, sostuvieron que «el objeto del art. 7(2) del Reglamento n.º 1215/2012 es regular la competencia de los órganos jurisdiccionales no solo entre los Estados miembros, sino también a escala interna, y que las demás cuestiones procesales habrán de regirse por el Derecho del Estado miembro del

indicado que «del propio tenor del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 se infiere que esta disposición atribuye directa e inmediatamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar donde haya sobrevenido el daño» (§ 33). Y ello, en el mismo sentido en el que se había pronunciado anteriormente el Tribunal en materia contractual en el caso *Color Drack* [2007]⁶⁶⁴. Y, más recientemente el TJ, en el caso *Allianz* [2022], ha reiterado el mismo criterio con respecto a la acción directa del art. 11.1(b) RBI *bis*, de modo que el mismo debe interpretarse en el sentido que, cuando dicha disposición sea aplicable, determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuya demarcación se encuentre el domicilio del demandante (§ 57)⁶⁶⁵.

299 A modo de ilustrar lo que se viene explicando piénsese en un accidente de

tribunal que conozca del litigio» (§ 39). Decía el Abogado General que «el artículo 7 del Reglamento n.º 1215/2012, a excepción del punto 6, el legislador de la Unión se ha decantado por las expresiones “ante el órgano jurisdiccional del lugar” o “ante el órgano jurisdiccional”, pues se trata de una consideración abierta para el demandante, en consideración a un lugar concreto, como excepción a la regla de competencia general [...]» (§ 43). En opinión del Abogado General no cabe duda de que el art. 7(2) RBI *bis* designa directamente el foro competente (§ 47), y ello obliga al órgano jurisdiccional de un EM al que se haya sometido un asunto conforme al art. 7(2) RBI *bis* a no aplicar las reglas internas de competencia territorial (§ 48). Así las cosas, el TJ ha tenido ya ocasión de pronunciarse expresamente en este caso *Volvo*, y no hay duda de que «del propio tenor del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 se infiere que esta disposición atribuye directa e inmediatamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar donde haya sobrevenido el daño» (§ 33). Del mismo modo lo expuso el Abogado General (*vid. ut supra*), e igual lo defendieron A-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (*Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, pp. 13 y 15) cuando indicaban que el foro contenido en el entonces 5(3) Reglamento n.º 44/2001 (actual, 7(2) RBI *bis*) era un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia territorial. En tal sentido, el foro recogido en dicho artículo otorgaba competencia a los tribunales de un concreto «lugar» determinado, y no solo a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. No obstante, pueden resultar casos en los que la competencia de los tribunales de un Estado sea clara pero no se pueda identificar el concreto órgano jurisdiccional competente de dicho Estado. En dicho supuesto, pueden aplicarse las normas del Derecho procesal del Estado miembro en cuestión para determinar la competencia territorial. En el caso español, se acudirán a las normas de la LEC para poder precisarlo [arts. 50-52].

⁶⁶⁴ Para un comentario de este asunto *vid.* A. Gardella, «The ECJ search of legal certainty for jurisdiction in contract: the *Color Drack* decision», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 439-448. El Tribunal indicó que «el art. 5.1(b), primer guion, del Reglamento 44/2001, determina tanto la competencia internacional como la territorial, que la disposición tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción, y, por consiguiente, determinar directamente el foro competente sin realizar una remisión a las reglas internas de los Estados miembros».

⁶⁶⁵ La base de esta interpretación es el art. 11.1(b) RBI *bis* cuando indica que la aseguradora domiciliada en un EM podrá ser demandada «en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante». Como el precepto utiliza «órgano jurisdiccional» y «lugar» [en lugar de «Estado»], se puede defender que el precepto designa, a la vez, de la CJI, la CTI. Además, la jurisprudencia del TJUE no lo desmintió porque en su sentencia de 13 de diciembre de 2007 [C-463/2006, *FBTO*,

esquí hipotético que acaece en las pistas alemanas, de Oberstaufen, [Estado miembro] entre un esquiador español con domicilio en Málaga [Estado miembro] y un esquiador español con domicilio en Tarragona [Estado miembro] que se encuentran de vacaciones. En este caso, desde la óptica europea es de aplicación el RBI *bis* pues el demandado está domiciliado en un Estado miembro; y los foros posibles son dos, alternativos y ambos operativos objetivamente a elección del demandante. Uno, el foro general del domicilio del demandado, es decir, España; y dos, el foro especial, el del lugar de producción del daño, es decir, Alemania por ser el país en que se encuentra la pista de esquí y donde tuvo lugar el hecho dañoso o accidente. En este caso, puede presumirse que el demandante presentaría la demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles [en Tarragona, domicilio del demandado] por coincidir con su lugar de residencia lo cual le reduciría significativamente los costes litigiosos; sin olvidar la mayor familiaridad del actor con el sistema procesal de su país de residencia.

300 Si en el mismo ejemplo, suponemos que el responsable del accidente está domiciliado en Rumanía [también, Estado miembro], el demandante pudiera plantearse operar con el foro especial del lugar del daño y someter el asunto al conocimiento de los órganos jurisdiccionales alemanes, en lugar de a los del domicilio del demandado, y ello por considerar que le resulta más ventajoso pleitear en Alemania que en Rumanía, porque, p. ej., conoce Alemania, es donde va esquiar de forma regular; porque confíe más en el rigor y en la pericia técnica de los tribunales alemanes; o porque sabe que en Alemania la indemnización resultante, de una posible condena, será más elevada.

iii) Accidente de esquí que tiene lugar fuera del territorio de un Estado miembro

a) En caso de que el responsable tenga su domicilio en un Estado miembro

301 En el supuesto de que la pista de esquí no esté sita en el territorio de un Estado miembro, se deberá acudir indefectiblemente al uso del foro general del domicilio del demandado [los foros de ataque requieren que el demandado tenga su domicilio en otro Estado miembro —ámbito personal de aplicación del instrumento—], por lo que, y, con la salvedad de la autonomía de la voluntad de las partes, el foro general siempre

ECLI:EU:C:2007:792, § 25] parece ir en consonancia con esta línea cuando señala que «esta última disposición [art. 11.1(b) RBI *bis*, aunque la sentencia menciona el art. 9.1(b) porque entonces era vigente el RBI] no se limita a atribuir la competencia a los tribunales del domicilio de las personas que en él enumera, sino que, por el contrario, enuncia la regla de competencia del domicilio del demandante, reconociendo de este modo a dichas personas la facultad de demandar a la aseguradora «ante el tribunal del lugar de su propio domicilio».

estará objetivamente disponible⁶⁶⁶.

302 En el caso [real] acaecido en Andorra⁶⁶⁷, en el que se ven implicadas en el accidente dos esquiadoras con domicilio en España [Estado miembro]. En este caso, únicamente es operativo el foro general del domicilio del demandado del art. 4(1) del Reglamento, que, a su vez, coincide con el domicilio de la demandante, lo que facilita la andadura judicial de litigio. El foro especial no es operativo porque Andorra es un tercer Estado, y recuérdese que el art. 7 del Reglamento únicamente prevé que el que sea demandado lo sea en un Estado miembro: «una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro [...]». Obviamente, la víctima podía haber ejercitado una acción en Andorra, pero ello, probablemente, le supondría un mayor coste que hacerlo «en casa». En este caso, —insistimos— en aplicación del RBI *bis* y sobre la base del foro general del domicilio del demandado, pues España es un Estado miembro, la perjudicada interpuso la demanda ante los tribunales españoles (que lo eran también de su domicilio). En este supuesto, la operatividad del foro general del domicilio del demandado permite a la perjudicada litigar en «casa» con independencia del lugar en el que tuvo lugar el accidente⁶⁶⁸.

303 Piénsese en otro accidente de esquí hipotético ocurrido en Andorra [Estado no comunitario] entre un esquiador con domicilio en Alemania [Estado miembro],

⁶⁶⁶ No se debe perder de vista que el foro general del domicilio del demandado concurrirá siempre en la aplicación del RBI *bis*. Y, que, a su vez, puede coexistir un foro especial por razón de la materia, según los casos. El art. 7 RBI *bis* determina, de forma clara, que «una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro [...]». En materia delictual o cuasidelictual, poco importa si el lugar del daño es un EM si quien lo ha causado y ha de demandarse no tiene el domicilio en ningún EM.

⁶⁶⁷ Cit. *infra* nota 615, SAP Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre.

⁶⁶⁸ El suceso fue el siguiente: el día 14 de marzo de 2009, en un viaje organizado por la Parroquia *La Mercè* de Lleida para ir a esquiar en la estación andorrana de *Gran Valira*, una de las integrantes del grupo excursionista, una chica menor de edad de nacionalidad española y residente en Lleida, invistió dentro de la zona habilitada para esquiar a otra chica que se encontraba dentro del recinto parada a un lado de la pista. Esta chica era de nacionalidad española y con domicilio en Cataluña. Como consecuencia del impacto, la víctima del accidente sufrió varias lesiones de diversa consideración por lo que la víctima interpuso demanda ejerciendo una acción declarativa de responsabilidad extracontractual reclamando daños y perjuicios derivados del accidente contra los padres de la menor que lo causó, contra el encargado de la excursión, contra la Parroquia y su aseguradora. Los demandados alegaron prescripción de la acción.

En relación con la determinación de la CJI, el juez de instancia determinó su competencia en base a la LOPJ [sumisión de las partes]. Por su parte, el Tribunal de alzada se atribuyó su competencia en aplicación del artículo 22 ter. LOPJ al tener la demandada domicilio en España. De este modo, aunque el resultado no hubiera cambiado si se hubiera aplicado correctamente [como hubiere sido deseable] el sistema de fuentes del DIPr y con ello acudido al RBI, entonces vigente, la CJI de los tribunales españoles se hubiera determinado a través del foro general del domicilio del demandado, pues en este caso no podía operar el foro especial del lugar del daño del Reglamento, al ser Andorra un Estado extracomunitario.

presunto causante del daño, y un esquiador domiciliado en España (Estado miembro), perjudicado. En este supuesto el demandado, agente del daño, tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, Alemania, por lo que para determinar la CJI se aplicará el instrumento europeo del RBI *bis*. Sin embargo, se trata de un accidente acaecido fuera del territorio de la UE. De acuerdo con el RBI *bis*, los escenarios o foros que pudieran desplegarse son: uno, la sumisión expresa; dos, la sumisión tácita a los tribunales españoles del agente alemán si el perjudicado interpusiese la demanda ante los órganos jurisdiccionales de España y el demandado compareciese y no impugnase dicha competencia; y, tres, en aplicación del foro general del domicilio del demandado que obligará al perjudicado español a presentar la demanda ante los tribunales alemanes competentes. Desde una perspectiva comunitaria no es de aplicación el foro especial del lugar del daño porque el RBI *bis* no se aplica en Andorra ya que no es un Estado miembro. En todo caso, para una eventual demanda ante los tribunales andorranos, éstos determinarán su CJI, o su ausencia, en función de sus normas de DIPr nacionales andorranas.

b) En el caso de que el responsable tenga su domicilio en un Estado parte del Convenio de Lugano

304 Por otro lado, si el agente del daño consta domiciliado en Suiza, Noruega o Islandia, será de aplicación el Convenio de Lugano II para determinar la competencia judicial del asunto. El CLII proporciona de igual modo el foro de la autonomía de la voluntad, y dos foros alternativos: el foro general del lugar del domicilio del demandado [art. 3[1] CLII], y el foro especial del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso [art. 5[3] CLII].

305 Véase un accidente de esquí hipotético producido en una estación de Francia (Estado miembro, parte del CLII) entre un esquiador responsable del accidente con domicilio en Suiza (Estado no miembro, parte del CLII), y un esquiador perjudicado con domicilio en España (Estado miembro). En este caso el agente del daño tiene el domicilio en Suiza por eso la demanda habrá de someterse a los foros del CLII⁶⁶⁹. El Convenio instaura como foro general el del domicilio del demandado [art. 3] y como foro especial el del lugar de producción del daño, del accidente [art. 5[3]]. Así las cosas, el perjudicado español tiene dos foros alternativos objetivamente competentes para interponer su demanda según el sistema español de DIPr (aquí de fuente convencional), puede presentar la demanda ante los órganos suizos (domicilio del demandado) o ante los órganos islandeses (lugar de producción del daño). En este mismo ejemplo, si el accidente hubiere sucedido en Andorra (Estado no parte), el fórum especial alternativo no sería objetivamente competente para atribuir

⁶⁶⁹ Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el Convenio están sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado [art. 2 CLII].

competencia a los órganos jurisdiccionales andorranos.

c) En el caso de que el responsable tenga su domiciliado en un tercer Estado

306 En los casos en los que el responsable del accidente tuviere su domicilio fuera de la UE podría únicamente aplicarse el RBI *bis* si las partes se sometieran a los tribunales de un Estado miembro, si no, se aplicará el derecho autónomo, en el caso español, la LOPJ. Los accidentes de esquí no constituyen ninguna de las competencias exclusivas que recoge el art. 22 LOPJ, razón por la cual se acude al resto de conexiones que la normativa española articula: sin perjuicio de la autonomía de la voluntad de las partes; la primera, el foro general del domicilio del demandado, y la segunda, el foro especial por razón de la materia si el hecho dañoso se ha producido en territorio español.

iv) Lugares del daño. ¿Caben los ilícitos a distancia o los disociados en materia de daños por accidentes de esquí?

307 En principio, parece que la respuesta debería ser negativa, puesto que el lugar en el que se produce el daño es aquel espacio físico puntual en el que ha sucedido el choque, impacto o caída. Sin embargo, esta visión se complica si se plantean supuestos, extraordinariamente alambicados, si se quiere, pero posibles, que implicarían una tímida disociación entre el hecho y el resultado del daño, p. ej., en casos de accidentes acaecidos en pistas transfronterizas, en los que la dinámica del accidente adquiriese una continuidad que produjese una disociación entre el lugar del acto y el lugar del daño [daño disociado], o en los accidentes en los que se desconociese exactamente en qué punto tuvo lugar la colisión o la caída, y, en definitiva, el hecho dañoso [lugar indeterminado].

Accidentes en pistas de esquí y lugares transfronterizos [disociación del daño]

308 En el caso de accidentes en estaciones o terrenos transfronterizos ¿se estaría ante una disociación del daño? Con este interrogante se plantean supuestos en los que los accidentes tienen lugar en una estación de esquí formada por diferentes pistas algunas de las cuales son transfronterizas, esto es, que una parte está sita en un Estado y la otra un Estado colindante. Por ejemplo, la estación *Vía Lattea* sita entre Francia e Italia. Esta estación de esquí la forman grandes extensiones de pistas unidas entre sí. También supuestos en los que los accidentes de esquí tengan lugar entre esquiadores que esquián por libre, fuera de pistas, entre fronteras. Se trataría de

accidentes cuya dinámica consistiría en la producción del choque en un Estado (inicio del accidente) y la consecuente caída y lesión en otro por la propia inercia del choque y la velocidad («acaba» el accidente y se constata o se produce el daño). Es decir, hay una disociación porque se distingue el lugar del acto inicial del lugar de la lesión.

309 Pueden parecer supuestos rocambolescos, pero no son imposibles. Por ejemplo, un esquiador que se desliza por detrás embiste al esquiador que está por delante, y se produce el choque y la caída (el contacto inicial), pero los dos esquiadores siguen descendiendo durante unos segundos por la propia inercia de la velocidad, transcurren varios metros y acaban impactando contra un elemento del terreno o parándose en el territorio de otro Estado ¿En estos supuestos como se determina la CJI?: ¿es el lugar en el que se produce el contacto inicial el lugar de producción del daño causal?, ¿son el lugar del daño, a efectos del foro especial del art. 7(2) RBI *bis*, si éste fuese aplicable, tanto el lugar en el que la caída empieza como dónde acaba? ¿es un daño disociado y, según la jurisprudencia que interpreta el art. 7(2) RBI *bis*, se podría presentar la demanda ante los tribunales de cualquiera de los dos Estados si concurren las demás variables exigidas por el Reglamento? En el sentido más etimológico del término, la respuesta debería de ser negativa. El lapso que puede darse entre el choque o el inicio de la caída y su finalización y consecuente lesión es tan corto que es difícil calificar el daño como disociado. Pero, sí puede afirmarse que existe una «continuidad» en la duración del accidente (del hecho dañoso) mientras éste sucede, y que dicha duración es algo más que la instantaneidad que sucede en los casos en los que la caída o el impacto agotan, al momento, el hecho dañoso. Entonces, como quiera que desde el inicio del accidente hasta su finalización el daño se ha visto trasladado de un lugar a otro, se puede entender el daño como un daño continuado desde el contacto (*locus actus*) hasta que acaba la caída (*locus injurias*), y a ambos puntos de conexión del accidente como eficaces a efectos de concretar el *locus damni* que posibilite el recurso a uno u otro foro de ataque, porque ambos lugares tienen la misma dosis de proximidad.

Accidentes en lugares transfronterizos indeterminados

310 Para accidentes transfronterizos acaecidos en lugar indeterminado la solución expuesta *ut supra* no sería válida. Por ejemplo, un accidente que se produce entre dos deportistas que están esquiando por libre en las montañas cuyo territorio se extiende desde Finlandia hasta Rusia, si el accidente tiene lugar en algún punto transfronterizo sin que pueda delimitarse exactamente si es en Finlandia o en Rusia ¿se podría accionar a través del foro del 7(2) del Reglamento? No parece que esté justificado si no se conoce el «lugar del daño» exacto. En este caso, siempre que el RBI *bis* fuese aplicable *ratione personae*, habría de accionarse el foro general del domicilio del demandado. Aquellos en los que la dinámica no permite fijar con certeza el lugar exacto del accidente, no existe un «lugar del daño» y, en consecuencia, dicho foro no

se aplicaría por imposibilidad⁶⁷⁰.

e) Foro procesal en caso de coperpetración del daño(art. 8[1] RBI bis)

311 En el caso de coperpetración del daño, es decir, si hay varios implicados en el accidente de esquí y más de uno parece ser el responsable del impacto y de su resultado lesivo, el RBI *bis* permite al perjudicado o perjudicados, como alternativa al foro general del domicilio del demandado (que aquí son varios, siempre que estén domiciliados en un Estado miembro), accionar ante los tribunales del lugar donde se ha producido el accidente, es decir, del país en el que se encuentra la pista de esquí, si éste es a su vez Estado miembro de la Unión Europea, mediante el foro competencial especial por razón de la materia del art. 7[2] RBI *bis*. I, como se verá en los próximos párrafos, el RBI *bis* permite también, sobre la base del foro general del domicilio del demandado, que en casos de coperpetración pueda presentarse la demanda ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, en donde esté domiciliado alguno de los implicados, contra todos ellos, incluidos los restantes esquiadores implicados y domiciliados en otro Estado miembro. Pero, si hay codemandados que tienen su domicilio en un tercer Estado ¿pueden ser demandados en el Estado miembro en el que está domiciliado otro implicado causante del accidente? La respuesta es no. El RBI *bis* «no se aplica a los demandados que no están domiciliados en el territorio de un Estado miembro cuando son citados en el marco de una acción entablada contra varios demandados, entre los cuales se encuentran también personas domiciliadas en la Unión»⁶⁷¹. Si bien, nada obsta para codemandar únicamente a los esquiadores con domicilio en un Estado miembro ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de ellos, a expensas de la estrategia procesal que dichos demandados adopten respecto de los demás implicados domiciliados en un tercer Estado.

312 De este modo, en el caso de coexistir varios esquiadores causantes del daño, uno domiciliado en un Estado miembro y el otro en un tercer Estado, se podría pensar en presentar la demanda aplicando el RBI *bis* únicamente contra el esquiador domiciliado en un Estado miembro a la expectativa de que el demandado, en el caso de que compareciese, no opusiera excepción procesal tal como la del litisconsorcio pasivo necesario respecto del otro esquiador no demandado; que, en caso de ser

⁶⁷⁰ En analogía, p. ej., con las obligaciones de no hacer en las que tampoco es posible aplicar el foro especial competencial en materia contractual pues no puede localizarse un lugar preciso ni tampoco vincularse a un órgano jurisdiccional que sea particularmente idóneo, STJ de 19 de febrero de 2002 [*Besix*, ECLI:EU:C:2002:99; § 49].

⁶⁷¹ Caso *cit. supra*, *Sapir* [2013: § 55].

estimada, dejaría el asunto fuera del ámbito personal de aplicación del Reglamento y obligaría a acudir a los derechos procesales autónomos de cada Estado⁶⁷². Es decir, en este caso, si la excepción procesal se admitiera, se estaría desbordando el ámbito personal de aplicación del Reglamento, y, obligaría a acudir al derecho interno de cada Estado para conocer la manera de solventar el asunto. En principio, no parece ser la opción más sensata, pero el hecho de que el propio Reglamento, desde su reforma de 2012 —aplicable desde 2015—, en sus artículos 33 y 34, prevea reglas relativas a la litispendencia y a la conexidad con respecto a terceros Estados, indica que desde un punto de vista teórico, no hay obstáculo para el ejercicio de una acción como la planteada.

313 En aplicación del art. 8(1) RBI *bis*, parece que, en acciones declarativas y de responsabilidad de daños derivadas de un accidente de esquí en el que son varios los implicados potenciales responsables que han de ser demandados, el perjudicado puede accionar contra todos en el domicilio de cualquiera de ellos, si todos lo tienen en un Estado miembro. Por tanto, para demandar a un codemandado ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base del art. 8(1) RBI *bis*, es condición necesaria que aquél tenga su domicilio en el territorio de otro Estado miembro.

314 En este contexto, en materia de accidentes de esquí en los que sea de aplicación el RBI *bis* es oportuno plantearse las cargas que el foro de competencia procesal del art. 8(1) RBI *bis* puede implicar para el esquiador corresponsable que es demandado ante los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del otro esquiador corresponsable. En efecto, parece que, en un caso como este, la previsibilidad puede verse comprometida además de implicar unos costes y una onerosidad indiscriminada para el codemandado que debe defenderse ante los tribunales de otro Estado miembro, del todo imprevisible. Por ello, si en el supuesto concurrese el foro de competencia especial del lugar del daño por haber sucedido el accidente en el territorio de un Estado miembro debería abogarse por dicha competencia en aras del principio de previsibilidad del Reglamento, pues el lugar de producción del accidente de esquí es conocido por todos los implicados en el hecho; a pesar de que, el Reglamento no prevé, en ningún caso, una interpretación limitativa del foro procesal. Supuesto diferente es el caso en el que este foro competencial especial no estuviere disponible por haber ocurrido el accidente de esquí en un tercer Estado en cuyo caso el único foro competencial comunitario es el del domicilio del demandado, o en estos casos, el de cualquiera de los codemandados, que, por principio de economía procesal del art. 8(1) RBI *bis*, permite enjuiciar la responsabilidad del hecho (el accidente) en una única resolución evitando resultados contradictorios si se interpusieran diferentes demandas ante los órganos

⁶⁷² «[...] para demandar a un codemandado ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base del artículo 6, número 1, del Reglamento n.º 44/2001, será preciso que aquél tenga su domicilio en el territorio de otro Estado miembro» [*Sapir, cit. supra*, [2013: § 55]]. Este artículo es el equivalente del RBI al art. 8(1) RBI *bis*.

jurisdiccionales de cada Estado del domicilio de cada corresponsable del accidente de esquí⁶⁷³.

VII. La litispendencia y las materias conexas

a) La litispendencia

315 En la primera sección de este capítulo se ha explicado el concepto y requisitos para la litispendencia internacional y la conexidad. Ahora, adentrándonos en el área de estudio, parece que un supuesto claro de litispendencia sería un caso en el que, habiendo tenido lugar un accidente entre dos esquiadores, uno, decidiera ejercitar la acción de reclamación de responsabilidad, y el otro, la acción de exoneración de dicha responsabilidad⁶⁷⁴, ante diferentes órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros diferentes. Si esto sucediera, habría identidad de objeto, causa y de partes y debería apreciarse litispendencia y resolverse en favor del primer litigio, en el que se ejercitó la acción indemnizatoria, en el cual el esquiador al que se le pretende la responsabilidad puede ser absuelto en caso de no acreditarse, lo que el fondo es el mismo que se hubiere pretendido en el segundo procedimiento con el ejercicio de la acción negativa. Dicho en otras palabras, la decisión del primer proceso interfiere en la que hubiere sido la decisión del segundo, por lo que sería un caso de litispendencia que impediría al segundo tribunal conocer del asunto.

316 Este caso implica que el tribunal que conozca del segundo proceso ha de abstenerse a favor del primero para evitar resoluciones contradictorias. En este

⁶⁷³ Este foro de conexión procesal parece estar en concordancia con el foro general del domicilio del demandado, pero en demandas por reclamación de responsabilidad por daños, y en concreto, por las lesiones sufridas en un accidente de esquí, uno se pregunta si se puede abogar por este tipo de conexión procesal teniendo disponible el foro especial por razón de la materia, el único previsible por todos los implicados. Es cierto que una de las ventajas del perjudicado de accionar ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado es propiciar una mejor ejecución de la sentencia, si ello fuese necesario. Pero en estos casos, siendo varios los demandados se deberá recurrir a los instrumentos europeos de ejecución de resoluciones para el caso eventual de tener que ejecutar la resolución sobre el patrimonio de los diferentes deudores, por lo que a la expectativa de la concurrencia de las culpas de los diferentes implicados que pudiera determinar la sentencia, el foro general del art. 4 y la conexión procesal del art. 8(1) no resuelven el problema, y supone una pérdida de derechos procesales para el demandado que ha de ir a defenderse en otro Estado miembro viendo incrementados los costes indiscriminadamente respecto del otro codemandado. Dicho lo cual, siempre que el accidente tuviera lugar en territorio de un E. M., el foro especial del lugar de producción del accidente de esquí obliga a todos los implicados en el accidente a litigar en un territorio previsible por lo que en estos supuestos debería preferirse el empleo del foro especial por razón de la materia en aras de la igualdad de todos los demandados.

⁶⁷⁴ Recuérdese que, según el TJ, caso *Folien Fischer* [2012], la acción declarativa negativa de exoneración de responsabilidad por daños extracontractuales es materia delictual o cuasidelictual.

supuesto el órgano judicial ante el que se formule la segunda demanda ha de suspender de oficio en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda [art. 29 RBI *bis*]. Si éste se declara competente, el segundo tribunal se abstendrá de conocer el litigio en favor del primer tribunal. De esta forma se evitan sentencias con resultados contradictorios. Un solo tribunal conocerá del pleito al objeto de declarar responsable del accidente a uno, a los dos de los implicados o a ninguno, conociendo sobre el fondo del asunto y valorando la prueba sobre la dinámica del accidente y la causalidad entre el hecho dañoso y el resultado de daño.

317 El Reglamento incorpora la obligación de cooperar entre los órganos jurisdiccionales a efectos de determinar ante quien se interpuso la demanda en primer lugar [art. 29[2] RBI *bis*]⁶⁷⁵. En el caso de existir un acuerdo atributivo de la competencia, foro de la sumisión expresa, el órgano jurisdiccional designado en virtud de acuerdo de sumisión será el que tenga preferencia para decidir sobre su CJI, aunque la demanda se le hubiese planteado en segundo lugar [art. 31[2] y [3] RBI *bis*]. El objetivo de esta regla es doble: mejorar la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección del foro y evitar prácticas procesales abusivas⁶⁷⁶.

318 Por ejemplo, un accidente en el que hay dos esquiadores implicados. Los dos sufren lesiones y se responsabilizan el uno al otro de la culpa del accidente. Ambos implicados presentan demanda mediante una acción de reclamación de responsabilidad extracontractual frente al otro. De forma hipotética, se trataría de un choque entre un esquiador con domicilio en Francia y un esquiador con domicilio en España en pistas austríacas. El esquiador francés ejercita la acción ante los tribunales austríacos por ser el del lugar del daño (foro especial), y el esquiador español presenta demanda con su pretensión ante los tribunales franceses por ser el lugar del domicilio del demandado (foro general). En este supuesto coexisten dos demandas con el mismo objeto y causa, y las mismas partes, aunque con posiciones procesales invertidas, en tribunales de dos Estados miembros diferentes, Francia y Austria. Si ambos tribunales conocen del mismo asunto, puede que el resultado en la determinación de la responsabilidad y culpa del accidente sea diferente. Por lo que se estaría ante un mismo accidente, con las mismas partes implicadas, valorado por dos tribunales diferentes que pueden apreciar de forma diferente la mecánica del accidente y, en consecuencia, pueden dictarse respuestas judiciales diferentes y

⁶⁷⁵ «En los casos contemplados en el apartado 1, a instancia de un órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio informará sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32» [art. 29[2] RBI *bis*]. Este art. 32 dispone cuando se considera que un órgano jurisdiccional conoce de un litigio a efectos de litispendencia y conexidad.

⁶⁷⁶ B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, pp. 64-65. *Vid. supra*, Cartier [2014].

contradictorias sobre un mismo hecho dañoso [el accidente].

319 Otro ejemplo hipotético: un accidente en la estación de esquí austríaca, Stubai, en el que cuatro esquiadores domiciliados en diferentes Estados miembros (uno, en España, otro en Francia, otro en Austria y un cuarto en Portugal) han salido lesionados, pero dos de ellos parece que han sido los causantes del accidente, el domiciliado portugués y el francés. El perjudicado con domicilio en Austria y el domiciliado en España deciden demandar y accionar la declaración de la responsabilidad de los esquiadores domiciliados en Portugal y en Francia, y cada perjudicado presenta su demanda. El austríaco usa el foro especial del artículo 7[2] del Reglamento, que a su vez es el de su domicilio, y dirige la demanda contra todos los implicados pues todos tienen el domicilio en un Estado miembro [art. 8[1] RBI *bis*]. A su vez, el domiciliado español presenta la demanda ante los órganos jurisdiccionales de Francia por ser el domicilio de uno de los esquiadores presuntamente responsables [foro general del art. 4[1] RBI *bis*] y dirige la demanda, de la misma forma, contra los dos esquiadores causantes del hecho dañoso. Los demandados alegan litispendencia. Tras verificarse qué demanda se ha presentado en primer lugar, supóngase que ha sido la presentada por el perjudicado con domicilio en Austria, el órgano jurisdiccional francés ante el que se interpuso la segunda demanda ha de abstenerse en favor del órgano jurisdiccional austríaco.

b) La conexidad

320 En caso de que un mismo accidente pudiese traer causa de dos procedimientos diferentes pero conexos entre sí como, p. ej., en el supuesto en que el accidente se atribuya al defecto de fabricación de la fijación por lo que el esquiador sufra una caída, y a su vez, se lleve por delante a otro esquiador resultando ambos lesionados. En este ejemplo, el esquiador que cae por el mal estado de sus fijaciones demanda al fabricante del producto, a la vez que, el otro esquiador lesionado por el primero le demanda a fin de responsabilizarlo y reclamarle la indemnización correspondiente por los daños padecidos. En este ejemplo, concurren dos procedimientos diferentes, en órganos jurisdiccionales probablemente diferentes, y el hecho de juzgar si el defecto de fábrica del esquí pudo ser el origen o causa del accidente es importante para el segundo pleito que deberá valorar la responsabilidad del esquiador que defiende que se cayó a causa de la rotura de su fijación. Por ello, es oportuno, o bien su tramitación conjunta para ofrecer una valoración única de la prueba de la causa y de la dinámica del accidente para determinar la responsabilidad o responsabilidades si el estado procesal del primer asunto incoado lo permitiese. O bien, suspender el procedimiento iniciado por la presentación de la segunda demanda a la espera de que se resolviese el primer litigio. Lógicamente, el resultado de este primer pleito incidiría en el

resultado del segundo.

321 En el caso real acaecido en las pistas de Baqueira Beret [*cit. supra*] además de la acción declarativa negativa que insta la aseguradora de Baqueira Beret contra Axa France [aseguradora del viaje] y los padres de la víctima menor de edad, ante los órganos jurisdiccionales españoles pretendiendo la declaración de exoneración de responsabilidad extracontractual de su asegurada, la familia de la esquiadora francesa insta una acción de reclamación de responsabilidad contractual contra la agencia de viajes con la que contrataron y su aseguradora, Axe France, ante los órganos jurisdiccionales franceses. En el pleito del que conoce España, Axe France solicita la acumulación de actuaciones y la Audiencia Provincial de Lleida invoca confusamente los artículos 27 y 28 RBI, que respectivamente regulaban la litispendencia y la conexidad [actuales, arts. 29 y 30 RBI *bis*]. Como se ha expuesto, se estará ante una institución o la otra en función de si los litigios comparten, o no, la causa, lo que no ocurre en el caso de Baqueira Beret. En efecto, la demanda presentada en España pretende obtener una declaración de exoneración de responsabilidad extracontractual, mientras que la demanda sometida a los tribunales franceses se presume que iba dirigida a una estimación de responsabilidad contractual y a obtener una condena por este motivo. No son causas idénticas, por lo que la apelación a una situación de litispendencia en este caso es improcedente. En relación con la concurrencia de conexidad entre los litigios implicados, «de apreciación muy discutible», la Audiencia la resuelve correctamente, en aplicación del artículo 28(2) RBI al rechazarlo porque el pleito que se discutía en España se hallaba ya en segunda instancia⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ J. M. Fontanellas Morell «Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida [...]», *loc. cit.*, 2013, pp. 308-312.

CAPÍTULO III :**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LEY APLICABLE**

SECCIÓN 1) EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

I. Los sectores del Derecho internacional privado

323 El DIPr se compone de tres grandes sectores: la competencia judicial internacional (CJI) cuyas reglas determinan la competencia de unos tribunales u otros; el sector del Derecho aplicable (LAPL) cuyo objeto es designar qué derecho material va a aplicar el juez para resolver el litigio surgido de una relación privada internacional; y el reconocimiento y ejecución de decisiones (RyE) cuyas reglas indican si se va a dar efectos en España a decisiones de tribunales extranjeros y bajo qué condiciones (este sector queda fuera del objeto de este trabajo).

324 Este capítulo estudia el sector de la ley aplicable y analiza cómo se determinan las normas materiales que un juez ha de aplicar para resolver sobre el fondo de la controversia que se le ha planteado y que deriva de una relación jurídica privada que vincula a varios Estados. Porque cuando los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia, se plantea inmediatamente la cuestión de saber con arreglo a qué criterios y a qué normas el órgano jurisdiccional va a resolver la pretensión litigiosa. Por el hecho de resultar competentes los tribunales españoles, la situación en controversia no pierde su carácter singular y sigue siendo una situación privada internacional «necesitada de normas que contemplen esta especialidad»⁶⁷⁸. El capítulo comienza explicando en la sección primera, de una forma general, el sector relativo a la ley aplicable para entender qué son las normas de conflicto –estudia las normas de conflicto de referencia en materia de obligaciones extracontractuales (el Reglamento «Roma II»)–, para después, en la sección segunda, dedicarse, en concreto, al estudio de la ley aplicable en la materia de daños extracontractuales derivados de accidentes internacionales de esquí.

II. Aspectos generales de las normas de conflicto y obligaciones extracontractuales**a) Concepto y estructura de la norma de conflicto**

325 La norma de conflicto es una técnica de reglamentación indirecta. Es

⁶⁷⁸ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 149-150.

frecuente, aunque el legislador y la jurisprudencia vayan formulando normas de conflicto especiales para supuestos más concretos o típicos, que la norma de conflicto presente un grado de generalidad o de abstracción y haga referencia a categorías amplias tales como la capacidad y estado civil de la persona. Y aunque dicha generalidad puede alejar la norma de conflicto de las particularidades del caso litigioso presenta la ventaja de facilitar el reconocimiento adecuado de institutos jurídicos creados a tenor del Derecho extranjero y de difícil cabida en el Derecho o concepciones del foro⁶⁷⁹. Además, la rigidez de la norma de conflicto se halla vinculada al punto de conexión elegido; la opción por una conexión única confiere a la norma de conflicto una rigidez absoluta. Así, la capacidad se rige, a tenor del art. 9(1) CC, en cualquier caso, por la ley nacional. Pero no todas las conexiones resultan igual de rígidas, los puntos de conexión mutables ofrecen mayores opciones, y otros puntos de conexión como la conexión de la residencia habitual debido a su naturaleza admiten una interpretación más amplia. El contrapeso a esta rigidez se halla en la cláusula de excepción o de escape a la que el legislador recurre en el sistema conflictual. Dicha cláusula opera cuando, eventualmente, exista una ley conectada de forma más estrecha a la situación litigiosa que la ley designada por la norma de conflicto⁶⁸⁰, sin que ello pueda fundamentarse en la consecución de un resultado material más convincente, sino en la mayor proximidad y vinculación del caso con una de las leyes en presencia con independencia de su resultado material. Las normas de conflicto son neutras, es decir, no contienen reglas de Derecho material, esto es, consecuencias jurídicas al supuesto en controversia. Sin embargo, y sin que la norma de conflicto pierda su carácter neutro y su apariencia indirecta, existen las denominadas «normas de conflicto materialmente orientadas», «de carácter sustancial» o «con finalidad material», que contienen un índice de carácter material que predetermina la selección de la ley aplicable⁶⁸¹. Finalmente, la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal. De este modo, las normas de conflicto son normas que indican qué ley material, española o extranjera, debe aplicar el juez español para resolver el fondo del litigio. «No son

⁶⁷⁹ En el campo de las obligaciones extracontractuales se hallan ejemplos significativos dentro del sistema español de DIPr: la generalidad del art. 10(9) CC «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiese ocurrido el hecho de que deriven» contrasta con la especialidad que introduce el CLH71 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, del que España es parte, no solo por la especialidad de la materia regulada, sino también por el grado de concreción de sus normas (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 151).

⁶⁸⁰ P. ej., el art. 4(3) del Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 4(3) del Reglamento «Roma II» sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales; art. 21(2) del Reglamento UE 650/2012 en materia de sucesiones.

⁶⁸¹ Se trata, p. ej., del supuesto del art. 11(1) CC, que admite la validez formal de los actos jurídicos, determinada bien por la ley del lugar de celebración del acto, bien por la ley aplicable a su contenido o por la ley personal de la persona disponente o común de las otorgantes, e incluso, si se trata de actos o contratos relativos a bienes inmuebles, por la ley del lugar de situación de dichos bienes (J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 154).

normas materiales» porque «no contienen una consecuencia jurídica material a un supuesto de hecho», sino que son un tipo especial de «normas de remisión». Primero, se aplica la norma de conflicto del sistema español de DIPr y luego las normas materiales que esta norma de conflicto ha designado, ya sean españolas o extranjeras. En otras palabras, la norma de conflicto envía una controversia jurídica determinada a un ordenamiento jurídico concreto, ya sea el nacional o uno extranjero, y en dicho ordenamiento es donde ha de buscarse la respuesta o consecuencia jurídica al supuesto de hecho o controversia que se está planteando. Este ordenamiento jurídico al que la norma de conflicto dirige será el que esté vinculado de forma más estrecha o significativa con el supuesto de hecho. La función primordial de la norma de conflicto es localizar una relación jurídica, o un aspecto de ésta, en la ley estatal con la cual presente la vinculación más estrecha o significativa⁶⁸².

326 Conocer la estructura básica de la norma de conflicto ayudará a comprender su funcionamiento. Una norma de conflicto se compone de un «supuesto de hecho», de un «criterio de conexión» y de la «consecuencia jurídica». El supuesto de hecho es una relación jurídica en su sentido más amplio, p. ej., un contrato, un daño extracontractual, un divorcio, etc. La aplicación de una norma de conflicto a este supuesto de hecho implica un ejercicio de subsunción en el que es necesario decidir si una pretensión determinada es subsumible o no en la categoría jurídica que emplea el supuesto de hecho de la norma de conflicto. Una vez dicha subsunción es posible, el criterio de conexión permite vincular el supuesto de hecho con un ordenamiento jurídico determinado. Los criterios de conexión, que son circunstancias fácticas o elementos jurídicos que permiten atribuir a una categoría jurídica la aplicación de una ley concreta, pueden ser de distinto orden⁶⁸³. La norma de conflicto toma uno o varios

⁶⁸² J. F. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 307. Savigny formuló el concepto de relación jurídica [*rechtsverhältnis*] considerándola como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, que asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad ajena. Para Savigny, la relación jurídica se convierte en el instrumento idóneo con el que delimitar el ámbito de los derechos y deberes de una persona respecto de la otra. Savigny estudió las distintas relaciones jurídicas y propuso para cada una de ellas su localización, esto es, la ley más adecuada para su regulación. El método de la relación adecuada de la relación jurídica consistirá en analizar la relación para encontrar su verdadera naturaleza, y, una vez hallada, buscar su localización más adecuada, su asiento o su sede, y es este sitio o sede lo que se debe determinar (F. Savigny, *Sistema de Derecho romano actual*, t. I, 1839/1950, p. 258 y ss.).

⁶⁸³ Sobre la calificación *vid. supra* en «introducción» y «capítulo II». La NdC utiliza como supuesto de hecho una categoría jurídica: «sucesión por causa de muerte», «derechos reales», «obligaciones contractuales», etc. Para elegir la norma concreta que ha de resolver el caso, es necesaria una previa depuración del alcance de tales supuestos, es decir, el ámbito de aplicación material de cada NdC. Esta operación de delimitar es difícil porque una sola relación jurídica puede ser englobada en distintas NdC, al menos parcialmente. P. ej., la transferencia de la propiedad mediante una compraventa presenta contacto tanto con la norma relativa a las obligaciones contractuales, como con la relativa a los derechos reales. La delimitación es un proceso de interpretación o de análisis de las materias englobadas en cada

de estos criterios y lo eleva a la categoría de vínculo o conexión relevante a los efectos de determinar la ley aplicable. En consecuencia, dicho vínculo identifica un ordenamiento jurídico, sea el español u otro extranjero, que deberá ser aplicado por el juez que conozca del asunto para resolver sobre el fondo del litigio⁶⁸⁴. Esta ley nacional a la que se acude por designación de la norma de conflicto se conoce como *lex causae*, por contraste a la ley del juez que está conociendo del litigio o *lex fori*⁶⁸⁵.

327 La mecánica de la norma de conflicto no está huérfana de «problemas de aplicación», que con carácter general son el problema de calificación y cuestión

NdC susceptible de llevarse a cabo de forma abstracta de un asunto litigioso concreto. En la práctica, sin embargo, este proceso no se separa del proceso de calificación, es decir, de la subsunción de los hechos del caso en controversia a una categoría jurídica o NdC. La operación de calificación para determinar la NdC ha de hacerse con arreglo a la ley del foro, tal como dispone el art. 12.1[1] CC. Además de otras razones, la calificación *ex lege fori* obedece a dos argumentos: en primer lugar, el carácter interno de muchas NdC conlleva por sí mismo el carácter nacional de la calificación; y, en segundo lugar, un motivo lógico que deriva del carácter previo de la calificación: si ésta sirve para la determinación de la NdC eventualmente aplicable, se desconoce de antemano la ley aplicable por lo que resulta incongruente pretender utilizar la calificación conforme a la *lex causae* eventualmente extranjera. De todos modos, y siendo indiscutible el principio de calificar conforme a la *lex fori*, éste no se halla exento de algunas dificultades en casos de instituciones desconocidas para el foro, nacidas al amparo de un ordenamiento extranjero como el *trust* anglosajón o la *kafala* islámica, o en casos de instituciones aparentemente conocidas como la adopción que en la forma y contenido en que la crea el derecho extranjero (p. ej., adopción simple) puede presentar más puntos de contacto con otro tipo de instituciones del foro como la tutela o el acogimiento, en estos supuestos podría considerarse el derecho extranjero (J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 161-165). Los puntos de conexión son susceptibles de múltiples clasificaciones. Cabe distinguir los puntos de conexión fácticos, compuestos de uno o varios elementos de carácter circunstancial o puramente fáctico (lugar de residencia, lugar de situación de un bien, lugar del daño...), de los puntos de conexión jurídicos que no ofrecen una realidad de hecho, sino a un vínculo o situación de Derecho (domicilio, nacionalidad, lugar de celebración del contrato...). También cabe distinguirlos en atención a su carácter permanente o variable, así se distingue entre puntos de conexión mutables (nacionalidad, domicilio, residencia habitual...) y puntos de conexión inmutables (lugar de celebración de un acto, lugar de situación de un bien, lugar del daño...). Asimismo, se contraponen los puntos de conexión subjetivos, referidos a los sujetos de la relación jurídica (nacionalidad, residencia habitual, domicilio...) a los puntos de conexión objetivos, relativos a las circunstancias de la relación jurídica independientes de sus sujetos (lugar de celebración de un acto, lugar de situación de un bien inmueble...). Igualmente, se halla la distinción que atiende al carácter personal o territorial de las conexiones. Las primeras conectan el supuesto directamente con la persona y el punto personal por excelencia es, hoy, la residencia habitual. Y las segundas, conectan directamente el supuesto con el territorio de un determinado Estado [puede ser conexiones subjetivas como el domicilio o la residencia habitual, o puramente objetivas como el lugar de situación de un bien o lugar de producción de un daño]. Por último, por el grado de flexibilidad que introduce la norma se distingue entre puntos de conexión cerrados o abiertos. Los cerrados se caracterizan por la rigidez que imprimen a la reglamentación (nacionalidad, domicilio...), y los abiertos confieren a la norma cierta flexibilidad (autonomía de la voluntad, vínculo más estrecho...). Además, en atención a la acumulación de conexiones en una misma norma y con arreglo a la relación que guarden las relaciones entre sí, se distingue entre conexiones alternativas, subsidiarias, cumulativas, acumulativas, etc. (J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 165-169).

⁶⁸⁴ Aun así, el hecho de que la localización o ley aplicable sea la ley del foro no significa que el tratamiento de la situación privada internacional vaya a ser exactamente el mismo que si se tratara de una situación interna. El intérprete debe aplicar la *lex fori* ateniendo a las peculiares circunstancias introducidas por el elemento internacional (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 169).

⁶⁸⁵ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 308.

previa, los derivados del criterio de conexión y los que pueden suscitar la consecuencia jurídica de la norma. El supuesto de hecho de la norma de conflicto suele formularse empleando conceptos relativos a relaciones jurídicas, p. ej., obligaciones contractuales, daños extracontractuales, la capacidad, etc., que deberán definirse y determinar qué entiende el legislador por cada concepto. La definición de esos conceptos jurídicos se realizará aplicando los cánones hermenéuticos habituales (literal, teleológico, histórico y el sistemático). El sistema de referencia interpretativo lo da el texto en el que se halla la norma de conflicto. Una vez se haya definido el concepto ha de aplicarse al caso concreto, p. ej., a una pretensión procesal, a una norma, etc. Se debe decidir si una determinada cuestión es subsumible o no en un concepto jurídico. Esto plantea [de nuevo] el problema de calificación: cómo se va a calificar esa cuestión a los efectos de identificar la norma de conflicto aplicable. Este proceso habrá de llevarse a cabo desde los parámetros interpretativos de origen supranacional⁶⁸⁶. Continuando con los problemas de aplicación, puede suceder que los conceptos que emplea el legislador para definir el criterio de conexión de la norma de conflicto planteen problemas de interpretación que se resuelven a partir de los cánones hermenéuticos aplicables a la norma de conflicto correspondiente. El análisis es semejante al que se ha visto para en relación con el supuesto de hecho. Un dato importante para tener en cuenta es la distinción entre criterios de conexión «mutables» *i. e.* que pueden cambiar su concreción a lo largo del tiempo como p. ej., la nacionalidad, el domicilio, la residencia etc., o «inmutables», como, v. gr., el lugar de

⁶⁸⁶ Si la NdC es de origen interno se llevará a cabo desde los parámetros interpretativos del Derecho español. Esto es lo que indica el art. 12(1) CC en relación con las NdC de origen interno: «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». Es evidente que esa diferenciación que se ha hecho no es absoluta porque los textos supranacionales son parte de la Ley española. Por consiguiente, puede haber supuestos en los que para garantizar la coherencia interna del sistema del DIPr, el problema de calificación en relación con una norma de Derecho interno deba resolverse por referencia a la solución (autónoma) que sigue la norma de conflicto supranacional. En ocasiones, la aplicación de la NdC exige calificar una institución extranjera o una relación pre-constituida bajo una ley extranjera: un *trust* anglosajón o una *kafala* en el Derecho islámico. La calificación de esas figuras a efectos de su subsunción en una norma española ha de hacerse a partir del «test de equivalencia funcional», esto es que deberán analizarse las características de dicha figura de acuerdo con la ley extranjera bajo la cual se ha constituido y a partir de ahí, buscar que figura española cumple una función similar. Una vez hecho esto, se ha de subsumir en el supuesto de hecho de la NdC que corresponda. En ocasiones, se plantea un problema de «cuestión previa» cuando el supuesto de hecho que emplea la NdC española presupone una relación jurídica, p. ej., la norma aplicable al régimen económico matrimonial presupone la existencia de un matrimonio. Y la duda que surge en los supuestos internacionales es qué ley rige esta cuestión previa. Aunque técnicamente hay diferentes soluciones posibles, en principio y salvo excepciones justificadas, el sistema español de DIPr opta por aplicar la ley designada por las normas de conflicto españolas a esa cuestión como si se hubiese planteado a título principal, v. gr., dos españoles residentes en México contraen matrimonio ahí y fijan también su residencia habitual. Al cabo de los años, se trasladan a Barcelona. Después de fallecer los dos, sus hijos discuten sobre la ley aplicable al régimen económico matrimonial, como cuestión principal. Esta sería la mexicana, pero se plantea como cuestión previa la propia validez del matrimonio, y la ley aplicable a dicha validez la determinan las normas de conflicto españolas (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 320).

nacimiento o lugar de celebración de un contrato. Los criterios mutables pueden plantear problemas de conflicto móvil y por ello es necesario identificar cuál es el momento relevante desde el punto de vista conflictual, esto es, en qué momento temporal hay que fijarse para concretar el criterio de conexión⁶⁸⁷. La tercera parte de la norma de conflicto es la consecuencia jurídica que es la remisión a un Derecho estatal, sea el español o un Derecho extranjero. En caso de remisión a un Derecho extranjero pueden surgir complicaciones tales como si un juez español conoce el contenido de una ley extranjera⁶⁸⁸, el reenvío⁶⁸⁹, la remisión a un sistema

⁶⁸⁷ El criterio de conexión se puede manipular con intenciones fraudulentas, por ello, el art. 12[4] CC prohíbe expresamente el fraude a las normas interpretativas españolas: «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española».

⁶⁸⁸ El Derecho extranjero puede presentarse como objeto de una remisión conflictual. En estos casos el juez español «aplica» el derecho extranjero: subsume el caso en la norma o normas extranjeras e impone la consecuencia jurídica prevista en ella. El sentido y el fin de la remisión conflictual explica que el objeto de la prueba sea el derecho extranjero como sistema jurídico (rige el principio de aplicación integral del derecho extranjero). El juez español debe actuar «como si» fuese un juez del Estado extranjero en cuestión y resolver las dudas interpretativas de acuerdo con los cánones y procedimientos hermenéuticos que hubiere utilizado el juez extranjero. La invocación del derecho extranjero le corresponde a la parte interesada y debe hacerlo en el momento procesal pertinente (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 245-246).

⁶⁸⁹ Entonces, si el juez español debe actuar «como si» fuese el juez extranjero, ¿el juez español debe aplicar también las NdC extranjeras? En este caso puede suceder que las normas le remitan de nuevo al Derecho español (reenvío de primer grado) o a un tercer Derecho (reenvío de segundo grado). Aceptar el reenvío suele complicar el análisis y la tendencia del DIPr moderno es rechazar el reenvío, salvo supuestos puntuales. En el DIPr autónomo español éste es también el punto de partida: «la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española» [art. 12[2] CC]. El precepto rechaza, de forma clara, un reenvío de segundo grado. En relación con el reenvío de primer grado parece que deja la puerta abierta, «aunque sea por un afán de facilitar las cosas y permitir al juez español resolver el fondo de litigio conforme al Derecho español y asegurar una armonía internacional de decisiones» [p. 323]; Ello, sin perjuicio, de que las partes hayan determinado la ley aplicable a su asunto lo que vedará la aceptación del reenvío de retorno (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 322-323).

plurilegislativo⁶⁹⁰ y la excepción de orden público⁶⁹¹. Este capítulo también refiere, por

⁶⁹⁰ Hay ordenamientos como el estadounidense, el británico, el canadiense o el español, donde no hay un único Derecho privado, sino que concurren distintos derechos de base territorial. También pueden coexistir diferentes derechos de base personal (*ratione personae*) p. ej., derivados de la pertenencia del interesado a una comunidad religiosa. Entonces, el reto es identificar cuál de estos derechos es el aplicable. El art. 12[5] CC ordena consultar las normas extranjeras que resuelvan la cuestión, esto es, las normas extranjeras relativas a los conflictos internos —una remisión indirecta— (esto es, que la norma de conflicto remite a un Estado plurilegislativo, y la legislación local o personal concreta que debe ser aplicada vendrá designada por las propias normas de conflicto internas de dicho Estado. El problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, al que hace referencia el art. 12[5] CC, se refiere únicamente al problema suscitado en caso de conflicto de leyes internacionales, en que la remisión de la norma de conflicto designa la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo. Dicho problema, por tanto, su solución, no debe confundirse con los conflictos de leyes internos del art. 16 CC y que operan al margen de la remisión a un sistema plurilegislativo, por más que su solución pueda ser circunstancialmente idéntica [vid. S. Sánchez Lorenzo, «Comentario del art. 12.5 CC», M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 943-973]. La solución pasa por considerar a cada unidad territorial como un Estado independiente a los efectos de determinar la ley aplicable. Muchos instrumentos internacionales, tanto convenios internacionales como reglamentos de la UE, optan por la remisión directa, a través de una previsión según la cual cuando un Estado está integrado por unidades territoriales con normas propias en relación con la materia objeto del instrumento, cada una de estas unidades territoriales se considera un país a los efectos de aplicación del instrumento (p. ej., art. 12 CLH73, art. 22 R593/2008, art. 25 R864/2007). La solución es, pues, simple, pero no sirve para resolver todos los conflictos de remisión de la norma de conflicto a un Estado plurilegislativo. Por eso, hay instrumentos más sofisticados que distinguen entre conflictos territoriales y conflictos personales de leyes (según nos hallemos ante un Estado plurilegislativo de base territorial o de base personal) y también dan una regulación específica para aquellos supuestos en los que la remisión es fruto del uso de la conexión nacionalidad. Estos instrumentos parten, como solución de base, de la remisión indirecta (arts. 33 y 34 R2016/1103 o art. 48 CLH96); y, en defecto de normas de conflicto en el Estado plurilegislativo, se utiliza, entonces, la remisión directa. Y, cuando el punto de conexión es la nacionalidad, entonces, si no hay normas que resuelvan los conflictos internos, se aplica el derecho del Estado plurilegislativo más estrechamente conectado con el supuesto (art. 33.2[b] R2016/1103). De igual modo, en el caso de Estados plurilegislativos de base personal, en ausencia de normas de conflictos, ha de aplicarse el derecho más estrechamente conectado [art. 34 R20016/1103] [vid. R. Arenas García, «Problemes d'aplicació», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *op. cit.*, p. 221].

⁶⁹¹ La cláusula de orden público, a diferencia, como se verá, de las leyes de policía que operan directamente o *mutu proprio* [vid. *infra* § 381] superponiéndose sobre la ley extranjera, opera negativamente, *i. e.*, como excepción a los resultados materiales que puede llevar la aplicación de la ley extranjera. Esta cláusula impide la aplicación de una norma extranjera cuyo resultado o procedimiento argumental por el que se llega sea contrario a los valores e intereses del ordenamiento jurídico español. Así, p. ej., no puede autorizarse un matrimonio poligámico en España, aunque la ley que rige la capacidad de uno de los cónyuges o de ambos lo permita. La cláusula se concretará en función de las circunstancias de cada caso y de la mayor o menor vinculación del caso con el Estado español. No ha de perderse de vista que la cláusula es una excepción y debe interpretarse de forma restrictiva. Así, el art. 26 RRIL exige que la vulneración del orden del público del foro sea «manifiesta». La consecuencia no debe ser automática y debe aceptarse la posibilidad de mantener la aplicación de la ley extranjera corregida por la ley española allí donde resulte incompatible. P. ej., la norma de algunos países islámicos que prohíbe heredar de los musulmanes a los hijos que no profesen dicha religión es contraria al orden público español. En principio, la ley aplicable a la sucesión es la del país de la última residencia del causante (art. 21[1] Reglamento n.º 650/2012). No obstante, esta norma debería rechazarse por vulneración del orden público español. Ahora bien, esto no debería conducir automáticamente a la aplicación de todo el Derecho español sucesorio sino a la exclusión de esta disposición concreta, y mantener la aplicación de la ley de

su relevancia en la materia objeto de estudio juntamente con las normas de conflicto, a las leyes de policía o normas materiales internacionalmente imperativas.

b) La pluralidad y la especialización de las normas de conflicto y las obligaciones extracontractuales

328 En el DIPr español existen diferentes normas que determinan la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El legislador, teniendo en cuenta el tipo de obligación extracontractual, ha llevado a cabo una planificación de especialización de norma de conflicto a fin de seleccionar la norma más adecuada al tipo de obligación extracontractual en cuestión. El objetivo, como se decía, es detectar el país más vinculado con la obligación. La categoría «obligación extracontractual» abarca un extenso campo de casos diferentes cuya vinculación con los diferentes Estados ha de poderse configurar distintamente según el tipo de litigio. Las funciones de las normas que regulan las obligaciones extracontractuales bien pueden encaminarse al resarcimiento de los daños causados a las víctimas o bien pueden dirigirse a la evitación de conductas dañosas para la sociedad. En cada caso ha de individualizarse la conexión con el Estado cuya ley aplicable habrá de resolver el fondo del asunto, y esta vinculación no se realiza igual p. ej., en casos de accidentes de circulación, de accidentes de esquí, de derechos de la personalidad, de competencia desleal o en las responsabilidades derivadas de un delito. La Unión Europea ha apostado por la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica de la Unión y fomentar la libre circulación de personas y factores productivos en la Unión Europea. El fruto principal de esta política es el Reglamento [CE] 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento «Roma II» o «RRII»]⁶⁹². El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto que se limitan a indicar la ley aplicable a la responsabilidad dimanada de las

la última residencia de la persona causante. Por ello, véase como el art. 26 RRII predica la contrariedad con el orden público de «una disposición de la ley designada» y no de ordenamientos jurídicos (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 325-326).

⁶⁹² Las dificultades que comporta la existencia en el seno de la UE de una pluralidad de sistemas [nacionales] de DIPr que son diversos, pueden mitigarse e incluso prácticamente eliminarse mediante dos instrumentos metodológicos: a través del mutuo reconocimiento, que solo puede operar en situaciones jurídicas ya constituidas en un Estado miembro y recogidas en sentencias, autorizaciones y actos análogos; y mediante la unificación de las normas de conflicto que van a determinar la ley aplicable a una relación o situación privada internacional. De este modo, con la fijación en toda la Unión Europea de una norma conflictual única a todas las obligaciones extracontractuales, desaparece el obstáculo del mercado interior y se conoce *ex ante* cuál es la ley aplicable a su actividad y a su responsabilidad civil porque la disciplina legal aplicable queda determinada de antemano para todos los operadores que actúan en la Unión Europea. Mediante la unificación de las normas de conflicto se supera el obstáculo de la pluralidad y a la consecución de un mercado interior. El mismo mercado interior que justifica que la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales sea la *lex damni*, es decir la ley del lugar donde se manifiesta el daño y no la del lugar donde se originó el mismo [*lex originis*] [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, pp. 53-63].

obligaciones extracontractuales. Por un lado, el Reglamento no recoge normas materiales que establezcan el régimen jurídico de la responsabilidad civil derivada de las obligaciones extracontractuales y, por el otro, los Estados miembros conservan sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales, e incluso en España, el Derecho catalán tiene alguna regla (de prescripción) propia⁶⁹³.

c) Normas de Derecho internacional privado vigentes en España para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

⁶⁹³ Son dos caras de la misma moneda. Por un lado, se pretende una unificación conflictual y por el otro se respecta la diversidad material de los Estados. En los «Estados plurilegislativos» coexisten diversos sistemas de Derecho privado. España es un Estado plurilegislativo del tipo regional que dispone de unidades territoriales de Derecho privado propio, y, existe un cuerpo de normas, las normas de Derecho interregional, que resuelven estos conflictos de Leyes internos. Aunque dichas normas no son normas del DIPr (*vid. supra* nota 352), es cierto que resuelven cuestiones muy similares a las propias del DIPr en el sector del Derecho aplicable, y, ello explica que el legislador ordene aplicar como normas de Derecho interregional, ciertas normas de DIPr (art. 16 CC), y que los especialistas del DIPr se dediquen también a estudiar el Derecho interregional (*vid. infra* §§ 486 y ss.). El art. 16(1) CC indica que «los conflictos de leyes que pueden surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código civil», con ciertas «particularidades» que recoge también el art. 16 CC. Pues bien, se trata de individualizar las normas concretas a las que remite este art. 16(1) CC para resolver los conflictos interregionales en España. Es una cuestión muy debatida en la doctrina, y dos posiciones se diferencian: los que sostienen que la remisión contenida en el art. 16(1) CC debe entenderse a todas las normas de conflicto de leyes en vigor en España, lo que incluiría los convenios internacionales ratificados y los reglamentos europeos, de manera que en virtud de un principio de asimilación el Derecho interregional sería el mismo que el DIPr (tesis de la remisión total); y los que defienden que la remisión se realiza no en favor de las normas de conflicto españolas previstas para la solución de los conflictos de Leyes internacionales, sino en favor, únicamente, de las normas contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del CC (tesis de la remisión al cap. IV del T. preliminar CC) (A. L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, pp. 183-184). La remisión a este cap. IV del T. preliminar CC presenta el problema que no todos los puntos de conexión que contiene se ajustan al tráfico jurídico interno y, por ello, el propio art. 16 CC contiene particularidades: la ley personal vendrá determinada por la vecindad civil (y no por la nacionalidad —que no permite designar que derecho español hay que aplicar—), y en los conflictos internos no se aplicaran las reglas sobre la calificación, la remisión y el orden público. En el caso de las obligaciones no contractuales, en los supuestos interregionales, quedarán regulados por la ley designada por el art. 10(9) CC y los supuestos internacionales por la ley designada por el R864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales. El Reglamento no se aplica en los conflictos de leyes internos salvo que el Estado miembro en cuestión establezca que sí (art. 25[2] RRII). En materia de obligaciones extracontractuales no hay en el seno del ordenamiento jurídico (plurilegislativo) español una disparidad relevante. Sin embargo, pero, la diferencia del plazo de prescripción entre el Derecho civil catalán y el estatal es sumamente significativa para determinar la ley aplicable. No hay que olvidar que la prescripción es una cuestión sustantiva (no procesal) y, en consecuencia, es necesario determinar la ley aplicable para conocer el plazo de prescripción aplicable. Conforme el art. 10(9) CC corresponde aplicar la ley del lugar en el que se ha producido el hecho del que deriven las obligaciones no contractuales. En el caso pero que sea aplicable una ley especial, como sucede en el ámbito de la Ley sobre responsabilidad civil y de seguro en la circulación de vehículos a motor, se aplicará el plazo contenido en tal norma (*vid. Capítulo I*). Autores como A. Font i Segura [2023] se plantean si la regulación del tráfico jurídico interregional es «obsoleta e incompleta» pues no parece que exista una propuesta global que considere todas las necesidades y

329 En España, entre la normativa conflictual existente para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, se encuentra el Reglamento «Roma II», que es el texto más significativo y es aplicable a la mayor parte de las obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales, aunque no señala la ley aplicable a todas las obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros. De este modo, coexisten también otras normativas contenidas en convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la ley aplicable a supuestos de obligaciones extracontractuales⁶⁹⁴. También está vigente el artículo 10(9) CC⁶⁹⁵, que no ha sido derogado por el Reglamento «Roma II» y que, por tanto, designa la ley aplicable a ciertas obligaciones extracontractuales no reguladas por el Reglamento ni por otros convenios y textos legales internacionales en la materia. Este artículo 10(9) CC designa la ley aplicable en los

singularidades de los conflictos suscitados en el sí del ordenamiento plurilegislativo. Esta desconsideración implica una remisión «ciega y automática» a los convenios internacionales sin tener en cuenta que sus conexiones puedan ser inapropiadas para los supuestos interregionales (*vid.* A. Font i Segura, *loc. cit.*, 2023, pp. 246-255).

⁶⁹⁴ Los textos legales vigentes en España más destacables son el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, de 23 de septiembre de 1910 (*BOE*, n.º 3, de 3 de enero 1954, pp. 42 a 44), el Convenio de Roma sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, de 7 de octubre de 1952 (*BOE*, n.º 117, de 17 de mayo 1961, pp. 7415 a 7419), el Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia nuclear, de 29 de julio de 1960, modificado por diversos Protocolos los años 1964, 1982 y 1991 (*BOE*, n.º 281, de 22 de noviembre 1975, pp. 24441 a 24442), el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969 enmendado por el Protocolo de 27 de noviembre de 1992 (*BOE*, n.º 225, de 20 de septiembre de 1995, pp. 28081 a 28087). También, el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 relativo a la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización por los daños causados por la contaminación de hidrocarburos (*BOE*, n.º 60, de 11 de marzo de 1982, páginas 6435 a 6441), el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones por derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 y enmendado por el Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996 (*BOE*, n.º 244, de 11 de octubre de 1997, pp. 29586 a 29594), el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929 (*BOE*, núm. 34, de 9 de febrero de 1999, pp. 5724 a 5730) y el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (*BOE*, n.º 122, de 20 de mayo de 2004, pp. 19035 a 19045). El Convenio de Ginebra relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (CNM) de 19 de mayo de 1956 (*BOE*, n.º 109, de 7 de mayo de 1974, pp. 9338 a 9344), Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 13 de diciembre de 1974 (*BOE*, n.º 108, de 6 de mayo de 1987, pp.13144 a 13147), el Convenio de Berna relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), de 9 de mayo de 1980 (*BOE*, n.º 149, de 23 de junio de 2006, pp. 23722 a 23768), que rigen en materia de responsabilidad civil no contractual en el ámbito del Derecho de transporte por carretera y ferrocarril. Y, muy importantes en asuntos de daños extracontractuales (tratados en este trabajo): el Convenio sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 (*BOE*, n.º 264, de 4 de noviembre de 1987, pp. 32950 a 32952); y, el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (*BOE*, n.º 21, de 25 de enero de 1989, pp. 2054 a 2056).

⁶⁹⁵ «Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad. En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido».

casos de Derecho interregional en materia extracontractual [art. 16 CC⁶⁹⁶].

EL REGLAMENTO 864/2007 [REGLAMENTO «ROMA II» O «RRII»]

I. Características básicas: objetivo y ámbitos de aplicación

a) Objetivo del Reglamento «Roma II»

330 El objetivo del Reglamento es la unificación de normas. El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto que indican la ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Dado que cada Estado miembro mantiene intactas sus normas en materia de obligaciones extracontractuales, su derecho sustantivo de daños, lo que hace el Reglamento es unificar las normas de conflicto en la materia de los Estados de la Unión. El objetivo de esta unificación es poner fin a la elección del foro⁶⁹⁷ y determinar la ley aplicable, que será la misma en todo Estado miembro con independencia de la CJL. Piénsese que si no hubiera dicha normativa conflictual y cada juez aplicase su ley nacional, la resolución de un litigio dependería de dónde se plantease, lo que aumentaría la incertidumbre jurídica pues, hasta que no se plantea el litigio, las partes no tienen la certeza sobre la ley que rige su relación. Además, si a los litigios se les aplicara la ley del foro, cada parte acudiría a aquellos tribunales que le ofreciesen una ley material más favorable ¿Y, por qué con la unificación de las

⁶⁹⁶ «1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público. 2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria. El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente. El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte. 3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación». [A propósito de este art. 16 CC y una posible reforma puede leerse a J. J. Álvarez Rubio, «La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro», *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021, pp. 11-48].

⁶⁹⁷ En virtud del Reglamento 864/2007, la ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro.

normas de conflicto se quiere evitar el *forum shopping*? Porque si hay diferentes sistemas conflictuales, que conducen a diferentes derechos materiales, las partes están tentadas de litigar, si pueden, ante los tribunales que deben aplicar la norma de conflicto que más les conviene. Por eso la norma conflictual única potencia y refuerza la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal de manera que las personas saben con anterioridad a la producción del hecho o situación legal cuál será la ley aplicable al caso en cuestión y con independencia del tribunal que conozca del asunto⁶⁹⁸. Esta previsibilidad se manifiesta en las directrices que el Reglamento «Roma II» ofrece a las partes en orden a la aplicación al litigio de la ley más vinculada con el pleito que es la que conllevará «costes conflictuales»⁶⁹⁹ más reducidos, así como el asegurar una aplicación estable, cierta y clara de la ley rectora de la situación privada internacional. En último término, esta unificación fomenta la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la Unión Europea porque el traslado de empresas y personas de uno a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales⁷⁰⁰.

b) Ámbito de aplicación temporal. Entrada en vigor

331 El Reglamento «Roma II» «se aplica a los hechos generadores del daño que se produzcan después de su entrada en vigor» [art. 31 RRII]. El problema es que el texto del Reglamento no contiene una norma que fije, de manera expresa, la fecha de su entrada en vigor, sino que recoge una «fecha de aplicación» [art. 32 RRII] lo que presupone que ya ha entrado en vigor con anterioridad a la fecha fijada. Para concretar la fecha de entrada en vigor del Reglamento se recurrió a la regla general formulada en el art. 297(1) III TFUE: «los actos legislativos se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación». Entonces, como el Reglamento «Roma II» fue publicado en el *DOUE*, el día 31 de julio de 2007, entró en vigor veinte

⁶⁹⁸ Ahora bien, como indica G. Garriga, la eliminación del *forum shopping* con la adopción del Reglamento «Roma II» no ha sido posible completamente debido, entre otros aspectos, primero, porque Dinamarca ha quedado al margen de esta unificación; segundo, por las exclusiones materiales que presenta el propio Reglamento en su art. 1 y que permite la aplicación de otros instrumentos normativos en las materias correspondientes; tercero, porque la misma cláusula de interacción con otros convenios Internacionales permite la aplicación de otros convenios como, p. ej., los Convenios de la Haya de 1971 y 1973; y cuarto, porque el tratamiento procesal del derecho extranjero resta al margen de su unificación en con contexto del Derecho de la UE (G. Garriga Suau, *loc. cit.*, en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. [coords.] *op. cit.*, p. 456).

⁶⁹⁹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3857.

⁷⁰⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3849-3859.

días después de su publicación, esto es, el 20 de agosto de 2007⁷⁰¹. El art. 31 RRII fija *el momento de aplicación inicial del Reglamento* y no *el momento de su entrada en vigor*, «pese a lo confuso de la literalidad del precepto»⁷⁰². El Reglamento se aplica íntegramente desde el 11 de enero del 2009 (art. 32 RRII). Lo relevante es el momento en el que tiene lugar el hecho generador del daño con independencia de cuando se verifique este daño⁷⁰³.

c) Ámbito de aplicación personal. Carácter universal

332 El Reglamento «Roma II» tiene carácter *erga omnes* y se aplica, en las materias que comprende, con independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia también de cuál sea la ley aplicable al caso, cualquiera que sea la ley reclamada por la norma de conflicto (art. 3 RRII)⁷⁰⁴. El Instrumento «Roma II» es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca (art. 1[4] RRII). El Reino Unido e Irlanda ejercieron su derecho de *opting in*. Ahora bien, con la realidad actual y la salida del Reino Unido de la UE, el instrumento deja de aplicarse en el Reino Unido, que, desde el

⁷⁰¹ STJ de 17 de noviembre de 2011[C-412/10, *Hamawoo*, ECLI:EU:C:2011:747, §§ 29-30] (estudiada por E. Torralba Mendiola, «Ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento (CE) n.º 864/2007», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1154–1156).

⁷⁰² A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3864.

⁷⁰³ *Cit. supra* nota 701, caso *Hamawoo* [2011] «[...]un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos generadores de daños, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable» (§ 37). En este supuesto, el 29 de agosto de 2007, Homawoo durante una estancia en Francia fue víctima de un accidente provocado por un vehículo cuyo conductor se encontraba asegurado por GMF. Homawoo inició, el 8 de enero de 2009, procedimiento de reclamación de indemnización por daños corporales e indirectos ante la *High Court of Justice* contra la aseguradora GMF. Las partes discuten sobre la aplicabilidad al caso del Reglamento «RRII» y en consecuencia sobre cuál es la ley aplicable al litigio, la inglesa o la francesa. En este sentido, el Tribunal de Justicia, analizando el art. 31 y 32 RRII en relación con el art. 297 TFUE, interpreta que la aplicabilidad temporal del Reglamento «Roma II» lo es a los hechos dañosos producidos a partir del 11 de enero de 2009. En efecto, «como se desprende del art. 31 RRII, el único momento que debe tomarse en consideración es aquel en que se produjo el hecho dañoso» (§ 36).

⁷⁰⁴ Según el informe europeo sobre la aplicación del Reglamento «Roma II» [E. Lein *et. al.*, «*Study on the Rome II Regulation [CE] 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations*», vol. 1, European Union, 2021, n.º de proyecto 2021, 4545] en el que se analizan los principales problemas en la experiencia de interpretar y aplicar dicho Reglamento por parte de los EE. MM., en el periodo 2010-2020, en relación con España, se evidencia que el carácter universal del Reglamento no es siempre bien entendido por los tribunales españoles y se ejemplifica con el caso resuelto por la AP Lleida (*cit. supra* nota 615) a propósito del accidente de esquí acaecido en Andorra entre dos esquiadoras residentes en Cataluña (España) en el que la sentencia argumenta, erróneamente, que el Reglamento no era de aplicación al litigio porque únicamente interpela a los conflictos de leyes entre EE. MM., y Andorra no es uno de ellos (p. 660).

1 de enero de 2021, es un país tercero a todos los efectos⁷⁰⁵. El Reglamento «Roma II» es un reglamento comunitario y, como tal, es directamente aplicable por los Estados miembros y es «obligatorio en todos sus elementos» [art. 249 TCE]. Al ser un Reglamento elaborado en el contexto del art. 65 TCE, su interpretación vinculante corresponde al Tribunal de Justicia en los términos recogidos en el art. 68 TCE⁷⁰⁶.

d) **Ámbito de aplicación material**

333 El Reglamento 864/2007 se aplica para determinar la ley aplicable en las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil que contienen un carácter internacional que comporta un conflicto de leyes [art. 1[1] RRII; art. 15 RRII]⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ Vid. *supra* nota 573.

⁷⁰⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 66.

⁷⁰⁷ Vid. *supra* nota 77, caso *Amazon* [2016]: «en lo que atañe al concepto de “obligación extracontractual” en el sentido del artículo 1 RRII, cabe recordar que el concepto de “materia delictual y cuasidelictual”, en el sentido del art. 5, punto 3.º, del Reglamento Bruselas I [ahora, art. 7[2] RBI *bis*], abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del artículo 5, punto 1.º, de dicho Reglamento» (§ 37) [ahora, art. 7[1] RBI *bis*]. En el caso de VKI y Amazon se presentó una acción de cesación por parte de VKI [asociación para la información de consumidores] contra Amazon. Amazon EU, sociedad domiciliada en Luxemburgo, a través de un sitio de Internet dotado de un nombre de dominio con la extensión «.de», celebraba contratos de venta electrónica con los consumidores residentes en Austria. Amazon no cuenta con ningún domicilio social o establecimiento en Austria. En sus contratos celebrados con los consumidores Amazon incluía unas cláusulas acerca del tratamiento de los datos de carácter personal, su uso, cesión y evaluación a través de ellos del riesgo de impago del consumidor en concreto. Asimismo, los comentarios aportados por el consumidor podían ser usados por Amazon ilimitadamente. VKI, legitimada para ejercitar acciones de cesación en el sentido de la Directiva 2009/22, interpuso ante los tribunales austríacos una demanda solicitando se dictara una orden conminatoria de supresión de las cláusulas antes referidas por considerarlas contrarias a las prohibiciones legales o a los usos leales del comercio. La duda se suscitó en relación con la aplicabilidad a una acción de cesación del art. 4 RRII cuando la acción se dirige contra el uso de cláusulas contractuales ilegales por una empresa establecida en un Estado miembro que celebra contratos con consumidores residentes en otros Estados miembros. Se concluye que la acción de cesación a la que se refiere la Directiva 2009/22 tiene por objeto una obligación extracontractual que resulta de un hecho dañoso en el sentido del capítulo II del Reglamento «Roma II». El art. 6[1] RRII consagra como regla particular relativa a las obligaciones extracontractuales que se deriven de un acto de competencia desleal, la aplicación de la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o de los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados [*lex loci damni*]. Por consiguiente, la ley aplicable a una acción de cesación en el sentido de la Directiva 2009/22 debe determinarse con arreglo al Reglamento «Roma II» cuando se invoca la violación de una legislación que tiene como finalidad proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta. En cambio, la ley aplicable al examen del carácter abusivo de dichas cláusulas ha de determinarse de manera autónoma en función de la naturaleza de las cláusulas. En este sentido, la ley aplicable a la apreciación de tales cláusulas debe determinarse con arreglo al Reglamento «Roma I» [obligaciones contractuales].

La STJ de 21 de enero de 2016 [asuntos acumulados *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*, C-359/14 Y C-475/14, EU:C:2016:40, § 45] [analizada por G. Garriga Suau, «La ley aplicable al derecho de repetición de la aseguradora *solvens* contra la aseguradora del corresponsable», *La Ley: Unión Europea*, n.º 36, 2016, pp.

El Reglamento solo es aplicable cuando el caso presenta elementos extranjeros que suscitan la duda de saber las leyes de qué Estado han de regir el supuesto controvertido.

334 El concepto de «materia civil o mercantil» ha de ser definido de modo autónomo, propio del Reglamento⁷⁰⁸. Dicho concepto coincide con el empleado por el Reglamento de Bruselas I *bis*, estudiado en el anterior capítulo, interpretado, como se vio, por el Tribunal de Justicia en copiosa jurisprudencia⁷⁰⁹. El concepto no ha de ser extraído de los Derechos nacionales de los Estados miembros, por lo que el artículo 12(1) CC español es inaplicable. La autonomía europea del concepto de obligaciones extracontractuales asegura una aplicación uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros. El Reglamento «Roma II» señala la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de los hechos y actos que provoquen un daño, del enriquecimiento injusto, de la gestión de negocios y de la *culpa in contrahendo* (art. 2 RRII)⁷¹⁰. De este modo, el Reglamento se aplica a las obligaciones extracontractuales

1-13], indica que la obligación de reparación que recae sobre el titular del remolque debe considerarse «obligación extracontractual» en el sentido del art. 1 RRII. En consecuencia, debe determinarse la ley aplicable a dicha obligación a la luz de las disposiciones del Reglamento «Roma II» (§ 51). En este caso, existían obligaciones contractuales, en el sentido del Reglamento «Roma I», entre las entidades aseguradoras y, respectivamente, los titulares o conductores del vehículo de tracción y los titulares del remolque. No existía, en cambio, ningún compromiso contractual entre las dos entidades aseguradoras (§ 47).

⁷⁰⁸ En Derecho comunitario (ahora, de la UE) la prevalencia del concepto «autónomo» se conoce desde hace mucho tiempo. Desde la sentencia LTU/ *Eurocontrol* [1976] el Tribunal de Justicia ha señalado, de forma reiterada, que «el concepto de materia civil y mercantil ha de ser objeto de una interpretación autónoma que haga referencia, por un lado, a los objetivos y al sistema del Convenio [después, Reglamento], y por otra, a los principios generales que deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales» (§ 5).

⁷⁰⁹ Después de cincuenta años de la jurisprudencia del TJ se encuentra que «sin reenvío, explícito o implícito, al Derecho nacional, los conceptos jurídicos utilizados por el derecho comunitario deben interpretarse y aplicarse de manera uniforme dentro de la Comunidad» [STJ de 1 de febrero de 1972, asunto 49/71, *Hagen OHG*, ECLI:EU:C:1972:6, § 6]. Desde hace cuarenta años, el mismo TJ ha sostenido que «los términos de una disposición de derecho comunitario no implican ningún reenvío expreso al Derecho de los Estados miembros para determinar su significado, debiéndose encontrar una interpretación autónoma teniendo en cuenta el contexto de la disposición y del objetivo perseguido» [STJ de 18 de enero de 1984, asunto 327/82, *Ekro BV*, ECLI:EU:C:1984:11, § 11]. Hace treinta años, este TJ decidió que «cuando el juez no puede detectar en el Derecho comunitario o en sus principios generales del derecho elementos que le permitan precisar el contenido y finalidad de una disposición comunitaria para una interpretación autónoma», es concebible el reenvío al Derecho de los Estados miembros [STJ de 18 de diciembre de 1992, asunto T-43/90, *José Miguel Díaz García*, ECLI:EU:C:1992:120, 36] [Vid. C. Nourissat, «Le champ d'application du Règlement "Rome"», p. 20, S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, 2008, Université de Bourgogne, p. 13-34].

⁷¹⁰ Por lo que se refiere a la *culpa in contrahendo* (o responsabilidad precontractual) el art. 12 RRII contiene una reglamentación de la responsabilidad negocial y de los tratos previos, que tendrá la aplicación de la

que nacen de todo tipo de hecho dañoso ya constituya éste un ilícito civil o penal⁷¹¹, y cubre todo tipo de daños, daño material, moral, conductas ilícitas o de otro tipo. Igualmente se aplica a las acciones preventivas, por ello el concepto de daño incluye los daños futuros o daños inminentes [art. 2[3] RRII] o de exoneración de responsabilidad. El Reglamento «Roma II» cubre tanto la responsabilidad por culpa [subjctiva] como la responsabilidad objetiva [cdo. 11 RRII]. Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o autoridad que resulte competente para decidir el asunto [cdo. 8 RRII].

335 Para evitar una calificación autónoma del concepto de obligaciones extracontractuales que pudiese reconducir bajo su ámbito de aplicación cuestiones propias de otros sectores, el artículo 1[2] del Reglamento excluye algunas materias de su ámbito material de aplicación. No se aplica en casos de responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho público. Tampoco se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad [cdo. 9 RRII]. No se aplica en casos de responsabilidad derivada de supuestos de Derecho de familia ni en los casos de responsabilidad en materia de Derecho sucesorio y matrimonial, tampoco a las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, ni a las societarias, trust, las derivadas de un daño nuclear, como tampoco a las responsabilidades derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación⁷¹², ni en cuestiones relativas a la prueba y al

lex contractus. No obstante, «las lesiones o daños personales que puedan sufrir las partes durante las negociaciones, que no tenga un vínculo directo con los tratos previos o la celebración del contrato, seguirán el régimen de cualquier otra obligación extracontractual, resultando aplicable las disposiciones pertinentes del Reglamento «Roma II» y no su art. 12» [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 770].

⁷¹¹ STJ de 21 de abril de 1993, asunto C-172/91, *Sonntag*, ECLI:EU:C:1993:144: «de los propios términos de esta disposición resulta que el Convenio se aplica igualmente a las resoluciones dictadas en materia civil por un órgano jurisdiccional penal» [§ 16].

⁷¹² La exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento de los daños producidos al honor, a la intimidad u otros derechos de la personalidad minimiza el problema de interpretación que se suscita en aquellos supuestos que el daño se produce o se disemina en varios Estados. Literalmente, la norma plantearía una concurrencia de distintas leyes aplicables, aunque el hecho generador fuera uno, y, de hecho, se podría proceder a la aplicación distributiva de las leyes de todos los países afectados «*Mosaikbetrachtung*» [J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 753]. Esta cuestión fue una de las más debatidas durante el proceso de elaboración del Instrumento, en relación con las vulneraciones a la intimidad y a los derechos de la personalidad, en concreto, a la difamación, la propuesta del Reglamento de la Comisión [COM [2003] 0427 final] había intentado conciliar el principio del debido respeto de la vida privada con el de la libertad de expresión y de información. La Comisión partió de la observación de que, a pesar de la armonización a escala europea del contenido del principio de libertad de expresión e información y de su conciliación con el principio del respeto a la vida privada, el régimen de libertad de prensa seguía variando considerablemente de un Estado a otro. Ante esta situación, consideró crucial proporcionar en el futuro un instrumento para una norma de conflicto relativa a esta cuestión que ofrezca a actores, y en particular a los medios de comunicación, una solución previsible a la variedad de conexiones que mantienen las diversas legislaciones nacionales. Con el fin de superar las dificultades asociadas a la aplicación

proceso. El Reglamento no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de sus artículos 21 y 22, relativos a la validez formal de un acto jurídico unilateral y a la carga de la prueba en materia de obligaciones extracontractuales⁷¹³.

336 Por su parte, la ley rectora de las obligaciones no contractuales, determinada conforme las disposiciones del Reglamento «Roma II» rige el régimen de responsabilidad [art. 15 RRII]. Así, determina el fundamento y el alcance de la responsabilidad (responsabilidad por culpa u objetiva, determinación del vínculo de causalidad, definición del ilícito por acción u omisión), la imputación personal y la responsabilidad vicaria o por actos de terceros, la limitación y el reparto de la responsabilidad y las causas de exoneración (fuerza mayor, estado de necesidad, hecho de un tercero, ilícito o culpa de la víctima). Rige la existencia, la naturaleza (personal, material, moral, medioambiental, pérdida financiera u oportunidad) y la evaluación de los daños y de su indemnización (cuantía y modalidades de resarcimiento), la transmisibilidad *inter vivos* o *mortis causa* del derecho a reclamar por daños y a solicitar indemnización, la indicación de las personas que tiene derecho a la reparación del daño sufrido personalmente y el modo de extinción de las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad⁷¹⁴.

e) La remisión material

337 La ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» es la ley material de dicho país, es decir, sus normas jurídicas vigentes con exclusión de las

distributiva de varias leyes a una situación determinada en la que el daño se produce en varios países, el anteproyecto de Reglamento del Consejo de mayo de 2002 sugería la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte perjudicada. En el proyecto del Reglamento del 2003 (secc. 6) se tuvieron en cuenta las críticas a esta propuesta, y se previó la aplicación de la ley en virtud del art. 4, el cual en relación con la difamación debía entenderse como la ley del Estado en el que se difundió la publicación y en el que la víctima afirma haber sufrido el daño a su reputación (que fue la solución dada por el TJ en el caso, *cit. supra*, *Fiona Shevill* [1995]). Esta propuesta provocó muchas reacciones y, en particular, los medios de comunicación temían que debieran tener en cuenta no solo la ley aplicable al lugar de difusión, sino también la ley de los Estados en los que sea probable que se causen daños. Finalmente, el Reglamento excluye todas las obligaciones extracontractuales resultantes de violaciones a la intimidad y a los derechos de la personalidad, incluida la difamación. La exclusión se hace de forma provisional ya que la cláusula inserida en el apdo. 2.º del art. 30 contempla esta cuestión como punto que debe estudiarse en el informe sobre aplicación del Reglamento (S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, pp. 58-60; Cordero Álvarez, C. I., «Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa. La reforma del Reglamento Roma II», *La Ley Unión Europea*, n.º 1, 2013, pp. 21-38). La exclusión de los derechos relativos a la personalidad, incluida la difamación, del ámbito material del Reglamento ha sido criticada por la literatura científica de diferentes EE. MM. como Francia, España, Alemania, Italia...[*vid. supra cit.*, E. Lein et. al., «Study on the Rome II Regulation...»].

⁷¹³ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3863.

⁷¹⁴ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 769-771.

normas de DIPr (art. 24 RRII). Es decir, la remisión al Derecho extranjero se entiende realizada exclusivamente al Derecho material, con exclusión de las normas de conflicto del sistema extranjero. Este principio se contrapone a la técnica del «reenvío». El reenvío implica una remisión por la norma de conflicto del foro a un Derecho extranjero y la consideración u observación de las normas de conflicto de dicho sistema extranjero. Si dichas normas remiten de nuevo a la ley del foro, se estará ante un supuesto de reenvío de retorno de primer grado; si, al contrario, remite a una tercera ley, se tratará de un reenvío de segundo grado⁷¹⁵. En otras palabras, en el Reglamento 864/2007 el reenvío es imposible, está prohibido. Esta prohibición genérica impide que se den casos de «reenvío de calificaciones» que se producen cuando los sistemas en presencia difieren en la categorización de la responsabilidad reclamada, p. ej., en un supuesto en el que la norma de conflicto contenida en el Reglamento condujera a la ley del país en donde el caso se calificase como un supuesto de responsabilidad contractual y que, según la norma de conflicto de este país, la cuestión debiera regirse por la *lex contractus*⁷¹⁶.

f) **Ámbito de aplicación espacial del «Roma II»**

338 El Reglamento se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participantes en él y en su entero territorio. Son Estados miembros participantes en

⁷¹⁵ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 183-185.

⁷¹⁶ Un caso en donde se planteó esta problemática fue el resuelto por la sentencia de la *Cour de cassation* francesa de 11 de marzo de 1997, caso *Mobil North Sea Limited et. al. c. Compagnie française d'entreprises métalliques et. al.* (*Bulletin* 1997, n.º 84, p. 55). En este supuesto las partes firmaron un contrato en el que en virtud de la autonomía de la voluntad designaban como ley aplicable el Derecho inglés. Derivado de un siniestro en el que se provocaron daños, MNSL reclamó y aceptó la competencia del *Tribunal de Commerce* de París. Las partes, pues, aceptaron la competencia del *Tribunal de commerce* de París que declaró prescritas las acciones conforme al Derecho inglés. Sin embargo, MNSL entendía que el derecho inglés calificaba la prescripción como una cuestión del procedimiento, por lo que aceptando que las leyes del procedimiento dependen de la *lex fori* debería de haberse aplicado en materia de prescripción la ley francesa. Esta tesis no fue acogida, y la resolución fue confirmada por la *Cour d'appel* de París que rechazó los motivos de los recurrentes basados en que la calificación de la prescripción como materia procesal del Derecho inglés reenviaba a aplicar la ley francesa (la *lex fori* encargada de los aspectos procesales del procedimiento). El Tribunal argumenta que desde la entrada en vigor de la *Foreign Limitation Periods Act* de 1984 la prescripción es una cuestión de derecho sustantivo que depende de la *lex causae*, y, añade que, aunque no fuera así y se considerase como cuestión del proceso, la norma de conflicto descansa sobre la autonomía de la voluntad de las partes que excluye cualquier remisión legislativa posterior. Y, es que, admitir una remisión significaría parcelar el régimen conflictual del contrato porque la prescripción y la resta del contrato se someterían a dos leyes diferentes lo que no es aconsejable. Así, la prescripción debía resolverse conforme al Derecho pactado por las partes y que regía el contrato celebrado. En relación con las otras sociedades codemandantes que alegaban que no estaban vinculadas contractualmente con la demandada y calificaban su pretensión como materia delictual por lo que entendían que los plazos de prescripción venían fijados por la *lex loci delicti commissi*, esto es el derecho francés; el tribunal no acogió el argumento y calificó su acción de contractual pues el vínculo entre las tres sociedades y las francesas demandadas era también contractual ya que intervinieron en la celebración del contrato. La *Cour de cassation* acoge la declaración del principio de la autonomía de la voluntad que excluye cualquier remisión ulterior, y, por este motivo, determina que la decisión ha de someterse al derecho inglés designado por las partes para regir su contrato.

el Reglamento «Roma II» todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca [art. 1[4] RRII]. Irlanda es miembro del Reglamento 864/2007 tras haber ejercido su derecho de *opting in*. El Reino Unido, que al igual que Irlanda también optó por participar del Reglamento «Roma II», dejó de estar vinculado por el Derecho de la Unión y por este acto normativo como consecuencia de su salida de la Unión Europea, el 1 de enero del 2021⁷¹⁷.

339 Prevalencia del «Roma II». La primacía del Reglamento cede ante las disposiciones del Derecho de la Unión que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales [art. 27 RRII]. Los convenios internacionales bilaterales y multilaterales celebrados con anterioridad al 11 de julio del 2007, fecha de la adopción del Reglamento «Roma II» [cdo. 36 RRII], prevalecen sobre el Reglamento [art. 28[1] RRII]⁷¹⁸. Por su parte, el Instrumento impide que los Estados miembros celebren nuevos convenios internacionales entre sí o con terceros Estados en las materias por él cubiertas, puesto que los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales han quedado comunitarizados y pertenecen a la competencia exclusiva de la Unión Europea. Sin embargo, el Reglamento 864/2007 deja la puerta abierta a la negociación y conclusión de convenios internacionales con terceros Estados si es útil para regular la ley aplicable

⁷¹⁷ Como es sabido, a partir del 1 de enero de 2021, la relación entre el Reino Unido y la Unión Europea está basada en el «Acuerdo de Comercio y Cooperación», un acuerdo que supone un cambio para ciudadanos, empresas y administraciones de la UE y del RU. El Acuerdo de Retirada es el que estableció las condiciones de salida de Reino Unido de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Su texto fue originariamente acordado por los negociadores el 14 de noviembre de 2018 y refrendado el 25 de noviembre de 2018 por el Consejo Europeo [art. 50]. Tras un cambio de Gobierno en Reino Unido, los negociadores de las partes revisaron el texto del Acuerdo de Retirada, particularmente en lo referido al Protocolo sobre Irlanda/Irlanda del Norte. Los negociadores llegaron a un nuevo acuerdo el 17 de octubre de 2019. El mismo día, el Consejo Europeo [artículo 50] asumió el nuevo texto. El 24 de enero de 2020, la Unión Europea y el Reino Unido firmaron el acuerdo de retirada. Tras el voto de aprobación del Parlamento Europeo, el 29 de enero de 2020, y la Decisión del Consejo relativa a la conclusión del acuerdo de retirada de 30 de enero de 2020, el acuerdo de retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020 [DO L 29 de 31 de enero de 2020, p. 7/187] que se adjunta a la Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración de dicho Acuerdo. El art. 66 del Acuerdo bajo el título «Derecho aplicable en materia contractual y extracontractual» se limita a prever que en el RU el Reglamento 593/2008, o «Roma I», se aplicará respecto de los contratos celebrados antes del final del período transitorio, así como que el Reglamento (CE) 864/2007 o «Roma II», se aplicará respecto de los hechos generadores de daño, cuando dichos hechos se produzcan antes del final del período transitorio. De acuerdo con el alcance universal de estos instrumentos, sus disposiciones seguirán siendo aplicables en la UE de los 27 en todo caso con respecto a los contratos internacionales, con independencia de los vínculos que estos presenten con el Reino Unido y de que designen como aplicable la [una] legislación del RU [sin perjuicio de que a los efectos de las disposiciones relevantes de esos Reglamentos –como los arts. 3[4] y 7 RRI o el art. 14[3] RRII– el RU pase a ser considerado como un tercer Estado] [<https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/acercadelbrexit2/Paginas/index.aspx>].

⁷¹⁸ Por ejemplo, el Convenio de la Haya de 1971, de 4 de mayo, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera [*vid. infra* § 426] y el Convenio de la Haya de 1973, de 2 de octubre, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos [*vid. infra* § 421].

a ciertas obligaciones extracontractuales que afectan a obras públicas de gran envergadura, canales, puentes, túneles, estaciones espaciales, bases submarinas, etcétera, y que afectan a ciertos países [cdo. 37 RRII]⁷¹⁹. El Reglamento «Roma II» prevalece sobre los convenios internacionales celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en las materias reguladas por el propio Reglamento [art. 28[2] RRII]⁷²⁰. Y, por último, prevalece sobre el artículo 10[9] CC en los casos internacionales [no en los supuestos interregionales⁷²¹] y en relación con las obligaciones extracontractuales reguladas efectivamente por el Reglamento⁷²².

⁷¹⁹ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 73.

⁷²⁰ El art. 28 RRII ha logrado un equilibrio entre el Derecho comunitario relativo a las obligaciones extracontractuales y los convenios internacionales existentes sobre la misma materia. En la medida en que el art. 28 RRII da prioridad a los convenios internacionales ya existentes, los EE. MM. siguen aplicando dichos convenios internacionales. Empero, esta posición del Reglamento «Roma II» ha eliminado prácticamente la capacidad de los EE. MM. para celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados u organizaciones internacionales en relación con aspectos cubiertos por el Reglamento. Con todo, no se ha alcanzado la unificación prevista de las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones extracontractuales en la Unión [G. Garriga Suau, «Relationships between “Rome II” and another international instruments. A commentary on article 28 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 7, Berlin, 2007, pp. 137-148]. Así pues, excepto si la UE autoriza la celebración de un convenio internacional en la materia conforme al Reglamento [CE] n.º 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 la celebración de acuerdos entre EE. MM. y terceros estados sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, los EE. MM. han perdido su competencia para celebrar con terceros estados convenios internacionales conflictuales en materia extracontractual cubierta por el «RRII» [G. Garriga Suau, *loc. cit.*, en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. [coords.], *op. cit.*, pp. 439-472 [p. 454].

⁷²¹ El Reglamento «Roma II» no se aplica a los conflictos internos. El conflicto interno se producirá cuando el caso que deba juzgarse en un Estado plurilegislativo (como es España) presenta vínculos con más de uno de los ordenamientos jurídicos que coexisten en el seno de este mismo Estado. El Reglamento «Roma II» se aplica a las situaciones que comporten un «conflicto de leyes internacional», es decir, aquellas situaciones que por sus elementos están conectadas con varios ordenamientos jurídicos de dos o más Estados, y se plantea la cuestión de qué derecho es el aplicable. Al respecto el art. 25[2] RRII establece que en los supuestos de conflictos de leyes en Estados plurilegislativos los EE. MM. no tienen la obligación de aplicar el Reglamento a nivel interno. «El mandato de aplicación contenido en la norma de conflicto [...] solo opera en aquellas situaciones de tráfico externo conectadas con el propio ordenamiento, no en las situaciones puramente “internas” [...] respecto de una situación “interna” al ordenamiento jurídico español, éste resulta aplicable sin necesidad de recurrir a las normas del Derecho internacional privado» [J. D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado. Parte general* (policopiado), U.A.M. curso académico 1981-1982, lección 4.ª, p. 33]. Las normas de Derecho internacional privado inseridas en los capítulos IV y V del Código civil siguen vigentes y se aplicaran en aquellos conflictos de leyes internacionales no contemplados o excluidos por reglamentos o convenios y en los casos de conflictos internos o interregionales. Tratándose de las obligaciones no contractuales, el art. 10[9] CC dispone que «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven».

⁷²² No se debe perder de vista que los reglamentos no se dirigen a resolver cuestiones planteadas por las situaciones de objeto del derecho interregional. Los reglamentos están concebidos para regular cuestiones que afectan a situaciones privadas internacionales y no a situaciones privadas internas, pero con la nota de interterritorialidad. No hay cuestiones de Derecho interregional reguladas por los

II. Reglas generales para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento «Roma II». Puntos de conexión

340 El sistema general para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento recoge diferentes puntos de conexión⁷²³: uno subjetivo (art. 14 RRII) y otros objetivos, tanto generales (art. 4 RRII), como especiales (arts. de 5 a 12 RRII).

a) La autonomía de las partes (art. 14 RRII)

341 La primera regla de conflicto que establece el Reglamento, por orden jerárquico, es la autonomía de la voluntad de las partes⁷²⁴, en principio el presunto

Reglamentos de la UE. Pero sí, existen, por el contrario, situaciones privadas internacionales regidas por dichos reglamentos sobre las que la pluralidad jurídica española plantea exigencias adicionales a las que plantearía la aplicación de la ley, por ejemplo, francesa (S. Álvarez González, *op. cit.*, 2019, pp. 363-388).

⁷²³ Conviene diferenciar entre el «foro de competencia» tratado en el anterior capítulo del «punto de conexión» porque las razones que justifican la CJI de los tribunales no son las mismas que justifican la aplicación de una determinada ley a los casos internacionales. Así las cosas, y en atención a lo ya expuesto en el capítulo II, para que los tribunales de un Estado se declaren competentes basta con que el litigio presente una «vinculación suficiente» o «mínima» con el Estado al que pertenecen los tribunales; así, se garantiza la tutela judicial efectiva y se evita la denegación de la Justicia. Los particulares disponen de un libre acceso a la jurisdicción incluso de varios Estados [=los que presenten una conexión visible y razonable con el litigio]. Lo contrario, es decir, exigir que solo los tribunales «mejor situados» para conocer de una cuestión fuesen los competentes podría lesionar la tutela judicial efectiva internacional. En cambio, en el sector del Derecho aplicable, solo puede aplicarse una ley, porque para hacer aplicable una ley a una situación privada internacional no basta con la presencia de «vínculos suficientes» entre dicha situación privada internacional y un Estado. La ley que regulará la situación ha de ser la «mejor situada», la que presente un «título de aplicación más fuerte»; se trata, generalmente, de la ley del país más estrechamente vinculado con la situación concreta a debate. Por ello, salvo disposición contraria del legislador, un litigio internacional queda sujeto a un solo Derecho estatal y no a varios al mismo tiempo, el del país que presenta un vínculo más «estrecho», «sólido» y «previsible» (A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. I, p. 365).

⁷²⁴ El sistema autónomo español no recoge la autonomía conflictual. Aunque se haya defendido esta posibilidad a partir de una interpretación orientada del art. 12[6] CC, no cabe duda de la imperatividad del art. 10[9] CC, que puede facultar al juez para impedir semejante juego de la autonomía de la voluntad en materia extracontractual (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 755-756). Sin embargo, hay autores (*vid. infra* notas 906, 938 y 968) que defienden la conveniencia de una interpretación dispositiva de la norma de conflicto, en el sentido de que las partes puedan optar, al menos en determinadas materias, entre la *lex fori* o el derecho material designado por la norma. Si bien, con carácter general, la doctrina científica se muestra a favor de la imperatividad de la norma de conflicto, en primer lugar, en atención a la finalidad general del DIPr, toda vez que un presunto carácter dispositivo de la norma de conflicto implicaría indirectamente la posibilidad de que los interesados seleccionasen a su conveniencia la ley aplicable; y dicho efecto llevaría consigo una evidente reducción de la función que desempeñan las normas de conflicto en un sistema estatal de DIPr: la expresión de su concepción de la justicia en el sector del tráfico externo. Y en segundo lugar, la configuración facultativa de las normas de

responsable y la víctima, mediante la que pueden escoger la ley aplicable a los daños extracontractuales que puedan surgir en el marco de sus relaciones [art. 14 RRII]⁷²⁵. Es una regla común a los daños extracontractuales, a los cuasicontratos y a la *culpa in contrahendo*. Las partes pueden elegir cualquier ley vigente, sea la de un Estado miembro o la de un tercer Estado, y la pueden elegir con independencia de que tenga conexión o no con el supuesto litigioso⁷²⁶. La elección puede hacerse tanto antes como después de la producción del daño. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de este precepto en materia de daños extracontractuales debido a su propia naturaleza será escasa. No será habitual que *ex ante* las partes tengan la oportunidad de elegir la ley aplicable a un daño extracontractual futuro, y la elección *ex post*, es decir, una vez acaecido el daño, tampoco será común ya «que en este momento la relación es un juego de suma cero porque la ley estatal que beneficia a una parte será perjudicial para la otra»⁷²⁷.

342 El art. 14 RRII contiene reservas y matizaciones importantes. En primer lugar, la autonomía no juega en el ámbito de los artículos 6 y 8 RRII: derecho de la competencia y propiedad intelectual e industrial⁷²⁸. En estos casos el legislador ha entendido que hay razones para excluir el juego de la voluntad de las partes. En el caso del derecho de la competencia, debido a la existencia de intereses supraindividuales, p. ej., de ordenación del mercado que podrían verse afectados indirectamente por la libre elección de las partes. Y en el caso de la propiedad intelectual, debido a la complejidad que introduciría la separación entre la existencia del propio derecho [que siempre

conflicto, en contra el principio básico de equidad, llevaría a la situación de que casos idénticos fuesen resueltos de manera diversa en un mismo Estado, incluso por un mismo tribunal, según que las partes hubieran instado o no, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho extranjero aplicable (J. C. Fernández Rozas, «Artículo 12, apartado...» *loc. cit.*, en M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, en pp. 989-990).

⁷²⁵ La circunstancia de que se halle ubicada en el art. 14 RRII no debe inducir a error, ya que se trata de un dato puramente formal que no tiene consecuencias sustanciales al respecto. La ley elegida por las partes es la conexión principal del Reglamento «RRII» y no debe ser objeto, en ningún caso, de una interpretación restrictiva (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, pp. 90-91).

⁷²⁶ ¿Pueden elegir el derecho de una unidad territorial subestatal? La respuesta que dimana de la propia dicción del art. 14 RII es afirmativa. En este sentido, el art. 14(1) RRII indica que «las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan». La referencia lo es a la «ley» en general, sin concretar, por lo que nada obstaría que las partes pactasen someterse a una ley subestatal. Por su parte, el párrafo 2.º y 3.º del mismo art. 14 RRII refieren, en concreto, a la ley de un país y a la ley de un Estado. En consecuencia, si el legislador hubiera querido excluir del juego de la autonomía los derechos territoriales habría puntualizado y exigido que la elección lo fuera del derecho o ley de un Estado o país. Asimismo, tampoco parece que haya obstáculo para que las partes puedan elegir diversas leyes reguladoras de aspectos distintos de las obligaciones extracontractuales, siempre que esta opción no desemboque en un acuerdo incoherente. Por ello, el tribunal deberá vigilar la coherencia en el acuerdo y podrá declarar la ineficacia de aquellos pactos de leyes que no la respeten (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 95).

⁷²⁷ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 403.

⁷²⁸ *Vid.* art. 6(4) RRII y 8(3) RRII.

quedaría sujeto al principio de territorialidad] y su protección extracontractual⁷²⁹. En segundo lugar, la elección de la ley aplicable solo cabe *ex ante* entre profesionales. No se permite, en consecuencia, con relación a trabajadores o consumidores. En tercer lugar, la elección puede ser expresa o tácita, es decir, derivarse con razonable certeza de los elementos del caso. Además, cuando la elección sea anterior a la producción del daño se exige que sea resultado de una negociación individualizada, lo que excluye la eficacia de las condiciones generales de la contratación en relación con la elección de la ley aplicable. Por último, la elección no puede perjudicar a terceros. Esta limitación pretende proteger a la aseguradora frente a una eventual acción directa de la víctima, que según el art. 18 RRII es posible si así lo prevé la ley rectora del contrato de seguro o la ley aplicable a la obligación extracontractual⁷³⁰. En

⁷²⁹ Autores como A. Espinella, [«La autonomía de la voluntad en el Reglamento [CE] 864/2007 [«Roma II»] sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *Noticias de la Unión Europea*, 299, 2009, pp. 95-109] criticaron esta limitación alegando que los límites de la libertad de elección en los casos contemplados en los arts. 6 y 8 no son adecuados porque la justificación subyacente de estas normas sugiere que estos límites no deben extenderse más allá de lo estrictamente necesario. Debe permitirse la elección de la ley aplicable, incluso en estos casos, para cuestiones como el importe o la evaluación de los daños y perjuicios o la transmisibilidad del derecho a reclamar. Lo mismo cabría aplicar respecto de los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor.

⁷³⁰ Al respecto, hay que indicar que la STJ de 9 de septiembre de 2015 [C-240/14, *Prüller-Frey*, ECLI:EU:C:2015:567] [analizada por J. J. Marín López, «Ley aplicable al contrato de seguro vs. ley aplicable a la acción directa en el seguro de responsabilidad civil: perjudicada por un accidente aéreo, residente en Austria, que ejercita ante los tribunales de su domicilio, ¿con arreglo al Derecho español?, una acción directa contra una aseguradora establecida en Alemania», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2015-10, pp. 26-38], dictaminó que es el órgano judicial competente para dirimir el asunto quien debe analizar la procedencia del art. 18 RRII de acuerdo con el derecho o ley aplicable al asunto derivado de las conexiones del art. 4 RRII. La sentencia refiere que el art. 18 RRII debe interpretarse «en el sentido de que permite, en una situación como la que es objeto del litigio principal, que la perjudicada ejerza una acción directa contra la aseguradora de la persona responsable para reclamarle el resarcimiento, cuando tal acción está prevista por la ley aplicable a la obligación extracontractual, con independencia de lo que establezca la ley aplicable al contrato de seguro elegido por las partes de dicho contrato» (§ 45). Los hechos de este asunto fueron, en síntesis, los siguientes: Prüller-Frey, residente austríaca, sufre un accidente en un helicóptero propiedad de Preiss que era quien lo pilotaba. Sin embargo, el seguro lo contrató Brodnig como poseedor del helicóptero con la compañía Axa [en cuya póliza se indicaba el Derecho alemán para resolver los conflictos relacionados con la misma]. Brodnig era residente habitual en España. El accidente se produce en Cádiz [España] y Prüller-Frey reclama por los daños corporales sufridos a causa del accidente. Las partes discuten, además de la CJI de los tribunales austríacos, qué Derecho es aplicable al litigio, el español o el alemán. La cuestión está en determinar si la perjudicada puede o no ejercitar una acción directa contra la aseguradora. Y, como se ha explicado, la posibilidad de este ejercicio vendrá determinado por el Derecho aplicable al litigio. En este escenario, si en aplicación del art. 18 RRII, la persona perjudicada puede accionar directamente contra la aseguradora de la persona responsable si la ley aplicable a la obligación no contractual [de conformidad con el art. 4 RRII] o la ley aplicable al contrato de seguro lo permiten; el régimen jurídico del seguro está sujeto a la ley de dicho contrato, en particular en lo que respecta a las excepciones oponibles por la aseguradora. En consecuencia, si la aseguradora subrogada en los derechos de la parte perjudicada ejercita la acción directa admitida por la ley del lugar del daño, la aseguradora demandada puede presentar alegaciones en base a la ley que rige el contrato de seguro: [M]ais attendu, d'abord, que si, en application de l'article 18 du Règlement [CE] n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 ("Rome II"), en

otras palabras, si ni la ley del lugar del daño ni la ley aplicable al contrato de seguro reconocen la acción directa, en principio, las partes no pueden optar por una tercera ley favorable a la acción directa⁷³¹.

343 Si en el momento en que ocurre el hecho generador del daño todos los elementos se conectan con un solo Estado o exclusivamente con Estados miembros, la elección de la ley aplicable no impedirá la aplicación de las normas simplemente imperativas de la ley del país conectado o del Derecho comunitario, respectivamente [art. 14[2] y [3] RRII]. Dicho de otro modo, en situaciones jurídicas objetivamente internas en las que la obligación extracontractual sea enteramente interna o nacional y no existan elementos internacionales, las partes pueden también elegir la ley aplicable, sin embargo, esta elección tiene un efecto limitado. El artículo 14[2] del Reglamento indica que «cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes a la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de este otro país cuya aplicación no puede excluirse mediante acuerdo». De este modo, se aplicarán al caso las normas imperativas del país con el que la situación en concreto aparece objetivamente conectada. Así se evita la elusión del Derecho del país naturalmente conectado con el caso y se preserva el efecto útil de su legislación en relación con supuestos que repercuten exclusivamente en dicho país. Lo que se pretende evitar es la internacionalización «artificial» de un asunto interno⁷³². En situaciones jurídicas objetivamente comunitarias, el artículo 14[3] del Reglamento indica que: «cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Esta norma concreta cubre el supuesto en el

matière non contractuelle, la personne lésée peut agir directement contre l'assureur de la personne devant réparation si la loi applicable à l'obligation non contractuelle, déterminée conformément à l'article 4 du règlement ou la loi applicable au contrat d'assurance le prévoit, le régime juridique de l'assurance est soumis à la loi de ce contrat ; que la cour d'appel a décidé, à bon droit, que, si la MAAF pouvait exercer l'action directe, admise par la loi française, loi du lieu de survenance du dommage, elle pouvait se voir opposer la loi néerlandaise à laquelle le contrat d'assurance était soumis, en ce que celle-ci prévoit, en cas de sinistres sériels, une indemnisation des victimes au prorata de l'importance du préjudice subi, dans la limite du plafond de la garantie souscrite par l'assuré; Attendu, ensuite, qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions de la MAAF que celle-ci ait soutenu que la loi néerlandaise aurait pour effet de vider de sa substance l'action directe de la victime admise par la loi française.

[Arrêt n.º 1080 de 18 de diciembre de 2019 (18-14.827;18-18.709) Cour de Cassation, 1ère. chambre civile, [ECLI:FR:CCASS:2019:C101080]https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civil_e_568/1080_18_44097.html.]

⁷³¹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 404.

⁷³² A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 97.

que, existiendo normativa de Derecho comunitario aplicable a todos los Estados miembros, las partes elijan como ley aplicable la ley de un tercer Estado. El artículo transcrito impide que las partes se sustraigan voluntariamente a la norma comunitaria y conecten, artificialmente, el supuesto con un tercer Estado, con el objetivo de eludir la normativa comunitaria. En tal caso, la elección de la norma de un tercer Estado no podrá impedir la aplicación de las disposiciones comunitarias de carácter imperativo.

344 En el ámbito de las obligaciones extracontractuales, y en defecto de elección de las partes, el Reglamento contiene una regla general y una serie de reglas especiales para determinados tipos de daños. La regla general se aplicará cuando no haya una regla especial. En concreto la regla general [art. 4[1] RRII] arranca de la solución tradicional en este sector, la *lex loci damni*⁷³³, y contiene una excepción que se aplica de forma preferente: la residencia habitual común en el mismo país del responsable y del perjudicado en el momento de producción del daño [art. 4[2] RRII]. El régimen general cierra con una cláusula de escape: los vínculos más estrechos [art. 4[3] RRII]. Por su parte, las reglas especiales cubren los siguientes tipos de daños: responsabilidad por productos [art. 5 RRII], derecho de la competencia [art. 6 RRII], daños al medio ambiente [art. 7 RRII], propiedad industrial e intelectual [art. 8 RRII] acciones derivadas de un conflicto colectivo [art. 9 RRII]⁷³⁴, el enriquecimiento injusto [art. 10 RRII], la gestión de negocios [art. 11 RRII] y la *culpa in contrahendo* [art.12 RRII].

b) Regla de la residencia habitual común del responsable y del perjudicado (art. 4[2] RRII)

345 El art. 4[2] RRII contiene la excepción a la regla general de la *lex loci damni*, y como quiera que, si concurre el supuesto de la regla de excepción, se aplica de forma

⁷³³ Por supuesto, esto no es nada nuevo, ya que es «la» base del Derecho internacional de responsabilidad extracontractual que tiene una tradición particular en todos los EE. MM. de la UE; una tradición que se remonta a la creación de la *Statutentheorie* [teoría de los estatutos]. Los planteamientos iniciales relativos a la «europeización» del Derecho de las obligaciones extracontractuales, que pueden encontrarse en el anteproyecto de 1973, también buscaban la aplicación de la regla del lugar del daño. La norma adopta el lugar del daño directo [*erfolgsort*] como criterio unitario [vid. G. Hohloch, «The Rome II Regulation on overview. Place of injury, habitual residence, closer connection and substance scope: the basic principles», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 1-18 (3 y 7)].

⁷³⁴ La práctica del conflicto de leyes debe proceder de forma que primero se examinan los hechos particulares del caso a fin de determinar [calificar] si el ilícito está comprendido en los arts. 5 a 9 RRII. Si la respuesta a este examen es afirmativa, solo se requiere acudir a la regla del art. 4 RRII si el texto de los artículos 5 a 9 RRII lo indique. De lo contrario, las normas especiales o específicas de conflicto de leyes de los arts. 5 a 9 RRII son exclusivamente aplicables, lo que significa que la solución se encuentra en dichos preceptos, en conjunción con las disposiciones generales y finales del Reglamento [G. Hohloch, *loc. cit.*, p. 15].

preferente, esta explicación se inicia con esta regla⁷³⁵. El texto del art. 4[2] RRII indica que «[N]o obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país»⁷³⁶. Esta regla se aplicará con

⁷³⁵ La interpretación que se otorga a la norma conflictual de este apartado segundo del art. 4 RRII es de carácter especial y de aplicación preferente en relación con el primer apartado del mismo precepto. Por ello, el artículo 4[2] del Reglamento no debe ser interpretado restrictivamente. El cdo. 18 RRII indica que: «la norma general en el presente Reglamento deberá ser la *lex loci damni* mencionada en el artículo 4, apartado 1. El artículo 4, apartado 2, debe considerarse como una excepción a este principio general, creándose una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país». Es decir, que, si bien este punto de conexión constituye una excepción, es también una norma de conflicto especial y no excepcional, que, dadas las circunstancias, puede convertirse en la «primera solución» en la materia.

⁷³⁶ La noción de «país» o de «Estado» está definida en el art. 25[1] RRII cuando indica que, si un Estado está comprendido por varias unidades territoriales con derecho propio respecto de las obligaciones no contractuales, cada unidad de territorio debe considerarse como un Estado en orden a determinar la ley aplicable. J. von Hein daba este ejemplo mucho antes de que se produjera el conocido «Brexit»: si una esquiadora con residencia en Escocia choca con otro esquiador residente en Inglaterra en una estación de esquí sita en Francia, la ley aplicable es la francesa (J. von Hein, *op. cit.*, pp. 516-517). En el caso del Reino Unido, mientras fue un EM y, en consecuencia, aplicaba el Reglamento «Roma II»; a su incorporación se dictaron unas disposiciones (*statutory instruments*) por las que Inglaterra, Escocia e Irlanda del Norte se consideraban como países diferenciados, no solo a los efectos del Reglamento bajo su art. 25[1] RRII, sino también, en los casos de conflicto internos [25[2] RRII]. *Notwithstanding Article 25(2) of Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), that Regulation shall apply in the case of conflicts between– (a)the laws of different parts of the United Kingdom; or (b)between the laws of one or more parts of the United Kingdom and Gibraltar, as it applies in the case of conflicts between the laws of other countries* (<https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2008/2986/regulation/6/made>). La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se extendía, pues, a los casos de conflicto internos del Reino Unido (*England and Wales and North Ireland: SI [statutory Instruments] 2008, n.º 2986; Scotland: SI 2008, n.º 404*) (vid. M. Gebauer, «Article 25. States with more than one legal system» en G. P. Callises (ed.) *Rome Regulations. Commentary*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, pp. 796-799).

España no ha optado por esta importante vía de calificación normativa. En el caso de España, pues, no se ha adoptado disposición al respecto, por lo que acatando la noción de «país» del art. 25[1] RRII y a efectos del Reglamento «Roma II», cada CC. AA. [unidad territorial] con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, se considerará como un país en orden a la determinación de la ley aplicable. Entonces, en el caso español, p. ej., la C. A. de Cataluña, que cuenta con regulación propia sobre la prescripción de las obligaciones extracontractuales, se considerará como un país distinto a otra C. A. española en materia de prescripción, pero será un mismo país en relación con la resta de la regulación de la culpa extracontractual, porque no cuenta con una regulación de esta materia que, además, está reservada a la competencia del Estado. Dicho lo cual [y, en relación con la materia concreta objeto de estudio] ¿cómo se resuelve la designación de la ley (subestatal) aplicable entre un esquiador residente y con vecindad civil en Cataluña y otro en Navarra, en una estación de esquí sita en Andalucía? Bien, en un caso así, es el sistema conflictual autónomo español el que designa la ley aplicable, y en materia de obligaciones extracontractuales, el art. 10[9] CC no deja lugar para la interpretación pues determina que la ley que se aplica al litigio es la del lugar donde se ha producido el accidente, en el supuesto expuesto, el Derecho civil común pues Andalucía no cuenta con un Derecho civil propio. Aquí no entrarían las soluciones del Reglamento 864/2007 porque se trata de un conflicto puramente interno sin la concurrencia de ningún elemento extranjero. El accidente hubiera sido calificado de internacional si, p. ej., hubiera tenido lugar, entre los mismos esquiadores, en una estación de esquí francesa. En este caso, las soluciones del Reglamento, asumiendo que no se ha ejercitado la autonomía de la voluntad, dirigen a resolver la controversia con arreglo a la residencia habitual común de las partes [art. 25[1] RRII en relación con el 4[2] RRII], en este supuesto, la ley española. Y es cuando se designa la ley española como la

independencia del lugar en el que haya acaecido el daño⁷³⁷. La prevalencia de este criterio de la residencia habitual común se fundamenta en la legítima expectativa, en la mayoría de los casos, de ambas partes, para las que la legislación de su país de residencia es la más próxima y conocida⁷³⁸. Con el establecimiento de este punto de conexión, el legislador presupone, en primer lugar, que el lugar de residencia común de las partes implica una mayor proximidad con el caso del que supondría el lugar de verificación del daño⁷³⁹. Por ejemplo, y se estudiará más en detalle en la próxima

aplicable cuando reluce la problemática en la determinación de la ley aplicable en las reclamaciones internacionales de daños cuando interviene un sistema no unificado [*vid. infra* sección 2ª «La determinación de la ley aplicable a los accidentes de esquí cuando interviene un sistema unificado»]. Así pues, entre el esquiador con residencia en Navarra y el que reside en Cataluña, partes de la controversia, no concurre una residencia habitual común porque cada CC. AA. cuenta con su propia regulación en materia de prescripción de las obligaciones extracontractuales (Ley 34 en relación con la Ley 507 Compilación Derecho civil de Navarra; 121-21 Código civil de Cataluña) por lo que la ley aplicable es la francesa por ser la del lugar del daño [art. 4[[1] RRII] ¿Y, si el accidente hubiere acaecido entre un esquiador residente en Murcia y el otro en Madrid? En este supuesto sí concurre una residencia habitual común según el 25 RRII ya que ambas CC. AA. son el «mismo país» porque no cuentan con una regulación propia en materia de obligaciones no contractuales, sino que dicha legislación es la misma en todos los aspectos [CC], por lo tanto, se aplicaría la ley española [4[2] RRII].

⁷³⁷ La residencia habitual común ha de concurrir en el mismo Estado. En el caso de Europa, esta conexión no opera en aquellos supuestos en los que las partes tienen domicilio en Europa, pero no en el mismo Estado miembro. En estas circunstancias, la siguiente ley designada por el Reglamento es la ley del lugar del daño. La UE no es un «Estado» [carece de algunos de los atributos considerados inherentes al concepto de Estado (*vid. L. M. Díez-Picazo, «La naturaleza de la Unión Europea», InDret, Barcelona, 4/2008*); tampoco lo es a los efectos del art. 25 RRII y no existen razones para desplazar la aplicación de la ley designada del tercer Estado en cuyo territorio ha acaecido el hecho dañoso, aunque ésta no sea tan ventajosa para las partes (*vid. J. von Hein, op. cit., pp. 517 y 524*).

⁷³⁸ Como criterio de conexión ya estaba presente en los ordenamientos jurídicos de los diferentes EE. MM., aunque basado en fundamentos jurídicos diferentes. El CLH71 sobre la ley aplicable a los accidentes de tráfico hace uso de este factor de conexión, aunque en ciertos supuestos, supeditado al del Estado de matriculación de o de los vehículos implicados. Las reformas jurídicas que desde 1960 se han introducido en los EE. MM. «más nuevos» también se adhieren a este principio. En otros lugares, como p. ej., Alemania, fueron los tribunales, alentados por la literatura, los que utilizaron cada vez más como un factor de conexión orientado a los resultados, en particular el derecho de la nacionalidad (*Heimatrecht*) o el derecho del «entorno jurídico común» (*gemeinsame Rechtsumwelt*). En muchos ordenamientos jurídicos era claro, antes de la aprobación del Reglamento «Roma II», que la residencia habitual común era una conexión sencilla y practicable que pertenecía al instrumentario legal del derecho internacional de las obligaciones extracontractuales (G. Hohloch, *loc. cit.*, p. 11).

⁷³⁹ En el caso de la sentencia de la *Supreme Court State of New York* de 9 de mayo de 1963, *Babcock vs Jackson* [12 N.Y.2d 473, 240, N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 [1963]] el tribunal se enfrentó a la fijación de la ley aplicable a la responsabilidad derivada de un accidente de circulación por carretera acaecido en Canadá entre dos ciudadanos norteamericanos con residencia habitual común en el Estado de Nuevo York. Para tratar de dirimir la responsabilidad del conductor y propietario del vehículo derivada de un accidente de tráfico en el que el pasajero acompañante sufrió daños. Los antecedentes eran que el matrimonio Jackson invitó a Babcock (todos con domicilio en Nueva York) a una excursión a Ontario (Canadá) donde el vehículo conducido por Jackson colisionó. En el accidente Babcock resultó herida. Así las cosas, conforme al DIPr vigente en Nuevo York, la ley aplicable era la de Ontario (lugar donde se

sección, en un caso en el que dos esquiadores con residencia habitual en Madrid (España), durante una estancia vacacional, sufrieran un accidente en una estación de esquí sita en Austria y el esquiador perjudicado, cuando regresase a España reclamase al responsable del accidente una indemnización por daños extracontractuales; a pesar de que el daño se hubiera producido en el extranjero, la ley aplicable al litigio sería la española como ley de residencia habitual común. En segundo lugar, cabe suponer que la legislación del lugar en donde residen es con la que las partes (ambas) están más familiarizadas. Por ello, la residencia habitual común se predica, por un lado, de la persona cuya responsabilidad se alega, no del causante del daño, que puede ser distinta, y del otro, de la persona que ha sufrido el daño⁷⁴⁰. El momento relevante para determinar la residencia habitual común es el momento de la producción del daño⁷⁴¹. Y este daño, como se ha visto, se refiere únicamente al directo y no a las consecuencias indirectas que pueden seguirle. Por ejemplo, si un esquiador residente español resulta perjudicado en un accidente de esquí acaecido en Austria y fallece cinco meses después en el hospital, en Alemania, la residencia

verificó el daño] y según este derecho el propietario o conductor del coche que no sea utilizado como transporte profesional de pasajeros no respondía por los perjuicios sufridos por los pasajeros. Sin embargo, el tribunal neoyorquino advirtió que el caso presentaba conexiones reales sustanciales más estrechas con Nueva York que con Canadá y dirimió el litigio a favor de la perjudicada (parte actora) porque el Derecho neoyorquino no contenía una disposición como la Ley de Ontario y la aplicación de la Ley canadiense no satisfacía el interés público del Estado de Nueva York en la defensa de su sistema de responsabilidad civil. Babock fue reparada en aplicación del Derecho neoyorquino (O. Boskovic, *L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II*, Dalloz, 2009, p. 1639). Una transcripción abreviada de la sentencia puede verse a M. Díez de Velasco, *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 3.ª ed., 1986, pp. 335-337.

⁷⁴⁰ El art. 4[2] del Reglamento no se refiere a las partes, sino que se refiere expresamente a «la persona cuya responsabilidad se alega» y a «la persona perjudicada». El elemento importante en esta norma de conflicto es la residencia habitual del sujeto al que se le exige la responsabilidad y la residencia habitual de la persona perjudicada, con independencia de la residencia habitual del autor material del daño. En efecto, el perjudicado puede exigir la responsabilidad a persona distinta del causante material y directo del daño. De este modo, puede exigirse responsabilidad civil a los progenitores por los daños causados por sus hijos que se encuentren bajo su guarda, a los tutores en relación con los perjuicios causados por los menores que estén bajo su autoridad y cuidado, a los propietarios de los establecimientos y empresas respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio en que estuvieran empleados, a las titulares de los centros de enseñanza no superior por los daños que causen sus alumnos menores de edad, a los poseedores de un animal si éste causase perjuicios, al propietario de una heredad de caza por el daño causado por éste en las fincas vecinas, al propietario de un edificio por los perjuicios y daños que resulten de la ruina del mismo, entre otros casos. En casos de subrogación no se considera la residencia de estas nuevas partes en la situación jurídica, sino que es únicamente relevante la residencia de «la persona cuya responsabilidad se alega» y de la «perjudicada». El foro o conexión exige la coincidencia común de la residencia sin que se permita aplicar la ley del país de residencia habitual del perjudicado si dicho país no es también residencia habitual común del responsable del daño (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, 2022, pp. 3872-3874).

⁷⁴¹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 407- 408.

habitual de este perjudicado en España sigue siendo decisiva⁷⁴².

346 El art. 23 RRII contiene varias reglas para precisar la determinación de la residencia habitual a los efectos del art. 4[2] RRII⁷⁴³. En casos de personas jurídicas, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el del lugar de su administración central, es decir, el lugar desde donde se dirige la persona jurídica. No obstante, cuando el hecho generador del daño se produzca en el curso de operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, se considera residencia habitual el lugar de radicación de dicha sucursal, agencia o establecimiento por su carácter estable y aparente en un determinado lugar o Estado [art. 23[1] RRII]. Las personas físicas profesionales tendrán su residencia habitual en el lugar o país en el que esté sito el establecimiento principal de su actividad y ello en relación con aquellas situaciones jurídicas derivadas de dicha actividad profesional, no de aquellas derivadas de su ámbito privado, familiar o particular, ajenas a su actividad [art. 23[2] RRII]. El Reglamento 864/2007 no hace mención expresa a la determinación de la residencia habitual de las personas físicas no profesionales, por tanto, se fijará con arreglo a los criterios vigentes en cada Estado miembro⁷⁴⁴. En los casos de pluralidad de presuntos responsables y de presuntos perjudicados, el criterio considerado en el artículo 4[2] RRII solo es operativo si todas las personas implicadas tienen su residencia habitual en el mismo país o Estado⁷⁴⁵. En estos supuestos, tampoco podría aplicarse la cláusula de escape porque la existencia de una vinculación manifiestamente más estrecha con otro país debe determinarse individualmente en

⁷⁴² Se planteó, en su día, si el alcance del art. 4[2] RRII cubría los supuestos en los que las partes compartan residencia habitual común en dos Estados con leyes sustantivas similares. Así, S. Symeonides [*American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, pp. 173-196] proponía el ejemplo en el que una persona con residencia en Francia que es herida por otra persona residente en Bélgica y en el que el altercado se produce mientras las dos participaban en una cacería, en Kenia. En un caso como el expuesto, se discutía si podía desplazarse la ley aplicable de Kenia a favor de la ley francesa o la ley belga por contar ambas con un derecho de daños similar. Esta discusión es criticable porque contradice directamente las razones por las que el Reglamento 864/2007 prioriza la residencia habitual común, éstas son, la proximidad y la familiaridad de ambas partes con la legislación de su país. Para resolver un caso como el expuesto, el Reglamento cuenta con la cláusula de excepción del 4[3] que, en orden a hallar una mejor solución a un caso como el explicado, parece más idónea, y ello sin perjuicio de la funcionalidad del art. 14 RRII [J. von Hein, «Article 4. Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations Commentary*, 2.^a ed, Wolters Kluwer, Law & Business, abril, 2015, p. 517].

⁷⁴³ Para la doctrina, la residencia habitual es el lugar en el que la persona física tiene su centro social de vida, el lugar donde la persona física se encuentra de hecho con intención de permanecer de modo estable. La residencia habitual se identifica con el lugar en donde la persona está mínimamente arraigada [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, vol. II, 2018, *op. cit.*, p.1313-14].

⁷⁴⁴ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3874.

⁷⁴⁵ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3875.

la relación entre el causante del daño y su respectiva víctima⁷⁴⁶.

Concepto de «residencia habitual» (art. 23 RRII)

347 Para la concreción del concepto «residencia habitual», el Reglamento «Roma II», en el caso de personas jurídicas, entiende la residencia como el equivalente a la administración central de la actividad, la cual no ha de coincidir necesariamente ni con el establecimiento principal, ni con el domicilio estatutario [art. 23[1] RRII]. No obstante, cuando la sociedad tenga varios establecimientos y se haya causado el daño o sufrido en uno de ellos, ese establecimiento debe considerarse como residencia habitual a los efectos del Reglamento. En el caso de personas físicas, el «Roma II» distingue si los daños se han producido en el marco de sus actividades personales o familiares o en el marco de sus actividades profesionales. En este segundo caso, la residencia debe concretarse por referencia a su ámbito profesional, su centro principal de actividad [art. 23[2] RRII]. Esta distinción es «relevante» en supuestos en los que una persona tenga su domicilio familiar en un Estado, pero su actividad profesional se halle en otro⁷⁴⁷.

c) Regla general del lugar de producción del daño (art. 4[1] RRII)

348 Como ya se ha apuntado, aunque el Reglamento arranca formalmente con la regla de aplicación de la ley del país donde se produce el daño, en la práctica, esta regla tiene una aplicación subsidiaria porque solo se aplicará cuando las partes no hayan escogido la ley de otro Estado [art. 14 RRII], cuando el daño no sea subsumible en ninguna de las reglas especiales [art. 5 y ss. RRII], cuando las partes no tengan residencia habitual común en otro Estado [art. 4[2] RRII], o cuando el supuesto no presente vínculos más estrechos con otro Estado [art. 4[3] RRII]. El art. 4[1] RRII dice: «salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión». La fórmula que emplea el Reglamento quiere resolver dos tipos de casos: los ilícitos a distancia y los daños derivados o indirectos, y, para ello, emplea una solución clásica y clara.

i) Ley aplicable a los ilícitos a distancia

En el caso de los daños a distancia, *i. e.*, cuando el evento dañoso y el lugar del daño se localizan en Estados diferentes, el Reglamento opta por el lugar donde se produce

⁷⁴⁶ J. von Hein, «Article 4. Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *loc. cit.*, 2015, pp. 516 y 526.

⁷⁴⁷ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 408.

el daño. A diferencia de lo que sucede en el sector de la CJI, que se ha analizado en el capítulo anterior, no es posible la opción entre ambos⁷⁴⁸. Para el Reglamento «Roma II» el único lugar relevante es donde se padece el daño. Se trata de un criterio imparcial y territorial⁷⁴⁹. Esta solución asegura la aplicación de la ley del Estado en donde se encuentra el bien jurídicamente protegido, lo que permite que los Estados fijen los estándares de conducta vigentes en su territorio, y señala a los particulares cuál es el estándar de conducta que deben observar y respetar frente a personas y bienes ajenos.

349 El punto de conexión examinado, el *locus delicti commissi* opera sin mayores problemas en los ilícitos en los que el hecho del daño se genera en un lugar y el resultado del daño se verifica igualmente en el mismo país o territorio. Sin embargo, en los ilícitos a distancia, en los que el hecho generador del daño («hecho causal») y su resultado pueden acontecer en países diferentes, los problemas son a veces más acusados como ya se ha visto a propósito de la CJI⁷⁵⁰.

350 La tesis seguida por el artículo 4 RRII solventa de raíz esta cuestión de los

⁷⁴⁸ El art. 7(2) RBI *bis* permite a la parte demandante reclamar tanto ante los tribunales del lugar en el que se ha originado el hecho causal del daño como ante los tribunales del lugar en el que el daño se ha producido o padecido. P. ej., la STJ, *cit. supra.*, del caso *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* [1976] en el que se reclamaba por unos daños sufridos en unas plantaciones, fue la primera que aceptó una disociación del hecho dañoso porque entendió que tanto el lugar del hecho causante [Francia] como el lugar de materialización del daño [Países Bajos] podían constituir conexión relevantes desde el punto de vista de la CJI, por lo que la perjudicada pudo plantear su reclamación ante los tribunales franceses o neerlandeses. De igual modo, en el terreno de la ley aplicable, se comprobará como en materia de daños al medioambiente se recoge una excepción al criterio único del lugar de producción del daño y a tenor del art. 7 RRII el perjudicado puede también basar sus pretensiones de reclamación en la ley del país en el que se produjo el hecho generador del daño (*vid. infra* § 368).

⁷⁴⁹ Este punto de conexión no coincide con el foro del art. 7(2) RBI *bis* estudiado en el anterior capítulo. La tesis del art. 4(1) RRII es el lugar del daño al estilo francés, es decir, que solo existe un lugar del daño, inclusive en los delitos a distancia únicamente hay un lugar del daño a efectos del Reglamento «Roma II» (postura monista del lugar del daño). En efecto, en los supuestos de ilícitos a distancia se aplicará la ley del país en cuyo territorio se produce el daño. Es irrelevante el país o lugar donde haya tenido lugar el hecho que lo ha generado, y es igualmente irrelevante el país en donde se manifiesta el daño. Ello permite que la legislación de un Estado conserve el efecto útil en relación con los ilícitos que repercuten en su territorio. Los sujetos que sufren un daño en un país en concreto pueden estar seguros y prever que la ley aplicable a la responsabilidad derivada del daño es la ley de dicho Estado, cualquiera que sea el lugar donde se haya verificado el hecho generador del daño. Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado han de consultarse los criterios clásicos del Derecho internacional público. Es territorio de un Estado su tierra firme, el mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las embajadas y otras delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan de ciertas inmunidades legales, pero pertenecen al territorio del Estado donde estén sitas [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.* t. III, p. 3877].

⁷⁵⁰ Son ejemplos de ilícitos a distancia los estudiados en el anterior capítulo, como el caso paradigmático de Minas de potasio de Alsacia [1976], en la interpretación del foro del lugar del daño del art. 7(2) RBI *bis* para determinar la CJI en relación con el RBI *bis*.

ilícitos a distancia (tesis del resultado). En los supuestos de ilícitos a distancia se aplicará la ley del país en el que se produce el daño. No es relevante el hecho causal del daño ni el lugar donde haya tenido lugar este hecho que posteriormente ha generado el resultado dañoso. Tampoco importa el lugar donde se manifieste este daño. Lo único que importa es el lugar donde se produce el daño. Ello permite a los particulares que dirigen sus actividades hacia otros territorios conocer de antemano cuál es la ley aplicable a las actividades transnacionales que dirigen hacia un concreto Estado. Y las personas que sufran un daño en el territorio de un país están seguras de que la ley aplicable a la responsabilidad de tal daño es la ley de dicho Estado, y no otra, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador, puesto que, para la víctima, este lugar puede ser completamente desconocido⁷⁵¹.

351 La tesis del lugar del daño o del resultado acogida por el Reglamento «Roma II» descarta por definición otras teorías que se barajan cuando se estudian los ilícitos a distancia como la teoría de la actividad, la teoría de la ubicuidad o las tesis oscilantes. La teoría de la actividad, tesis recogida por el Derecho austríaco, defiende que el lugar relevante es el lugar donde se produce el hecho causal o generador del daño, porque es el único en el que el autor es consciente de proyectar su actividad. Esta teoría no se acepta, porque no tiene en cuenta que la persona que desempeña una labor está en posición óptima para conocer en qué países va a desplegarse su actividad y que podrán verse afectados por sus actos, por lo que se le exige la responsabilidad como consecuencias de un acto que está dentro de su esfera de control⁷⁵². Y la teoría de la ubicuidad, tesis tradicional alemana⁷⁵³, considera como lugar relevante para la determinación de la ley aplicable tanto el lugar donde se realizó el acto causal como el lugar donde se verifica el resultado dañoso, de modo que la actora elige con arreglo a qué ley desea demandar. Y, por su parte, las tesis oscilantes distinguen según el carácter de la responsabilidad que se imputa. Si se trata de responsabilidad por infracción de comportamientos exigibles o por transgresión de reglas (responsabilidad por culpa) se aplicará la ley del lugar del hecho causal, pero si se trata de una responsabilidad objetiva sin culpa y derivada de la mera producción de

⁷⁵¹ Ejemplo de manual: una empresa de Cáceres que fabrica aviones en miniatura dispone de un campo de pruebas en Valencia de Alcántara. Algunos prototipos defectuosos en los vuelos de prueba caen sobre un almacén ubicado en Portugal. La empresa portuguesa, propietario del almacén, reclama a la empresa española por los daños sufridos. La ley aplicable a este caso es la portuguesa, porque es donde se produce el daño y la empresa española conoce o debería de conocer de la posibilidad de provocar daños en territorio portugués. De este modo, la ley aplicable con arreglo al art. 4(1) RRII es la portuguesa (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3879).

⁷⁵² *Idem.*

⁷⁵³ Acogida por el RBI *bis* después de la interpretación de su foro general especial del art. 7(2) RBI *bis* que hizo el Tribunal de Justicia en la sentencia del caso *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* [1976].

un daño se debe recurrir a la ley del lugar del daño⁷⁵⁴.

ii) Ley aplicable a los ilícitos plurilocalizados o ilícitos mosaico

352 ¿Qué sucede cuando un único hecho dañoso produce al mismo tiempo múltiples daños en distintos países?⁷⁵⁵ En estos casos, el artículo 4(1) RRII sigue la teoría del mosaico la cual significa que cada daño producido en el territorio de un Estado se rige exclusivamente por la ley de dicho Estado. Entonces, si se producen daños en varios Estados, les es aplicable, a cada uno de ellos, la ley del Estado en cuyo territorio se ha verificado el daño. De este modo, país por país, o lugar por lugar, se compondrá el mosaico completo (tesela por tesela) de todos los daños que un solo hecho causal ha producido⁷⁵⁶. De esta manera, «cuando el perjudicado haya completado todos los azulejos habrá terminado su mosaico y habrá podido ser indemnizado por todo el daño sufrido»⁷⁵⁷.

iii) El daño directo (daño conflictual)

⁷⁵⁴ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3880.

⁷⁵⁵ Este art. 4 RRII es menos consistente en este tipo de daños múltiples o plurilocalizados en diferentes Estados. Se verá que el Reglamento regula explícitamente los daños contra la propiedad intelectual e industrial (art. 6 RRII), sin embargo, hay que recordar que otro grupo de hechos que, por lo general, son susceptibles de ocasionar daños en diferentes países como es la difamación a través de Internet, no está dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma II». En los otros supuestos, en los que se producen resultados dañosos propagados en diferentes territorios de varios Estados se sigue la teoría del mosaico por la que cada resultado dañoso es regido por la ley del lugar en el que se ha producido. En estos casos no se ha determinado si el art. 4(3) RRII se podría aplicar para mejorar la economía procesal [*vid.* J. von Hein, «Article 4. Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *loc. cit.*, 2015, p. 504].

⁷⁵⁶ Paradigmas de daños plurilocalizados se encuentran en los daños informáticos transfronterizos en los que desde un solo lugar puede enviarse virus informáticos dañinos a bases de empresas de diferentes países. La determinación de la ley aplicable vendrá determinada por la del lugar del propio país en el que el virus ha ocasionado los daños por el resarcimiento de aquellos daños producidos en su territorio. Así, por ejemplo, en el caso de un *hacker* que envía virus informáticos que destruyen las bases de datos de una empresa situada en España, otra en Suiza, y otra en Francia, la ley aplicable debe determinarse país por país con arreglo a la tesis del mosaico (los daños verificados en el territorio de un Estado se rigen exclusivamente por la ley de dicho Estado) y el propio art. 4(1) RRII. En consecuencia, los daños sufridos en Suiza se regirán por la ley suiza, los daños producidos en España, por la ley española y por la ley francesa los daños producidos en la empresa francesa [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t.III, p. 3881]. Como se refirió en el capítulo anterior, otros casos de daños plurilocalizados se encuentran en los casos de violaciones de derechos de la personalidad a través de Internet [excluidos del ámbito material del Reglamento «RRII»], p. ej., en el caso, *cit. supra* nota 518, *Martinez* [2011]; o en vulneraciones de la propiedad intelectual o industrial como sucedió en el caso, *cit. supra* nota 532, *Pinckney* [2013].

⁷⁵⁷ J. Carrascosa González reflexiona sobre los costes de litigación en los casos en los que se requiere de un rosario de demandas extendidas por toda la UE, por ello sostiene que en este tipo de daños convendría

353 En cuanto a la concreción del lugar del daño, el Reglamento solo contempla el impacto directo o inmediato del daño fáctico o económico, y no a los daños derivados o indirectos por repercusión⁷⁵⁸. El cdo. 17 RRII aclara que, en el caso de daños a personas o bienes, el lugar del daño es donde se produce el daño físico. Por lo tanto, no son relevantes los daños morales que pudieran padecer terceras personas, ni las pérdidas financieras que pudieran derivar de aquellos daños. De este modo, la solución se basa en un criterio de imputación objetiva y la localización geográfica de los daños derivados no es imputable al causante del daño⁷⁵⁹. Sin embargo, es

calibrar qué daños se han sufrido y en qué lugar para analizar si interesa demandar únicamente ante un foro. P. ej., supóngase que el 80% de los daños se producen en España, si se demanda exclusivamente en España por los daños únicamente sufridos en dicho territorio, el perjudicado litigará en casa con una tesela del mosaico muy grande; renunciará a demandar por el 20% de los daños restantes verificados en otros estados, pero el hecho de aplicarse la Ley española [art. 6[1] RRII] y de pleitear en casa le reducirá significativamente los costes de litigación [así lo ha reseñado en «La vista del mosaico: daños en múltiples países, Internet, competencia desleal y demandas inteligentes», blog Accursio DIP-Blog, 30 de diciembre de 2019, <http://accursio.com/blog/?p=1015>].

⁷⁵⁸ En Italia, a propósito del enjuiciamiento de un accidente de tráfico transfronterizo en el que resultaba de aplicación el Reglamento «Roma II» porque Italia no es parte del Convenio de la Haya de 1971, el *Tribunale di Trieste* entendió que en un accidente sucedido en Italia cuyo reclamante era el padre de la víctima fallecida, residente rumano, debía aplicarse al fondo del asunto el derecho rumano por ser el del lugar donde la víctima reclamante sufre el daño «moral» [en J. M. Fontanellas, *loc. cit.*, 2016, p. 1221]. Este asunto fue elevado al Tribunal de Justicia a propósito de la interpretación del art. 4[1] RRII que, en la STJ, *cit. supra* nota 505, del caso *Lazar* [2015] resolvió negativamente, que los daños indirectos o de rebote del hecho dañoso no operan con la conexión del art. 4[1] RRII y quedan supeditados, de este modo, al derecho de lugar en el que tuvo lugar el hecho dañoso directo. En este caso, Lazar, nacional rumano, solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz del fallecimiento de su hija, ciudadana rumana domiciliada en Italia, durante un accidente de tráfico en dicho Estado miembro, causado por un vehículo no identificado. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha de resolver si el daño alegado por Lazar constituye un daño con arreglo al Reglamento «Roma II». El daño alegado es un daño moral que el padre de la fallecida alega sufrir a causa de la muerte de su hija y el Tribunal de Justicia dictamina que estos daños que sufren los parientes o familia de la fallecida se deben considerar como consecuencias indirectas del accidente en el sentido del art. 4[1] RRII. Esta interpretación la confirma el art. 15(f) RRII, pues la ley designada determina también las personas que tienen derecho a que se les indemnice el daño sufrido personalmente. Este concepto se refiere en particular a si una persona distinta a la víctima directa del daño puede obtener indemnización del daño que se le ha causado de «rebote» o indirectamente a raíz del daño sufrido por la persona lesionada usando este punto de conexión y ubicando el lugar del daño en el lugar en el que el reclamante lo sufre, éste es un lugar distinto al de la producción del evento dañoso. Por ello, y teniendo en cuenta la previsibilidad de las normas del Reglamento 864/2007 encaminada a una previsión de la ley aplicable a los diferentes casos, ha de evitarse que el daño indemnizable pueda descomponerse en varias personas sujetas a una ley diferente en función de los lugares en que personas distintas de la víctima directa puedan sufrir daños. Por ello, el Tribunal concluye que, a efectos de determinar la ley aplicable a una obligación extracontractual resultante de un accidente de tráfico, deben calificarse como «consecuencias indirectas» de este accidente –en el sentido del art. 4[1] RRII– los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en el accidente ocurrido en el Estado miembro del foro y sufridos por familiares próximos que residen en otro Estado miembro.

⁷⁵⁹ P. ej., por aplicación análoga de la doctrina del asunto *Lazar* [2015], no compartimos la decisión del Tribunal Supremo de Grecia [2022, *cit. supra* nota 505] que se distancia del criterio del TJ cuando sostiene que el tercero que sufre un daño moral [inmaterial] cuando el resultado del accidente es la muerte del familiar, han de considerarse éstos como víctimas directas del daño moral [directo para dichas víctimas] lo que conduce a que puedan accionar por los daños morales padecidos ante los órganos

importante distinguir entre este daño con relevancia conflictual que nos determina la ley estatal aplicable, y el daño o daños con relevancia material y que sean indemnizables conforme a la ley designada para regir el litigio. En otras palabras, una vez identificada la ley material aplicable a la controversia, el litigio puede alcanzar la totalidad de los daños susceptibles de ser indemnizados o resarcidos y no únicamente los padecidos en el territorio del Estado donde se ha producido el impacto o daño directo⁷⁶⁰.

354 El mismo hecho puede producir daños directos y daños indirectos. El daño directo es el que afecta de inmediato al perjudicado, persona o bien, y el daño indirecto es aquel que se sufre como consecuencia del otro daño sufrido directamente. El único lugar relevante para el Reglamento es el lugar donde se verifica el daño directo, porque los daños «indirectos» traen los resultados de «consecuencias indirectas» en el sentido del art. 4[1] *in fine* RRII⁷⁶¹. Por tanto, si una persona es dañada en un accidente de esquí que tiene lugar en un Estado «A» pero muere, más tarde, en un hospital de otro Estado «B», el daño relevante a efectos de esta conexión es el

jurisdiccionales de su domicilio por ser éste el *lex loci damni*. El hecho en este caso fue un accidente de avión en Albacete [España] donde murieron once personas el 26 de enero de 2015. Los familiares de los fallecidos ejercitaron su acción por el dolor sufrido [daño moral] ante los tribunales de Atenas. En 2019 la acción fue desestimada por falta de CJL de los órganos griegos. En segunda instancia, se confirmó, pero el TS revocó los dos pronunciamientos aceptando que el daño moral sufrido por los familiares de los fallecidos es un daño directo y que dichos familiares son víctimas directas de dicho daño moral por lo que se atribuye jurisdicción para conocer del asunto. Concluye el Tribunal: «los tribunales griegos tienen competencia jurisdiccional y territorial para conocer de las reclamaciones de pago de una indemnización monetaria razonable debido a la angustia mental como resultado de la muerte de un familiar de los demandantes cometidos en otro Estado miembro, si los demandantes residen en la circunscripción del órgano jurisdiccional». Sin embargo, uno de los miembros del Tribunal emitió un voto particular en sentido contrario y fundamentado en el criterio establecido con anterioridad por el TJ en el sentido de que los daños sufridos por familiares y deudos mantienen su calificación como daños indirectos; haciendo hincapié que la decisión de la mayoría no tuvo en consideración el factor de la previsibilidad de los foros.

⁷⁶⁰ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 405-408. Las consecuencias indirectas podrán ser tenidas en cuenta para determinar la indemnización por los daños y perjuicios correspondientes en aplicación de la Directiva 2009/103/CE [DOUE, L 263, 7 de octubre de 2009] si así lo establece la ley rectora de la obligación extracontractual controvertida [vid. STJ de 15 de diciembre de 2022, asunto C-577/21, HUK-COBURG, ECLI:EU:C:2022:992].

⁷⁶¹ Lazar [2015]. A modo ilustrativo, véase, también, este ejemplo: en un accidente ocurrido en una piscina durante la celebración de una fiesta nocturna, en una discoteca de Cataluña [España], un ciudadano de Brasil resbaló y cayó a la piscina sufriendo lesiones graves que lo incapacitaron. Un par de años después el lesionado fallece en Brasil como consecuencia de este hecho. Los progenitores reclamaron que se les indemnizase por los daños sufridos: tanto por los personales sufridos por su hijo mientras estuvo vivo, así como los daños morales padecidos por ellos mismos a causa de la muerte de su hijo. En un supuesto como este, la LOPJ atribuye la CJL a los tribunales españoles y el CC designa a la ley española como rectora de la controversia porque es el lugar donde se produce el daño directo [daño conflictual], luego, el tribunal español para la determinación y valoración de los daños tiene en cuenta también el daño moral sufrido por los progenitores, en Brasil, a causa del fallecimiento de su hijo [daño material] [SAP Barcelona, secc. 1.ª, n.º 503/2018, de 19 de septiembre, ECLI:ES:APB:2018:8300, FJ 7].

padecido en el Estado «A» donde la integridad física de la víctima resultó dañada⁷⁶². La ley del lugar donde se produce el daño directo que sufre la víctima (la víctima directa del daño) es la aplicable al supuesto de responsabilidad civil, y dicha ley regulará qué personas deben considerarse víctimas con derecho a reclamar y qué tipo de daños son resarcibles [daños materiales]. De este modo, y siguiendo el mismo ejemplo del caso *Lazar* [2015], el ciudadano rumano, residente en Rumanía que pierde a su hija en un accidente de circulación en Italia lo que le ocasiona un daño moral y emocional es una víctima indirecta. Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento «Roma II», la ley aplicable no es la rumana, sino que es la ley italiana, teoría del resultado, y es la ley italiana la que fijará quién puede reclamar los daños, directos, indirectos, morales, físicos o de cualquier otro tipo [art. 15[f] RRII y *Lazar* [§ 28]]. En el caso enjuiciado por la AP Barcelona sobre un accidente de tráfico acaecido en el Reino Unido [entonces, Estado parte de la UE] en el que el demandante había seguido su tratamiento y rehabilitación en España y que por ello pretendía la aplicación al caso de la ley española, la Sala argumentó [siguiendo la doctrina del asunto *Lazar*] que en el caso de lesiones personales la legislación aplicable según el Reglamento «Roma II» es el país donde ocurre el daño directo, que es aquél en el que se haya sufrido la lesión [en el caso, el Reino Unido], y ello con independencia de donde se traten los daños indirectos, diferidos, colaterales o derivados del daño directo⁷⁶³.

iv) Daños diferidos o manifestados

355 Los daños diferidos son aquellos que se manifiestan en un momento posterior al momento en el que se produce el hecho dañoso, es decir se produce una dilación temporal entre el hecho y el daño [a diferencia de los daños a distancia en los que esta dilación es espacial]. Estos daños manifestados con posterioridad se rigen por la ley del lugar donde se ha producido el hecho dañoso que ha dañado directamente a

⁷⁶² Piénsese que si el lugar del fallecimiento fuera relevante a los efectos de la conexión del art. 4 RRII la previsibilidad de los resultados se vería afectada de forma injustificada. Además, esta solución crearía la oportunidad para la víctima y/o sus acreedores de practicar el *forum shopping*, modo que el Reglamento «Roma II» quiere evitar. En el escenario derivado de accidentes de esquí la cuestión se centra en los familiares que sufren daños tales como morales por la muerte de un ser querido o económicos porque dicha pérdida les deja sin sustento, ¿los familiares pueden reclamar en el lugar en el que ellos padecen el daño? No. Admitir tal solución perjudicaría injustificadamente al demandado porque no habría previsibilidad alguna sobre la ley aplicable. Por eso, este tipo de daños son calificados como «consecuencias indirectas» a efectos del daño conflictual, independientemente que sean daños materiales o inmateriales (J. von Hein, *loc. cit.*, pp. 505-506).

⁷⁶³ SAP Barcelona, secc. 19.ª, n.º 49/2020, de 31 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:491, FJ 2). Lo criticable de esta resolución es que no se menciona ni se considera la aplicación del CLH71 sobre accidentes de tráfico que España debe aplicar por haber firmado y ratificado el Convenio y seguir el mismo vigente [art. 28 RRII]. Tampoco se mencionó el CLH71 en el caso resuelto por la AP Pontevedra con motivo de un accidente de tráfico sucedido en Portugal en el que se aplicó la ley portuguesa [lugar del daño] en virtud del Reglamento «Roma II» [SAP Pontevedra, secc. 3.ª, n.º 439/2012, de 6 de noviembre de 2012, ECLI:ES:APPD:2012:2888].

la víctima⁷⁶⁴, pues en el ámbito del art. 4(1) RRII, el único daño que cuenta para fijar la ley aplicable es el del lugar de su producción, siendo irrelevante el lugar donde se manifieste el daño⁷⁶⁵.

v) Daños verificados a bordo de buque o de aeronave

356 En estos casos, habrá que diferenciar si los daños se producen en el mar territorial o espacio aéreo de un Estado, o bien en alta mar o espacio aéreo internacional. En el primer caso, se aplica la ley del Estado en cuyas aguas o espacio se encuentre el buque o aeronave. Y, en el segundo caso, el artículo 4(1) del Reglamento no es operativo y se debe recurrir al artículo 4(3) que conduce a la ley aplicable que presente vinculación más estrecha con el asunto en concreto⁷⁶⁶.

vi) Daños verificados en espacios no sujetos a soberanía estatal

357 Cuando el acto ilícito se produce en espacios no sometidos a la soberanía territorial de ningún Estado, la norma de la *lex loci delicti commissi* es inoperativa y el art. 4(1) RRII es inaplicable. En estos casos, el tribunal determinará cuál es el país más estrechamente vinculado con el supuesto. Las obligaciones extracontractuales derivadas de daños ocurridos a bordo de una aeronave o de un artefacto espacial situados fuera del territorio de un Estado, se regirán por la ley del abanderamiento de la nave, lo que no incluye los pabellones de complacencia por no ser éstos una conexión sustancial entre el país del pabellón y el supuesto de la obligación extracontractual. Cuando el ilícito se produce en el espacio exterior, en la Antártida⁷⁶⁷,

⁷⁶⁴ Por ejemplo, en un viaje a Francia, un ciudadano español que está ahí de paso consume en un restaurante ciertos alimentos. Dos días después, ya en España, el ciudadano español es ingresado porque se siente mal y en el hospital dictaminan una intoxicación. La ley aplicable en este caso a la presunta responsabilidad del restaurante francés es la ley del país donde se ha producido el daño, es decir, la ley francesa, y no es aplicable la ley española aun habiéndose manifestado el daño en España [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, pp. 118-119].

⁷⁶⁵ Con ello no quiere decirse que la víctima no haya sufrido el daño manifiesto o diferido, que naturalmente lo sufre y podrá ejercitar las acciones que la ley aplicable contemple. Lo que significa es que, el Reglamento «Roma II» para fijar la ley concreta que ha de considerarse y aplicarse al asunto no toma en consideración aquélla del lugar en el que la persona perjudicada experimenta el daño, sino que tiene en cuenta exclusivamente, el lugar en el que se haya producido el hecho que provoca el daño directo.

⁷⁶⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 119.

⁷⁶⁷ A modo de ejemplo, véase este caso: el 9 de octubre de 2018, en la base rusa de la Antártida, Bellingshausen, el investigador, Sergei Savitsky, apuñaló a su compañero de habitación que lo acompañaba, el científico, Oleg Beloguzov, después de casi diez meses juntos en la base. El herido fue trasladado rápidamente a la base chilena, *presidente Frei*, sita a doscientos metros de la base rusa, y de

en los fondos marinos, en alta mar, etcétera, el principio de proximidad inspirador del artículo 4(3) RRII aconseja ponderar los contactos en situación de la obligación extracontractual con los diferentes países para identificar la ley del país más estrechamente vinculado con la situación jurídica de qué se trate⁷⁶⁸. Sea como fuere, el artículo 4(3) RRII descarta y desautoriza otras soluciones que no respeten el principio de proximidad vertebrador de todo el texto del Reglamento⁷⁶⁹.

d) La cláusula de escape o de excepción (4[3] RRII)

358 El Reglamento cierra la regla general con una cláusula de escape que tiene por objetivo introducir cierta flexibilidad que le permita a la autoridad judicial apartarse de la ley de residencia habitual común o de la ley del lugar del daño cuando «se derive de todas las circunstancias del caso que el daño se encuentra manifiestamente más

allí lo trasladaron por la vía aérea al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico de Magallanes en Punta Arenas. La lesión era seria, porque había penetrado en el ventrículo derecho del corazón, pero con la atención médica recibida, el herido logró recuperarse y después de unas semanas pudo regresar a Rusia. El agresor que reconoció los hechos fue repatriado para ser juzgado. El motivo del delito, según resulta de las manifestaciones de otros integrantes de la base, fue que Beloguzov se empeñaba en revelar a Savitsky los finales de cada novela que leía, lo que le enfurecía hasta el día en que explotó y lo apuñaló (<https://www.lavanguardia.com/sucesos/20181030/452654794804/cientificos-rusos-punalaba-cuchillo-final-libro-antartida.html>). El problema jurídico que había de afrontarse en este caso era qué ley debía aplicarse a una eventual reclamación por responsabilidad civil derivada de la penal, ya que, sobre la base del denominado Tratado Antártico, vigente desde el 23 de junio de 1961, ratificado por varios países, entre ellos la Unión Soviética y Chile, se han aprobado diversos acuerdos y tratados que conforman lo que se llama el Sistema de Tratado Antártico (STA). Este Tratado (1959) se preocupó de determinar la legislación aplicable para los actos y hechos que se realicen en las diferentes bases que se instalen en la Antártida. Se dispuso que «con el fin de facilitarles el ejercicio de las funciones que les otorga el presente Tratado, y sin perjuicio de las respectivas posiciones de las Partes Contratantes, en lo que concierne a la jurisdicción sobre todas las demás personas en la Antártida, los observadores designados [...] y el personal científico intercambiado [...], así como los miembros del personal acompañante de dichas personas, estarán sometidos solo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo referente a las *acciones u omisiones* que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones» (art. 8 STA). En consecuencia, la agresión debería ser juzgada conforme a la ley de la Federación de Rusia, que es la sucesora de la Unión Soviética desde que ésta se disolvió en 1990, y respectivamente a su Código penal de 1996 (<https://corraltalciani.wordpress.com/2018/11/04/spoilers-y-cuchillos-en-la-antartida/>).

⁷⁶⁸ Por ejemplo, en el caso de daños verificados en artefactos espaciales internacionales, como la ISS (*International Space Station*) durante su estancia en el espacio exterior, son criterios utilizables que rebelan la vinculación de la situación con uno de los países concernidos: el país de donde los astronautas han sido entrenados si se trata del mismo país, la nacionalidad y la residencia habitual del astronauta que se encuentre al mando de la misión espacial. Otro dechado, en casos de abordajes marítimos internacionales entre buques de la misma nacionalidad en alta mar, cabe recurrir, en defecto de convenio internacional aplicable, a la ley nacional común de los buques, si concurriese dicha circunstancia en el caso [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3889-3890].

⁷⁶⁹ En este sentido se descarta la solución americana consistente en aplicar al caso de responsabilidad acaecido en espacios no sujetos a soberanía estatal la *lex fori* o la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. Y se descarta, de igual modo, la solución llamada *solución personal* por la cual se aplica, simplemente, la ley personal del presunto responsable del hecho dañoso [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3890].

vinculado con otro Estado» [art. 4[3] RRII]⁷⁷⁰. La voluntad del Reglamento es que esta cláusula sea excepcional y por ello exige que sea utilizada únicamente cuando la vinculación con la ley de otro Estado, diferente de las reclamadas por el art. 4[1] RRII y 4[2] RRII, sea «manifiestamente más estrecha»⁷⁷¹. Salvo que las partes hayan elegido la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales con arreglo al artículo 14 RRII, si del conjunto de circunstancias del caso se desprende claramente que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado por el artículo 4[1] RRII [país donde se ha verificado el daño] o por el artículo 4[2] [país de residencia habitual común de las partes], se aplicará la ley de este otro país⁷⁷². Esta regla, contenida en el artículo 4[3] RRII, constituye una cláusula de escape del sistema general de puntos de conexión establecido por el Reglamento⁷⁷³. El Reglamento establece los puntos de conexión más apropiados en aras a la seguridad jurídica y a la necesidad de hacer justicia, pero además de las reglas específicas, recoge dicha cláusula de escape que permite apartarse de las reglas cuando el asunto presenta indubitadamente factores de conexión más fuertes con la ley de un Estado distinto del previsto por las reglas generales. Este modelo crea un marco flexible de

⁷⁷⁰ A diferencia de las cláusulas correctoras de localización, esto es, los llamados problemas generales de aplicación de la *NdC* [orden público, reenvío, adaptación...] cuya función es descartar la aplicación del Derecho extranjero, en las cláusulas de excepción la corrección se realiza a través de una técnica que tiene carácter «escapatorio» o de «exclusión» *praeter legem*. A partir de ella, el juzgador cuenta con una «potestad institucionalizadora» al estar habilitado por el legislador para determinar la ley aplicable siempre que la situación presente inequívocamente «vínculos más estrechos» con otro orden jurídico del designado por la *NdC* [A. Fernández Pérez, «Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto», *Revista española de Derecho internacional*, sección Estudios, vol. 67/2, julio-diciembre, 2015, Madrid, pp. 83-109; A. Bucher, «La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP», *21e Journée de droit international privé*, 20 marzo, 2009].

⁷⁷¹ Que tenga los «vínculos más estrechos» con la situación de tráfico externo obedece a un principio de «justicia conflictual» aunque no se puede negar que los límites entre ésta y la justicia material son cada vez más difusos. En otras palabras, la corrección de la solución general no puede cimentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del caso con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material [A. Fernández Pérez, *loc. cit.*, p. 84].

⁷⁷² En consecuencia, debe ser evidente que las reglas del 4[1] y 4[2] RRII no encajan en el supuesto litigioso. Previsible es una situación en la que el daño esté estrechamente vinculado con una relación contractual compleja y en la que la ley aplicable ha de ser la del contrato. Sin embargo, hay que evitar soluciones mecánicas. El enfoque adecuado requiere, primero, de un análisis de los dos primeros párrafos del art. 4 RRII, y, solo si el resultado es «desequilibrado» [*lopsided*], entonces el remedio de corrección puede realizarse a través del apartado 3.º [G. Hohloch, *loc. cit.*, p. 12].

⁷⁷³ Para introducirse en los albores doctrinales de la cláusula de escape *vid.* C. E. Dubler, «Les clauses d'exception en droit international privé», Genève, Georg, 1983; D. Kokkini-Iatridou, «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions. Le rapport général», en D. Kokkini-Iatridou (edición): *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions - ou le principe de proximité. XIV^e Congrès International de droit comparé*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 1-43.

normas de conflicto de ley (cdos. 14 y 18 RRII). Con arreglo al principio de proximidad y previsibilidad en el que se basa el entero Reglamento (cdos. 14 y 16), cuando se compruebe que, en un caso en concreto, las normas de conflicto del art. 4(1) RRII y 4(2) RRII conducen a la aplicación de la ley de un país que no es el más estrechamente vinculado con el supuesto, es necesario «escapar» a dichas reglas, porque de lo contrario se traicionarían dichos principios de proximidad y previsibilidad⁷⁷⁴. La aplicabilidad de esta cláusula de escape será muy útil cuando el daño se produce en un lugar imprevisto e imprecisable para las partes, sea «fortuito», «fugaz», «fugitivo» o «casual»⁷⁷⁵. Esta cláusula refleja la idea, procedente del Derecho norteamericano⁷⁷⁶, de que los casos de obligaciones extracontractuales no son siempre fáciles de localizar en un país a través de conexiones territoriales rígidas⁷⁷⁷. Por ello, se procede a la

⁷⁷⁴ Ejemplo de lo descrito es el accidente del vuelo 4230 de UM Airlines, el caso Yak-42 en Turquía que tuvo lugar el 26 de mayo de 2003 [SAP Zaragoza, secc. 4.ª, n.º 524/2010, de 22 de noviembre, ECLI:ES:APZ:2010:2760]. El pasaje lo formaban militares españoles que regresaban a España tras cuatro meses y medio de misión en Afganistán. Todos ellos fallecieron juntamente con los tripulantes ucranianos y un ciudadano bielorruso. En este caso, el hecho de que el accidente se produjese en Turquía fue circunstancial o casual, ya que la aeronave no partió de Turquía ni se dirigía a este país, sino que simplemente sobrevolaba dicho espacio regresando de Afganistán y dirección a España. La aplicación del Derecho turco a las consecuencias jurídicas del accidente hubiera resultado gravosa para todos los implicados al ser una ley completamente imprevisible para todas las partes. La cláusula de escape permitió reclamar conforme el Derecho español [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p.125].

⁷⁷⁵ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p.121.

⁷⁷⁶ En el derecho norteamericano, la aplicación de la *lex loci* fue defendida en el ámbito extracontractual por tratadistas destacados del *Common Law* como Wätcher y Wortley, lo que influyó para que este principio fuera aplicado por la jurisprudencia estadounidense hasta la primera mitad del siglo XX. El desarrollo científico, tecnológico e industrial, la facilidad y rapidez del transporte de personas y cosas, la venta de productos más allá de las fronteras fueron factores que propiciaron las críticas a la *lex loci* puesto que en el momento de imponerse esta regla el hecho ilícito y su consecuencia ocurrían normalmente en un mismo lugar. La jurisprudencia estadounidense abandonó, de forma gradual, la *lex loci*. Un caso muy antiguo pero que se explicaba en todas las universidades de derecho de EE. UU. como ejemplo de la injusticia de dicha NdC es el asunto *Alabama Great Southern Railroad Co. v. Carroll*, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Alabama en 1892. En síntesis, los hechos fueron que el demandante W. Carroll, empleado de la empresa de ferrocarriles Alabama Great Southern Railroad, sufrió un accidente en el Estado de Misisipí porque uno de los vagones del tren no había pasado la inspección. En el accidente sufrió únicamente lesiones Carroll. Los hechos se enjuiciaron en Alabama, tanto el demandante como la empresa tenían domicilio en Alabama, sin embargo, el accidente ocurrió fortuitamente en Misisipí. De aplicarse la *lex loci* (la Ley del Estado de Misisipí) el demandante no obtenía indemnización porque la ley no lo contemplaba en un caso como el enjuiciado. Por el contrario, de aplicarse la Ley de Alabama, la indemnización podía obtenerse gracias a la ley especial de indemnización a los empleados vigente en este Estado. El juez falló acorde con la *lex loci* absolviendo a la empresa de ferrocarriles. En este contexto, surgen nuevas teorías cuyo objetivo es lograr, en el caso concreto, un resultado más justo para la víctima del daño. La nueva institución del «perjuicio» va cobrando importancia para favorecer el interés del perjudicado [vid. J. William Singer, «Choice of Law Rules», 50 CUMB. L. REV. 347, 347 [2020]; vid. P. Pellegrini Ripamonti, «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el sistema anglosajón. Una nueva perspectiva», *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 1, 1996, pp. 179-194].

⁷⁷⁷ En este contexto norteamericano, con la doctrina del caso, *cit. supra* nota 739, *Babcock v. Jackson* [1963] se introdujeron doctrinas que propiciaban equilibrar los intereses subyacentes atendiendo a la proximidad y a la seguridad jurídica; la doctrina de los principios de preferencia [*principles of preference*

búsqueda de la ley que corresponde «al centro de gravedad del supuesto»⁷⁷⁸ y dicha ley solo puede determinarse caso por caso⁷⁷⁹.

359 La cláusula de escape es excepcional. Esta excepcionalidad viene requerida

approach»] de David F. Cavers; la teoría de los intereses gubernamentales [*governmental interests approach*] de Brainard Currie; la doctrina de la ley adecuada ante el tribunal adecuado [*a proper law in a proper forum approach*] de Albert A. Ehrenzweig [vid. G. Parra Aranguren, «Recientes tendencias en el Derecho Internacional Privado Norteamericano: Cavers, Currie, Ehrenzweig», *Actas Procesales del Derecho Vivo*, vol. XXVI, n.º 76-78, en <http://aciropol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Parra-Aranguren/S-0111.pdf>.] y la teoría de la mejor regla de derecho [*the better rule of law theory*] de Robert A. Leflar [vid. P. Pellegrini Ripamonti, *op. cit.*, pp. 186-187]. El fallo de la Corte en *Babcock* rechazó la aplicación del criterio tradicional de la *lex loci* debido a que todos los contactos del caso se establecían con Nueva York, siendo el interés de Ontario meramente accidental [P. Pellegrini Ripamonti, *op. cit.*, p.185]. En 1965, en el caso *Wilcox v. Wilcox*, se abandonó la *lex loci damni* cuando el tribunal optó por la ley del Estado con una relación más significativa [*the most significant relationship*] [vid. D. P. Earle III, «Conflict of Laws and the Interest Analysis- An Example for Illinois», *4 J. Marshall J. of. Prac. & Proc.* 1 [1970], en <http://repository.jmls.edu/lawreview/vol4/iss1/1>]. En efecto, y volviendo al marco europeo, la *lex loci damni* no parece que sea la más conveniente, *a priori*, en casos en los que las partes tengan, p. ej., residencia común en otro Estado. El Reglamento «Roma II» adoptó este criterio como preferente al criterio general del lugar del daño [art. 4[2] RRII]. Aun así, en los casos en que no concurre una residencia habitual común, pero si otra circunstancia que justifique «escapar» del criterio general, esta cláusula de escape inserida en el art. 4[3] RRII lo permite, siempre que este criterio excepcional tenga la entidad suficiente para que en el asunto en concreto relegue el criterio general a una mera anécdota.

⁷⁷⁸ La doctrina del «centro de gravedad» o «agrupación de los puntos de contacto» para resolver los conflictos de leyes proporciona un método para conciliar los intereses divergentes que se presentan en casos de hechos lesivos que presentan contactos con varios Estados. Esta regla «concede al lugar más interesado en el problema un control absoluto sobre los puntos de derechos que se desprenden del contexto particular de los hechos de la causa» y así permite al foro aplicar «el orden público de la jurisdicción más íntimamente interesada en el resultado del proceso en cuestión» [*Auten v. Auten* (308 N.Y.155, 124 N.E.2D 99 [1954], en M. Díez de Velasco, *op. cit.*, pp. 335-336)]. Retomando el caso *Babcock v. Jackson* [1963] el juez Fuld, redactor de la posición mayoritaria expresó en el fallo: «la doctrina del “Centro de Gravedad” o “Grupo de Contactos” adoptada por esta Corte en casos de conflicto relativo a contratos, nos parece como aquella que da el enfoque apropiado para acomodar los intereses en conflicto en un caso de indemnización de perjuicio con contactos multiestadales. Justicia, equidad y el “mejor resultado práctico” pueden lograrse de una mejor manera otorgando un efecto controlador a la ley de la jurisdicción que, a causa de su relación o contactos con la ocurrencia del hecho, o con las partes, tiene la mayor preocupación o interés con el hecho específico discutido en el juicio» [en P. Pellegrini Ripamonti, *loc. cit.*, p. 186].

⁷⁷⁹ Y dicha ley del país más estrechamente vinculado con el supuesto [*The Proper Law Of The Tort*], solo puede determinarse caso por caso, «contando y pesando» los contactos del caso concreto con países determinados [*Babcock vs. Jackson*, 1963]. La idea de un *Proper Law Of The Tort* fue diseñada por J.H.C. Morris y encontró reflejo en el § 145 del *Restatement Second of Conflict-Of-Laws* de los Estados Unidos [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3886]. El *Restatement* adopta este sistema dando al juez un conjunto de factores o elementos a considerar para ayudarlo en la determinación: (1) *The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in s 6.* (2) *Contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:* (a) *the place where the injury occurred, (b) the place where the conduct causing the injury occurred, (c) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and (d) the*

por dos elementos presentes en el propio artículo 4{3} del Reglamento. El primero, la exigencia de que del conjunto de las circunstancias del caso se desprenda «claramente» que el hecho dañoso presenta vínculos con un país distinto del resultante del juego de los arts. 4{1} y 4{2} RRII⁷⁸⁰. Y el segundo, la exigencia de que tales vínculos resulten ser «manifiestamente más estrechos» que los que el caso presenta con la legislación resultante de aplicar la conexión del art. 4{1} y 4{2} RRII⁷⁸¹. Esta exigencia de excepcionalidad significa que la regla del artículo 4{3} RRII no puede

place where the relationship, if any, between the parties is centered. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue. En este momento, sigue en elaboración la tercera reformulación o *the third Restatement of conflicts of law*, que, en opinión de autores como J. William Singer [*loc. cit.*] la nueva redacción supondrá una mejora respecto de la primera y segunda reformulación y guiará a los jueces a la hora de decidir cuestiones relativas a la elección de la ley, describiendo nuevas reglas y revisando la prueba que se utilizará para juzgar la fuerza relativa y la pertinencia de los intereses estatales y los derechos de las partes. Para más información sobre la revolución de los conflictos de leyes contractuales y extracontractuales, y un repaso de los avatares que han dado lugar al abandono gradual de las reglas de *lex loci damni* en la mayoría de los Estados de los EE. UU, *vid. S. C. Symeonides, The choice-of-law revolution fifty years after Currie: an end and a beginning*, 2015, <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2015/5/Symeonides.pdf>.

⁷⁸⁰ Debe operarse con la extrema precaución porque la exigencia de que la vinculación más estrecha se perciba «claramente» no aparece en la versión española ni en la francesa [*S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique*] ni en la alemana [*Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen als dem in den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden*] del Reglamento «Roma II», pero sí en otras versiones como la portuguesa [*Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias que a responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país*], inglesa [*Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply*] e italiana [*e dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di quest'altro paese*]. Parece conveniente, en sintonía con el art. 4{3} RRII, exigir que la vinculación más estrecha del caso concreto con un Estado determinado sea percibida «claramente» [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *idem*].

⁷⁸¹ El Reglamento concreta el juego de esta cláusula de escape mediante el que autores como Garcimartín describen como presunción, que da algunas pistas sobre los supuestos en los que dicha cláusula está llamada a ser aplicada. La presunción se basaría en la existencia de una relación previa «cualificante»: «una vinculación manifiestamente más estrecha con otro país podría existir cuando entre las partes hay una relación previa, por ejemplo, un contrato, en cuyo entorno se ha producido el daño». Se supone pues, que, en tal caso, la ley aplicable a dicha relación sería la aplicable también al daño. Sin embargo, como indica el mismo autor, el Reglamento utiliza el verbo «podría» para señalar que no se trata de una presunción en sentido fuerte. La existencia de una relación previa es un factor que puede «tenerse en cuenta», pero el juez dispone de un margen de apreciación para determinar si existe un vínculo significativo, es decir, suficiente, entre la obligación extracontractual y la ley aplicable a esta relación preexistente [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 409]. Por nuestra parte, y en base a la dicción del 4{3} RRII, optamos por no darle la categoría de presunción, porque el propio verbo «podría» y la redacción de la segunda oración del precepto indica que el legislador proporciona un ejemplo de «vinculación manifiestamente más estrecha», al precisar: «como por ejemplo un contrato»; éste es un caso en el que podría valorarse si concurre el vínculo más estrecho, sin que el legislador lo presuma por la sola concurrencia de un contrato previo. La aplicación al hecho ilícito de la ley que rige el «contrato conexo» no es ninguna presunción de proximidad ni tampoco debe operar de manera sistemática [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3888].

ser empleada para descartar un factor de conexión recogido en el artículo 4(1) y (2) RRII con el argumento de que existe otro país con el que el caso presenta, simplemente, mayor conexión o vínculo más estrecho⁷⁸². La cláusula de escape solo puede usarse si la conexión ofrecida por el artículo 4(1) y (2) RRII es débil, pasajera, fugaz o anecdótica. En definitiva, el artículo 4(3) RRII solo se empleará si las partes tienen su residencia habitual en distintos Estados y, además, el lugar donde ha acaecido el hecho dañoso es puramente fortuito⁷⁸³. Los casos en los que se pueda aplicar esta regla excepcional no serán muy abundantes porque es difícil que exista un país más vinculado a un supuesto que el país de residencia habitual común de las dos partes y de aquél en el que ha tenido lugar el hecho dañoso. Y todo ello, siempre en defecto de la libre elección consensuada de las partes.

360 La activación de la cláusula de escape puede solicitarse por las partes, pero nada impide que sea también la autoridad judicial quien lo haga de oficio. En este caso, el juez debe, siempre, motivar su decisión⁷⁸⁴. El artículo 4(3) RRII proporciona al

⁷⁸² En este sentido, y a pesar que en España no se evidencian problemas en la aplicación de esta cláusula de excepción (*Stuy on the Rome II, cit. supra*, p. 661), sí merece mención un litigio en el que se aplicó el derecho español (y no el alemán) en aplicación del 4(3) RRII. Se presentó una demanda por daños y perjuicios sufridos por una persona con residencia habitual en Alemania debido a unos hechos que habían sido calificados como delitos en Alemania. La responsabilidad civil de dichos delitos fue reclamada en España. El Tribunal consideró que, aunque el lugar del hecho dañoso fuese Alemania, el origen de la relación entre el demandado y el actor eran los servicios que su padre había prestado, como asesor fiscal, cuando residía en España. El perjuicio económico se había sufrido en España, porque era aquí donde la víctima había entregado unas cantidades de dinero a la persona autora del daño, la cual gestionó sus derechos en una sucesión abierta en España [SAP Tarragona, secc. 3.ª, n.º 207/2015, de 14 de julio de 2015, ECLI:ES:APT:2015:1638, FJ 4].

⁷⁸³ Por esta razón no parece acertada la decisión del Tribunal Superior inglés en un caso (*Owen v. Galgey & Ors.* [2020] EWHC 3546 [QB]) en el que la demandante sufrió lesiones cuando cayó en una piscina que resultó estar vacía; y que sirve para alumbrar casos en los que la cláusula de escape se usa inadecuadamente. El Tribunal desplazó la ley inglesa en virtud del art. 4(2) RRII y aplicó la ley francesa de acuerdo con el art. 4(3) RRII. Los hechos fueron los siguientes: un ciudadano británico domiciliado y residente habitual en Inglaterra tuvo un accidente en Francia, en abril de 2018, cuando cayó en una piscina vacía en obras en una casa de vacaciones, sita en Francia, propiedad de los demandados que eran también británicos y residentes habituales en Inglaterra. La empresa que realizaba las obras estaba domiciliada en Francia, al igual que su aseguradora. En consecuencia, la demandante compartía residencia habitual común con unas de las demandadas, pero no con las otras. El Tribunal se esfuerza en razonar un vínculo del supuesto más estrecho con Francia en orden a desplazar el criterio del 4(2) RRII en relación con los demandados propietarios de la casa y aplicar la ley francesa. Sin embargo, en un supuesto como este lo previsible hubiera sido aplicar sin rodeos la ley del lugar del daño [4(1) RRII], la francesa, porque no todas las partes compartían residencia habitual común por lo que el 4(2) RRII no era operativo.

⁷⁸⁴ La potestad que el legislador le atribuye a la autoridad judicial la ejerce en dos etapas de carácter sucesivo: en la primera, el juez deberá identificar la idoneidad de la NdC en orden a la inclusión de vínculos suficientes entre el supuesto y el derecho designado; en la segunda, una vez comprobada la idoneidad de la localización procederá a corregir esta última aplicando el ordenamiento jurídico más próximo [A. Fernández Pérez, *loc. cit.* pp. 83-85]. Y, un ejemplo es el caso *Avonwick Holdings Ltd v Azitio Holdings Ltd*

enjuiciador un elemento que deberá tener en cuenta para justificar dicha activación cuando indica que «un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como p. ej., un contrato, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión». En consecuencia, en supuestos de obligaciones extracontractuales conectadas con relaciones jurídicas preexistentes, la autoridad judicial deberá motivar por qué la ley que rige dicha relación jurídica preexistente debe regular o no las obligaciones extracontractuales conectadas con ella. El juez debe motivar la aplicación o el descarte de esta conexión accesoria que el legislador le proporciona⁷⁸⁵. La aplicación

6 Ors [2020] EWHC 1844 [[Comm] [14 July 2020] <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/1844.html>] resuelto por el juez Picken en el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales que estimó que la controversia debía regirse por la Ley ucraniana de acuerdo con el art. 4(3) RRII y no por la ley del lugar del daño del art. 4(1) RRII. Los hechos más relevantes fueron los siguientes: Avonwich Holdings poseía una participación del 33,84% en la Unión Industrial de Donbass (un negocio metalúrgico ucraniano) y era el «vehículo corporativo» [instrumento societario] de Gaiduk. A mediados del 2009, Mkrctchan y Taruta, que también tenían participaciones de la empresa, propusieron a Gaiduk que un comprador ruso estaba interesado en adquirir su participación por el precio de 750 millones de dólares. Gaiduk sostiene que el compromiso era que los tres recibirían la misma cantidad por sus respectivas participaciones. En diciembre de 2009, los directores de los respectivos «vehículos corporativos» dieron la autorización que permitió a Mkrctchan y Taruta adquirir las acciones de Gaiduk en la Unión industrial de Donbass. Y, el 30 de diciembre de 2009, tuvo lugar el acuerdo de compra de acciones entre los «vehículos corporativos» de Mkrctchan y Taruta y el comprador ruso. El precio de las acciones fue de 2.716 millones de dólares. En el litigio, Mkrctchan alegaba que la ley aplicable era la ucraniana. Por su parte, Avonwick sostenía que la ley aplicable era la inglesa según el art. 4(3) RRII o bien la chipriota, de acuerdo el art. 4(1) RRII. El tribunal barajó la posibilidad de designar como aplicable bien la ley de Chipre [4(1) RRII] porque la sede de la empresa de Avonwick estaba en Chipre y los pasos previos y necesarios para la transferencia de acciones a Mkrctchan y Taruta tuvieron lugar en Chipre, o bien, la ley ucraniana por ser la «manifiestamente más conectada». Como la aplicación de la cláusula del 4(3) RRII es excepcional, el tribunal ha de «considerar todas las circunstancias» como ver dónde se planeó, orquestó e implementó la supuesta irregularidad, centrarse en el país en el que se llevaron a cabo los presuntos actos, donde los «puppet masters pulling the strings», la ubicación de los activos del hecho ilícito, y cualquier relación preexistente entre las partes como un contrato estrechamente relacionado con el ilícito. El Tribunal concluyó que Ucrania era el país más conectado o que tenía vínculos más estrechos a los efectos del art. 4(3) RRII porque Gaiduk, Mkrctchan y Taruta estuvieron domiciliados en Ucrania en todo momento, que las irregularidades fueron planeadas e implementadas en Ucrania, que Mkrctchan y Taruta fueron quien manejaron las operaciones desde Ucrania así como la venta de las acciones, el quid de la operación estaba relacionado con el interés de Gaiduk y la empresa Unión Industrial de Donbass fue constituida y operaba en Ucrania, y el ilícito estaba estrechamente relacionado con una relación preexistente entre las partes y sus otros intereses comerciales en Ucrania. Por tanto, el tribunal decidió que la controversia debía resolverse conforme al Derecho ucraniano en aplicación del art. 4(3) RRII. Continuando con casos significativos de la jurisprudencia (en este caso, inglesa) sobre la cláusula de escape del Reglamento, los asuntos *Winrow v. Hemphill y Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others* [2015] la examinaron en detalle y clarificaron una de las cuestiones básicas establecidas en el Reglamento «Roma II». En ambos casos, la High Court pone de manifiesto la naturaleza excepcional del principio de los vínculos manifiestamente más estrechos y concluye que el art. 4(3) constituye un gran obstáculo para las partes que pretendan activar la cláusula de escape con el fin de desplazar la ley aplicable en virtud del art. 4(1) o 4(2). *Vid.* R. Lafuente Sánchez, «Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera: la cláusula de escape del art. 4.3º del Reglamento Roma II a la luz de la jurisprudencia inglesa», *AEDIPr*, 2016, 16, pp. 463-503.

⁷⁸⁵ Piénsese en el caso en el que una empresa alemana es acreedora de otra empresa española en virtud de contrato de compraventa impagado. El contrato se rige por la ley inglesa. La empresa española redacta un documento de reconocimiento de deuda en Berlín. Las obligaciones extracontractuales que

al hecho ilícito de la ley que rige a la relación preexistente no puede aplicarse de manera indiscriminada. Solo puede activarse en caso de que el lugar de producción del hecho dañoso sea fortuito⁷⁸⁶.

III. Ley aplicable a ilícitos específicos

361 El Reglamento prevé normas específicas para ciertos tipos de daños (normas localizadoras especiales⁷⁸⁷) para los que la norma general no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego. Estas especialidades se encuentran desde el art. 5 al art. 8 RRII, en concreto, en relación con los daños causados por productos defectuosos, que, sin embargo, y como se verá, en el caso de España se rige por el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos de 1973; a propósito de los daños fruto de la competencia desleal y de actos que restrinjan la libre competencia, en casos de responsabilidad derivada de daños medioambientales y de la infracción de derechos de la propiedad intelectual e industrial. Después de tratar los ilícitos específicos referidos se hará una breve referencia a la regulación de la responsabilidad civil derivada de los cuasicontratos y de la *culpa in contrahendo* que contiene el Reglamento.

a) Daños causados por productos defectuosos (art. 5 RRII)

362 En relación con la responsabilidad por productos defectuosos, la norma de conflicto de leyes debe responder al objetivo del justo reparto de riesgos inherentes a la sociedad actual (cdo. 20 RRII⁷⁸⁸). Para la determinación de la ley aplicable en supuestos de responsabilidad por productos que cuenten con un carácter internacional, el art. 5 del Reglamento contiene una norma de conflicto especializada. Dicha norma persigue, en su ámbito de aplicación, incrementar la previsibilidad y la seguridad jurídica (como abogan los cdos. 4 y 5 RRII) y evitar el *forum shopping* (fijado

surgen de dicho reconocimiento de deuda no deben regirse por la ley del lugar del hecho dañoso que sería la ley alemana por sufrir la empresa el impago en su centro de intereses que es Alemania [4[1] RRII], sino por la ley inglesa aplicable al contrato, a la relación jurídica preexistente entre las partes [art. 4[3] RRII] [A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p.128].

⁷⁸⁶ O. Boskovic, «Règlement Rome II», *Répertoire Dalloz Droit international*, 2^a ed., septiembre, 2010, citado en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3888.

⁷⁸⁷ J. B. Fuentes Mañas, «La regla *lex loci damni commissi* y normas localizadoras especiales en el Reglamento “Roma II”», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 341-353, en p. 348.

⁷⁸⁸ «Alto grado de tecnicidad, la protección de la salud de los consumidores, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada y la simplificación de los intercambios comerciales».

en el cdo. 6 RRII), al igual que favorecer el correcto mercado interior (cdo. 1 RRII). En definitiva, la norma de conflicto en este tipo de asunto busca tanto que el consumidor esté protegido para reclamar la responsabilidad al fabricante del producto defectuoso dañoso, como que el fabricante prevea la ley aplicable sobre la que se dirimirá el asunto en caso de concurrir daños derivados del mal funcionamiento de sus productos⁷⁸⁹. En España, no se aplica la norma de conflicto especializada del Reglamento «Roma II», porque es Estado parte del Convenio de la Haya de 1973, que está en vigor, ya que el Reglamento no afecta a su aplicación por ser un Convenio anterior a su adopción [art. 28[1] RRII]⁷⁹⁰.

363 De este modo, en primer lugar, las partes disponen del ejercicio de su autonomía para elegir la ley aplicable al litigio [art. 14 RRII]. En el caso de que las partes estuvieran relacionadas por un contrato [art. 5[2] RRII], el Reglamento prevé, si concurren vínculos manifiestamente más estrechos, el uso accesorio del mismo derecho aplicable a la acción por responsabilidad extracontractual; sin embargo, se trata de un precepto de aplicación excepcional, aún más si se tiene en cuenta que una de las partes en la adquisición de productos es un consumidor. Si se sigue con el orden lógico de este art. 5 RRII, resulta que, en defecto de elección, se aplicará la ley del lugar de residencia común de las partes según el art. 4[2] RRII. Sin perjuicio de la concurrencia de residencia habitual común, serán de aplicación, por orden de preferencia, la ley del lugar de residencia habitual del perjudicado, siempre que el producto se hubiere comercializado en dicho país; la ley del lugar de adquisición del producto si el producto se comercializó en dicho país; y la ley del país en el que se produce el daño si el producto se comercializó en tal país. De este modo, el hecho de la comercialización del producto, es decir, productos ofrecidos al público para su uso o consumo es, en todos los casos, una condición a tener en cuenta⁷⁹¹. Esta exposición

⁷⁸⁹ G. Palao Moreno, *loc. cit.*, 2015, p. 343.

⁷⁹⁰ En DIPr todo depende de la calificación de la situación [*vid.* «introducción»]. En función de que la relación entre las partes se base en un contrato celebrado entre ellas, o no, debe aplicarse, ya sea el Convenio de la Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos, ya sea el Reglamento «Roma II» sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales; el Convenio de la Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales [España no es parte de dicho Convenio], o el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de venta internacionales de mercaderías [S. Corneloup, «La responsabilité du fait des produits», p. 86, en S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, pp. 85-106].

⁷⁹¹ En efecto, la aplicación de la ley del país de residencia habitual de la persona perjudicada es la solución más simple y la menos costosa para la víctima [art. 5.1[a] RRII]. La persona de quien se pretende la responsabilidad tiene beneficios de la distribución y comercialización de sus productos en el país o países en los que se decide tratar, por lo que deberá someterse a la ley de dicho o dichos países en la medida que sus productos mal fabricados o defectuosos causen daños en dichos Estados. Por su parte, la aplicación de la ley del lugar de adquisición del producto [art. 5.1[b] RRII] en los casos en los que el perjudicado no tenga su residencia habitual en el lugar en el que se ha producido el daño, viene supeditada a que en dicho país se hubiere comercializado también el producto. Este criterio del lugar de adquisición del producto favorece la seguridad jurídica y es previsible tanto para el comprador como para el fabricante. Los fabricantes que venden sus productos en el extranjero han de tener en cuenta el hecho

no va a detenerse más en este art. 5 RRII⁷⁹² puesto que, como ya se ha avanzado, en España no es de aplicación porque rige el CLH73 que se aborda más adelante⁷⁹³.

b) En el caso de daños derivados de actos de competencia desleal y que restrinjan la libre competencia (art. 6 RRII)

de que sus productos pueden causar daños al extranjero y que un daño puede subsumirse, eventualmente, al derecho del país en el que se hubiera vendido el producto en mal estado. Finalmente, pero no menos importante, la aplicación del derecho del lugar del daño [art. 5.1[c] RRII] en aquellos casos, puede que remotos, en los que el producto ni ha sido comercializado en el país de residencia habitual del perjudicado ni en el país en el que fue adquirido, la responsabilidad extracontractual se regirá por la ley del lugar de producción del daño si el producto se comercializó en dicho país. El segundo párrafo, del primer punto de este art. 5 RRII, prevé una cláusula de no previsibilidad de comercialización por parte del fabricante, en cuyos casos se aplicaría la ley del lugar de residencia habitual del fabricante. Lo cierto es que, hoy en día, ésta es una cláusula que en la práctica puede ser poco alegada debido a la globalización del comercio, circulación de mercaderías, productos y personas (T. Kadner Graziano, «Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle», *RCDIP*, 2008, pp. 479-483). Véase que este art. 5 RRII (que no se aplica en España) establece un sistema de cascada de puntos de conexión que persigue equilibrar los distintos intereses en juego (cdo. 20 RRII), y se vale de la misma técnica del *agrupamiento de contactos* utilizada por el Convenio de la Haya de 1973 (arts. 4, 5, 6). Junto a ello, el artículo 5(1) *in fine* incorpora una cláusula de previsibilidad y una cláusula de escape [art. 5(2)] que complementan el precepto. El Reglamento «Roma II» no indica que la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de daños causados por productos defectuosos sea la ley del país donde se comercializó el producto si es el mismo Estado en el que la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, o bien, es el país en el que se adquirió el producto, o en el que se produjo el daño. El precepto, que encuentra su precedente en el art. 7 CLH73, indica que será ley aplicable la del país de residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se alega «si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo». Sin embargo, llama la atención que siga vigente una cláusula con este contenido puesto que la comercialización de productos entre Estados miembros es consecuencia de la libre circulación en el territorio de la Unión Europea, por lo que una cláusula como ésta podría estar contraviniendo el Derecho de la Unión Europea (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, 2018, p. 1347). Ésta es la cláusula de previsibilidad que sirve a los intereses de los fabricantes en este propósito de equilibrar fuerzas del Reglamento 864/2007. Al igual que en otros ilícitos, el art. 5 del Reglamento prevé la cláusula de escape en los casos en que un país presente una vinculación manifiestamente más estrecha con el asunto. El precepto persigue evitar la aplicación del lugar del hecho dañoso a este tipo de responsabilidad, puesto que este lugar puede ser meramente casual o fortuito.

⁷⁹² Para un comentario exhaustivo de este art. 5 RRII, *vid.* P. Huber/M. Illmer, «International product liability. A commentary on article 5 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 31-48.

⁷⁹³ Si bien no siempre es entendido así por todos los operadores jurídicos. *Vid.*, p. ej., un caso en el que una persona, el demandante, perdió (en España) la visión de un ojo por utilizar un producto médico fabricado por una empresa alemana. La demandada era la aseguradora de dicha empresa y la discusión se refería a la posibilidad o no de ejercitar una acción directa contra ella (permitida por la ley española, pero por la alemana solo en algunos supuestos). La Sala decidió que se aplicaba al litigio la ley española en virtud de los arts. 4, 5(1) y 18 del Reglamento «Roma II» sin referencia alguna al CLH73 sobre ley aplicable en materia de responsabilidad por productos defectuosos (SAP Madrid, secc. 20.ª, n.º 161/2020, de 7 de mayo de 2020, ECLI:ES:APM:2020:3518 FJ. 3.º). De igual modo, lo trató un Juzgado de Primera

364 El Derecho de defensa de la competencia, también conocido como Derecho *antitrust* tiene como objetivo impedir la alteración del libre acceso al mercado. Sus normas garantizan al operador económico, que desea estar presente en un mercado, que podrá hacerlo sin que la práctica de las empresas más poderosas lo impidan. Las responsabilidades que establece este sector no buscan un fin meramente resarcitorio, sino que su designio es ordenar conductas y prácticas para establecer la disciplina global de los agentes que operan en el mercado⁷⁹⁴. El Reglamento «Roma II» determina la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen de actos que infringen este Derecho *antitrust*⁷⁹⁵. Es decir, a la reclamación de daños y perjuicios entre particulares que deriven de actos que vulneren el Derecho de la libre competencia, porque, además, de las sanciones de Derecho público por actos *antitrust*, también cabe la «aplicación privada del Derecho *antitrust*»⁷⁹⁶, porque los

Instancia de Madrid, en sentencia de 21 de junio de 2021, cuando se pronunció sobre el derecho aplicable a una litis sobre el daño padecido por un paciente tratado con un producto tóxico, vendido por una empresa alemana y empleado en una intervención quirúrgica en España aplicando, como normativa conflictual el Reglamento 864/2007 [y, no el CLH73]. Y, en este caso, se aplicó el art. 4(1) RRII, y no el art. 5 RRII, zanjando así (desafortunadamente) la cuestión sobre el derecho aplicable invocado por la demandada y logrando, de este modo, la aplicación del Derecho español [para un comentario de esta sentencia *vid.* D. Cuenca Pinkret «Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021», *CDT*, vol. 15, n.º 1, marzo, 2023, pp. 936-947]. En cambio, y por contraste, sí se aplicó el CHL73, sin mención al Reglamento «Roma II» en un litigio en relación con unos daños causados por un instrumento de vuelo defectuoso instalado en una aeronave que causó su accidente, lo que llevó a la aplicación al caso de las leyes de Nueva Jersey y Arizona [STS n.º 649/2014, de 31 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:181].

⁷⁹⁴ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 152.

⁷⁹⁵ El cdo. 23 RRII indica que a los efectos del Reglamento «Roma II» el concepto de «restricción de la competencia» debe cubrir las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, cuando dichos acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los arts. 101 y 102 TFUE o por la legislación de un Estado miembro [A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, pp. 154-155].

⁷⁹⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3898.

actos anticompetitivos producen daños o pueden producirlos⁷⁹⁷.

365 En relación con los actos de competencia desleal dirigidos al mercado⁷⁹⁸, el artículo 6(1) y (2) RRII contiene dos reglas en orden a determinar la ley aplicable: en casos de actos dirigidos hacia el mercado, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectadas⁷⁹⁹. Y en los casos de actos dirigidos hacia un competidor, y no hacia un mercado, la responsabilidad se regirá por la regla general contenida en el art. 4 RRII⁸⁰⁰.

366 Por su parte, el art. 6(3) RRII, norma de conflicto universal o bilateral⁸⁰¹, recoge dos supuestos de ley aplicable a las consecuencias privadas de infracciones de Derecho *antitrust*, restricciones de la competencia. El primero, cuando por una

⁷⁹⁷ Hoy es pacífico que todo acto ilícito *antitrust* es un ilícito civil y es susceptible de generar un daño indemnizable. Se había discutido si la «falta competitiva» o «*antitrust*» era equivalente a la «falta civil» o, si, por el contrario, la «falta civil» requería de algunas características que no se encontraban en la «falta competitiva». Se intentaba dilucidar si era posible diferenciar la noción «acto *antitrust*», como concepto global y preliminar, de la idea de «hecho ilícito civil». La discusión está superada y hoy existe una concepción monista de las «faltas competitivas y civiles» lo que implica que se reduce el objeto de la prueba [pues los demandantes no habrán de probar en el procedimiento civil que existe una vulneración del Derecho civil diferente de la que existe en el Derecho de la competencia], y si el legislador quisiera, podría presumirse que todas las empresas son responsables civiles de las consecuencias perjudiciales de los actos anticompetitivos. Para la jurisprudencia francesa, el incumplimiento del Derecho de la competencia es la causa de la responsabilidad civil [aunque no está claro si se presume el incumplimiento mediante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*]. Es decir, para esta jurisprudencia, la conculcación de la ley constituye, de forma necesaria, un ilícito civil y quien desee obtener una indemnización ha de acreditar el daño que le afecta, así como el nexo causal entre el hecho y el daño [vid. A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *CDT*, vol. 10, n.º 2, octubre, 2018, p. 163-165].

⁷⁹⁸ El Derecho de la competencia desleal se dirige a preservar el correcto funcionamiento de los operadores económicos frente a los consumidores, frente al mercado en general y entre los mismos agentes competidores en un mercado específico [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 157].

⁷⁹⁹ La STJ del caso, *cit. supra* nota 77, *Amazon*, [2016], indica: «el Reglamento Roma II engloba la utilización de cláusulas abusivas en condiciones generales cuando pueda afectar a los intereses colectivos de los consumidores como categoría, y, por ende, influir en las condiciones de competencia del mercado» (§ 42).

⁸⁰⁰ «La norma especial del artículo 6 no constituye una excepción a la norma general del artículo 4, apartado 1, sino más bien una aclaración de esta. En materia de competencia desleal, la norma de conflicto debe proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado. La conexión con la legislación del país donde se vean o puedan verse afectadas las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores permite por lo general alcanzar estos objetivos» [cdo. 21 RRII].

⁸⁰¹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *loc. cit.*, p. 166.

restricción de la competencia, se ve afectado un solo mercado, la ley aplicable es la de este país⁸⁰². Y el segundo, cuando una conducta afecte o pueda afectar al mercado de diferentes países, con el objetivo de evitar la multiplicación de leyes en estos casos, el Reglamento facilita la aplicación de una «ley única» en ciertos casos y del siguiente modo⁸⁰³: el demandante puede fundar su demanda ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado siempre que coincida con uno de los países cuyo mercado se ha visto afectado de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la responsabilidad extracontractual que se pretende (punto de conexión privilegiado de la ley del domicilio del demandado); y, cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de CJI, presente su demanda contra varios demandados, podrá fundar su demanda en la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto siempre que el mercado de este país se haya visto afectado directamente y sustancialmente por el acto infractor (punto de conexión de la *lex fori*)⁸⁰⁴.

367 La ley aplicable en estos casos de competencia desleal y actos anticompetitivos no puede excluirse mediante un acuerdo en virtud del art. 14 RRII. No cabe la elección de la ley aplicable en estas materias y así lo indica expresamente el Reglamento en su art. 6[4]. Esta restricción se explica, más o menos, en el cdo. 21 que indica que «la norma de conflicto debe proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado». La lectura de este considerando juntamente con el art. 6[1] RRII sugiere que la competencia desleal y las prácticas comerciales restrictivas afectan a los intereses públicos y no a los privados, de manera que, en este ámbito, hay en juego intereses superiores a los de los competidores individuales. En el terreno del derecho sustantivo, estos intereses están generalmente protegidos por disposiciones imperativas (normas de conducta, normas de determinación de carga de la prueba o sobre la naturaleza y la medida de los daños y perjuicios, etc.). Por ello, la prohibición

⁸⁰² Ejemplo de manual: tres empresas de fabricantes de cementos, una española, otra alemana y otra portuguesa, pactan secretamente ciertas zonas de venta exclusiva en España. Otra empresa italiana que no participa en este pacto secreto observa como de hecho ha sido expulsada del mercado español del cemento. Esta empresa italiana reclama daños y perjuicios ante los tribunales españoles a las tres otras empresas que pactaron el reparto del mercado español. La ley aplicable en este caso es la ley española, pues el pacto entre las empresas afectaba exclusivamente al mercado español (art. 6.3[a]RRII) (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, tomo III, 2022, p. 3907).

⁸⁰³ De lo contrario, en palabras de J. Carrascosa González, «la aplicación de la tesis del mosaico implicaría unos costes de transacción conflictuales elevadísimos puesto que el sujeto perjudicado debería reclamar daños con arreglo a los diferentes países cuyo derecho se hubiese vulnerado» (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *loc. cit.*, p. 167).

⁸⁰⁴ *Vid.* datos complementarios al art. 6[3] RRII en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *loc. cit.*, p. 167, § 273 a 276.

de los acuerdos de elección de la ley aplicable del art. 6(4) RRII está justificada⁸⁰⁵.

c) En el caso de daños al medioambiente (art. 7 RRII)

368 Este artículo, en principio y en defecto de pacto⁸⁰⁶, cuando se trata de daños al medio ambiente⁸⁰⁷ designa la aplicación del ordenamiento del Estado donde se padece o sufre el daño, sin embargo, si la víctima lo quiere podrá aplicarse la ley del Estado de origen (hecho causal del daño) en los casos de daños a distancia⁸⁰⁸. Esta opción evita situaciones en las que se pueda pretender inaplicar legislaciones cuyos controles sean más estrictos y que resulten, en consecuencia, aplicables ordenamientos jurídicos más flexibles⁸⁰⁹; en efecto, la norma está inspirada en un claro *favor laesi* que el cdo. 25 defiende de forma contundente⁸¹⁰. De este modo, el

⁸⁰⁵ Puede que no esté tan justificada la prohibición en el caso del art. 6(2) RRII relativo a un acto de competencia desleal que afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular (no afecta a intereses colectivos). Dicho precepto refiere que en estos casos se aplicará el art. 4 RRII (y no los foros especiales del art. 6 RRII), entonces, ¿por qué restringir el pacto de la ley aplicable? Si la ley de mercado puede ser desplazada en esta situación por la ley de la residencia habitual común o por la cláusula de escape, es difícil ver por qué no puede ser desplazada por la ley designada por las partes conforme al art. 14 RRII (*vid.* Th. M. Boer, «Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 19-30 [24-25]); autores como A. Espinella criticaron también esta limitación cuando el acto afecte a los intereses de un competidor (*vid. supra* nota 728 «La autonomía de la voluntad...», 2009, *loc. cit.* p. 99).

⁸⁰⁶ En efecto, no hay en el art. 7 RRII restricción o prohibición alguna de pacto de las partes sobre la ley aplicable similar a la que establece el art. 6(4) RRII, «lo cual es, cuando menos, curioso dado que la protección del medio ambiente no parece ser menos un interés público del Estado de que se trate de que la protección contra la competencia desleal» (Th. M. Boer, *op. cit.*, p. 25).

⁸⁰⁷ El cdo. 24 RRII indica que debe entenderse por «medio ambiente»: «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 entre los organismos vivos».

⁸⁰⁸ La opción ofrecida a la víctima, lejos de responder simplemente a un objetivo preferencial para la víctima, tenía como objetivo combatir la contaminación de manera más eficaz eliminando las distorsiones de la competencia dentro de la UE que permitían a los contaminadores beneficiarse de las políticas ambientales de los Estados. La regla de conflicto se pone al servicio de los objetivos normativos de los Estados al tiempo que conduce a una solución favorable a la víctima. Sin embargo, no puede negarse la importancia de las consideraciones que el derecho privado hace a la protección de la víctima, porque la opción prevista en el art. 7 RRII corresponde solo a la víctima (no al órgano jurisdiccional) y porque no se excluye de este art. 7 RRII la opción de escoger la ley aplicable en virtud del art. 14 RRII (N. Joubert, *loc. cit.*, pp. 71-72).

⁸⁰⁹ Para un análisis sobre la misma *vid.* A. Crespo Hernández, «Daños al medio ambiente y regla de la ubicuidad en el art. 8 del futuro Reglamento “Roma II”», *InDret*, julio, 2006.

⁸¹⁰ En efecto, el legislador es consciente de que en el art. 7(2) RRII establece una excepción a la regla general que rige en los daños complejos bajo el paraguas del Reglamento. Por ello, el cdo. 25 recoge varios argumentos para explicar la elección de la regla de la «ubicuidad» en este art. 7, haciendo

precepto abarca los daños medioambientales y también los colaterales o los producidos como consecuencia de aquellos⁸¹¹, y son tres los criterios de conexión que fija esta disposición. En primer lugar, regirá la ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento; luego, si no hay pacto ni sumisión, por la ley del país donde se produce el resultado dañoso, es decir a la ley del país cuyo medioambiente resulta afectado. No obstante, en los casos de daños colaterales que constituyan un ilícito a distancia reclamados por una persona, el demandante perjudicado puede elegir bien fundamentar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador o causal del daño, o bien, basarla en la ley del país en el que se ha producido y se verifica el daño (regla de la ubicuidad). Como ya se ha apuntado, esta regla de opción en caso de ilícitos a distancia del medioambiente evita que personas más oportunistas se sitúen en ciertos países para llevar a cabo sus actividades contaminantes prevaleciéndose de sus legislaciones menos severas⁸¹². Y, cuando dichos daños se manifiestan en varios Estados distintos, aun cuando el hecho causal radica en un único, se aplicará, a cada daño, la ley del Estado en el que se manifieste (tesis del mosaico).

d) En el caso de daños derivados de infracciones a la propiedad intelectual e industrial (art. 8 RRII)

369 El art. 8 RRII determina la ley aplicable a la responsabilidad que se deriva de una infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial⁸¹³. Las infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial perpetrados por terceros producen responsabilidad no contractual. El art. 8(3) RRII excluye la posibilidad de las

referencia al art. 174(2) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Ámsterdam) que indica que la política comunitaria en materia de medioambiente tendrá por objeto un elevado nivel de protección teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en el principio de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga [T. Kadner Graziano, «The law applicable to cross-border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 71-86].

⁸¹¹ En efecto, este precepto se refiere a estos dos tipos de daños, tanto al daño medioambiental en sí como a los colaterales. Es decir, tanto al «cambio adverso de un recurso natural como el agua, el suelo, 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 entre organismos vivos», así como a los «daños que sufren personas o bienes como consecuencia colateral de un daño medioambiental» [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3926-3927].

⁸¹² A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 165.

⁸¹³ El concepto de «derechos de propiedad intelectual» es muy amplio y cubre los derechos de autor, derechos afines, el derecho *sui generis* de la protección de bases de datos y los derechos de propiedad industrial [cdo. 26 RRII].

partes de acordar la ley aplicable con arreglo al art. 14 del Reglamento⁸¹⁴.

370 La ley aplicable a la existencia y contenido de los derechos intelectuales es una cuestión real y no extracontractual por lo que vendrá determinada, preferentemente, con arreglo a los convenios internacionales vigentes para cada uno de los derechos incorporales en concreto. En España, en defecto de convenio internacional aplicable, se acudirá al artículo 10(4) CC en cuestiones de existencia, validez, extensión y titularidad del derecho de propiedad intelectual e industrial⁸¹⁵. La

⁸¹⁴ En general, se asume que la naturaleza territorial de los derechos de propiedad intelectual no respalda la aplicación de ninguna otra ley que no sea la ley del país para el que se reclama la protección (*lex loci protectionis*). Por lo tanto, el Reglamento «Roma II» no deja espacio para la ley de la residencia habitual común de las partes, ni prevé una excepción de derecho propiamente dicha. Los acuerdos de elección de ley están expresamente prohibidos por el art. 8(3) RRII. La justificación se halla en el cdo. 23 que invoca un «principio universalmente reconocido» que «debe preservarse» (Th. M. Boer, *op. cit.*, p. 26). Kreuzer lo explica así: «la exclusión de un acuerdo sobre la ley aplicable a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual se debe al hecho de que, en estos casos, los derechos solo existen sobre una base territorial, de modo que las partes posiblemente podrían seleccionar un sistema jurídico en virtud del cual no existiera ningún derecho de propiedad intelectual» (K. Kreuzer, «Tort liability in general», en A. Malatesta (ed.), *The Unification of choice of Law Rules on Torts and Other Non Contractual Obligations in Europe, The «Rome II» Proposal*, Padova, 2006, pp. 45-58, en p. 55-56).

⁸¹⁵ Este art. 10(4) CC, es, pues, de fuente estatal, y, será aplicable en defecto de regulación de origen institucional o convencional, como, respecto de los tratados, la misma disposición —redactada en 1974— reconoce. El art. 10(4) CC dispone que «los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte». De este precepto pueden extraerse algunas consideraciones: (i) es un reflejo del «principio de territorialidad», (ii) la técnica de reglamentación utilizada es la norma de conflicto de formulación unilateral, porque el legislador únicamente le ha preocupado disciplinar los supuestos vinculados territorialmente con el país del foro [España] para poderlos someter a su propia ley en calidad de *lex protectionis*, (iii) atendiendo a su redacción, la disposición deja abiertas tres cuestiones que deberían precisarse: su ámbito material, su ámbito personal, y la posibilidad de defensa de estos derechos por parte del sistema español de DIPr cuando sean objeto de controversia fuera de España. En relación con el ámbito material, el precepto alude a los «derechos de propiedad intelectual e industrial» sin concretar más, por lo que para discernir el objeto exacto de la regulación es ponerlo en relación con el art. 8 RRII, de forma que, se evidencie que, mientras el Reglamento «RRII» se encarga de los aspectos relativos a la indemnización resultante de los daños extracontractuales ocasionados por una vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial, la regla codificada rige la constitución, validez, modificación, transmisión y extinción de estos derechos de propiedad, sus modalidades y el régimen jurídico al que quedan sujetos, en especial, en relación con su contenido y efecto frente a terceros. En relación con su ámbito personal, éste debe ser complementado por las conocidas como «normas de delimitación interior», que son las que, una vez declarado aplicable el derecho del foro, determinan las personas que pueden beneficiarse del amparo que brinda el ordenamiento jurídico español —*vid.* p. ej., los arts. 199-203 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, o el art. 4 de la Ley 20/2003, de Protección Jurídica del Diseño Industrial—. En último término, a pesar de que el precepto piensa la tutela por parte de los tribunales españoles en relación con este tipo de derechos limitada al territorio español, no sería inverosímil una reclamación instada ante los tribunales españoles —p. ej. porque la parte demandada tiene su domicilio en España— mediante la cual el actor reivindique la titularidad de un derecho de autor que se le discute en otro Estado. En una hipótesis como ésta, parece lógico, en opinión unánime de la doctrina, colmar la laguna legal que esconde el art. 10(4) CC «realizando una bilateralización de la regla, que pasaría por proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial de acuerdo con la

protección de esta disposición abarca los aspectos relacionados con la titularidad, contenido y alcance del derecho. Sin embargo, para determinar la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de su usurpación se debe acudir a las normas de conflicto del Reglamento «Roma II». Con el Reglamento, aunque sea un único tribunal el que conozca de la infracción, si su competencia no se limita tan solo a los daños causados en el foro de dicho tribunal (bien porque es el foro general del domicilio del demandado, bien porque es el del hecho causal) resultará necesario delimitar el concreto alcance de la infracción, esto es los daños habidos en cada territorio, para establecer la ley o leyes aplicables. Es ahí donde entra el art. 8(1) RRII que indica que la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección. Este precepto recoge, pues, el tradicional criterio de la *lex loci protectionis* que va de la mano con el principio de territorialidad. De manera que coinciden la ley del Estado que ha creado el derecho inmaterial y la ley que regula su posible vulneración. En otras palabras, el artículo 8(1) del Reglamento acoge el criterio de conexión de la ley del lugar de producción del daño, es decir, la ley del lugar en cuyo territorio se materializa la infracción y, en consecuencia, en el único territorio donde se puede reclamar indemnización sobre base de la ley que regule estos derechos, si efectivamente existe dicha legislación⁸¹⁶. Por la misma razón, no se permite el pacto entre las partes porque se podría llegar a la paradoja de que una ley estatal regulara la infracción de un derecho de propiedad intelectual que no existe con arreglo a la ley que regula su existencia, y haber de indemnizar por un derecho

ley del país para el ámbito territorial del que se solicita la tutela judicial» (J. M. Fontanellas, «Drets reals», en A. Font i Segura *et al.* [coords.], *op. cit.*, pp. 473-500, en pp. 493-494).

⁸¹⁶ Para un ej. *vid.* el caso en el que una empresa japonesa demandó a dos empresas españolas por comercializar una obra audiovisual propiedad de la demandante, en España, sin su consentimiento. No se discutió la aplicación de la ley española en virtud del art. 8 RRII, porque España era el territorio para el que se solicitaba protección (*lex loci protectionis*) [SAP Madrid, secc. 28.ª, n.º 180/2019, de 05 de abril de 2019, ECLI:ES:APM:2019:4801]. En otro caso concerniente a una demanda por uso no autorizado de una obra musical, se aplicó la legislación española. Lo destacable de este supuesto es que la reclamación había sido presentada por la demandante como una reclamación contractual, y fue la Audiencia provincial de Madrid la que decidió —a través de una recalificación de la acción— que se trataba de una materia no contractual y que la ley aplicable había de decidirse en virtud del Reglamento «Roma II». La demandante, una empresa española, había adquirido los derechos de una canción a su empresa matriz inglesa, que, a su vez, los había adquirido de la autora. Las demandadas, dos empresas españolas, utilizaron una versión modificada de la canción en una campaña publicitaria. El contrato de transferencia de los derechos del autor al progenitor del demandante estaba sujeto a la ley inglesa, que, según las demandantes, también había de aplicarse a esta reclamación. La AP M consideró que no, y ello porque la reclamación no era contractual sino extracontractual (un tercero había infringido los derechos). Dado que se buscaba protección en España por las vulneraciones perpetradas en su territorio, la *lex loci protectionis* era la española. Además, la Audiencia añade que las partes no pueden eludir la aplicación del derecho español mediante pacto, y que no se extendía a cuestiones como la transmisión y adquisición de derechos de propiedad, que debían decidirse conforme con el art. 10(4) CC [SAP Madrid, secc. 28.ª, n.º 554/2018, de 15 de octubre de 2018, ECLI:ES:APM:2018:13812, FJ. 2.º (resumen de E. Torralba, *Study on Rome II...cit. supra*, p. 663)].

inmaterial inexistente⁸¹⁷. En el caso de una infracción de un derecho de propiedad intelectual e industrial producidas en varios países, habrá de tenerse en cuenta el derecho sobre propiedad inmaterial de cada país, determinar la forma en que ha resultado vulnerado en cada país distinto, y aplicar la ley del Estado en cuyo territorio se haya dado la infracción del derecho en concreto⁸¹⁸.

371 En los casos de derechos de propiedad intelectual e industrial, derecho de marcas y de patentes, dibujos o modelos de la Unión Europea, el artículo 8(2) RRII indica que se aplicará la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento legal de la Unión. Este criterio es un criterio de conexión específico que difiere del criterio general del artículo 4(1) del Reglamento ya que se trata del «país en el que se haya cometido la infracción» que debe entenderse como el «lugar en que se ha producido el hecho generador o causal del daño», el origen del daño, esto es, el territorio donde se ha cometido el acto de infracción⁸¹⁹. Por lo que en casos en que se reprochen a una misma demandada distintos actos de infracción cometidos en diferentes Estados miembros, para identificar el hecho generador del daño no es preciso referirse a cada acto de infracción reprochado, sino apreciar de manera global el comportamiento de dicha demandada, a efectos de determinar el lugar en el que ésta cometió o pudo cometer

⁸¹⁷ La doctrina es consciente de que la aplicación del principio de territorialidad entraña el riesgo de desprotección internacional de los derechos de propiedad intelectual fuera del territorio (nacional) cubierto por las leyes estatales, y por ello proliferan los instrumentos internacionales en esta materia.

⁸¹⁸ El criterio del lugar del daño puede conducir a una fragmentación enorme en relación con muchas actividades realizadas a través de Internet, esta fragmentación no solo afecta a la CJI (*vid. supra* cap. II). En el marco de la ley aplicable resulta preciso (y no es siempre fácil) delimitar el concreto alcance de la infracción en cada territorio para establecer la(s) ley(es) aplicable(s) con base al art. 8 RRII (P. A. De Miguel Asensio, «La litigación sobre derechos de autor y la sentencia *Hejduk*», *La Ley Unión Europea*, n.º 24, marzo, 2015, p. 22).

⁸¹⁹ *Vid.* la STJ de 27 de septiembre de 2017 [C-24/16 Y C-25/16, *Nintendo*, ECLI:EU:C:2017:724, § 96-98], (comentada por V. Jiménez Serranía, «Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C- 25/16», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, octubre, 2019, pp. 652-665). En este caso, Nintendo considera que la empresa BigBen Francia, que vende directamente mediante su sitio web a consumidores situados en Francia, Bélgica y Luxemburgo, y su filial BigBen Alemania, que comercializan ciertos productos fabricados por la matriz BigBen Francia, infringe los derechos que le confieren los dibujos y modelos comunitarios registrados de los que es titular Nintendo. La pregunta prejudicial que se formula acerca de la ley aplicable se refiere a la interpretación del art. 8(2) RRII cuando indica «lugar en el que se haya cometido la infracción» a lo que el Tribunal de Justicia responde teniendo en cuenta el mismo cdo. 19 RRII que «el art. 8(2) RRII es una regla específica en orden a lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego» (§ 97), y que de ello «se deduce que el criterio que acoge el artículo es la conexión del lugar donde se produce el hecho generador o causal del daño» (§ 98).

el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado⁸²⁰. Ahora bien, es un criterio que no está exento de dificultades, así, p. ej., no da una

⁸²⁰ *Nintendo* [27 de septiembre de 2017], el Tribunal de Luxemburgo adopta como base la misma solución que ofreció, días antes, en el caso, *Coty Germany* [STJ de 6 de diciembre de 2017 [C-230/16, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2017:941] en relación con el concepto del país de comisión de la infracción, aunque va más allá cuando afirma que «[e]n circunstancias en las que se reprochan a un mismo demandado distintos actos de infracción cometidos en diferentes Estados miembros, para identificar el hecho generador del daño no es preciso referirse a cada acto de infracción reprochado, sino apreciar de manera global el comportamiento de dicho demandado, a efectos de determinar el lugar el que éste cometió o pudo cometer el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado» [§ 111]. En otro caso posterior [asunto C-421/2020, *Acacia c. BMW*, ECLI:EU:2022:252], la Corte europea no aplica analógicamente los argumentos esgrimidos en el caso *Nintendo* [en el que se imputan varias acciones a un infractor en varios EE.MM.] y no en un solo EM, como sucede en este asunto. El TJ interpreta los arts. 88(2) y 89.1(d) del Reglamento [CE] 6/2002, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los modelos y dibujos comunitarios —modificado por el reglamento [CE] n.º 1891/2006 del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos [CE] n.º 6/2002 y [CE] n.º 40/94 para hacer efectiva la adhesión de la Comunidad Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de La Haya relativo al Registro internacional de dibujos y modelos industriales [RDC]— a la luz del art. 8(2) RRII en el sentido que los tribunales competentes deben examinar las pretensiones conexas que quedan fuera del RDC sobre la base del derecho del Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido o pudieran cometerse los actos que violen el dibujo o modelo comunitario, lo que coincide, en el caso visto, con la ley alemana. Esta solución difiere del criterio que sostuvo el Abogado General según el cual, y considerando el caso *Nintendo*, el resultado sería aplicar la ley del país en el que se cometió la infracción inicial, aquí, la ley italiana. En breve, los hechos de este caso fueron que Acacia, que fabrica llantas para vehículos en Italia, las oferta a través de Internet y las distribuye a varios EE.MM, por lo que la oferta de los productos [infractores de los dibujos y modelos comunitarios] se dirigen a los consumidores de los EE.MM. Ante esta situación, BMW, empresa alemana, ejercita la acción por infracción del derecho de propiedad industrial ante los tribunales alemanes que se declaran competentes en virtud del art. 82(2) RDC [Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios] según el cual el alcance de la competencia se limita al conocimiento de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual cometidos en el Estado del tribunal. Este tribunal, pues, ordena el cese de la infracción por parte de Acacia y estima las pretensiones conexas aplicando la ley alemana. Acacia recurre negando la infracción y alegando como aplicable la ley italiana, en base al art. 89.1(d) RDC [que designa la ley del EM en el que se hayan cometidos los actos de la infracción]. El tribunal suponiendo la aplicación del art. 8(2) RRII alberga dudas sobre cuál es el derecho aplicable, si el italiano puesto que el hecho generador del daño se sitúa en Italia, o si lo es el alemán puesto que la oferta de las llantas se dirigió a los consumidores situados en Alemania. Finalmente, el TJ designa como aplicable la ley alemana, pues, literalmente, la decisión del tribunal dice: «El artículo 88, apartado 2, y el artículo 89, apartado 1, letra d), del Reglamento [CE] n.º 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, así como el artículo 8, apartado 2, del Reglamento [CE] n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [«Roma II»], deben interpretarse en el sentido de que los tribunales de dibujos y modelos comunitarios que conocen de una acción por infracción en virtud del artículo 82, apartado 5, del Reglamento n.º 6/2002, que tienen por objeto actos de infracción cometidos o que pudieren cometerse en el territorio de un solo Estado miembro, deben examinar las pretensiones conexas de dicha acción, por las que se solicitan una indemnización por daños y perjuicios, la presentación de información, documentos y cuentas y la entrega de los productos infractores con vistas a su destrucción, sobre la base del Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido o pudieren cometerse los actos que supuestamente violen el dibujo o modelo comunitario invocado, lo que coincide, en las circunstancias de una acción ejercitada con arreglo al citado artículo 82, apartado 5, con el Derecho del Estado miembro en el que se sitúan esos tribunales». [Para comentarios de la sentencia *vid.* P. A. De Miguel Asensio, «Lugar de la infracción y la ley aplicable a los derechos de propiedad industrial unitarios. Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2022, as. C-421/20: *Acacia*», *La Ley Unión Europea*, 102, abril, 2022, pp. 1-18; y, A. L. Mariscal González, «La consideración del lugar de la infracción en la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujo o modelo comunitario, a propósito de la STJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia* y *BMW*, C-421/20», *CDT*, vol. 14, n.º 2, octubre, 2022, pp. 1151-1159].

respuesta en los casos en los que el hecho generador pueda ubicarse fuera de la Unión. Además, el TJ en la sentencia *Nintendo* [2017] ofrece criterios de interpretación con respecto a la localización del lugar en el que se ha originado la infracción, pero lo hace respecto de ciertas actividades que se llevan a cabo en Internet como las ventas de productos falsificados a través de la red a destinatarios situados en diferentes Estados⁸²¹. Y el TJUE concluye que, respecto de la comercialización de productos desde un sitio de Internet, tal lugar es aquel «en que se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta a la venta por parte del operador en el sitio [web] de su propiedad» [§ 108]⁸²².

e) Acción de conflicto colectivo (art. 9 RRII)

372 La ley aplicable a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o empresario o de las organizaciones que representen sus intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto futura o realizada⁸²³, será la del país de residencia habitual

⁸²¹ El TJ determina que «la infracción de un diseño no solo viene de la utilización no autorizada para la fabricación de productos, sino que puede tratarse de otras conductas como son las ofertas, la introducción en el tráfico económico o la importación y la exportación» [*Nintendo*, 2017: § 101]. Hoy a nadie le es ajeno que el uso indebido de las marcas, patentes, dibujos en Internet engloba las acciones en su sentido más amplio: las clásicas como la venta de productos falsificados, pero también otras prácticas diversas como el posicionamiento de buscadores, el correo electrónico no deseado (*phishing*) o la ciberocupación (*cybersquatting*). Estas actividades constituyen lo que se considera el «lado oscuro del universo digital» [vid. «Infracción de la propiedad intelectual en Internet: El lado oscuro de la tecnología digital», *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, abril, 2011, en https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2011/02/article_0007.html].

⁸²² En términos próximos a los utilizados con respecto a la determinación del lugar de origen del daño en el marco del fuero del art. 7[2] RBI *bis* [vid. P. A. De Miguel Asensio, «Infracciones transfronterizas de dibujos o modelos comunitarios: la sentencia en el asunto *Nintendo*», septiembre, 2017, en su blog: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2017/09/infracciones-transfronterizas-de.html>].

⁸²³ Se trata de una norma especial de conflicto netamente justificada, porque conduce a una solución [la aplicación de la ley del lugar donde tuvo lugar el conflicto [hecho generador del daño y no el lugar del daño]] que la conexión de la regla general no habría garantizado en caso de disociación del daño. Es esencial que se aplique la ley del lugar de realización de la huelga, ya que es la única ley capaz de determinar la legalidad de la actuación, y, por lo tanto, la existencia o no de la responsabilidad por los daños que resulten. Sin embargo, el art. 9 RRII reserva la aplicación del art. 4[2] RRII y otorga competencia a la ley del país en el que la parte perjudicada y la persona responsable tengan su residencia habitual; y este país no tiene por qué ser necesariamente el país donde se lleve a cabo el conflicto colectivo, por lo que en estos casos se aplicará otra ley. Incluso si estos casos pueden ser raros, la conexión de la residencia habitual aparece en estos supuestos como fortuita y puede no corresponder al centro de gravedad de la situación. Entonces, cabe preguntarse cómo podrían tomarse en consideración las disposiciones de la ley del lugar en el que ha tenido lugar la huelga [vid. N. Joubert, *loc. cit.*, pp. 79-80]. El cdo. 28 RRII parece haber tenido en cuenta este problema cuando indica que la norma especial del art. 9

común de las partes, y en su defecto, será la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse [art. 9 RRII]⁸²⁴. Este art. 9 RRII trata de resolver casos como el que suscitó la sentencia del Tribunal de Justicia, *Torline* [2004]⁸²⁵, en el que, para evitar la incertidumbre, el Tribunal concreta que el «lugar del daño» será el lugar donde se realiza la acción colectiva, como p. ej., la huelga, y es irrelevante el lugar donde se produzcan los daños indirectos derivados de tales acciones de conflicto colectivo como «pérdidas financieras o la disminución patrimonial del sujeto perjudicado»⁸²⁶.

IV. Ley aplicable a la responsabilidad civil por hechos lícitos. Los cuasicontratos y la responsabilidad precontractual

373 A continuación, se estudia el tratamiento que ofrece el Reglamento «Roma II» en materia de obligaciones que derivan de hechos lícitos como los cuasicontratos o la *culpa in contrahendo*⁸²⁷. Ahora, bien, ante el escenario de hechos o actos jurídicos

se entenderá sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional; pero no prevé una solución.

⁸²⁴ El concepto de «acción de conflicto» es amplio y debe ser definido de modo autónomo y propio del Reglamento «Roma II». El concepto abarca la huelga y el cierre patronal, pero solo a efectos de determinar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de estos actos (cdo. 27 RRII). Cubre también actos futuros [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3932-3933].

⁸²⁵ STJ de 5 de febrero de 2004 [C-18/02, *Torline*, ECLI:EU:C:2004:74]. En este caso, en sede de CJL regulado por el Reglamento 44/2001, un sindicato sueco presionó para que los trabajadores no prestaran sus servicios en buques de una empresa danesa y para que los trabajadores boicotearan los servicios de dicha empresa de Dinamarca. Esta empresa consideró que la acción de presión del sindicato sueco era ilegal y solicitó daños y perjuicios. Visto que la acción colectiva se inició en Suecia, pero produjo daños en Dinamarca, se podría entender que se trataba de un ilícito a distancia y entenderse que el lugar del daño era o bien ambos países, o bien el Estado donde la empresa sufrió pérdidas financieras. El Tribunal de Justicia dictaminó que el lugar del daño es el lugar donde se lleva a cabo la acción colectiva en cuestión, es decir, en Suecia, por lo que la ley aplicable al asunto sería la Ley sueca.

⁸²⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *idem*.

⁸²⁷ El ámbito del Reglamento «Roma II», excluidas las materias enumeradas en el art. 1, incluye la responsabilidad civil extracontractual, o hechos lesivos, y lo que clásicamente se denomina, en España y también en otros países como Francia, los cuasicontratos. Sin embargo, la expresión «los cuasicontratos» no figura en ninguna parte del Reglamento y nunca apareció en los sucesivos proyectos. Los cuasicontratos se han convertido «en los hijos perdidos del DIPr»; para saber el porqué de este desiterro, *vid.* G. Légier, «Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrahendo*», en S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, pp. 145-181. El art. 12 RRII incluye una regulación específica de la *culpa in contrahendo*. Las dudas que plantea la calificación de distintos supuestos que en los diferentes ordenamientos jurídicos se adscriben a la categoría «responsabilidad precontractual» motivó la introducción de este artículo en el Reglamento. Dado que un mismo caso puede ser calificado en unos ordenamientos en el ámbito de la responsabilidad contractual mientras que en otros puede ser considerado como extracontractual, se impone en la concepción comunitaria o europea una calificación autónoma que resuelva estas dificultades impidiendo que se produzcan superposiciones (cdo. 30 RRII), y, se opta por calificar la responsabilidad precontractual como extracontractual. Se pretende, así, mantener la coherencia entre Reglamentos que se ocupan del sector de derecho aplicable. Esta opción

lícitos [no ilícitos] habrá que responderse si concurre el presupuesto de una obligación. En concreto, en el derecho civil español, el art. 1089 CC menciona los cuasicontratos entre las fuentes de las obligaciones. El Código civil regula dos figuras al respecto: la gestión de negocios ajenos sin mandato y el cobro de lo indebido [la obligación de restituir lo indebidamente cobrado]. El concepto de cuasicontrato lo ofrece el art. 1887 CC: «son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los cuales resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca para los interesados». La obligación surge, pues, de un comportamiento humano, lícito y voluntario. Por su parte, el Código civil catalán regula la gestión de asuntos ajenos sin mandato en un capítulo titulado «contratos sobre actividad ajena»⁸²⁸. Por otra parte, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad precontractual no cuentan con una regulación expresa en nuestro Derecho, ni en el Código civil ni en el Código civil catalán, si bien la doctrina del TS ha proclamado que la interdicción del enriquecimiento injusto tiene un mandato en nuestro ordenamiento jurídico de auténtico principio general del Derecho⁸²⁹. La responsabilidad

fue criticada por autores como R. Arenas García («La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento “Roma II”», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 315-339) en el sentido que dicha calificación autónoma no resuelve los problemas que la propia figura plantea y tampoco los solventa la remisión a la ley del contrato celebrado o que pudiera celebrarse sobre la que descansa el propio precepto 12 RRII. En opinión de este autor, «la perspectiva que hubiera de haberse adoptado hubiera de haber sido la de mantener una interpretación autónoma de los conceptos “obligación contractual” y “obligación extracontractual” pero una calificación *ex lege causae* que diese preferencia a la calificación contractual respecto de la extracontractual» [p. 317].

⁸²⁸ La gestión de negocios ajenos sin mandato es un concepto extenso que busca agrupar aquellos casos en los que una persona se encarga de los asuntos o intereses de otro sin haber recibido instrucción [mandato] de ésta y sin que la ley le obligue a actuar. El CCCat. regula esta figura después del contrato de mandato, en concreto en los arts. 622-40, 622-41 y 622-43. En el Preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto [BOE, n.º 7314, de 22 de febrero de 2017, que entró en vigor el 1 de enero de 2018] el legislador indica que, aunque la gestión de negocios «no es un contrato, necesita de unas reglas para el caso de que no sea ratificada». El CCCat. no regula el enriquecimiento injusto al que, sin embargo, remite en su art. 622-42[4] CCCat., como norma subsidiaria a la que puede acudir el gestor de asuntos ajenos si su pretensión no se ajusta a lo que regulan los tres artículos sobre la gestión de negocios ajenos sin mandato. Expertas como P. de Barrón discuten la técnica legislativa de esta figura en el Código civil catalán, así como la problemática que suscita no contar con una regulación autónoma y completa de la gestión de negocios ajenos sin mandato, del enriquecimiento injusto y de la culpa *in contrahendo*. En efecto, estos supuestos no contractuales que hacen nacer la obligación deberían contar con una localización apropiada y estar dotadas de una «normativa autónoma y completa»; para un comentario de la regulación de la gestión de negocios ajenos en el Código civil catalán *vid.* P. de Barrón Arniches, «Gestión de asuntos ajenos sin mandato. Breve apunte sobre los problemas prácticos que se derivan de la nueva regulación», en A. Serrano de Nicolás [coord.], *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, Marcial Pons, 2018, pp. 365-382].

⁸²⁹ «Como principio general del derecho, cuya formulación sería “nadie debe enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro”, se aplica de forma subsidiaria, en defecto de ley y de costumbre, y también

precontractual está prevista en cuerpos normativos internacionales como p. ej., en los «Principles of European Contract Law» y los «Principios Undroit»⁸³⁰, y es aquella responsabilidad que se genera con los tratos preliminares avanzados en una relación jurídica precontractual que conlleva derechos propios de comportarse con buena fe («diligencia in contrahendo»), generando responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones, siempre que se produzca un daño cierto y evaluable económicamente en el patrimonio de una de las partes, que será resarcible en el ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando exista causalidad entre el daño y la situación de confianza quebrantada. Por su parte, el Reglamento «Roma II» regula, en su capítulo III, las normas de conflicto en relación con el enriquecimiento injusto [art. 10 RRII], la responsabilidad derivada de la gestión de negocios sin mandato [art. 11 RRII] y la responsabilidad por la culpa *in contrahendo* [art. 12 RRII] que son calificados como fuente no contractual de las obligaciones⁸³¹.

a) En el caso de un enriquecimiento injusto (art. 10 RRII)

374 El enriquecimiento injusto es la adquisición patrimonial que se produce sin que concurra una causa legal que lo prevea⁸³², pero en si no es un hecho ilícito. La mayor

informa el Derecho patrimonial, para evitar que puedan producirse enriquecimientos injustos, y contribuye a su interpretación en tal sentido. Como institución jurídica autónoma—enriquecimiento sin causa—, y sin perjuicio de las eventuales previsiones legales, su aplicación descansa sobre la concurrencia de un elemento económico —la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo de causalidad entre ambas—, y una condición jurídica —la ausencia de causa justificativa—» STS de 15 de enero de 2015 (ELCI:ES:TS:2015:261; §10).

⁸³⁰ Vid. p. ej. M. P. García Rubio/M. Otero Crespo, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *InDret*, abril, 2, 2010.

⁸³¹ Recientemente, pero, recuérdese, que, en sede de conflicto de jurisdicciones, el TJ, en el caso *Hrvatske Šume* [2021], ha dado un vuelco a la calificación del enriquecimiento injusto descartando, en sede de CJI, la operatividad del art. 7(2) RBI *bis*; a pesar de la sistematización y regulación de la institución en el Reglamento «Roma II» y del principio de coherencia.

⁸³² En España, para que se dé la figura del enriquecimiento injusto se exige que se produzca el enriquecimiento patrimonial del demandado o deudor de la restitución, ya sea por un aumento de su patrimonio como por la adquisición de la propiedad de una cosa, como por su disminución como evitarse un gasto. No es necesaria la mala fe por parte de quien se enriquece. También se exige un correlativo empobrecimiento del autor, es decir, una disminución del patrimonio ya consista en la salida de algún bien del patrimonio o en la no retribución de un servicio prestado o pérdida de un lucro cierto y positivo. Y ha de concurrir una relación causal entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro, y que no haya justificación o causa para el enriquecimiento. La acción de enriquecimiento injusto es personal cuyo plazo de prescripción es el general, y además es subsidiaria, *i. e.*, solo podrá ejercitarse tras agotar otros remedios previstos para la restitución como la nulidad o rescisión. Únicamente podrá ejercitarse de forma alternativa si la acción de enriquecimiento injusto concurre con la acción de responsabilidad extracontractual. Sea como fuere, hay que tener en cuenta que no es una acción resarcitoria de daños y perjuicios, sino que tiende a reclamar aquello en lo que el demandado se ha enriquecido [M. J. Monfort Ferrero, «Los cuasicontratos», en J. R. de Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil II, obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2019, pp. 576-578].

parte de los derechos estatales conceden una acción a favor de la persona injustamente empobrecida para que pueda reclamar la restitución del patrimonio que ha perdido sin una causa legal contemplada. Cuando el enriquecimiento injusto se derive de una relación existente entre las partes, como p. ej., la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a este enriquecimiento injusto, la ley que regula dicha relación se aplicará, también, a la obligación extracontractual. El art. 10 RRII acoge un concepto autónomo y amplio contemplando como enriquecimiento injusto todo desplazamiento patrimonial no amparado en causa legal prevista y también los casos en los que por error o por cualquier otra causa se procede al «pago de sumas indebidamente percibidas»⁸³³. Asimismo, se excluye el enriquecimiento sin causa por infracción de un derecho de propiedad intelectual a las que se aplicará el art. 8 RRII según lo dispone el art. 13 RRII. En estos supuestos, la obligación de restitución se regula por la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección (*lex loci protectionis*). Por último, hay que tener también en cuenta la exclusión de las obligaciones extracontractuales referidas en el art. 1.2 [a] [b] y [g], de lo cual se desprende que el art. 10 RRII no se aplicará al enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias y de la infracción de derechos de la personalidad⁸³⁴.

375 Los puntos de conexión previstos para determinar la ley aplicable en casos de enriquecimiento injusto son cinco: [1] la ley elegida por las partes; elección realizada con arreglo al art. 14 RRII porque, a diferencia de los arts. 6 y 8 RRII, el art. 10 RRII no excluye el juego de la autonomía de la voluntad; [2] la ley de la conexión accesoria o de la relación preexistente: en defecto de elección, el enriquecimiento injusto se regirá si cabe, por la ley que regule una relación existente previa entre las partes, como p. ej., la relación derivada de un contrato o un hecho dañoso vinculada a este

⁸³³ En este sentido, en un asunto en el que mediaba un pago realizado por la actora, el Tribunal sostuvo que no tuvo su base en un contrato entre las partes ni en una obligación legal, y que se trató, en definitiva, de un pago voluntario. Por ello, en virtud del art. 10 RRII en relación con el art. 4[2] RRII se determinó como ley aplicable al litigio, la ley española por ser el país de residencia habitual común de las partes (SAP Oviedo, secc. 5.ª, n.º 299/2016, de 3 de noviembre de 2016, ECLI:ES:APO:2016:2820, FJ 3).

⁸³⁴ D. Moura Vicente, «El enriquecimiento sin causa en el Reglamento «Roma II», *CDT*, vol. 8, n.º 2, octubre, 2016, pp. 292-305.

enriquecimiento⁸³⁵ (este punto de conexión se basa en el «principio de proximidad»⁸³⁶); (3) la ley de residencia habitual común de las partes (*lex communis*): en defecto de la existencia de las conexiones anteriores, la ley aplicable que regirá el enriquecimiento injusto será la ley de residencia común habitual de las partes en el momento en el que se produce el hecho que da lugar a dicho enriquecimiento injusto; (4) la ley del lugar de producción del enriquecimiento injusto o *lex loci condictionis*: en caso de no concurrir ningún punto de conexión indicado anteriormente, regirá la ley del país en el que se ha producido el enriquecimiento injusto⁸³⁷; (5) y, finalmente, la cláusula de escape: en los casos en los que se derive de sus concretas circunstancias la existencia de un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país distinto del que prevén las anteriores reglas de determinación, se aplicará la ley de este otro país⁸³⁸. Esta cláusula de escape decae y no opera si las partes han hecho uso de su autonomía

⁸³⁵ Por ejemplo, cuando se paga más de lo debido por una mercancía en el contexto de un contrato de compraventa internacional, la ley aplicable al eventual enriquecimiento injusto será la de dicho contrato (A.-L. Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, T II, p. 1329). La conexión acogida de esta manera tiene su paralelo en lo que dispone el art. 4(3) RRII en materia de responsabilidad extracontractual por hechos dañosos; pero, al revés del art. 4, en el art. 10, la conexión tiene carácter imperativo (salvo en los casos en los que las partes elijan la ley aplicable o en el que haya de funcionar la cláusula de escape). Siempre que se aplique la regla en cuestión, la ley aplicable se determinará por referencia a las reglas de conflictos que cubren la relación existente entre las partes a las que concierne el enriquecimiento injusto obtenido por una de ellas. Si ésta es una relación contractual habrá que acudir al Reglamento «Roma I»; si es una relación legal, se estará a lo dispuesto en las NdC del Reglamento «Roma II», en especial, a las derivadas de la responsabilidad extracontractual derivada de hecho ilícito. Además, el art. 10 RRII no exige una relación «preexistente», la relación en causa puede constituirse al mismo tiempo que ocurre el enriquecimiento (D. Moura Vicente, *loc. cit.* p. 303).

⁸³⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 147.

⁸³⁷ ¿Pero que debe entenderse por país en que se produjo el enriquecimiento a los efectos del art. 10 RRII? El Reglamento 864/2007 no lo define. Sin embargo, por analogía con el art. 4, se debe excluir el país en el que haya ocurrido el hecho generador del enriquecimiento cuando sea diferente del país en el que se ha producido dicho enriquecimiento, así como la ley del país en el que se hayan producido consecuencias indirectas del hecho en cuestión dado su carácter imprevisible. Véase un ejemplo, el resuelto por la sentencia de la *Hight Court, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 10 de julio de 2015 [*Banque Cantonale de Genève c. Polevent Limited et al.*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2015/1968.html>], que para dar respuesta a una pretensión de restitución por parte de un banco suizo de los fondos erróneamente transferidos a una cuenta recién embargada de una sociedad inglesa abierta en una entidad bancaria de Londres, recurre al art. 10(3) RRII, que para esos casos de enriquecimiento injusto en los que el mismo no derive de una relación preexistente entre las partes ni éstas compartan la residencia habitual, declara competente la ley del país donde se ha producido el enriquecimiento, lo que, en el supuesto, obliga a aplicar la ley inglesa (en J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, p. 1222). Si el enriquecimiento se produce en varios países habrá que aplicar la ley local a las consecuencias del enriquecimiento ocurrido en cada uno de esos países o, como alternativa, encontrar el «centro del enriquecimiento» (D. Moura Vicente, *loc. cit.*, p. 304).

⁸³⁸ Esta cláusula de escape es similar a la de los arts. 4(3) y 5(2) RRII razón por la que comparte su carácter excepcional lo que, de igual modo, se infiere del propio art. 10(4) RRII cuando exige que «presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país» (D. Moura Vicente, *loc. cit.*, p. 305).

de elección de la ley aplicable⁸³⁹.

b) En el caso de responsabilidad derivada de una gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 11 RRII)

376 La gestión de negocios, *negotiorum gestio*, viene definida por el art. 11 RRII como «el acto realizado sin la debida autorización en relación con los negocios de otra persona»⁸⁴⁰. El Reglamento «Roma II», por tanto, solo cubre la gestión de negocios sin mandato⁸⁴¹, en concreto, aquella gestión de negocios ajenos sin oposición del dueño del negocio⁸⁴². Si concurre un previo contrato de mandato, la relación jurídica entre el dueño del negocio y el gestor constituye un contrato internacional cuya ley aplicable se determina con arreglo al Reglamento de «Roma I»⁸⁴³ (antes, Convenio de Roma de 19 de junio de 1980). El ámbito de la ley aplicable a la gestión de negocios ajenos regula los siguientes aspectos: los requisitos para la existencia de una verdadera gestión de negocios ajenos, los derechos y los deberes del gestor y del *dominus*, las consecuencias de la gestión realizada en el patrimonio del *dominus* y la confirmación o revocación de la gestión del gestor.

377 Los puntos de conexión recogidos por el art. 11 RRII para fijar la ley aplicable a

⁸³⁹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 149.

⁸⁴⁰ En el Código civil se contempla una gestión de negocio ajeno cuando alguien se «encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de este» y de esta actuación se derivan obligaciones (art. 1888 CC). Por su parte, el Código civil catalán dispone: «la persona que gestiona un asunto ajeno, con motivo razonable y sin un encargo ni una obligación previa, está obligada a continuar la gestión jurídica o material hasta finalizarla o a requerir al titular, al representante o al administrador que lo sustituya en la gestión comenzada» (art. 622-40 CCCat.).

⁸⁴¹ En el contrato de mandato, por el contrario, el mandatario se obliga a gestionar en nombre y por cuenta del mandante los asuntos jurídicos que este le encarga, de acuerdo con sus instrucciones. Los actos realizados por el mandatario, dentro del ámbito del mandato, vinculan al mandante como si los hubiera realizado él mismo (art. 1709 CC; art. 622-21 CCCat.). Por ello, el mandatario ha de rendir cuentas al mandante (art. 1720 CC; art. 622-31 CCCat.). En el caso de que la actuación del mandatario se extralimite, y no sean ratificados por el mandante, el mandatario responde ante terceros de buena fe y ante el mandante (art. 1727 CC; art. 622-22 CCCat.) Para conocer la gestión de negocios en el Derecho catalán: *vid.* S. Camacho Clavijo, «La solidaridad con “motivos razonables” o la denominada gestión de asuntos ajenos del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña», *InDret*, enero, 2021; y, P. de Barrón Arniches, *loc. cit. supra* nota 828.

⁸⁴² A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 143.

⁸⁴³ El mandato se regirá por la ley elegida por las partes (art. 3 RRI) pero en su defecto la designación de la ley habrá de hacerse en base a las reglas generales del art. 4[2] RRI pues no existe regulación especial. Sin embargo, en caso de que el mandato sea representativo, el art. 1.2[g] RRI excluye del ámbito de aplicación material del Reglamento el efecto representativo.

la responsabilidad derivada de una gestión de negocios sin mandato son también cinco: [1] la ley elegida por las partes ya que éstas pueden escoger la ley aplicable a la responsabilidad derivada de la gestión de negocios ajenos en los términos del art. 14 RRII; [2] la ley aplicable a la relación previa entre las partes; en defecto de ley aplicable elegida por las partes, si existiese una relación previa entre las mismas, la ley que se aplicará será la misma que regulase dicha relación previamente existente, por ejemplo, la derivada de un contrato o hecho dañoso, estrechamente vinculada con esa obligación extracontractual; [3] la ley del país de la residencia habitual común de las partes; en el caso de que no exista relación previa entre las partes, la responsabilidad derivada de una gestión de negocios ajenos se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio tengan su residencia habitual ambas partes en el momento que se produce el hecho dañoso de la responsabilidad⁸⁴⁴; [4] la del país en el que se haya realizado el acto dañoso o *lex loci actus*; en defecto de los puntos de conexión anteriores, será aplicable la ley del país en el que se haya realizado el acto en cuestión, es decir, el acto de gestión que ha generado el daño. Con la aplicación de este punto de conexión, en caso de coexistir diversos actos perpetrados en diferentes países, a cada acto de gestión se le aplicará la ley del país en cuyo territorio se haya llevado a cabo. (5) La cláusula de excepción: si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual, que se derive de un acto realizado sin la debida autorización en relación con los negocios de otra persona, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado por los puntos de conexión anteriores se aplicará la ley de ese otro país más vinculado con el asunto.

c) En el caso de responsabilidad por la culpa *in contrahendo* (art. 12 RRII)

378 A efectos del Reglamento «Roma II» la *culpa in contrahendo* es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente en consonancia con ninguna legislación nacional (cdo. 30 RRII). El concepto del art. 12 RRII incluye la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales en aquellos casos en los que exista un vínculo directo entre los tratos previos a la celebración de un contrato y los daños extracontractuales. Por ello, las responsabilidades extracontractuales derivadas de daños personales están excluidas del paraguas del art. 12 RRII, y se regirán por la ley derivada de la aplicación de los criterios del art. 4 RRII. Por su parte, el art. 12 del Reglamento se aplica con independencia de si el contrato ha llegado a

⁸⁴⁴ Un dechado de manual: un comerciante individual con residencia en Zaragoza que tiene negocios de venta de muebles en Toulouse cae enfermo repentinamente, y su amigo, también residente en Zaragoza, se ocupa de la gestión de las ventas en Toulouse y evita el desastre comercial. Cuando se recupera el comerciante, su amigo que le ha estado gestionando el negocio reclama una indemnización que le compense por su labor. La ley aplicable que regirá esta responsabilidad, a falta de elección, será la española pues ambos son residentes habituales en España y ello, aunque la labor del gestor se haya llevado íntegramente en Francia [A.-L. Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3894].

celebrarse o no tras las negociaciones pertinentes. El artículo 12 RRII, como se explicará a continuación, se estructura en dos apartados, el primero [art. 12[1] RRII] contienen la regla general, y el segundo [art. 12.2 [a), (b) y (c)], una serie de reglas aplicables en caso de que no pueda aplicarse la ley designada por el criterio general del apartado 1, que emulan los criterios de la regla general del art. 4 RRII [*id est.*, el lugar del daño, el de la residencia habitual común y el de la cláusula de escape].

379 Así, pues, los puntos de conexión que determinan la ley aplicable en casos de *culpa in contrahendo* son: (1) la ley elegida por las partes acorde con el art. 14 RRII; (2) la regla general según la cual se aplicará ley que se hubiera aplicado al contrato (si éste hubiese llegado a celebrarse) contenida en el art. 12[1] RRII: «la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que habría aplicado al contrato si este se hubiere celebrado»⁸⁴⁵ –*rattachement accessoire*–⁸⁴⁶. Ello tiene sentido porque, por un lado, en estos casos resulta difícil precisar el lugar real en el que se verifica el daño, y, por otro lado, la ley que regula el contrato que quería celebrarse es una ley previsible para ambas partes y la que les genera menos «costes de transacción conflictual»⁸⁴⁷. Cuando la ley aplicable a la reclamación de responsabilidad precontractual no puede determinarse sobre la base del art. 12[1] RRII, (3) será aplicable, cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el hecho generador del daño, la ley de ese país, o (4) la ley del país en el que se produzca el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho que dio origen al daños y del país o países en los que se hayan producido las consecuencias

⁸⁴⁵ Por ejemplo, en un caso expuesto por A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en el que directivos de una empresa española negocian con directivos de una empresa japonesa, en Tokio, la firma de un contrato de suministro de tecnología. En el curso de la negociación, ciertos empleados de la empresa japonesa agreden a algunos de los directivos españoles. Finalmente, el contrato no se firma y la empresa japonesa divulga datos confidenciales de la empresa española. La ley aplicable a la responsabilidad que puede exigirse a la empresa japonesa se regirá por la ley que hubiera regulado el contrato de suministro, que hubiera sido la española por ser la del país de residencia habitual del prestador de los servicios [art. 4[1] RRII]. Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual que pudiera exigirse por las lesiones de las agresiones sufridas durante la negociación en Tokio se regirá por la ley japonesa y no por la ley española, y ello en aplicación del art. 4[1] RRII [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, 2018, p. 1330].

⁸⁴⁶ Esta regla que somete las reclamaciones que surgen de las transacciones precontractuales a la ley aplicable del acuerdo contemplado, recuerda una idea inicialmente sugerida por el autor francés P. Bourel, quien argumentó, por el año 1961, vincular las obligaciones que surgen de tratos precontractuales, aunque no contractuales, con el próximo acuerdo. Esta maniobra es indulgente con la técnica del accesorio [*rattachement accessoire*] de las obligaciones extracontractuales [B. Volders, «Culpa in contrahendo in the conflict of laws», *YPIL*, vol. 9, 2007, pp. 127-136, en p. 132].

⁸⁴⁷ En opinión de A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, pp. 3896-3897.

indirectas de ese hecho. Y, finalmente, [5] si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto de los indicados, se aplicará la ley de este otro país.

V. Reglas complementarias a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [arts. 15 a 22 RRII]

El Reglamento «Roma II» recoge una serie de normas comunes que complementan las reglas generales de determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

a) Ámbito de la ley aplicable [art. 15 RRII]

380 El art. 15 RRII describe cuál es el alcance material de la ley aplicable a la obligación extracontractual y qué es lo que regula. De este modo, de acuerdo con el Reglamento, son aspectos que se regirán con arreglo a la ley aplicable al asunto: el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos⁸⁴⁸, las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad⁸⁴⁹, la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada⁸⁵⁰, las medidas que puede adoptar un tribunal (dentro de los límites que le confiere el Derecho procesal de su Estado) para garantizar la prevención, el cese y la reparación

⁸⁴⁸ En concreto, la ley reguladora de la obligación extracontractual regirá cuestiones como el carácter o el tipo de la responsabilidad y reglas de imputación de la responsabilidad civil (por culpa, responsabilidad objetiva o por generación de riesgo, responsabilidad por presunción de culpa con atribución de la carga de la prueba de la diligencia del presunto responsable), la definición del ilícito, si la omisión constituye un ilícito y hasta qué punto, y la exigencia o no de la antijuricidad de la conducta para generar dicha responsabilidad, como determinar el nexo causal entre el hecho generador del daño producido, los criterios de imputación de la responsabilidad, así como qué personas pueden ser declaradas responsables aunque no sean los autores materiales del hecho dañoso, como en el caso de los progenitores o tutores [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, pp. 132-133].

⁸⁴⁹ Ello cubre cuestiones como la limitación legal o contractual de la responsabilidad, extensión, reparto de pagos y responsabilidades cuando hay diversos causantes, y la «llamada concurrencia de culpas». También, las causas típicas de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual como el caso fortuito, la fuerza mayor, los hechos a un tercero, la conducta de la propia víctima, personas contra las que no puede reclamarse, etc. [*idem*].

⁸⁵⁰ Esta previsión se refiere a toda evaluación y análisis de todo tipo de daño producido: moral, psicológico, material, de oportunidad, etc. Así como el sistema con el que va a concretarse y a cuantificarse la indemnización derivada de los daños producidos [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 134].

de daños⁸⁵¹, la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar daños o a solicitar indemnización⁸⁵², las personas que tienen derecho a la reparación del daño⁸⁵³, la responsabilidad por actos de terceros⁸⁵⁴, el modo de extinción de las obligaciones y las normas de prescripción y de caducidad⁸⁵⁵ [incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos por prescripción y caducidad]⁸⁵⁶.

⁸⁵¹ La ley reguladora de las obligaciones extracontractuales regula, en el caso de daños presentes, las medidas de determinación del daño y las medidas para reparar los perjuicios producidos por el mismo. En el caso de daños futuros, la ley aplicable regula las medidas jurídicas que pueden adoptarse para prevenir el daño futuro. Este art. 15 RRII permite al tribunal que conozca del asunto adoptar una medida cautelar prevista por la ley del foro en relación con bienes determinados respecto de los cuales la ley aplicable lo permita, aunque no esté previsto por la ley del foro para dichos bienes en concreto (*idem*).

⁸⁵² La ley aplicable con arreglo al Reglamento «Roma II» determina la «cedibilidad» del crédito, es decir, determina si el crédito se puede o no transmitir. El contrato de cesión de créditos puede afectar a un crédito nacido de una obligación extracontractual pero dicho contrato de cesión no se regirá por la ley aplicable a dichas obligaciones, sino que se regirá por la ley determinada por el art. 14 RRI. La transmisión por herencia de un crédito derivado de una obligación extracontractual se regulará por el Reglamento 650/2012 (*idem*).

⁸⁵³ La ley aplicable con arreglo al Reglamento 864/2007 indicará qué sujetos pueden ser titulares del derecho a solicitar una indemnización por perjuicios sufridos en los bienes o en personas de otros. Por ejemplo, en el caso de muerte de un familiar, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales determinará qué sujetos pueden reclamar la reparación del daño, el padre, la madre, el cónyuge, descendientes, la propia víctima, etc. Del mismo modo, la ley aplicable indicará que tipo de daños son los que pueden ser reclamados para su resarcimiento, si los daños morales, los económicos, etc. [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 135].

⁸⁵⁴ En esta previsión se halla que la ley a aplicar a la obligación extracontractual regulará la cuestión, por ejemplo, de la responsabilidad de los progenitores respecto de los daños causados por sus hijos, o de la responsabilidad del centro de enseñanza no superior por los daños causados por sus alumnos en período lectivo (*idem*).

⁸⁵⁵ La prescripción y la caducidad de la acción será determinada por la ley aplicable en las obligaciones extracontractuales [art. 15[h] RRII]. Y dicha ley es también aplicable a la prescripción de la acción que pueda ejercitar un tercero subrogado [ex. entidad aseguradora] en los derechos de dicha persona perjudicada [su asegurado] contra este autor. Como habrá ocasión de ver, en materia de daños en accidentes de esquí la diferencia de plazos en las diferentes legislaciones de los Estados miembros puede conducir a situaciones no previstas por la víctima.

⁸⁵⁶ En efecto, el ámbito de la *lex causae* es amplio: se le someten tanto las cuestiones relativas a la responsabilidad como las relativas a su puesta en escena. En lo relativo a la existencia de la responsabilidad se recogen las condiciones y concepto de la responsabilidad: las causas de exoneración, de limitación, reparto y extinción de la responsabilidad, la prescripción y caducidad. El art. 15 RRII también recoge cuestiones como la responsabilidad vicaria y la reparación de los daños sufridos personalmente [directos e indirectos]. En relación con la implementación, el precepto refiere que el órgano jurisdiccional puede tomar medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño; y somete a la ley aplicable la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños. De esta forma, el Reglamento «Roma II» somete estas cuestiones a la ley aplicable [es una solución clásica que ya se encuentra en el CLH71 y el CLH73]. Es evidente que la *lex causae* puede competir con otras leyes como la ley procesal, la que rija el contrato de seguro o incluso la ley del lugar del hecho generador del daño [*vid.* O. Boskovic, «Le domaine de la loi applicable», en S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, pp. 183-195].

Además, el cdo. 12 RRII establece que la ley aplicable debe regular también la cuestión de la «capacidad» para incurrir en responsabilidad por un hecho dañoso.

b) Leyes de policía (art. 16 RRII). Normas materiales imperativas

381 El riesgo evidente que implica la neutralidad de la norma de conflicto es el haber de recurrir a un ordenamiento jurídico extranjero que no tenga en cuenta las normas jurídicas que fundamentan el orden de valores superiores y fundamentales del foro. El concepto de normas materiales internacionalmente imperativas responde a la necesidad de orientar materialmente la cuestión del Derecho aplicable a fin de respetar los valores o intereses públicos primordiales del foro. Son normas cuya imperatividad es tal que no pueden ser exceptuadas por un Derecho extranjero. Las normas materiales imperativas también conocidas como normas de aplicación inmediata, de obligado cumplimiento, de intervención, perentorias, de policía y de seguridad o de orden público son, pues, aquellas que se imponen sea cual sea la ley aplicable conforme a las normas de conflicto generales. Se trata de disposiciones internas y unilaterales que incluyen un mandato sustantivo categórico de obligada observación. Estas normas imperativas participan de la imperatividad más estricta y excepcional que se define en la noción de «orden público internacional» frente al «orden público interno»⁸⁵⁷. Las normas materiales imperativas, de aplicación inmediata (es decir, *ex natura sua*, sin mediación de otras normas) y necesaria (excluye el recurso a un derecho extranjero), tienden a agrupar lo que la jurisprudencia entiende, indistintamente, por «leyes de policía y seguridad» y «leyes de orden público». Las leyes de policía, pues, responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. Dichas normas materiales imperativas pueden clasificarse por su origen y por su grado de imperatividad. Así, en función de su procedencia, se clasifican en normas imperativas del foro (art. 9[2]RRI), normas imperativas de la *lex causae* (que viene implícitas) y normas imperativas de un tercer estado (art. 9[3] RRI). Por el grado de imperatividad, las normas materiales se clasifican en absolutamente imperativas o relativamente imperativas. Y, en función del objetivo que pretendan conseguir las normas materiales imperativas pueden tener un carácter «ordopolítico» cuando se dirigen a la defensa de las estructuras básicas de la organización económica y social del Estado (defensa de la competencia, control de cambios, exportación de armas o material sensible, patrimonio cultural...), o carácter tuitivo cuando se dirigen a la protección de colectivos de personas (consumidores, trabajadores, menores, arrendatarios...). Los distintos instrumentos internacionales aplicables dentro de la UE (Convenio de Roma y Reglamento «Roma I») para dar efecto a este tipo de

⁸⁵⁷ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 155-159.

disposiciones imperativas, les dan un tratamiento diferente según su origen. De manera que, la aplicación por el foro de sus propias normas imperativas resulta automática cuando el supuesto de hecho cae dentro de su ámbito de aplicación e igualmente estará llamado a determinar las consecuencias civiles que se derivan de su incumplimiento (el carácter obligatorio de su aplicación puede verse en el art. 9[2] RRI o en el art. 7[2] CR, pero, sin embargo, no resulta igual en cuanto se refiere a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. En estos últimos casos, su aplicación dependerá de la necesidad que resulte del análisis particular de las circunstancias de cada caso en concreto en atención a los factores condicionantes. Así, el juez del foro deberá valorar si los intereses del Estado autor de la norma (los objetivos de orden político perseguidos y protegidos por la norma) son conformes con su propio ordenamiento, así como la «proporcionalidad» entre el alcance extraterritorial y el «fin» que se busca con su aplicación. También deberá considerar los intereses particulares de los contratantes y las circunstancias concretas del caso en cuestión como el grado de previsibilidad de aplicación de la norma al contrato, la voluntad de las partes, etc. Esto puede verse tanto en el Convenio de Roma (art. 7) como en el art. 9 RRI, si bien con diferencias significativas⁸⁵⁸.

382 Para encontrar una definición de «ley de policía» se acude al art. 9 [1]RRI: «una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Por su parte, el TJ (caso *Arblade/Leloup*: 1999) las ha definido como «las disposiciones nacionales cuya observancia se considera crucial para la

⁸⁵⁸ El Convenio de Roma recoge una solución que consiste en supeditar la aplicación del contrato a las leyes de policía extranjeras a determinadas condiciones que el juez debe verificar. Así, para que resulte, introducida la cuestión de la aplicación de la norma en el procedimiento, ya sea de oficio o a instancia de parte, «es necesario superar el test de la oportunidad o utilidad». Con todo, la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados es posible pero no obligatoria (dejando al margen la reserva que hicieron algunos Estados signatarios respecto de los cuales la aplicación de leyes de policía extranjeras está excluida). Esta solución no era pacífica y por ello el Reglamento «Roma I» en su art. 9 introdujo importantes modificaciones con respecto al art. 7[1] CR. El 9[3] RRI es una de las disposiciones más controvertidas y de más compleja aplicación del Reglamento «Roma I». Este artículo introduce restricciones no previstas en el art. 7[1] CR con la finalidad de reducir la posibilidad de dar efectos a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. Primero, restringe las normas materialmente imperativas que pueden incidir en la relación contractual a aquellas que estén en vigor en el lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato y siempre que hagan la ejecución del contrato ilegal, lo que sin duda revierte en la seguridad jurídica, y, segundo, la aplicación de las normas internacionalmente imperativas no es obligatoria, por tanto, es facultativa. (Para el análisis de las cuestiones que plantea la aplicación de las «leyes de policía» en el ámbito del Derecho contractual de la UE, *vid.* C. I. Cordero Álvarez, «Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea», *CDT*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 174-193).

salvaguarda de la organización política, social o económica del Estado hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional o a toda relación jurídica que se localiza en tal Estado»⁸⁵⁹. Se ve pues, que el riesgo que la neutralidad de la norma de conflicto implica de recurrir a un ordenamiento extranjero que no tenga en cuenta las normas jurídicas que fundamentan el orden de valores superiores o fundamentales del foro se corrige con las «normas materiales internacionalmente imperativas» que responden a la necesidad de orientar materialmente la cuestión del derecho aplicable en orden al respeto de tales valores o intereses públicos primordiales ⁸⁶⁰. Son normas materiales del foro cuya imperatividad es tal que en ningún caso pueden venir exceptuadas por la aplicación del Derecho extranjero. El TJ en el caso *Nikiforidis* [2018] estableció que en relación con el régimen de los contratos internacionales el art. 9(3) RRI no es aplicable cuando de lo que se trata no es propiamente de la aplicación de una norma internacionalmente imperativa extranjera sino de su mera toma en consideración, es decir, de la posibilidad de tener en cuenta tales normas extranjeras como circunstancia de hecho relevante al aplicar la ley que rige el contrato internacional⁸⁶¹. Por su parte, en la aplicación de la ley del Estado en base a la cual va a analizarse y fundamentarse el litigio, el Reglamento «Roma II» aclara que sus disposiciones no afectan a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación

⁸⁵⁹ En resoluciones del TJ como la sentencia de 23 de noviembre de 1999 [C-369/96 y 376/96, *Arblade/Leloup*, ECLI:EU:C:1999:575, § 30], y la de 31 de enero de 2019 [C-149/18, *Silva Martins c. Dekra Claims Services Portugal*, ECLI:EU:C:2019:84, § 28] el Tribunal ha declarado que la noción de norma imperativa del art. 9(1) RRI es igualmente válida para el art. 16 RRRII.

⁸⁶⁰ En la sección segunda de este capítulo, en relación con la prescripción de la acción, se estudia si es posible calificar a las reglas sobre prescripción como normas imperativas.

⁸⁶¹ De manera que, en el Reglamento 864/2007, la intervención de las normas materiales imperativas de un tercer Estado no está en modo alguno contemplada. En la sentencia del TJ de 18 de octubre de 2018 (*Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2018:774) el Tribunal hizo una interpretación muy restrictiva del juego de las normas materiales imperativas de un tercer Estado en el marco del Reglamento «Roma I». El TJ refiere que «el artículo 9, apartado 3, del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que excluye que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, pero no se opone a que dicho juez tome en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese Reglamento lo prevea. Esta interpretación no queda desvirtuada por el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3» [§ 55]. El litigio principal del que trae causa la cuestión prejudicial planteada que se resuelve por el TJUE en el asunto *Nikiforidis* no es un supuesto típico. Concretamente el objeto de la consulta se centraba en la posibilidad de que un tribunal alemán diera efecto a ciertas medidas griegas para la reducción del déficit en relación con la rebaja del salario de los empleados del sector público con relación a un profesor (*Nikiforidis*) de una escuela de primaria situada en Alemania, pero gestionada por Grecia siendo la ley alemana la aplicable al contrato de trabajo. [vid. C. I. Cordero Álvarez, *loc. cit.*, p. 189].

extracontractual [art.16 RRII⁸⁶²].

383 Por otro lado, se distinguen las normas materiales especiales de DIPr que dan una respuesta directa y material a un supuesto de tráfico externo. Éstas son normas de origen interno o supranacional, contenidas en el ordenamiento jurídico del foro, que están pensadas para ser aplicadas a relaciones jurídicas con elementos de extranjería; están pensadas para la especialidad que introducen la situaciones de tráfico externo y, en consecuencia, contienen el elemento de extranjería en su supuesto de hecho [p. ej., de origen interno, el art. 135 de la Ley Cambiaria y del Cheque, *vid. supra* nota 367; de origen europeo, la Directiva 2014/60/UE sobre la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio del E. M. –art. 8 que unifica a nivel de la UE los plazos de prescripción de las acciones de restitución–; y, de origen internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías –Convención de Viena– en el que se hallan dos tipos diferentes de normas materiales: las especiales dependientes –condicionadas a que el derecho aplicable derivado de la norma de conflicto sea el de un estado parte de la Convención– y las independientes –que pertenecen al ordenamiento jurídico de foro y se aplican con independencia de la norma de conflicto–]⁸⁶³.

c) Normas de seguridad y de comportamiento (art. 17 RRII)

384 Del mismo modo, indica el Reglamento «Roma II» que, para valorar el comportamiento de una persona cuya responsabilidad se pretende, habrá de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida que proceda, las normas de seguridad y de comportamiento vigentes en el lugar y momento en el que se produce el hecho dañoso que da lugar a la responsabilidad, ello con independencia de la ley aplicable al supuesto concreto [art. 17 RRII]⁸⁶⁴. El cdo. 34 explica que para obtener un equilibrio razonable entre las partes deben tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, las normas a las que se refiere el art. 17 RRII. A estos efectos, el considerando citado da la clave para la interpretación de los términos «normas de seguridad y de

⁸⁶² «Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual».

⁸⁶³ *Vid.* sobre las técnicas de reglamentación: J. M. de Dios Marcer, «Tècniques de reglamentació», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *op. cit.*, pp.165-190.

⁸⁶⁴ «Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad».

comportamiento», según la cual han de comprenderse todas las normas relacionadas de algún modo con la seguridad y el comportamiento ofreciendo, como ejemplo, las normas de seguridad vial en caso de accidente de tráfico⁸⁶⁵. En este sentido el término «normas» no debe ser limitado a las leyes en un sentido técnico⁸⁶⁶. Los tribunales y la doctrina han debatido si hay distinción entre norma de «seguridad» y de «comportamiento», de manera que pueda identificarse como normas de seguridad las estrictamente territoriales, y como normas de conducta aquellas que tengan un carácter más personal⁸⁶⁷. Por ejemplo, en un accidente de tráfico en el que únicamente resultan implicados los pasajeros del mismo vehículo, las normas estrictamente territoriales, v. gr., el lado de la carretera por el que se ha de conducir, han de tenerse en cuenta, aunque el accidente únicamente haya afectado a los pasajeros del mismo vehículo que tengan la residencia habitual común en otro Estado⁸⁶⁸. Por el contrario, otras normas pueden ser sometidas a un tratamiento más flexible y permitir considerar las normas de seguridad y de conducta obligatorias en el país de residencia habitual común de las partes. Como ejemplo de este tipo de normas más flexibles se encuentra la regla que obliga a abrocharse el cinturón para conducir o el límite de alcohol permitido. El art. 17 RRII va dirigido al «comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega» y ello porque el espíritu de la norma es buscar satisfacer las legítimas expectativas del responsable del daño de que su conducta sea juzgada dentro de lo ordenamiento jurídico en el que tuvo lugar su actuación. Sin embargo, no se puede ignorar que, en ocasiones, la conducta de la víctima es también relevante, especialmente en casos de imprudencia, como en los

⁸⁶⁵ Por ejemplo, en un accidente acaecido en Austria entre dos vehículos alemanes se confirma la relevancia de las normas de tráfico aplicables en el lugar del accidente para la evaluación de la culpabilidad de los alemanes involucrados y únicos intervinientes en el accidente; esto es, la culpa se rige por las normas de tráfico vial vigentes en el momento y lugar del accidente, aunque las consecuencias de la responsabilidad se rijan por una ley distinta, caso resuelto por el *BGH*, el 23/01/1996 [VI ZR 291/94 en <https://www.unalex.eu/Judgment/Judgment.aspx?FileNr=DE-2672> [esta resolución se adoptó antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma II de conformidad con las leyes nacionales alemanes de conflicto de leyes].

⁸⁶⁶ J. von Hein, «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *op. cit.*, 2015, p. 752.

⁸⁶⁷ Es importante retener que el art. 17 RRII no es una vuelta o un reenvío a la ley del lugar del hecho causante del daño y que no lleva una aplicación distributiva de la ley de ese lugar y la ley del lugar donde se produce el daño. Las normas de seguridad y de comportamiento se tendrán en cuenta como una cuestión de hecho. Es un mecanismo que ya se halla en el CLH71 cuyo art. 7 dispone que «cualquiera que sea la ley aplicable, se tendrán en cuenta, al determinar la responsabilidad, las normas de tráfico y de seguridad vigentes en el lugar y momento del accidente». Igualmente, se encuentra en el art. 9 CLH73 que prevé «la consideración de las normas vigentes en el Estado en cuyo territorio se introdujo en el mercado el producto» [vid. E. Loquin, «La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 [Roma II]», en S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, p. 43].

⁸⁶⁸ Por ejemplo, el *BGH*, en sentencia de 23 de enero de 1996 [VI ZR 291/94], ya indicaba que las normas de tráfico aplicables en el lugar del accidente son decisivas para la evaluación de la culpa en un caso de accidente de tráfico en el extranjero, incluso si las partes involucradas en él son nacionales alemanas y las consecuencias de la responsabilidad se rija por la ley alemana. No hay duda de que las normas de circulación son normas incardinadas en el precepto 17 RRII.

accidentes de esquí, de manera que habrá de tenerse en cuenta, de igual modo y por razones de equidad y de equilibrio entre las partes, la conducta del perjudicado⁸⁶⁹. Desde un punto de vista técnico, los tribunales tienen un margen amplio de discreción a la hora de tener en cuenta como un hecho las normas de seguridad y de comportamiento⁸⁷⁰. En relación con este tipo de normas, en la parte especial del capítulo, se estudiará si las normas de la Federación Internacional del Esquí (FIS)⁸⁷¹ pueden ser catalogadas como normas de comportamiento y de seguridad a los efectos del art. 17 del Reglamento.

385 Los tribunales han de tener en cuenta las normas que refiere el art. 17 RRII como una cuestión de hecho, el artículo no representa una conexión especial. Es decir, el tribunal debe aplicar la ley designada por la norma de conflicto, pero, además, debe tener en cuenta, como hecho, otra norma, p. ej., para evaluar la culpa⁸⁷². Desde luego, trazar la línea entre lo que es «tener en cuenta» y «aplicar» una norma no es siempre fácil⁸⁷³. El art. 17 RRII entra en juego tanto si la ley designada por la norma de conflicto lo ha sido en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 14 RRII) donde obliga al tribunal a tener en cuenta las normas de seguridad y de comportamiento vigentes en el momento y en el lugar en el que acaece el hecho dañoso, incluso si las partes han pactado una ley diferente para que rija su

⁸⁶⁹ J. Maseda Rodríguez «Las normas de seguridad y comportamiento en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales», *Dereito*, vol. 21, n.º 2, julio-diciembre, 2012, pp. 206-207.

⁸⁷⁰ J. von Hein, «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *op. cit.*, pp. 741-745.

⁸⁷¹ *Vid. supra* Capítulo I.

⁸⁷² Por el contrario, ¿debe tenerse en cuenta la ausencia de una norma de seguridad o de comportamiento en la legislación del país donde se produce el hecho que da lugar al daño al juzgar la irresponsabilidad de la persona autora del daño con arreglo a la ley del lugar donde se produjo el daño, aun cuando tales normas no existen en esa ley? La misma pregunta surge en caso de concurrencia de normas contrarias. La respuesta es incierta. El texto otorga al órgano jurisdiccional un amplio margen de maniobra. El art. 17 RRII dispone que dichas normas han de tenerse en cuenta «en la medida que sea necesario». Y el término «tener en cuenta» no impone obligación alguna. Con respecto a la aplicación del art. 7 CLH71, G. Légier señaló que «bajo el pretexto de que la ley aplicable en un accidente de tráfico acaecido en Gran Bretaña es la francesa, sería absurdo reprochar a un conductor haber circulado por la izquierda» [G. Légier, «Sources extra-contractuelles des obligations. Détermination de la loi applicable», *Droit international*, fasc. 553-1, n.º 110]. Por el contrario, será posible reprochar la imprudencia a la persona causante de un daño, aunque no haya norma que la obligue a una conducta en concreto. «La conciencia de la posibilidad de dañar debe ser suficiente para justificar la responsabilidad de la persona perpetradora» [E. Loquin, *loc. cit.*, p. 44].

⁸⁷³ *Vid.* L. De Lima Pinheiro, «Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalizations: A First Assessment of EC Regulation Rome II», *RDIPP*, 44, 2008, 5, 33, en J. von Hein, «Article 17 Rome II», *op. cit.*, p. 743.

controversia⁸⁷⁴; como si es la de la residencia habitual común [art. 4[2] RRII]; o la del lugar del daño [art. 4[1] RRII], si bien, en estos dos últimos casos, hay autores que han propuesto ajustar su alcance en los escenarios en los que la persona supuestamente responsable del daño no hubiera podido prever, de forma razonable, el lugar donde ocurrió el daño (y, en consecuencia, desconocer sus normas de seguridad y de comportamiento). De igual modo, el precepto también entra en juego en el ámbito de la ley designada por las reglas especiales del Reglamento [arts. 5 a 12 RRII]. Y, planteada la cuestión de si el art. 17 RRII debe únicamente tenerse en cuenta en los casos que sea más favorable para el presunto infractor que la ley designada aplicable en virtud del art. 4 RRII, algunos autores han sugerido extender el art. 17 RRII a casos que no están cubiertos directamente por la disposición, así, con respecto a su alcance material se ha sugerido obligar al tribunal a tener en cuenta la seguridad y la conducta en el lugar del daño, e incluso otras leyes, como p. ej., las del lugar en el que se den las consecuencias indirectas del daño⁸⁷⁵; y, en relación con el ámbito de aplicación personal del art. 17 RRII, se ha argumentado que la disposición debería apelar, por analogía, a la conducta de la víctima. Pues, si bien el espíritu del art. 17 RRII radica en acomodar el interés legítimo del presunto autor del daño a la previsibilidad de las normas de su conducta, la disposición no tiene efecto exclusivo y el tribunal debería poder tener en cuenta el comportamiento de ambas partes⁸⁷⁶. Por otro lado, las del art. 17 RRII no son normas imperativas en cuyo caso se aplicarían al litigio por la vía del art. 16 RRII, porque el art. 17 RRII no sustituye ni prohíbe a los tribunales tener en cuenta las normas imperativas en la situación que estén conociendo⁸⁷⁷.

386 Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, pues, como una cuestión de hecho en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y de comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad [art. 17 RRII]. De este modo, aunque la responsabilidad de una persona se rige por la ley designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II», el tribunal debe tener presente para valorar la actitud de la persona presuntamente causante y responsable del daño, la observancia o falta de observancia por tal persona de las normas de seguridad y de

⁸⁷⁴ Dada la ubicación del art. 17 RRII en la sistemática del Reglamento, cabe proyectar sus respuestas también en relación con las reglas específicas de responsabilidad no contractual [arts. 5 a 9 RRII]. Tampoco habría problema para extender su influencia en sede de enriquecimiento injusto, gestión de negocios o culpa *in contrahendo* [art. 10 a 12 RRII] (J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, 2012, p. 201; J. von Hein en G. P. Calliess [ed.] *op. cit.*, p. 575; A. Junker, «Article 17 Rome II», *Münchener kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5.^a ed. 2010, § 7).

⁸⁷⁵ El art. 17 RRII no legitima para tener en cuenta otro marco de derecho sustantivo aplicable (*vid.* J. von Hein, «Article 17 Rome II», en *op. cit.*, pp. 756-759).

⁸⁷⁶ J. von Hein, «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess [ed.], *op. cit.*, pp. 744-745.

⁸⁷⁷ Sobre la relación entre el art. 17 RRII y las demás reglas sobre daños del Reglamento, *vid.* J. von Hein, «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess [ed.], *op. cit.*, pp. 745-748.

comportamiento del derecho del país en el cual se produjo el daño⁸⁷⁸. La toma en consideración de este dato es obligatoria para la autoridad judicial que conozca del asunto siempre que sea apropiado. Esto significa que la responsabilidad civil extracontractual se rige por la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento «Roma II» generales y no necesariamente por la ley del país donde opera la persona o por la ley del país donde ha ocurrido el hecho del que deriva la responsabilidad. Y también significa que el juez procederá a tomar en consideración las normas del país en donde opera el sujeto solo si es razonable pensar que este confió en la aplicación de dichas normas a su conducta⁸⁷⁹.

d) La acción directa contra la aseguradora del responsable del daño (art. 18 RRII)

387 En relación con la acción directa, el Reglamento «Roma II» permite actuar directamente contra la aseguradora de la persona responsable del daño⁸⁸⁰ para reclamarle directamente la indemnización, siempre que así lo disponga y permita la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o la ley aplicable al contrato de seguro⁸⁸¹. En todo caso, las obligaciones que asume la aseguradora, los límites, condiciones, casos y requisitos son cuestiones sujetas a la ley que regula el contrato

⁸⁷⁸ Para el desarrollo de este estudio, es importante comprobar si las reglas FIS pueden considerarse como normas de seguridad y de comportamiento a los efectos del art. 17 RRII. Se analiza más adelante en la sección 2ª de este Capítulo.

⁸⁷⁹ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁸⁰ Art. 18 RRII: «La persona perjudicada podrá actuar directamente contra la aseguradora de la persona responsable para reclamarle el resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro».

⁸⁸¹ Caso ilustrativo conocido por el Tribunal de Justicia es el asunto, *cit., supra, Prüller-Frey* [2015]. Otro ejemplo, éste de manual, expuesto por A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, sería el caso de un español propietario de una casa en los Alpes austríacos a la que va de vez en cuando por vacaciones. Un día, a causa del viento se desprende la antena de la casa del vecino y ésta impacta contra la casa del propietario español. La compañía de seguros del vecino es suiza. En este caso, el nacional español puede accionar directamente contra la compañía de seguros del vecino para reclamar la reparación de los daños, bien si lo permite la ley suiza, que es la Ley por la que se rige el contrato de seguro, o bien si lo permite la ley austríaca que es la ley aplicable con arreglo al art. 4(1) RRII (A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, pp. 136-137). Otro supuesto, p. ej., es el caso *vid. supra, Baqueira Beret S. A.* [2013], en el que la familia de la perjudicada pudo ejercitar la acción directa contra la aseguradora del operador turístico con el que había contratado el viaje a la nieve.

de seguro (responsabilidad contractual)⁸⁸².

388 El Abogado General, en el caso *Prüller-Frey* [2015], indica que el art. 18 RRII solo prevé en base a qué derecho habrá de valorarse si cabe el ejercicio de la acción directa⁸⁸³, según el Abogado General el art. 18 RRII «designa la ley aplicable para determinar si la persona perjudicada está facultada para ejercitar una acción directa contra el asegurador»⁸⁸⁴; y la sentencia del caso refiere que «el art. 18 del Reglamento n.º 864/2007 no constituye una norma de conflicto de leyes relativa al Derecho material aplicable a la determinación de la obligación que incumbe al asegurador o al asegurado en virtud de un contrato de seguro» (§ 40); y sigue: «dicho artículo se limita a permitir el ejercicio de la acción directa en caso de que una de las leyes que enumera autorice tal posibilidad». En consecuencia, el supuesto de hecho de la norma de conflicto del art. 18 RRII es «el ejercicio de la acción directa» que se rige bien por la ley del daño o por la ley del contrato de seguro⁸⁸⁵.

389 Así las cosas, para entender la calificación de la acción directa a partir de su naturaleza se debe recurrir a sus elementos esenciales. De este modo, «para que el perjudicado tenga derecho a ejercitar la acción directa, si así lo dispone la ley aplicable, deben cumplirse dos presupuestos: uno, la imputación de responsabilidad civil al asegurado con arreglo al sistema conflictual que corresponda; dos, la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil válido regido por su propia ley [la rectora del contrato de seguro [*lex contractus*]], en cuya cobertura

⁸⁸² El art. 18 RRII se aplica únicamente a las obligaciones extracontractuales [en ningún caso, a las contractuales] [p. ej., cass. 1re. Civ., 24 janvier 2018, n.º 17-10.959: JurisData n.º 2018-000857, en <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2018/JURITEXT000036635337>].

⁸⁸³ *Prüller-Frey* [2015: § 75].

⁸⁸⁴ En el caso *Prüller-Frey* [2015], el Abogado General sostuvo que «el demandante en el procedimiento principal puede entablar una acción directa contra el asegurador si tal posibilidad se desprende del Derecho español aplicable a la obligación extracontractual, con independencia de lo que disponga el Derecho alemán, al cual está sujeto el contrato de seguro» (§ 83). Y la STUJE dispuso «por consiguiente, a efectos de determinar si, en el presente caso, *Prüller-Frey* puede ejercitar una acción directamente contra Axa, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si la ley aplicable a la obligación extracontractual de que se trata en el litigio principal, determinada de conformidad con el artículo 4 del Reglamento n.º 864/2007, o la ley aplicable al contrato de seguro celebrado entre Axa y Broding, permite que se ejercite la acción» (§ 43).

⁸⁸⁵ Sobre la acción directa véase el siguiente caso [SAP Barcelona, secc. 15.ª, n.º 1968/2020, de 23 de septiembre de 2020, ECLI:ES:APB:2020:8359] que se origina por la desaparición de una mercancía propiedad de la empresa italiana *Pirelli*, en Montpellier mientras era transportada por la empresa española Marcotrans en virtud del contrato de transporte firmado entre las dos empresas. Marcotrans tenía suscrita una póliza de seguros con Allianz, sometida al Derecho español. Marcotrans subcontrató el transporte efectivo con una empresa checa [Weroma], que a su vez tenía suscrita una póliza de responsabilidad con una aseguradora checa [Uniqa] sometida al Derecho checo. Allianz reclama a Uniqa. *Pirelli* contrató a una empresa española para el transporte de mercaderías, y aunque la denuncia de la pérdida se realiza en Francia, indica el tribunal que la reclamación de Allianz a Uniqa es por un transporte encargado en España por lo que la ley aplicable, en virtud del art. 4 RRII, es la Ley española la cual permite el ejercicio de la acción directa [FJ 4.10].

tenga cabida la responsabilidad que se impute al asegurado». Para que nazca el derecho del tercero para reclamar con cargo al seguro de responsabilidad civil la obligación de indemnizar, dichos presupuestos habrán de concurrir, porque si el primero no se cumple, el asegurado no es responsable y, si cumpliéndose, no existe contrato válido de seguro, el perjudicado únicamente podrá accionar contra el responsable del daño. Estas dos condiciones justifican la decisión del legislador europeo de conformar el régimen de la acción directa del art. 18 RRII a partir de las dos leyes (la rectora de la obligación extracontractual y la rectora del contrato de seguro)⁸⁸⁶.

390 El art. 18 RRII es una norma de conflicto que no responde a su estructura clásica de supuesto de hecho, criterio de conexión y categoría jurídica porque sus elementos aparecen menos definidos. Si bien es cierto que, el artículo no trata la acción directa ni el daño ni el contrato, no debe limitarse únicamente a determinar si cabe la acción directa o no. Para delimitar la extensión de la ley rectora de la acción directa, es decir, para determinar si ésta se limita a concretar si es o no posible su ejercicio, o si va más allá, no puede obviarse que la interrelación de derechos que confluyen en esta acción (el Derecho de responsabilidad civil y el Derecho de los seguros de responsabilidad civil) conduce a que la solución dependa de los aspectos que conforman el régimen jurídico de la acción por lo que la autora G. Garriga sostiene que «el art. 18 RRII no debe limitarse estrictamente a determinar si resulta o no posible el ejercicio de la acción»⁸⁸⁷. A partir de los principios que subyacen en el art. 18 RRII debería poder elaborarse, según G. Garriga, qué aspectos deberían permanecer en la ley rectora de la acción directa, pues, resulta que la autonomía otorgada al tercer perjudicado de elección entre ambas leyes está limitada por los propios límites que el contrato de seguro establece sobre la misma cuando la ley escogida sea la ley rectora de la obligación extracontractual y su regulación material diverja de la prevista por la ley rectora del contrato de seguro. En concreto, el alcance de las obligaciones de la aseguradora está presidido por su fin último que es «hacerse cargo de la deuda indemnizatoria que gravase el patrimonio del asegurado», en las condiciones previstas en el contrato y en la ley, pagando la deuda directamente al tercer perjudicado o al propio asegurado si éste hubiera satisfecho previamente la indemnización al perjudicado. En consecuencia, la aseguradora adquiere obligaciones respecto del asegurado, y, especialmente, respecto del tercer perjudicado, pues, solo así «es posible encuadrar las excepciones que la aseguradora puede oponer al

⁸⁸⁶ G. Garriga Suau, «Responsabilidad civil del Abogado...», *op. cit.*, 2015, pp. 138-140.

⁸⁸⁷ Para un buen entendimiento sobre la delimitación de la extensión de la ley rectora de la acción directa, esto es, si la misma se limita estrictamente a concretar si es o no posible su ejercicio o va más allá en el sentido de que también regula su régimen jurídico, *vid.* G. Garriga Suau, *op. cit.*, 2015, pp. 143-148.

perjudicado al amparo de la ley rectora del contrato de seguro». Así pues, la reclamación del tercero perjudicado deberá encuadrarse en el marco del contrato de seguro válido, y, dentro del alcance de su cobertura, para que sea posible el ejercicio de la acción directa, si la ley aplicable a la misma así lo dispone⁸⁸⁸.

e) La subrogación (art. 19 RRII) y la responsabilidad múltiple (art. 20 RRII)

391 En caso de subrogación⁸⁸⁹ por parte de un tercero en el crédito de la indemnización derivada de la obligación extracontractual, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, éste puede ejercitar los derechos que la antigua acreedora tenía contra la deudora según la ley que rige sus relaciones⁸⁹⁰. Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de este deudor a reclamar el resarcimiento al resto de deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor (arts. 19 y 20 RRII)⁸⁹¹. En lo que concierne a los plazos de prescripción, el objetivo perseguido por

⁸⁸⁸ G. Garriga Suau, *op. cit.*, 2015, p. 146.

⁸⁸⁹ Art. 19 RRII: «Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona (“la acreedora”) tenga derechos respecto de otra persona (“la deudora”) y una tercera esté obligada a satisfacer a la acreedora o haya, de hecho, satisfecho a la acreedora en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que la acreedora tenía contra la deudora según la ley que rige sus relaciones».

⁸⁹⁰ Por ejemplo, una compañía de seguros francesa paga a un español con residencia habitual en Barcelona y perjudicado por la rotura de una puerta ocasionada por un vecino americano del perjudicado. Para determinar si el asegurador puede repetir y emplear contra el vecino americano los recursos jurídicos y acciones que la víctima española pueda tener contra el responsable del daño americano, se aplicará la ley que regula la obligación de pago del tercero, es decir, la ley del Estado que regula el contrato de seguro entre responsable del daño y la empresa de seguros [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 137].

⁸⁹¹ El 1 de septiembre de 2011, en la zona de Mannheim (Alemania), un vehículo de tracción con un remolque acoplado volcó sobre la calzada al realizar un giro. Basándose en las apreciaciones de los agentes de policía que se personaron en el lugar del accidente, el conductor del vehículo de tracción fue declarado responsable del accidente. En consecuencia, la entidad aseguradora de dicho vehículo, la sucursal de «ERGO Insurance», se abonó a las víctimas del citado accidente una indemnización por un importe de 7.760,02 litas lituanas (LTL) [aprox. 2.255 euros]. Dicha entidad aseguradora posteriormente solicitó al órgano jurisdiccional que condenase a la entidad aseguradora del remolque, a saber, la sucursal de «If P&C Insurance», a hacerse cargo de la mitad de la indemnización de seguro que tuvo que pagar al considerar que debía responder solidariamente del daño causado. El TJ, en el marco del art. 19 RRII y en cuanto a la posibilidad de que la entidad aseguradora de un vehículo de tracción ejercite una acción de repetición contra la entidad aseguradora del remolque, indica que si el contrato de seguro admite la subrogación de la aseguradora en los derechos de la víctima, la ley rectora de la responsabilidad extracontractual se determinará según las reglas del Reglamento [art. 4 RRII]: «el artículo 19 del Reglamento «Roma II» establece que... la cuestión de una eventual subrogación en los derechos de la víctima estará regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, a saber, la entidad aseguradora de

este artículo es que cuando el tercero subrogado ejercita la acción contra el deudor, es la ley aplicable a la obligación del tercero subrogado de satisfacer al acreedor la que determina las normas de prescripción de esta acción. Como se desprende de los arts. 6, 14 y 16 RRII, tal objetivo consiste en garantizar la seguridad en cuanto al derecho aplicable con independencia del país en el que se haya planteado el litigio, en incrementar la previsibilidad de las resoluciones judiciales y en garantizar un equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada. Y, dicha previsibilidad de la ley aplicable se vería notablemente comprometida si, en caso de subrogación, las condiciones de ejecución y los modos

la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima» [ERGO Insurance, *cit.*, *supra* [2015: § 57] analizada por G. Garriga Suau, *vid. supra* nota 707 *fine*].

Y, más recientemente, en STJ de 17 de mayo de 2023 [asunto C-264/22, *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d'Autres Infractions (FGTI)*, ECLI:EU:C:2023:417], el Tribunal examina la cuestión de la ley que regula la subrogación y la ley que regula el crédito objeto de subrogación para determinar en cuál de ellas queda comprendido el plazo de prescripción de la acción del tercero subrogado frente al deudor; y falla que el art. 19 RRII en relación con los arts. 4[1] y 15[h] RRII deben interpretarse en el sentido que «la ley que rige la acción del tercero subrogado en los derechos de una persona perjudicada contra el causante de un daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción es, en principio, la del país en el que se produce ese daño». O, en otras palabras, la *lex causae*. En lo que atañe a los hechos, la resolución tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia de Lisboa, Portugal, en el contexto de un litigio entre la compañía aseguradora francesa FGTI y Victoria Seguros SA, compañía de seguros portuguesa, en relación con el reembolso de la indemnización abonada por dicho Fondo a una víctima de un accidente que tuvo lugar en Portugal. La perjudicada, una persona de nacionalidad francesa, fue golpeada por la hélice de una embarcación matriculada en Portugal, cuando se bañaba en una playa de la costa portuguesa. Esta persona sufrió graves lesiones como consecuencia del accidente y FGTI la indemnizó por los daños. Después, FGTI demandó a Victoria Seguros SA, la compañía de seguros del presunto responsable del accidente, con base a la subrogación en los derechos de la perjudicada, reclamando el reembolso de la cantidad reclamada. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia por entender que, en aplicación del Derecho portugués, la acción estaba prescrita. FGTI se alzó ante la Audiencia de Lisboa alegando que, con arreglo al art. 19 RRII, el plazo de prescripción era el del Derecho francés. [Para un comentario de la sentencia *vid.* R. Lafuente Sánchez, «Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y normas de prescripción: acción de un tercero subrogado en los derechos del perjudicado contra la compañía aseguradora del causante del daño Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2023, asunto C-264/22, *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme and d'Autres Infractions (FGTI)*», *La Ley Unión Europea*, núm. 117, septiembre 2023, pp. 1-14].

Véase otro ejemplo, éste hipotético, Juan, español que reside en París, invita a su apartamento de París a unos amigos suyos alemanes que están de paso por Francia. En la reunión ven un partido televisado de fútbol que enfrenta a la selección española y a la alemana. A causa del exceso de alcohol estos individuos causan daños al apartamento vecino, que es de una persona alemana que pasa unos días en París. La semana siguiente, Juan paga a su vecino los destrozos que él y los otros hicieron. En este caso, la obligación extracontractual entre los causantes alemanes de los destrozos y el vecino alemán ha de regirse por la ley alemana ya que todos ellos tienen residencia habitual en Alemania [art. 4[2] RRII]. Sin embargo, la obligación extracontractual entre Juan y su vecino se regirá por la ley francesa por ser el lugar de producción del daño [art. 4[1] RRII]. Al pagar Juan toda la deuda al vecino, cuando él repita contra los otros concausantes del mismo daño, la cuestión se regirá por la Ley francesa por ser la que regula las obligaciones extracontractuales entre Juan, que ha pagado toda la deuda, y la víctima alemana [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p. 138].

de extinción de la obligación extracontractual del deudor frente a la persona perjudicada estuvieran determinados por la ley aplicable a la obligación del tercero de satisfacer a dicha persona. De este modo, la ley aplicable no varía en función si se ha producido una subrogación o no⁸⁹². En caso de una obligación solidaria y de que uno solo de los deudores la haya satisfecho, el derecho de resarcimiento de ese deudor frente al resto se rige por la ley rectora de la obligación extracontractual que tenga dicho deudor con el acreedor (la «responsabilidad múltiple» [art. 20 RRII]⁸⁹³).

f) La validez formal de los actos unilaterales relativos a una obligación extracontractual y carga de la prueba (arts. 21 y 22 RRII)

392 El art. 21 RRII⁸⁹⁴ da validez a un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual si reúne las condiciones formales de la ley que rige las obligaciones extracontractuales, o, si no, si reúne las de la ley del país donde se haya celebrado el acto. De este modo, se persigue impedir que nadie pueda autodesvincularse de su responsabilidad en virtud de un acto jurídico por meros motivos de forma. La norma de conflicto de este art. 21 ofrece diversos puntos de conexión estructurados de forma alternativa con el objetivo de potenciar la validez formal de los actos generadores de responsabilidad extracontractual. En la medida en que la ley rectora de la obligación extracontractual establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba será aplicable en los supuestos que dicha ley cubra [art. 21[1] RRII]. Este precepto, que recurre a la *lex causae*, evita la aplicación de la ley del foro a estas cuestiones cuya naturaleza procesal o sustantiva es discutida⁸⁹⁵. De este modo, el Reglamento «Roma II» prevé una regla especial para la determinación de la ley aplicable a la carga de la prueba. El objeto del art. 22 RRII⁸⁹⁶ es resolver un problema de calificación. En concreto, dispone que las cuestiones relativas a las presunciones legales o carga de la prueba se someterán a la ley aplicable a la obligación

⁸⁹² *FGTI* [2023: § 30].

⁸⁹³ Art. 20 RRII: « Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor».

⁸⁹⁴ Art. 21 RRII: «Un acto jurídico unilateral relativo a una obligación extracontractual será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rige la obligación extracontractual o de la ley del país donde se haya celebrado el acto».

⁸⁹⁵ A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2008, p.139.

⁸⁹⁶ Art. 22 RRII: «1. La ley que rija la obligación extracontractual en virtud del presente Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones extracontractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba. 2. Los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro, bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 21, conforme a la cual el acto sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto».

extracontractual [a la ley que rige el fondo, no a la *lex fori*]. A la vista de lo dispuesto, el Reglamento 864/2007 reputa el tema como una cuestión de naturaleza sustantiva y no procesal. Como se ha referido, el propósito es excluir del ámbito de este precepto las reglas sobre carga de la prueba que se establecen por motivos procesales, p. ej., el hecho de que un documento se halle en poder de una de las partes. En relación con la admisibilidad de los medios de prueba de los actos jurídicos, el 22[2] RRII indica que podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro, bien por cualquiera de las leyes que pueden determinar la validez formal del acto, siempre que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto⁸⁹⁷.

VI. Tratamiento procesal del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto: principio de alegación y prueba por las partes

393 En este apartado se analizará los problemas procesales que plantea la aplicación del Derecho extranjero, es decir, las dificultades que surgen en el ámbito de la prueba cuando un juez español se encuentra en la circunstancia de aplicar una norma que pertenece a un ordenamiento jurídico extranjero. Una de las formas en que este Derecho extranjero puede presentarse ante el juez español es como resultado de una remisión conflictual porque el sistema español de DIPr es un sistema conflictual o de remisión por tanto las normas de conflicto españolas pueden ordenar la resolución del fondo del litigio conforme al ordenamiento de otro Estado lo que implica que el juez español debe subsumir los hechos en normas extranjeras⁸⁹⁸. En este apartado, nos ocupamos del *Derecho extranjero como objeto de una remisión conflictual*.

394 Lo primero que se debe considerar para analizar el régimen procesal del Derecho extranjero son las relaciones con otro sector del ordenamiento: el Derecho conflictual. En nuestro Derecho positivo, la relación entre las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero viene establecida por los arts. 12[6] CC⁸⁹⁹,

⁸⁹⁷ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 425.

⁸⁹⁸ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁸⁹⁹ Art. 12[6] CC: «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español».

281(2) LEC⁹⁰⁰ y 33(2) LCJI⁹⁰¹. El primero prevé la aplicación *ex officio* de las normas de conflicto, el segundo impone a las partes la carga de la prueba del contenido y vigencia de este Derecho en los casos en los que, según la norma de conflicto, el fondo del litigio deba resolverse conforme a un Derecho extranjero, y, el tercero, prevé la aplicación subsidiaria de la ley española en el caso de que las partes no hayan podido acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

395 El art. 12(6) CC prevé la aplicación de oficio de las normas de conflicto española por lo que el juez deberá, en principio, resolver el fondo del caso aplicando el Derecho, español o extranjero, que las normas de conflicto hayan designado. Sin embargo, el principio *iura novit curia* no alcanza al Derecho extranjero, es decir, los jueces españoles no tienen por qué conocer ni tampoco averiguar de oficio el contenido del Derecho extranjero, sino que, son las partes las que deben aportar el contenido del Derecho extranjero. De acuerdo con el art. 281(2) LEC es la parte que alega el Derecho extranjero quien debe acreditarlo⁹⁰², sin perjuicio de que el juez pueda, además, proceder a la averiguación de su contenido limitándose, en este caso, a completar o comprobar las pruebas que le han presentado las partes⁹⁰³. Y, el art. 33(2) LCJI da una

⁹⁰⁰ Art. 281(2): Objeto y necesidad de la prueba: «2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

⁹⁰¹ Art. 33(2) LCJI: De la prueba del Derecho extranjero «2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica».

⁹⁰² A estos efectos es importante fijar cuando precluye la posibilidad de la parte de alegar y probar el Derecho extranjero, es decir, fijar hasta qué momento procesal puede la parte interesada invocar el Derecho extranjero. Lo relevante es el momento en que precluye la posibilidad de invocar el Derecho extranjero (el momento procesal para la petición del recibimiento a prueba y su práctica siguen el régimen general de la LEC). La fijación de este momento de preclusión debe hacerse teniendo en cuenta el fundamento de la regla: las partes deben saber desde el principio qué se les pide y con qué cobertura jurídica para organizar su estrategia probatoria. Por esto, la posibilidad de invocar el Derecho extranjero debe precluir con los primeros posicionamientos jurídicos de las partes. Para el actor, precluye con la presentación de la demanda, y, para el demandado, precluye con la contestación (*vid.* arts. 399, 400 y 412 LEC). No obstante, si el demandado utiliza esta posibilidad e introduce en la contestación el elemento conflictual, el actor debe poder manifestarse sobre el contenido de ese ordenamiento y solicitar pruebas, etc., lo que deberá hacer bien en la audiencia previa en el caso del juicio ordinario, bien, como cuestión previa, al inicio del juicio verbal. No debe admitirse la invocación del Derecho extranjero en la segunda instancia sino se invocó en la primera [ATS de 22 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2568A].

⁹⁰³ Una atención particular merecen los convenios internacionales sobre información del Derecho extranjero, ya que proporcionan un cauce neutral al juez para obtener información y comprobar o completar, así, la que han aportado las partes. Los más importantes de los ratificados por España son el Convenio acerca de la información del Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, y la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, hecho en Montevideo, el 8 de mayo de 1979. Hay también convenios bilaterales que contienen obligaciones recíprocas de información. En el ámbito europeo, la Red Judicial Europeo puede emplearse para este fin [art. 3.2(b) de la Decisión 2001/470 [www. e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu)] [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 246].

respuesta expresa a qué sucede en nuestro sistema cuando las partes no cumplen con la carga de acreditar el Derecho extranjero. Desde un punto de vista teórico cabían dos soluciones: (i) resolver conforme el Derecho español si las partes no prueban el Derecho extranjero, o, (ii) desestimar la demanda si la parte actora no prueba el Derecho extranjero pues no prueba el fundamento jurídico de su demanda y por tanto deberá desestimarse. La jurisprudencia, aunque no era unánime, optaba por la segunda de las opciones y era la opinión dominante en la Sala Civil del Tribunal Supremo⁹⁰⁴. Esto, en la práctica, suponía un sacrificio a la aplicación de oficio de la norma de conflicto y el funcionamiento del sistema conflictual español como un sistema facultativo [y no imperativo como determina el art. 12[6] CC⁹⁰⁵]. La LCJL intentó aclarar este problema, aunque, como se verá a continuación, el resultado no ha sido el esperado. Señala, por un lado, «la aplicación subsidiaria de la ley española», pero,

⁹⁰⁴ STS de 30 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1632) «el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil [texto entonces vigente], cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada [sic]. Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6. II, inciso final –texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero– no constituye una obligación.». Esto es en definitiva lo resuelto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio» (FJ 3). La posición del TS cambia tras el punto de inflexión que instaura el TC a partir del año 2000 con su nueva doctrina (STC 33/2002, 11 de febrero, ECLI:ES:TC:2002:33) respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y la consideración de la prueba del Derecho extranjero como “Derecho” en sí, no como un “hecho”, aunque se deba aplicar, de forma subsidiaria, la ley del foro cuando no se pueda probar el Derecho extranjero. La postura se originó en la Sala de lo Social del TS estableciendo que la desestimación se produce porque el que tiene la carga de probar la norma jurídica debe fundamentar su pretensión, de acuerdo con la norma de conflicto, no lo ha hecho, por lo que debe soportar las consecuencias de la falta de la prueba; también se desestimará la demanda cuando no se alegue y pruebe la norma extranjera que deba alegarse, para provocar, así, la aplicación de la ley del foro cuando sea más beneficiosa. Esta postura vulnera la doctrina que venía defendiendo el TC. Tal criterio fue eliminado por la STS 1056/2005, lo que provocó la retroactividad de la doctrina dictada por el TC (A. Ortega Giménez, «La alegación y prueba del Derecho extranjero tras la nueva ley internacional de cooperación jurídica», *Revista de Derecho*, n.º 27, 2019, pp. 81-97, p. 84).

⁹⁰⁵ Recuérdese que el art. 12[6] CC se inclina claramente a favor de la imperatividad de las normas de conflicto cuando indica que «los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español» [carácter de *ius cogens* de las normas de conflicto del Derecho español]. Entonces, el presupuesto de base es que la norma de conflicto es obligatoria para el juez, pues forma parte del Derecho positivo del foro (J. C. Fernández Rozas, «Artículo 12, apartado 6...» *loc. cit.*, pp. 992-993).

del otro, remarca que esta solución es «excepcional»⁹⁰⁶ y reservada para los casos en que «no se haya podido acreditar» el Derecho extranjero, p. ej., por dificultades técnicas, de acceso a la información o de coste temporal y económico, y ello, sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la investigación de dicho contenido.

396 En la práctica esta solución constituye una prueba diabólica o de hecho negativos, pues, ¿cómo se demuestra que las partes no han podido acreditar el contenido de la ley extranjera? Bien, la práctica forense debería sucederse del siguiente modo. Debe bastar la afirmación del actor de que no ha podido acreditar el Derecho extranjero, quien, en consecuencia, fundamentaría su demanda en el Derecho español, y, corresponderá al demandado justificar que aquél sí disponía de los medios para probar el Derecho extranjero, pero si el demandado no dice nada y contesta también sobre la base del Derecho español, se aplica la doctrina de los hechos admitidos, ergo, el juez debe asumir que no se ha podido acreditar el Derecho extranjero y aplicar el Derecho español. A partir de aquí, en función del resultado de esta prueba, pueden pasar dos cosas: si el demandado demuestra que el actor sí disponía de los medios a su alcance para acreditar el Derecho extranjero, procede la desestimación de la demanda (lo que no impediría una nueva demanda sobre la base del Derecho extranjero, a pesar de lo que dispone el art. 400 LEC), o procede resolver conforme el Derecho extranjero probado, en este caso, por el demandado; si, por el contrario, el demandado no consigue demostrar que el actor sí podía haber acreditado el Derecho extranjero, el juez debe resolver aplicando la ley española.

397 Entonces, ¿hay posibilidades de aplicación de oficio del Derecho extranjero? Si el órgano jurisdiccional está obligado a aplicar de forma imperativa la norma de conflicto [art. 12[6] CC] y ésta remite a un Derecho extranjero, este Derecho debe ser aplicado; y si no es invocado ni acreditado por ninguna de las partes, la autoridad judicial debería acordar de oficio cuantas actuaciones fueren necesarias encaminadas a la prueba y vigencia de la *lex causae*, toda vez que el art. 281 LEC deja claro que no cabe prescindir de esta prueba. Sin embargo, la práctica general sigue siendo que la actividad probatoria debe iniciarse a instancia de parte, y su silencio respecto de la alegación y proposición de la prueba podría de ser remediado por el

⁹⁰⁶ Este carácter excepcional implica que no puede utilizarse este principio como un mero expediente sin antes haber agotado los medios razonables para acreditar el contenido y la vigencia del derecho extranjero. El tenor del referido precepto descarta la opción de desestimar la demanda en caso de falta de alegación y prueba del derecho extranjero. La aplicación del Derecho español en caso de falta de acreditación es en todo caso la excepción pues si las partes invocan el derecho extranjero y aportan «un principio de prueba», el juez está obligado a colaborar con las partes en la obtención de dichas pruebas. Si a pesar de todos los intentos posibles, tanto por las partes como por la iniciativa del propio juzgador, resulta imposible probar el Derecho extranjero material, se procederá a la aplicación excepcional del Derecho del foro, y ello con el objeto de garantizar una respuesta sobre el fondo. Respuesta que no se dio en el caso visto por el JPI n.º 39 de Madrid [sentencia n.º 196/2012] en el que la demanda es desestimada en primera instancia por la «falta absoluta de prueba del contenido del Derecho aplicable», veredicto que confirmó la AP; caso analizado por J. M. Fontanellas Morell, «La sucesión de un ciudadano marroquí de confesión judía ante los tribunales españoles», *AEDIPr*, t. XIII, 2013, p. 1154.

órgano jurisdiccional, cosa que no sucede, y, hoy por hoy, se puede afirmar que la falta de prueba del derecho extranjero a instancia de las partes reconduce a la Ley española⁹⁰⁷.

398 El Derecho extranjero, cuando aparece como objeto de una remisión conflictual es Derecho, es decir, tiene naturaleza jurídica, no fáctica (*vid.* STC 10/2000, de 17 de enero o STS de 24 de junio de 2010)⁹⁰⁸. El juez español debe interpretar y aplicar al caso normas, aunque extranjeras, y el proceso mental es análogo al que sigue al aplicar cualquier norma española. Por eso, el art. 281(2) LEC permite que el juez utilice los medios de averiguación que estime necesarios para aplicar el Derecho extranjero. Otra cosa distinta es que, a ciertos efectos, el tratamiento procesal del Derecho extranjero se equipare al de los hechos, pero no por ello pierde su naturaleza jurídica⁹⁰⁹. El juez español debe actuar, en principio, como si fuese un juez del Estado extranjero en cuestión lo que supone que, en la medida de lo posible, las dudas interpretativas deben ser resueltas aplicando los cánones y el procedimiento que hubiera utilizado el juez extranjero, lo mismo vale para la definición de conceptos jurídicos utilizados por el Derecho extranjero⁹¹⁰. La consecución de esta idea explica

⁹⁰⁷ Arrastrando el derogado párrafo segundo del art. 12(6) CC que establecía que «la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido por los medios admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las provisiones oportunas». Este precepto impedía aplicar la ley extranjera reclamada por la imperativa norma de conflicto si una de las partes no lo invocaba y probaba y la función del juzgador era la de mero auxilio. Sin embargo, el art. 218(2) LEC no reproduce lo que disponía el antiguo 12.6(2) CC, no contienen ninguna referencia a la obligación de las partes, ni en relación con la alegación ni en lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero, y sí deja claro que no cabe prescindir de la prueba de este Derecho extranjero, bien por las partes, bien por el tribunal a través de los medios de averiguación necesarios (*vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en X. Abel Lluch/J. Picó i Junoy (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498).

⁹⁰⁸ ECLI:ES:TC:2000:10. No cabe confundir la prueba de «legislación» vigente en un determinado territorio, con la prueba «del Derecho» aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law* (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 junio 2010, rec. 1798/2006, ECLI:ES:TS:2010:3753).

⁹⁰⁹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 245.

⁹¹⁰ El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero (STS 390/2010). De esta última interpretación, véase algunas ideas: a) en principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al Derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de Derecho interno, sino las normas especiales de Derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado; b) debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero; c) el Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales; y d) se aplicarán las normas de Derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares (A. Ortega Jiménez, *loc. cit.*, pp. 88-87).

que el objeto de la prueba no sea solo el Derecho legal, sino el ordenamiento jurídico extranjero como sistema jurídicos, incluyendo, p. ej., la jurisprudencia extranjera. En este sentido la LCJl prevé que la información del Derecho extranjero se refiera a que a su «vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante» [art. 34 LCJl]. Y, el TS suele exigir que se pruebe «su contenido y vigencia...sin que baste la cita aislada de los textos legales extranjeros, sino que es necesario probar el sentido, alcance e interpretación atribuidos por la jurisprudencia del respecto país»⁹¹¹. Los medios de prueba de que disponen las partes son los generales previstos por la LEC (*vid.* art. 33 LCJl). La jurisprudencia es flexible y permite utilizar los medios de prueba formales [arts. 299 y ss. LEC] como otras diligencias idóneas al amparo del art. 299(3) LEC⁹¹².

399 El *status quaesitionis* de la doctrina del TS sobre el régimen procesal del Derecho extranjero queda resumido en la STS de 17 de abril de 2015⁹¹³ (*vid.* posteriormente STS de 20 de mayo de 2015⁹¹⁴). En resumen, esta doctrina establece que (i) el juez español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español [art. 12(6) CC] que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional

⁹¹¹ STS de 25 de enero de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:282]. Ante este escenario, se plantea la cuestión sobre si la solución que el Estado español adopta, hoy por hoy, puede fomentar tipo de prácticas de las partes, que con el ánimo especulador de que se aplique a su asunto el Derecho español en lugar del derecho extranjero, por una cuestión de comodidad y familiaridad con el Derecho interno, no acrediten ni hagan nada por intentar acreditar el derecho extranjero aplicable. Así, p. ej., en la SAP Oviedo n.º 54/2018 [*cit. supra* nota 455] una vez determinado que la ley aplicable al litigio sería la francesa, se indica «pues bien, al respecto de dicha prueba la recurrente se abstuvo de forma absoluta y plena de todo intento e incluso de cualquier indicación relativa al fondo, por lo que procedía, como así hizo el Tribunal de Instancia, la aplicación del derecho nacional» [FJ 3.6]. Si bien es cierto que las partes tienen el foro de la libre elección del derecho aplicable, ello habría de acordarse según las reglas del Reglamento y no esperar a la práctica del acto del juicio oral para burlar la aplicabilidad de la ley extranjera que resulta de aplicación al litigio con arreglo al DIPr español.

⁹¹² F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 245. Las fuentes de prueba más comunes son: a) Los documentos públicos o intervenidos por fedatario público donde se hace constar el contenido y vigencia de las normas extranjeras invocadas. Aunque no hay un elenco tasado, por lo general, son certificaciones expedidas por autoridades extranjeras. Notarios, p. ej., del país en cuestión cuando, conforme a su legislación, tienen atribuida esta función [a modo de los testimonios notariales para los notarios españoles] o también diplomáticos o cónsules de ese país acreditados en el extranjero. b) El dictamen de jurisprudencia debidamente legalizado [este medio ha sido el considerado tradicionalmente idóneo *vid.* STS de 20 de febrero de 2014]. La jurisprudencia del TS suele exigir que sean de la nacionalidad del Estado cuyo Derecho es objeto de prueba. Esta fuente se puede tramitar como prueba documental o pericial. Junto a éstos, la flexibilidad probatoria de la LEC permite acudir a cualquier tipo de informe o dictamen, incluidos los de academias o instituciones, a nacionales o extranjeras (*vid.* art. 340(2) LEC). Nada impide la utilización de otros documentos, como p. ej. un código. La mayor o menor autenticidad del documento no incumbe a la posibilidad de utilizarlo sino a la libre apreciación del juez, quien en ningún caso queda vinculado por los informes o dictámenes sobre la ley extranjera que se le puedan presentar [art. 33(4) LCJl] [p. 246].

⁹¹³ STS n.º 198/2015, de 17 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1868].

⁹¹⁴ STS n.º 287/2015, de 20 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:3159].

internacional. En el primer caso, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española [art. 12[1] CC]. (ii) El Derecho extranjero debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el segundo párrafo del art. 281(2) LEC exige la prueba de «su contenido y vigencia», si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de la «persona que invoque el derecho extranjero». (iii) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de su prueba no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias. La primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso del art. 281(2) LEC, que supone una flexibilización a las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recursos de casación como se afirmó en la STS 528/2014, de 14 de octubre⁹¹⁵. Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que, de ordinario, es la demanda y la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique el Derecho extranjero con más seguridad si fue oportunamente alegado. (iv) El empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281(2) LEC porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero. Y, (v) la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado el TC como exigencia derivada del derecho a la tutela

⁹¹⁵ ECLI:ES:TS:2014:5567.

judicial efectiva que establece el art. 24 CE (STC 155/2001, de 2 de julio⁹¹⁶).

VII. Problemas de aplicación (arts. 23 a 26 RRII)

400 Para continuar la explicación se pondrá el foco de atención sobre unas reglas que resuelven algunos de los problemas de aplicación típicos, principalmente, el reenvío —excluido por el Reglamento—, la salvaguarda del orden público del foro y la aclaración en el caso de remisión a un sistema plurilegislativo.

a) El reenvío (art. 24 RRII)

401 El reenvío implica una remisión por la norma de conflicto española a un Derecho extranjero y la consideración u observación de las normas de conflicto de dicho país extranjero. Si dichas normas reenvían a la ley del foro, se trata de un supuesto de «reenvío de retorno o de primer grado», si, por el contrario, remite a una tercera ley, el reenvío es de «segundo grado»⁹¹⁷. Cuando la norma de conflicto extranjera considere que el derecho aplicable es su propio derecho, no hay reenvío porque la solución que deriva de la norma de conflicto del foro y de la norma de conflicto del derecho reclamado por la norma de conflicto del foro es la misma. Tampoco existe reenvío cuando la aplicación de la norma de conflicto del foro conduce al derecho del foro. El reenvío solo puede darse, pues, cuando la norma de conflicto del foro remite a un derecho extranjero. Cada sistema de DIPr puede optar por prohibir el reenvío o admitirlo ya sea permitiendo tanto el reenvío de primer y de segundo grado, o bien, limitándolo al reenvío de primer grado.

402 Una de las reglas más relevantes sobre la forma de aplicación de esta figura es la que establece que el reenvío ha de ser compatible con la finalidad de la norma de conflicto respecto de la que se aplica, de forma que, incluso en aquellos casos en los que se admita de forma generalizada, «no operaría si fuese contrario a la finalidad de la norma de conflicto», lo que implica, p. ej., que el reenvío no opere cuando el punto de conexión es la autonomía de la voluntad. Es decir, «si un derecho resulta aplicable porque las partes así lo han escogido no tiene sentido dejarlo de aplicar a través de la figura del reenvío porque supondría desmerecer la intención de las partes en la aplicación del derecho designado por ellas»⁹¹⁸.

403 El art. 24 del Reglamento 864/2007 excluye el reenvío disponiendo que

⁹¹⁶ BOE, núm. 178, 26 de julio de 2001, pp. 47-55.

⁹¹⁷ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 184.

⁹¹⁸ R. Arenas García, «Problemes d'aplicació», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. [coords.], *op. cit.*, pp. 216-217.

«cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas del DIPr»⁹¹⁹. Por tanto, el Reglamento prohíbe el reenvío lo que implica que el tribunal no puede remitir una situación a otro ordenamiento cuando la ley de este ordenamiento también remita la situación privada internacional a un tercer país⁹²⁰.

404 Las razones de prohibición del reenvío son varias, pero, en definitiva, dicha prohibición busca promover la estabilidad y predictibilidad en el ámbito del DIPr. Una de las razones de prohibición es evitar la creación de un ciclo interminable de reenvíos en situaciones en las que diferentes ordenamientos jurídicos tienen reglas que se remitan mutuamente, pues, esto puede conducir a una incertidumbre y dilación en los procedimientos. Además, esta prohibición se basa en la necesidad de preservar y respetar la soberanía de cada Estado, y, busca evitar la posibilidad de conflicto de leyes entre diferentes ordenamientos.

b) El orden público del foro (art. 26 RRII)

405 El orden público «internacional» puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. En su aspecto positivo, el orden público se confunde con las que se han denominado «normas materiales imperativas». La dimensión negativa del orden público, que es la que ahora interesa, se utiliza como correctivo funcional frente a la norma de conflicto; en su virtud, se elude a la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto⁹²¹. Dicho correctivo viene

⁹¹⁹ Tradicionalmente, los instrumentos internacionales han excluido el reenvío, a veces, de forma expresa (como el Reglamento 864/2007 o el Reglamento 2016/1103, en materia de regímenes económicos matrimoniales, o el Reglamento 2016/1104, en materia de efectos patrimoniales de la uniones registradas), y en otras, la exclusión deriva de la obligación de aplicar el derecho designado al instrumento en todo caso, salvo razones de orden público. En estos casos, se entiende que, la no previsión del reenvío al instrumento unido a la obligación de aplicar el derecho designado, implica que no se podrá eludir la aplicación de la ley que resulte de las normas de conflicto del instrumento con el argumento que las normas de conflicto del ordenamiento llamado consideren que el derecho aplicable debería ser el de otro Estado. En la actualidad, pero, el Reglamento 650/2012, en materia de sucesiones, sí prevé el reenvío. La previsión del Reglamento es compleja. En primer lugar, el reenvío opera únicamente cuando la norma de conflicto del Reglamento remite a un Estado no miembro, y el reenvío solo opera si la norma de conflicto del tercer Estado remite a un Estado miembro o a otro Estado no miembro, pero cuyas normas consideran aplicable el derecho de este último Estado (R. Arenas García, *idem*).

⁹²⁰ Por su parte, el art. 12[2] CC dispone que «la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Así, de esta norma se desprende que la solución del sistema español de DIPr no admite, con carácter general, más que el reenvío de retorno a la ley española (de retorno o de primer grado).

⁹²¹ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 179.

recogido expresamente en el Reglamento «Roma II» cuando dispone que «solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro» [art. 26 RRII]⁹²². El tenor de la cláusula indica, de forma expresa, que lo que se excluye son disposiciones específicas, no la ley extranjera en su conjunto, y solo en casos de manifiesta incompatibilidad. El orden público internacional «es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, por ello debe interpretarse de modo restrictivo y debe aplicarse de modo excepcional»⁹²³. Además, no puede perderse de vista la «actualidad» del orden público «para apreciar la contrariedad de una ley extranjera con el orden público español, la autoridad judicial debe tener en cuenta exclusivamente los principios y valores esenciales vigentes en el Derecho español en el momento en que debe dictarse sentencia»⁹²⁴.

406 La excepción del orden público, ahora que se conoce el concepto y su alcance, se caracteriza esencialmente por su excepcionalidad, por su territorialidad y por su actualidad⁹²⁵. Es excepcional porque la ley extranjera ha de implicar una contradicción «manifiesta» con los principios jurídicos fundamentales, no es suficiente una mera diferencia de contenido. Es territorial porque el rechazo al derecho extranjero se produce como resultado de su contrariedad con el orden público del foro. Y es actual porque para apreciar la contrariedad de una ley extranjera con el orden público del foro, el juez debe tener en cuenta exclusivamente los principios y valores esenciales vigentes en el derecho del foro en el momento en que debe resolver⁹²⁶.

407 En el caso de una ley que produce efectos manifiestamente contrarios al orden

⁹²² Por su parte, el correctivo del orden público viene recogido en el art. 12[3] CC a cuyo tenor «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». El concepto que utiliza el precepto debe entenderse referido al orden público «internacional», por oposición al orden público interno. Éste viene conformado por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico no derogables por la voluntad de las partes. En contrapartida el orden público internacional es un concepto más restringido, que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que puedan derogarlos (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 180). Los principios y valores que integran el concepto de orden público encuentran su origen, en primer término, en el Derecho estatal, y dentro de éste, en el Derecho constitucional. La Constitución como norma fundamental del Estado, constituye la referencia básico de lo que debe ajustarse el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. Su trascendencia es manifiesta en el ámbito del Derecho de familia, por incorporar valores específicos relativos a la dignidad de la persona, a la igualdad de los cónyuges o de los hijos o a la protección del menor [p. 181].

⁹²³ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 68.

⁹²⁴ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 181.

⁹²⁵ «Toda vulneración de un principio esencial del foro tiene que pasar siempre por la acreditación del contenido intolerable del Derecho extranjero» (J. M. Fontanellas Morell, «La sucesión de un ciudadano marroquí...», *loc. cit.*, nota 906, p. 1156).

⁹²⁶ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 181.

público internacional del Estado del foro, hay autores que defienden que las obligaciones extracontractuales deben regirse por la ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el propio Reglamento y no por la *lex fori*. De este modo, se protegería «la certeza jurídica y la aplicación uniforme del Reglamento en la Unión Europea»⁹²⁷. Y aunque el argumento es admisible, entendemos que no es concluyente y, además, el Reglamento nada especifica al respecto. La respuesta de aplicar la ley del foro en caso de necesidad de aplicar el correctivo de orden público es igualmente admisible y cierra, de forma definitiva, la posibilidad de tener que aplicar de nuevo el correctivo para el supuesto de que el siguiente punto de conexión condujera a un Derecho que contuviera, de igual modo, efectos contrarios al orden público del Estado del foro. La aplicación de la *lex fori* en estos casos zanja la problemática.

408 En el sector de las obligaciones no contractuales es relevante el caso de los llamados daños punitivos⁹²⁸ [cabe decir que, en España, las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual no presentan una finalidad sancionadora y preventiva], pero una ley extranjera que concede estos daños punitivos (si dichos daños e intereses ejemplarizantes o punitivos son proporcionales y no excesivos), no será considerada contraria al orden público internacional español [«test de la proporcionalidad»]. Si, por el contrario, tales daños e intereses ejemplares o punitivos son de naturaleza excesiva, el órgano jurisdiccional competente dispone de la posibilidad de considerar que la aplicación de dicha ley extranjera vulnera el orden público del foro. El tribunal deberá examinar las circunstancias de cada caso para valorar y determinar la vulneración o no del orden público, y con ello, tener en cuenta las vinculaciones específicas del caso con España [«test de la vinculación especial»]⁹²⁹. Las mismas pruebas y valoraciones deberán considerarse en orden a

⁹²⁷ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 68.

⁹²⁸ Los daños punitivos consisten en una cantidad económica prevista en el Derecho de la mayor parte de los países anglosajones y que debe desembolsar la persona responsable de un daño no, para compensar a la demandante o víctima por el daño sufrido, sino con la finalidad de impedir y de disuadir a la propia demandada y a otros de realizar las mismas actividades que han causado los daños a la demandante. Los daños punitivos constituyen una especie de pena privada para disuadir a la sociedad de la realización de actos dañosos y graves como son los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública [A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, p. 68]. El derecho de daños de los Estados Unidos contempla los daños punitivos, y sus importes son extraordinariamente elevados. Sin embargo, en Europa, especialmente en el Reino Unido, las indemnizaciones por este concepto son más moderadas y se diferencian los conceptos por los que se fija la indemnización de un modo más explícito, p. ej., en casos de violación de los derechos de la personalidad. Por lo general, estas indemnizaciones son comparables a las que se fijan por los daños personales ya que el objetivo de ambas es compensar o resarcir la pérdida que ha sufrido la persona perjudicada y, al mismo tiempo, disuadir a la persona responsable de futuros comportamientos negligentes o de su mala conducta [C. van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford, University Press, 2013, p. 350].

⁹²⁹ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, 2008, *op. cit.*, pp. 69-70.

determinar el reconocimiento y ejecución en España de las sentencias extranjeras que conceden estos daños punitivos. Al final, si el caso no presenta un ligamen sustancial con España que pueda amenazar la coherencia jurídica española, no hay razón para no aplicar la ley extranjera ni para no reconocerla⁹³⁰.

409 Y, ante este escenario, si la solución a la inaplicación de una norma por ser contraria al orden público pasa por aplicar la *lex fori* en su lugar, ¿qué ley española debe aplicarse en el caso de que la ley extranjera designada sea contraria al orden público? ¿cuál de ellas? Se ha reseñado que el art. 26 RRll indica que podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público del foro [de lo que se infiere que puede suceder que sea únicamente una disposición, de manera que se mantendría la aplicación del resto de la ley designada, o que abrace a todo el derecho extranjero, de forma que se aplicaría la ley del foro en su totalidad]. De este modo, parece que la opción más razonable y previsible es aplicar la «ley propia del territorio del juez que conoce»⁹³¹.

410 La misma cuestión ha de plantearse en los casos en los que la falta de prueba del Derecho extranjero implique recurrir a la aplicación de la ley del foro⁹³², ¿qué ley española? A. Font i Segura⁹³³ propone la aplicación de la ley civil española correspondiente al territorio en el que tenga la sede el tribunal competente, si bien de forma excepcional, cabría la posibilidad de aplicar otra ley española si se acredita una mayor vinculación con el caso. Por otro lado, J. Forner Delaguaya⁹³⁴ considera, de forma taxativa, que la solución coherente es aplicar la ley propia del territorio que conoce en los mismos términos que se llevaría a cabo con una situación interna vinculada a dicho territorio, sin que quepan excepciones por razón de vínculos de proximidad. En cualquier caso, dichas opciones serán satisfactorias, o no, más o

⁹³⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III pp. 4013-4020. En este contexto, es importante llamar la atención sobre el cdo. 32 del Reglamento que contiene una mención sobre los daños punitivos: la aplicación de una ley que condujera a imponer daños e intereses ejemplares o punitivos «...puede según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro».

⁹³¹ J. J. Forner Delaguaya, «La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos internacionales», *L'aplicació del dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, A. Font i Segura (coord.), Barcelona, Atelier, 2011, p. 108.

⁹³² El problema de la falta de acreditación del derecho extranjero (*vid. supra* § 395: aplicar supletoriamente la *lex fori*, desestimar la demanda, o incorporar de oficio la ley foránea) es un debate bien delimitado al que pueden hallarse ventajas y desventajas de cada opción o solución (*vid. M. Virgós Soriano/F. J. Garcimartín Aflérez, Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional. 2.ª ed.*, Civitas, 2007, pp. 520-521).

⁹³³ A. Font i Segura, «Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional», *De Conflictu Legum, Estudios de Derecho internacional privado*, n.º 10, Santiago de Compostela, 2007, pp. 204-205.

⁹³⁴ J. Forner Delaguaya, *loc. cit.*, p. 109.

menos eficientes, pero ello ha de depender de lo que diga el legislador estatal (no el autonómico); al legislador autonómico no le corresponde legislar sobre la aplicación de su derecho territorial en casos de reenvío a la ley española, cuando haya de aplicarse la ley española como consecuencia de que la extranjera conculque el orden público español o como consecuencia de su falta de alegación y/o prueba, pues, le corresponde, en exclusiva, al legislador estatal, lo que todavía no ha llevado a cabo, y de ahí, ante la falta de regla surge el planteamiento de las referidas situaciones⁹³⁵.

c) Remisión a sistemas no unificados o Estados plurilegislativos (art. 25 RRII)

411 Los Estados plurilegislativos se caracterizan por la existencia, dentro de su sistema jurídico, de una pluralidad de leyes o legislaciones susceptibles de regular una misma situación y de generar, en consecuencia, conflictos de leyes internos⁹³⁶. El Reglamento 864/2007 aclara que, en el caso de Estados plurilegislativos, en materia de obligaciones extracontractuales «cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento» [art. 25[1] RRII]. Precisa, además, que «un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones extracontractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales» [art. 25[2] RRII]. La norma de remisión del Reglamento «Roma II» [art. 25[1] RRII] se vale de una remisión «directa», puesto que designa la ley de una unidad territorial dentro del Estado (el lugar de residencia habitual común o de producción del accidente). Para que este artículo 25[1] sea operativo es necesario que el país al que remita la norma de conflicto cumpla los dos requisitos: el primero, que se trate de un Estado donde coexisten diferentes zonas o áreas geográficas definidas a las que se les reconozca un «cierto grado de separación constitucional», y, en segundo lugar, es necesario que estas áreas geográficas o unidades territoriales dispongan de normativa propia en los

⁹³⁵ S. Álvarez González, *op. cit.*, 2019, pp. 386-387.

⁹³⁶ J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 174.

diferentes aspectos de la materia de responsabilidad extracontractual⁹³⁷.

412 España es un Estado plurilegislativo, no de base personal⁹³⁸, sino de base territorial⁹³⁹ y, desde la perspectiva del sistema español, este sistema introduce

⁹³⁷ A. Dickinson, «Territory in the Rome I and Rome II Regulations», en J. Basedow *et al.* (ed.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affaires 2011-2013*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015, p. 98, <https://lawexplores.com/in-the-rome-i-and-rome-ii-regulations/>.

⁹³⁸ Si bien sí cuenta con un elemento –vecindad civil– de base personal (*vid. infra* nota 954). En esencia, pero, un Estado plurilegislativo es de base personal cuando radica en razones de índole personal, étnica o religiosa porque, el Estado en cuestión, confesión religiosa, etnia o grupo tiene atribuida competencia para dictar normas susceptibles de afectar a relaciones de Derecho privado, como es el de Marruecos, el Líbano o la India. Así, un dechado de Estado plurilegislativo personal se halla en el caso del Reino de Marruecos: supuesto conocido por el JPI n.º 39 de Madrid (sentencia n.º 196/2012, de 1 de septiembre) en el caso que se hubiera acreditado el Derecho extranjero declarado aplicable por la NdC, el tribunal español habría hecho frente a un supuesto de remisión «ad extra» a un ordenamiento plurilegislativo de base personal. En el caso, los presuntos legatarios de un ciudadano marroquí de religión judía se enfrentaban con los herederos. El causante falleció en España, en 1997, tras residir largamente en nuestro país y otorgar testamento ante un notario de Madrid. El causante de nacionalidad marroquí estaba sometido a la legislación del Reino de Marruecos en cuanto al derecho sucesorio, y por remisión de éste, al derecho hebraico el cual otorga libertad absoluta para testar y disponer de los bienes. El asunto se sentencia con la desestimación de la demanda por falta absoluta de prueba del contenido del Derecho aplicable. En este caso, el art. 9(8) CC remite a un ordenamiento jurídico, el marroquí, en el que se encuentra acogido un Derecho (el mosaico) cuya aplicación no depende de concreción territorial, sino de naturaleza personal (la pertenencia del sujeto concernido a la comunidad israelita) que no puede localizarse espacialmente. Por su parte, el art. 12(5) CC (remisión indirecta) permite individualizar cuál de los derechos del Estado plurilegislativo extranjero (de proyección territorial, o como ocurre en este caso, personal) es el aplicable. Además, en este caso concreto la *lex causae* dispone de sus reglas para solucionar los conflictos internos ya que el Código de Familia marroquí [art. 2 *al-Mudawwana*] sujeta a los judíos marroquíes a las normas del «Estatuto Personal Hebreo» [traducción española de A. Quiñones Escárnez, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, T. I., *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51].

⁹³⁹ La base del Estado plurilegislativo puede ser territorial, cuando dentro de un mismo Estado coexisten dos o más unidades territoriales con competencia normativa atribuida para dictar normas en materia de derecho privado como es el caso de España, según lo dispuesto en el art. 149.1(8) CE. La realidad plural del ordenamiento jurídico español que se estructura sobre la base del reparto de competencias entre el legislador estatal y los legisladores autonómicos se ha venido denominando, por tradición, como «derecho interregional». Este Derecho interregional se inscribió en el marco constitucional, y la CE, los EE. AA., junto con la doctrina del TC, han aportado los parámetros en los que se enmarca su interpretación y aplicación. Efectivamente, «las normas para resolver los conflictos de leyes» están sometidos a la competencia exclusiva del Estado, de manera que corresponde a las Cortes Generales el establecimiento de dichas normas. Sin embargo, en ocasiones, esta competencia se ve comprometida por disposiciones autonómicas por lo que hace años que la doctrina española reivindica una ley estatal de solución de conflictos de leyes internos si se quiere preservar la unidad del pretendido sistema. En el debate sobre si la remisión del art. 16(1) CC a las normas del cap. IV del título preliminar del Código civil ha de entenderse hecha a las normas internacionales que han sustituido en su aplicación a las normas internas, se han defendido dos posturas contrapuestas: una interpretación «estática» frente a una interpretación «dinámica». Así, unos, han abogado por «interpretación estática» del artículo, es decir, por no utilizar en el tráfico interno las normas del cap. IV del título preliminar del CC –entre aquellos autores que no concuerdan con una aplicación sistemática de los instrumentos internacionales a los conflictos internos (*vid.* S. Álvarez González, «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional», en *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 152-153); además de los que lo niegan tajantemente porque el actual art. 81 TFUE (antes, art. 61 TCE) no atribuye competencia a la UE sino para intervenir en asuntos civiles

complicaciones en la selección de la ley aplicable. Cuando hay que aplicar la ley española a una situación privada internacional no se está ante un problema de Derecho interregional, sino de DIPr. Como mucho, puede suceder que las normas de Derecho interregional sean llamadas como normas auxiliares para coadyuvar en la identificación de la ley aplicable. Y ello dependerá de las soluciones que se den a la remisión a un sistema plurilegislativo. Los dos modelos básicos de remisión son la «directa» y la «indirecta». El modelo de remisión «directa» obvia las normas de los conflictos de leyes internos o las utiliza como criterios identificativos de la concreta ley aplicable. P. ej., la situación privada internacional se rige por la ley española de residencia habitual en España de uno de los interesados y ello es suficiente para identificar la ley catalana o la gallega o cualquier otra de la concreta residencia habitual. La utilización simple de los puntos de conexión es problemática cuando el punto de conexión es la nacionalidad, que no puede identificar una ley subestatal, o cuando la autonomía conflictual se limita a señalar aplicable la ley del Estado plurilegislativo sin señalar la ley concreta de las coexistentes, o cuando el Estado plurilegislativo lo es de base personal⁹⁴⁰. En efecto, el sistema de remisión directa, el previsto en los Reglamentos 864/2007 y 593/2008, presenta dos límites: el primero, solo es operativo cuando se trata de conexiones de carácter territorial y resulta

«con repercusión transfronteriza» [vid. A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 214-215; con posterioridad, «Incidència del Dret Internacional Privat de la UE en l'aplicació del Dret català», en A. Font i Segura [ed.], *op. cit.*, pp. 122-123; y «Conflictes interns de lleis», *loc. cit.*, en Font i Segura, A., *op. cit.*, 2023, pp. 233-256]–; otros autores han defendido la interpretación de una «remisión dinámica», que permite utilizar en el tráfico interno las normas del cap. IV del título preliminar del CC, esto es, las que se observan en las situaciones internacionales [en los últimos tiempos: A. Borrás, «El Derecho interregional: realidades y perspectivas», en C. E. Florensa Tomàs [dir.]/J. M. Fontanellas Morell [coord.], *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 556; y L. Garau Juaneda, «La necesaria depuración del Derecho interregional español», en A. Font i Segura [ed.], *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 98-99]. Entre estas dos interpretaciones, la estática y la dinámica, de la remisión que efectúa el art. 16[1] CC al capítulo IV del título preliminar del Código civil, hoy, después de la reforma del art. 9 CC, producida con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia que ha supuesto la incorporación al título preliminar del CC el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 referente a la filiación, a la responsabilidad parental y la protección de menores, y del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, relativo a las obligaciones alimenticias, que dio entrada a los convenios internacionales para designar la norma de conflicto aplicable al conflicto interno de leyes en dichos supuestos, cabría defender una tercera vía por la que la fijación del derecho aplicable a los litigios derivados de relaciones de tráfico puramente internas se dirimen de acuerdo con la normativa recogida en el título preliminar del Código civil, por lo que, en último término, solamente se determinará el derecho aplicable a conflictos internos de leyes si así lo prevé expresamente el capítulo IV del título preliminar, como hace, p. ej. el art. 9 CC; sino existe tal previsión, los instrumentos internacionales no están llamados a resolver conflictos de leyes puramente internos –interpretación «estática»– [M.^ª E. Zabalo Escudero, «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3, 2016, p. 16.].

⁹⁴⁰ S. Álvarez González, *op. cit.*, 2019, p. 381.

inviabile cuando la norma de conflicto contiene un punto de conexión estrictamente personal que es incapaz de realizar una localización territorial del supuesto dentro del sistema plurilegislativo. En segundo lugar, aun cuando se trate de conexiones territoriales, el método de remisión directa es inapropiado en caso de remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, en cuyo caso el mandato de aplicación de la ley local interna no es suficiente para resolver un conflicto de leyes interpersonal, cuyo origen no se encuentra en la necesidad de aplicar una ley distinta por razón del territorio, sino en la pluralidad de leyes motivadas por la distinta cualidad del sujeto⁹⁴¹. Por su parte, el modelo de remisión «indirecta» (que es el sistema seguido por el art. 12[5] CC⁹⁴²) deja en manos de las normas del Estado cuya ley ha sido reclamada por la norma de conflicto la identificación de la ley aplicable de entre las allí vigentes, o, dicho de otro modo, si la norma de conflicto remite a un Estado plurilegislativo, la legislación local o personal concreta que debe ser aplicada vendrá designada por las propias normas sobre conflictos internos de dicho Estado⁹⁴³. P. ej., piénsese que la situación privada internacional se rige por la ley española de residencia habitual en España de uno de los interesados, luego serán las normas españolas sobre conflictos de leyes internos las que identificarán si esta ley ha de ser la catalana, la gallega o cualquier otra. Este modelo presenta una solución apropiada para resolver la remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, así como también de base territorial operada a través del criterio de conexión de la nacionalidad. Sin embargo, el problema surge cuando dichas normas de conflicto internas no existen o no están unificadas (como sucede en EE. UU.), o están pensadas para otro tipo de situaciones y no se adaptan al supuesto concreto: verbigracia, en un caso de sucesiones, por mandato de los arts. 22[1] y 36[1] RS, se aplica la ley española porque es la ley de la última residencia habitual del causante extranjero y la norma interna determina la aplicación de la última ley de la vecindad civil del causante, que por definición no existe, puesto que las personas extranjeras no poseen vecindad civil. Este supuesto podría solucionarse, en opinión de autores como S. Álvarez González, si la remisión indirecta cediere su lugar a las soluciones subsidiarias que prevén una remisión directa de la ley concreta de residencia habitual⁹⁴⁴. Los inconvenientes de un modelo y otro se han afrontado con la combinación de ambos en un modelo «mixto» que puede adoptar

⁹⁴¹ J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁹⁴² «Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado».

⁹⁴³ J. C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 175.

⁹⁴⁴ S. Álvarez González, *op. cit.*, 2019, pp. 380-381.

múltiples configuraciones⁹⁴⁵; y, que, tiene por objeto cubrir la principal carencia del sistema «directo» como es la imposible determinación del derecho de la unidad territorial aplicable cuando entra en juego la conexión nacionalidad [aunque se venga aplicando la ley de los vínculos más estrechos] previendo para ello la entrada en escena del sistema «indirecto»⁹⁴⁶.

Remisión directa (25[1] RRII)

413 El Reglamento «Roma II» adopta el modelo de remisión directa [art. 25[1] RRII], *i. e.*, las conexiones de la norma de conflicto identifican directamente la legislación

⁹⁴⁵ El Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflicto de leyes en materia de disposiciones testamentarias fue de los primeros en adoptar el modelo mixto. Su art. 1 establece un orden jerárquico de los dos modelos, en su párrafo primero, comienza con una remisión directa a la ley interna de diferentes lugares [lugar en que el testador hizo la disposición, de la nacionalidad, del lugar en el que tuviese su domicilio en el momento de disponer o del fallecimiento, de su residencia habitual, del lugar de situación de los inmuebles], y, en su segundo párrafo, traspasa a una remisión indirecta reforzada con un sistema mixto por el vínculo más efectivo del testador con alguna de las legislaciones componentes del sistema no unificado «si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen el sistema». Este sistema fue perfeccionado por el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, y, hoy, el ejemplo más paradigmático es el Reglamento [UE] n.º 650/2012 en materia de sucesiones cuyos arts. 36 y 37 distinguen según se trate de un sistema plurilegislativo de base personal o territorial. Para el primer caso, el art. 37 –conflictos interpersonales de leyes– contempla un sistema de remisión indirecta y, en su defecto, la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al causante. Si se trata de un sistema plurilegislativo de base territorial, el art. 36 –conflictos territoriales de leyes– aunque parte de una remisión indirecta, en defecto de NdC interna o de su inoperatividad, establece una ordenación más compleja: con carácter general y respecto de la conexión «residencia habitual» en particular se articula una remisión directa; respecto de la «nacionalidad» se opta por la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al causante, solución que se extiende para la determinación de la ley aplicable a la validez formal de las disposiciones *mortis causa*. Cuando se maneja este art. 36, en España surge el problema del encaje de esta disposición en el caso de la regulación española de los conflictos internos; la postura mayoritaria sostiene que, cuando las normas de conflicto del Reglamento 650/2012 remiten al Derecho español para la sucesión de un ciudadano extranjero –falta de vecindad civil– debe acudirse a las soluciones defectivas del art. 36[2] RS que conduce a la legislación de la unidad territorial correspondiente a la última residencia habitual del causante [*vid.* S. Álvarez González, «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *RDC*, II, 2015, 4, pp. 16-17], si bien, coexiste una opción alternativa que es favorable a que, tratándose de un causante extranjero cuya sucesión al instrumento supedita nuestro Derecho, se sustancie, no según la ley de su inexistente vecindad civil, sino con arreglo a otra legislación española, en especial, la propia del lugar de su residencia habitual, que se deduce a través de los propios mecanismos de integración de que dispone el sistema español de DIPr [*vid.* A. Font i Segura, «La remisión intercomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en I. Calvo Vidal (coord.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 114-115].

⁹⁴⁶ P. Quinzá Redondo/G. Christandi, «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento [UE] de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 3, julio, 2013.

local o territorial aplicable al supuesto litigioso, presumiendo que la conexión designa directamente no la ley de un Estado, sino la ley del territorio concreto de ese Estado⁹⁴⁷. Se ha referido que el Instrumento utiliza conexiones principalmente territoriales como el «lugar de producción del daño» o el de la «residencia habitual» lo que explica la opción del modelo directo de remisión. El art. 25 (1) RRII libera el órgano jurisdiccional de tener que considerar las normas de conflicto interregionales o internas. El objeto latente del precepto es proveer certidumbre legal y predictibilidad y para ello determina directamente la ley aplicable al supuesto y mantiene las políticas consagradas en las previsiones del Reglamento⁹⁴⁸.

414 Así las cosas, en el escenario español, parece que se cumplen los dos requisitos del artículo 25(1) RRII⁹⁴⁹. El primero de ellos no supone ningún problema interpretativo porque el artículo 149.1.8(a) CE permite a las comunidades autónomas con derecho propio, conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. El segundo requisito puede suscitar alguna duda si se argumenta que hay comunidades autónomas con derecho propio que no cuentan con una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles, a pesar de contar con una regulación de la prescripción en la materia, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁹⁵⁰. El dilema radica en determinar si, en materia de responsabilidad no contractual, puede aplicarse la regla sobre la prescripción del derecho catalán junto con el Derecho español común por lo que hace al resto de la regulación en materia de daños derivados de dichas obligaciones, o si, en este terreno, solo es aplicable, como un todo, el Derecho civil español común que incluye su norma

⁹⁴⁷ J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 164.

⁹⁴⁸ M. Altenkirch, «Art. 25 Rome II», en P. Huber (ed.), *Rome II Regulations: Pocket Commentary*, Sellier European law publishers GmbH, Munich, 2011, p. 421.

⁹⁴⁹ Y una vez concurran las circunstancias que aparecen recogidas en el supuesto de hecho del artículo 25(1) RRII, se desencadena la consecuencia jurídica prevista en el precepto, que consisten en considerar a cada unidad territorial como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento «Roma II». De este modo, de las diferentes maneras de solucionar las remisiones a sistemas plurilegislativos, el Instrumento, igual que hace el CLH71, ha optado por un sistema de remisión directa, lo que parece razonable, pero es insuficiente en los casos en los que las partes hayan elegido como derecho aplicable a su asunto el de un Estado plurilegislativo sin mencionar la ley de una unidad territorial concreta, por lo que, en estos casos, deberán colmarse las lagunas por vías complementarias (M. Altenkirch, «Art. 25 Rome II», en P. Huber (ed.) *op. cit.*, en G. P. Callisses (ed.) *Rome Regulations. Comentario*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, kluwer, 2015, p. 798).

⁹⁵⁰ El Derecho catalán carece de una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles (art. 121-21[d] CCCat.), por lo que, podría argumentarse que, para no abrir la puerta a una disciplina incoherente [que sujetaría dichas obligaciones a la prescripción civil catalana y el resto de la regulación al CC estatal], lo correcto sería aplicar a todos los aspectos sustantivos de tales obligaciones a un solo derecho, por ende, al Derecho civil común que lo regula todo. Sin embargo, ésta no parece ser la solución más equitativa y respetuosa y la mayoría de la doctrina aboga por una aplicación del derecho propio catalán en aquello que esté regulado por él, y aplicar el derecho común supletoriamente en el resto de los aspectos de la materia no regulados por el Derecho catalán (A. Lamarca Marquès, *op. cit.*, pp. 574-600).

de prescripción en detrimento de la norma sobre prescripción propia del Derecho catalán⁹⁵¹.

415 De esta manera parece que la respuesta o interpretación más acorde con el sistema es la que acepta que cuando (en el caso español) una comunidad autónoma disponga de normativa propia en relación con algunos de los aspectos de derecho aplicable tales como reglas de prescripción y de caducidad, p. ej., en relación con la responsabilidad no contractual, éstas reglas han de aplicarse al litigio junto con el Derecho estatal supletorio que se aplicará respecto de todos los demás aspectos de la materia. Además, la norma de conflicto [art. 25[1] RRII] es la que, basándose en criterios personales o territoriales (conectables en un determinado lugar) determinará el Derecho español aplicable, ya sea el común o el propio de alguna comunidad autónoma⁹⁵².

⁹⁵¹ Prácticamente en los mismos términos, esta cuestión ha sido debatida en el marco del derecho interregional español a propósito de la prescripción de las reclamaciones por daños derivados de los accidentes de tráfico y la posición que parece más coherente con la realidad jurídica española es la defendida por el profesor S. Álvarez González («La prescripción en el CC de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español», *InDret*, 2012-1) cuando ha abalado que «se pueda aplicar el plazo de tres años [de la legislación catalana] junto con la regulación sobre responsabilidad civil del CC español (...) [porque] es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema» (p. 5), y porque «el contrario, es decir, aplicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio sería tratar el caso enjuiciado como un caso diferente: como un supuesto homogéneo de Derecho “común” o un supuesto heterogéneo sujeto a la legislación “común”. Y no existe ninguna lógica que justifique esta solución; es más, se trataría, ésta sí, de una solución negadora de la pluralidad jurídica que diseña nuestra Constitución» (p. 20). «No parece que esta solución, lógica en el terreno interno, tenga que variar sustancialmente por el hecho de que el problema se plantee en la esfera internacional, ya que las razones que la justifican son equivalentes» (J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, pp. 1228-1229).

⁹⁵² Debe recordarse que debido a la normativa propia de «unidades territoriales» como Cataluña, el plazo de prescripción del Derecho común español y el del Derecho catalán para las acciones derivadas del art. 1902 CC es distinto. El art. 1968 CC fija un plazo de prescripción de un año, mientras que el art. 121-21 CCCat. establece un plazo trienal. Del mismo modo, se encuentran diferencias entre los plazos de prescripción en el ejercicio de las acciones personales, el CC fija un plazo de cinco años [art. 1964[2] CC] mientras que el CCCat. lo prevé de diez años [art. 121-20 CCCat.]. Asimismo, en caso del ejercicio de la acción de reclamación del pago de la pensión de alimentos, el CC recoge un plazo de prescripción de cinco años (1966 CC) y el CCCat. lo fija de tres años (121-21 CCCat.). Así las cosas, en casos en que se esté ejercitando la acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de accidentes de tráfico en virtud de la acción directa «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir a la aseguradora la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año» [art. 7[1] del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor], lo que implica que en estos casos es el plazo de prescripción anual el que opera en todo el territorio. En efecto, en este sentido el TS fijó doctrina jurisprudencial: «en el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejercite acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el plazo de

Conflictos de leyes internos (art. 25[2] RRII)

416 Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones extracontractuales (como el Estado español) no está obligado a aplicar el Reglamento «Roma II» a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales (art. 25[2] RRII)⁹⁵³.

417 Recuérdese, que, España estaría entre los estados plurilegislativos de base territorial, teniendo en cuenta que la plurilegislación se fundamentaría en la estructura territorial, no unitaria, del Estado español. Pero que, también, es un sistema plurilegislativo que contiene un importante elemento de base personal en relación con

prescripción de dicha acción es el de un año previsto en el artículo 7(1) de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual» [STS n.º 23/2015, de 4 de febrero, ECLI:ES:TS:2015:467, FJ 7.º, que refrenda sus otras sentencias n.º 533/2013 y n.º 534/2013, de 6 de septiembre, ECLI:ES:TS:2013:4494 y ECLI:ES:TS:2013:4495]. Nótese que esta Ley nada dice sobre el plazo de prescripción de la acción que se ejercita contra el causante del daño (y no contra la aseguradora), y si nada se dice ¿cabe entender que el plazo que tenía en mente el legislador era también el plazo de un año? o ¿la laguna determina que debe aplicarse el plazo anual en la acción ejercitada contra la aseguradora, y el plazo general (común o catalán), según el caso, contra el responsable del daño? Parece que la especialidad de dicha Ley y en virtud del principio constitucional de jerarquía normativa la hace aplicable en todo el territorio español, también en Cataluña, y que el plazo recogido de un año lo es para todas las acciones ejercitadas bajo su amparo ya se trate de la acción directa ya sea la ejercitada contra el responsable del accidente, ya que no hay que olvidar que sin acción contra el responsable no hay posibilidad de acción directa alguna [vid. supra cap. I], es decir, «la acción directa es y ha sido siempre tributaria de la acción contra el responsable» [M. Yzquierdo Tolsada, «Plazo de prescripción de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil por hechos dañosos ocurridos en Cataluña». *Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 [449/2013 y 4495/2013]*, vol. 6, 2016, pp. 511-522]. En otro orden de cosas, pero siguiendo con la particularidad de la aplicabilidad de los diferentes plazos de prescripción en las diferentes legislaciones españolas, en materia contractual y a propósito de un caso resuelto por la Audiencia provincial de Barcelona, secc. 16.ª, n.º 401/2016, de 23 de diciembre [ECLI:ES:APB:2016:12583] en el que se discutió el derecho aplicable y con ello el plazo de prescripción de la sociedad acreedora contra el fiador para que respondiese por el impago de las cuotas del *renting* (celebrado en Cataluña) de un coche arrendado por la SL de la deudora principal; se debatió si concurría en el supuesto elementos de interregionalidad que condujesen a aplicar el plazo de prescripción del Derecho común en lugar del previsto por el Derecho catalán. En este caso se niega la concurrencia de elementos de interregionalidad, pero la Sala realiza una exposición a efectos argumentativos de cuál debiera haber sido el régimen conflictual del contrato litigioso. Todo ello, conduce a afirmar que en un caso como el que resolvió la Audiencia Provincial de Barcelona la fijación del Derecho aplicable a los litigios contractuales derivados de relaciones de tráfico interno se dirimen de acuerdo con la normativa recogida en el título preliminar, en concreto, en el art. 10.5(1) CC [J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2017, p. 1215].

⁹⁵³ El Reino Unido, mientras fue miembro de la Unión Europea y aplicaba el Reglamento «Roma II», optó por aplicar también el Reglamento a sus conflictos de leyes internos. Se dictaron unas disposiciones [*statutory instruments*] vid. supra nota 736, por las que Inglaterra, Escocia e Irlanda del Norte se consideraban como países diferenciados, no solo a los efectos del Reglamento bajo su art. 25(1) RRII, sino también, en los casos de conflicto internos [25(2) RRII]. España no ha optado por esta opción por lo que –insistimos– no se aplica el Reglamento «Roma II» en los casos de conflictos de leyes internos.

la determinación de la ley aplicable en materias del estatuto personal⁹⁵⁴. La existencia de la pluralidad normativa está vinculada a la estructura autonómica del Estado español. La «previsión atributiva» se encuentra en el art. 149.1.8[a] CE [Título VIII CE relativo al reparto de competencias entre el Estado y las CC. AA.]. En materia civil, se acepta que las CC. AA. con derecho propio antes de la promulgación de la Constitución tengan atribuida la competencia para legislar en la materia, «pero lo que no está claro es el alcance material de su competencia», por lo que, el abasto de la plurilegislación queda condicionado. Por otro lado, la complejidad de la plurilegislación española se ve acentuada por la «dualidad civil/mercantil del derecho privado». En efecto, la CE proclama una dualidad, de origen histórico, pues, se articuló primero el Código de comercio, y, después, el Código civil. Así, por un lado, el legislador estatal tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil [art. 149.1.6[a] CE] y, del otro, un derecho civil que es plural se configura como subsidiario de la legislación mercantil. Por tanto, el carácter subsidiario del derecho civil respecto del mercantil «abre una brecha» que permite dar entrada a aquellos derechos civiles que contengan «una regulación en derecho patrimonial susceptible de ser aplicada con carácter subsidiario o de aquellos derechos civiles de los que se puede extraer una regulación por su carácter completo», p. ej., en relación con los plazos de prescripción tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, dada la significativa diferencia existente entre las previsiones del Código civil estatal o común y el Código civil catalán⁹⁵⁵

418 En el marco del conflicto interno de leyes, es el legislador estatal español quien tiene atribuida la competencia para su regulación. El TC [STC 93/2013, 23.4.2013] ha determinado que hay un solo sistema de derecho civil interregional, uniforme y estatal, y ha excluido que las CC. AA. puedan establecer regímenes peculiares para la resolución de conflictos de leyes. Las CC. AA. no pueden adoptar normas de conflicto y tampoco regular los criterios que determinen la ley aplicable⁹⁵⁶.

419 El art. 16 CC prevé que los conflictos de leyes internos serán regidos por un

⁹⁵⁴ Este elemento se conoce como la vecindad civil, y es una condición civil de los españoles (los extranjeros no la tienen) que determina la sujeción al derecho civil común o a alguno de los derechos civiles tradicionalmente nombrados forales [art. 14[1] CC]. Es un criterio de determinación del derecho aplicable que tiene sus orígenes en una carga identitaria, pues, expresaba un vínculo del ciudadano y alguna de las nacionalidades o regiones históricas españolas [M. Gardeñes Santiago, *idem*].

⁹⁵⁵ A. Font i Segura, *loc. cit.*, en Font i Segura, A., *et al.* [coords.] *op. cit.*, 2023, pp. 235-236.

⁹⁵⁶ Ahora bien, la competencia exclusiva del Estado en materia de DIPr no ha sido siempre pacífica [especialmente en lo referente al Derecho interregional]. En un primer período, la doctrina se dividía en tres corrientes diferenciadas: la primera, entendía la competencia estatal en materia de DIPr cuya exclusividad abrazaba a todas las categorías normativas [L. Garau Juaneda, «Comunidades Autónomas y Derecho interregional», *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, Santiago de

sistema de normas de conflicto que permitirán determinar cuál de las leyes españolas

Compostela, Xunta de Galicia, 1982, p. 143]; la segunda, sostenida por J. D. González Campos, matizaba el alcance del precepto constitucional al admitir la facultad del legislador autonómico de dictar normas materiales autolimitadas siempre que la naturaleza y la tradición histórica de las instituciones reglamentadas lo justificasen y lo negaba con respecto a otras normas directas, fueran materiales especiales o imperativas [*Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1984, pp. 193-194]; y la tercera, defendida por A. Borrás Rodríguez, se mostraba partidaria de interpretar el término «conflicto de leyes», del art. 149.1(8) CE, de forma literal, y lo limitaba a la técnica estrictamente conflictual con lo que quedaba en manos de las CC. AA. la posibilidad de acudir a los restantes procedimientos técnicos de reglamentación del tráfico privado interregional, aunque no pudieran articular exclusivamente sobre este tipo de soluciones sus sistemas normativos [*Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984, p. 13]. En un segundo período, en el que la jurisprudencia constitucional fue esclareciendo el debate, las primeras STC 156/1993, de 6 de mayo [ECLI:ES:TC:1993:156] *BOE*, n.º 127 de 28 de mayo de 1993, y STC 226/1993, de 8 de julio [ECLI:ES:TC:1993:226], *BOE*, n.º 183, de 2 de agosto de 1983, las cuales, a diferencia de la STC 72/1983, de 29 de julio [ECLI:ES:TC:1983:72], *BOE*, n.º 197 de 18 de agosto de 1983, que reivindicaba la competencia estatal [FJ 5 y FJ 6], fueron más contundentes en el argumentario y defensa de la competencia exclusiva del Estado en materia de DIPr, afirmando que la CE «optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes particulares para la resolución de conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alternación o manipulación de tales puntos de conexión» [FJ 3 STC 156/1993 que fue parcialmente reiterado en el FJ 4 de la STC 226/1993]. Por lo tanto, el TC cerraba la puerta a cualquier intervención autonómica en la materia. A partir de 1998 comienza un tercer período, en el que el panorama se ve sacudido por la promulgación de leyes sobre uniones de hecho por parte de todas las CC.AA. con Derecho civil propio. La reacción de los expertos ante estas iniciativas fue adversa en general, aunque también algunos abogaron por la constitucionalidad de ciertas reglas de las CC. AA. A raíz de la STC 93/2013 de 23 de abril [ECLI:ES:TC:2013:93] [*BOE*, n.º 123, de 23 de mayo de 2013], se ha cerrado el debate definitivamente. En ella, el TC, amparándose en una doctrina que se remonta a la ya referida STC 72/1983 y descansa en esencia en las también mencionadas SSTC 156/1993 y 226/1993, declara en su FJ 6, la inconstitucionalidad y nulidad del art. 2(3) de la Ley de Navarra relativa a las parejas estables sobre la base de que la adopción de reglas «unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es...una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico [porque] la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1(8) CE [...] [de ahí que la determinación de] cuál es la ley personal aplicable a los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos». La postura del Tribunal Constitucional es rotunda: las normas unilaterales autonómicas de Derecho interregional carecen de cobertura constitucional y no deben ser aplicadas. [J. M. Fontanellas Morell, «La aplicación en litigios sucesorios de normas autonómicas de Derecho interregional», *AEDIPr*, XIII, 2013, pp. 1218-1220]. Es también importante la STC 157/2021, de 16 de septiembre [ECLI:ES:TC:2021:157], que declara que los legisladores autonómicos (el navarro en cuestión) «no pueden determinar los principios en cuya virtud se regularan los conflictos de leyes internos, aunque se trate de un principio como el de paridad que forma parte de la doctrina constitucional conforme a la cual dichos conflictos deben regularse con criterios que aseguren “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles”» [*cit. supra* STC 156/1993]. El carácter exclusivo de la competencia justifica también que la sentencia haya declarado la nulidad de la norma autonómica que establecía que las personas jurídicas con domicilio social en la comunidad autónoma de Navarra tenían la condición foral de la C. A., pues «supondría establecer un criterio para la adquisición, pérdida y recuperación de la vecindad civil». «Corresponde al Estado fijar los criterios y puntos de conexión “para determinar el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas en coherencia con su carácter territorialmente limitado”» [A. Font i Segura, «Conflictes de lleis interns», en Font i Segura, A., *et. al.*, (coords.), *op. cit.*, 2023, pp. 231-254 [en pp. 238-239]].

es la aplicable. Sin embargo, el precepto no establece en sí un sistema concebido para los conflictos de leyes internos, sino que realiza una remisión al sistema contenido en el capítulo IV del Título preliminar del CC concebido para resolver los conflictos de leyes internacionales (no a los interregionales). El problema de aplicar un sistema concebido para los conflictos de leyes internacionales, y no, para los internos, es que no todos los puntos de conexión de las normas de conflicto se ajustan al tráfico jurídico interno. P. ej., el uso de la nacionalidad motivó la adopción de una conexión, vecindad civil, especialmente concebida para sustituir la nacionalidad y poder determinar el derecho civil español aplicable al conflicto de leyes interno. De este modo, la aplicación del derecho internacional privado para regular los conflictos interregionales está sometida a determinados límites que vienen establecidos por el propio art. 16.1(2) CC en relación con las normas de aplicación previstas en el art. 12 CC. Recuérdese que, los problemas de aplicación son la calificación, el reenvío, la excepción del orden público, el fraude de ley, la remisión a sistemas plurilegislativos, y la aplicación de oficio de las normas de conflicto. No obstante, el precepto aclara que no son aplicables a los conflictos internos de leyes los apartados sobre la calificación, el reenvío y el orden público. En efecto, en relación con la calificación, la misma se efectuará conforme la ley española, ahora bien, como quiera que el Estado español es plurilegislativo esta calificación habrá de realizarse bien siguiendo una calificación *ex lege cause* o bien siguiendo una calificación autónoma desvinculada de los derechos en conflicto y sujeta a los principios del sistema conflictual. En relación con el reenvío, éste es imposible pues requiere de la concurrencia de dos sistemas conflictuales para su existencia, y el sistema español contiene un solo sistema conflictual y una sola jurisdicción. Tampoco la excepción del orden público tiene cabida como dique de contención de otro de los derechos españoles, pues todos ellos, estatal o autonómicos, están sujetos a la Constitución. Por el contrario, las reglas de aplicación que sí pueden aplicarse a los conflictos internos son el fraude de ley, la remisión a sistemas plurilegislativos y la aplicación de oficio de las normas de conflicto. Así, pues, la aplicación de oficio de las normas de conflictos es indiscutible por su carácter imperativo, y el juez español deberá de aplicar el derecho español designado por la norma respecto del cual no puede alegar desconocimiento (*iura novit curia*). El supuesto del fraude de ley ha sido discutido pues su concepción lo fue para los conflictos internacionales, sin embargo, la jurisprudencia española ha aplicado el art. 12(4) CC en casos de sucesiones interregionales en los que se ha detectado una simulación en intentar dar por bueno una vecindad civil que no había sido realmente adquirida. Para acabar, y, en relación con la remisión a sistemas plurilegislativos, «carece de sentido que no se haya exceptuado su aplicación», porque en un ordenamiento plurilegislativo que regula los conflictos internos de leyes con un sistema conflictual unitario «nunca se dará una remisión a un sistema plurilegislativo». Esta remisión se dará, únicamente, si alguno de los derechos civiles plurilegislativos

coexistentes en España, como el País Vasco, las Islas Baleares o, más limitadamente, Cataluña –particularidades sucesorias en Tortosa; en materia de régimen económico matrimonial: el pacto de *convinença* o *mitja gudanheria* a la *Val d’Aran* o el derecho de *torneria*, también en la *Val d’Aran*– tuviere, a su vez, un sistema para resolver conflictos interlocales, que no es el caso, a excepción del Derecho civil vasco⁹⁵⁷.

420 Así, para determinar el Derecho aplicable a la situación heterogénea puramente interna española en materia de responsabilidad no contractual, el art. 10(9) CC [vid. *infra* «Aplicabilidad del art. 10(9) CC»] designa la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. En este sentido, «el lugar donde hubiere ocurrido el hecho» parece, aunque nada explícita el CC, que, por motivos de objetivación de la responsabilidad, ha de ser el lugar del resultado del daño⁹⁵⁸.

EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2 DE OCTUBRE DE 1973, SOBRE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS (CLH73)

421 A pesar de la naturaleza universal del Reglamento «Roma II» [art. 3 RRII], de su artículo 28(1) se desprende la vigencia del Convenio de la Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos para aquellos Estados miembros que lo ratificaron con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, es decir con anterioridad al 11 de enero del 2009. El Convenio de la Haya está en vigor en España desde el 1 de febrero de 1989⁹⁵⁹. En su virtud, en España no se aplica en materia de daños causados por productos defectuosos ni el Reglamento «Roma II» ni el artículo 10(9) CC, sino que se aplica el Convenio de la Haya del 1973. Por su parte, la Directiva 85/374/CEE sobre daños causados por los productos defectuosos no contiene regla alguna sobre su aplicación en casos internacionales, pues armoniza legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre esta materia, pero no recoge ninguna regla sobre su «ámbito de aplicación en el espacio»⁹⁶⁰. Es importante saber que el ámbito material de aplicación del artículo 5 RRII y del Convenio de la Haya, referido en sus

⁹⁵⁷ A. Font i Segura, *loc. cit.*, en Font i Segura, A. *et al.* (coords.), 2023, pp. 243-244.

⁹⁵⁸ E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 355.

⁹⁵⁹ Puede consultarse el estado actual del CLH73 en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=84>. España firmó el Convenio de la Haya el 11 de marzo de 1987, lo ratificó el 23 de noviembre de 1988, y está en vigor desde el 1 de febrero de 1989. El Convenio está en vigor, desde antes del 2009 [recuérdese que el Reglamento «RRII» se aplica íntegramente desde el 11 de enero de 2009], en Croacia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Serbia y República de la Macedonia del Norte. Por tanto, en estos países no se aplica el art. 5 RRII y se aplicará la ley resultante del CLH73.

⁹⁶⁰ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 3842.

artículos 1 y 3, es muy similar.

I. Ámbito material de aplicación

422 El Convenio determina la legislación aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas señaladas en el art. 3 por los daños causados por un producto⁹⁶¹, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada a sus cualidades, características o modo de empleo. Excluye de su ámbito de aplicación los daños que deriven de un producto cuyo disfrute o propiedad hubiere sido transferido a la persona que sufra el daño por aquella otra a quien se imputa la responsabilidad [art. 1 CLH73]. En estos casos la responsabilidad será contractual y se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. El carácter del Convenio es universal o *erga omnes*⁹⁶². El propio Convenio proporciona en su art. 2 un catálogo de conceptos propios, como el de «producto»⁹⁶³,

⁹⁶¹ El art. 3 CLH73 tiene un carácter limitativo. Las personas no contempladas por el precepto, como p. ej., los transportistas, no se les aplica el Convenio. De una forma general se puede decir que el Convenio se aplica a la responsabilidad de todas las personas, excepto a las transportistas, que constituyen la cadena de preparación y de distribución comercial de los productos. El Convenio se aplica, pues, a todos los fabricantes de productos acabados o parcialmente realizados, a los que almacenen los productos, a todos los productores de productos naturales y a todos los proveedores de productos ya sean naturales o creados por la humanidad. El vocablo «proveedor» debe entenderse en su sentido más extenso, engloba a todos los vendedores de un producto, así como aquellos que lo entregan en depósito o en alquiler, igualmente, el Convenio se aplica a la responsabilidad de las personas que transfieren el producto a título gratuito. Sin embargo, y es importante, el Convenio no rige [tal y como indica su art. 1[3]] entre las eventuales reivindicaciones de una persona contra la que le hubiere transferido la propiedad o el disfrute del producto. Las personas que reparan y las que almacenen los productos se les aplica el Convenio puesto que forman parte de la cadena de preparación y de distribución comercial de los productos. De este modo, el Convenio se aplica a la responsabilidad del comerciante de automóviles frente a la persona que le ha vendido un coche por los hechos de las reparaciones mal ejecutadas, ya sean antes o después de la venta del coche. Por el contrario, el Convenio no se aplicará a la responsabilidad de un mecánico por el hecho de las reparaciones mal ejecutadas en el vehículo contra una persona a la que ésta ni ha vendido ni alquilado el coche. De igual modo, se le aplica el Convenio al almacenista que envía un producto antes de su venta al adquirente, pero no se aplicará si el comprador, después de adquirir el producto, lo envía al almacenista. El Convenio se aplica también a los asistentes y agentes de las personas enumeradas en el art. 3 [vid. W. L. M. Reese, «Actes el documents, Rapport explicatif», 2.^a sesión, 2-21 oct. 1972, t. III, *Responsabilité du fait des produits*, ed., Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1974, pp. 259-260].

⁹⁶² La ley designada por el CLH73 se aplicará, aunque no sea la de un Estado contratante [art. 11 CLH73].

⁹⁶³ Se entiende por *producto* los productos naturales y los productos industriales, bien sean en bruto o manufacturados, muebles o inmuebles.

el de «daño»⁹⁶⁴ y «persona»⁹⁶⁵. Por su parte, el art. 8 indica el ámbito de la ley aplicable⁹⁶⁶. Además, el tribunal que aplique la ley que, en virtud del Convenio, rija la obligación derivada de daños causados por productos deficientes, podrá considerar las normas de seguridad vigentes en el Estado en cuyo territorio se hubiere introducido el producto en el mercado [art. 9 CLH73]. De este modo, y aunque es una facultad del tribunal y no una obligación⁹⁶⁷, no se defraudan las expectativas razonables del fabricante en los casos de haber confiado en la aplicación de la ley del país donde se comercializa el producto. Y, únicamente podrá dejarse de aplicar alguna de las legislaciones declaradas competentes por el CLH73 cuando fuere manifiestamente incompatible con el orden público [art. 10 CLH73].

II. Criterios de conexión

423 Los arts. 4, 5 y 6 CLH73 designan la ley aplicable. En los términos del primero de ellos, con carácter general, la ley aplicable es la interna del Estado en cuyo territorio ha tenido lugar el hecho dañoso siempre que dicho Estado sea también (a) el de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada o (b) en el que la persona respecto de la cual se invoca la responsabilidad tenga el establecimiento principal o (c) en el que el producto haya sido adquirido por la persona directamente perjudicada. Así pues, aun siendo importante el lugar de producción del daño, ha de concurrir alguna de las circunstancias del art. 4 CLH73 para que sea aplicable dicha ley. Si no fuera así, podría ocurrir que el Estado donde se produce el daño no guardase relación alguna con las partes, la fabricación, el embalaje, la venta u otra disposición del producto lo que resultaría arbitrario e ilógico. Por su parte, el art. 5 CH73 determina que la ley aplicable es la ley del Estado de la residencia habitual de la persona perjudicada directamente, si este Estado es a la vez (a) en el que se halla el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca o (b) sea el

⁹⁶⁴ La palabra *daño* comprende cualquier daño a las personas o a los bienes, así como la pérdida económica, sin embargo, se excluirá el daño al producto en sí y la consiguiente pérdida económica a menos que vayan unidos a otros daños.

⁹⁶⁵ La palabra *persona* expresará tanto las personas jurídicas como las personas físicas.

⁹⁶⁶ La ley aplicable determinará en especial lo siguiente: los requisitos y la extensión de la responsabilidad, las causas de exoneración, así como cualquier limitación o partición de la responsabilidad, la índole de los daños que puedan dar lugar a indemnización, las modalidades y alcance de la indemnización, la transmisibilidad del derecho a indemnización, las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan sufrido personalmente, la responsabilidad principal por hechos de sus empleados, la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de la personalidad, las normas de prescripción y caducidad, fundamentalmente en la expiración de un plazo, comprendidos el inicio, la interrupción y la suspensión de plazos.

⁹⁶⁷ W. L. M. Reese, *loc. cit.*, p. 268.

Estado en el que la persona directamente perjudicada ha adquirido el producto. De este modo, la designación de la ley aplicable tampoco depende únicamente de un criterio, la ley del Estado de residencia habitual del perjudicado no será de aplicación si no concurre alguna de las dos circunstancias que exige el precepto. Dentro de estos supuestos, tanto el art. 4 como el art. 5 pueden ser aplicados. Sin embargo, la redacción del art. 5 CLH73 muestra que ha de aplicarse de forma preferente la ley del Estado de residencia habitual del perjudicado si concurre alguna de las dos circunstancias. Por su parte, el art. 6 CLH73 contempla casos no previstos por los arts. 4 y 5. En otras palabras, se aplica cuando ni el Estado en el que se ha producido el hecho dañoso ni el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada no impliquen a ninguna de las circunstancias enumeradas en los arts. 4 y 5. En estos casos excepcionales, se ofrece al demandante una opción que le permite, sin perjuicio de la reserva del art. 7 CLH73, someter su petición bien al derecho del Estado en el que la persona respecto de quien se invoque la responsabilidad tenga su establecimiento principal, bien al derecho del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el hecho dañoso.

III. Cláusula de previsibilidad

424 El art. 7 CLH73 es una excepción a los otros puntos de conexión y se aplica cuando la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto habría de comercializarse en el Estado de que se trate. Es una cláusula de previsibilidad que facilita la exportación de productos. La redacción del precepto muestra que le corresponde a la persona a la que se le pretende la responsabilidad aportar la prueba de que la condición de previsibilidad no se cumple. El juez no debe resolverlo de oficio, sino que ha de ser invocada y probado por la parte interesada⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ En lo que no prevea el Convenio, ¿podría acudir a las soluciones contempladas en el Reglamento «Roma II»? lo que afectaría a materias como la ordenación del daño del producto en sí mismo, la acción directa contra la aseguradora del responsable, la subrogación, e incluso la libertad de elección de la ley aplicable al litigio; hay doctrina que defiende que sí, *vid.* S. Corneloup [«La responsabilité du fait des produits», en S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *op. cit.*, pp. 100-106]; G. Palao Moreno [*op. cit.*, 2015, p. 345]. Así, por ejemplo, aunque la CLH73 no prevea expresamente la facultad de elección de la ley aplicable, lo cierto es que no la prohíbe, según referida doctrina se trata de una cuestión que no se abordó (*vid.* M. Reese, *op. cit.*, p. 267) por lo que no habría impedimento en que las partes pactasen la ley aplicable. En otras palabras, y en cuanto a la relación entre la elección de la ley aplicable y otras normas específicas en materia extracontractual como el CLH71 y CLH73, A. Espinella [*loc. cit.*, pp. 99-100] considera que la elección de la ley por las partes tiene prioridad, y que solo en su ausencia deben aplicarse los convenios. Que, si bien el CLH71 no establece la autonomía de la voluntad conflictual, tampoco la prohíbe; y, que sus

IV. Remisión a un Estado plurilegislativo

425 Los arts. 12 a 14 CLH73 se refieren al problema peculiar que implican los Estados formados por diferentes unidades territoriales con normas propias sobre responsabilidad por productos defectuosos. El art. 12 CLH73 indica que en el caso de que el Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una de ellas disponga de sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de determinación de la legislación aplicable⁹⁶⁹.

EL CASO DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA. CONVENIO DE LA HAYA DE 4 DE MAYO DE 1971 SOBRE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA (CLH71)

426 El Reglamento «Roma II» no contiene ninguna norma de conflicto específica que señale la ley aplicable a las responsabilidades derivadas de accidentes de circulación por carretera, por lo que de no existir el Convenio de la Haya de 1971 se

reglas, de hecho, solo serán aplicables cuando el sistema del foro no permita la elección de la ley, o, aún, permitiéndola, no haya sido ejercitada por las partes [A. Espinella Menéndez, «Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento [CE] n.º 864/2007 [“Roma II”], *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505-532, en p. 513]. Bien, no compartimos el posicionamiento de esta doctrina porque implica considerar el sistema conflictual como un sistema facultativo y no imperativo. Y, aunque parte de la doctrina se ha considerado partidaria de aplicar la norma de conflicto de forma facultativa [vid. A. Flessner, «Fakultatives Kollisionsrecht», en *Rabels*, vol. 34, 1970, pp. 547 y ss.] y la jurisprudencia de algunos Estados se haya adscrito a tal facultatividad del sistema conflictual [P. Orejudo Prieto de los Mozos, «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», *loc. cit.*, pp. 482-483], existen razones como la seguridad jurídica y la igualdad en el tratamiento de situaciones iguales para defender el carácter imperativo de la norma de conflicto. La norma de conflicto es de tan obligada aplicación como cualquier otra y en la mayor parte de los sistemas la imperatividad ni siquiera es objeto de mención expresa, que sí lo es en el sistema español que cuenta con una disposición explícita que establece que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español» [art. 12[6] CC]. Así las cosas, no hay duda de la imperatividad de las normas de conflicto en el sistema español sea cual sea su fuente o su carácter. Llegados a este punto, es obligado considerar la regulación de la prueba del Derecho extranjero en el proceso civil [vid. *supra*: «tratamiento procesal del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto: principio de alegación y prueba de las partes»] porque si existe tal disposición específica sobre la imperatividad de la norma de conflicto, pero el juez no aplica de oficio la ley extranjera, la norma de conflicto se convierte en facultativa pues la inactividad de las partes equivaldrá a la aplicación del Derecho del foro. Con todo, no debería admitirse que la norma de conflicto pueda ser obviada por las partes o por la autoridad, por comodidad o por simple ignorancia, no, mientras el propio Código civil español las declare de aplicación imperativa. En consecuencia, la respuesta al interrogante con el que se ha abierto esta nota es no; en todo aquello que no prevea el Convenio no debe aplicarse el Reglamento «Roma II», el Convenio es una norma de conflicto completa que da las respuestas en las situaciones objeto de su ámbito material, por lo que, si el Convenio no prevé la autonomía de las partes en relación con la ley aplicable, cabe concluir que no existe este criterio en aquellas situaciones en las que el Convenio es llamado a designar la *lex causae*.

⁹⁶⁹ Es la misma solución que contiene el art. 25 RRII y el art. 12 CLH71.

regirían por las reglas generales [arts. 14 y 4 RRII]⁹⁷⁰. En efecto, la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación por carretera no se rige, actualmente, en DIPr español, ni por el Reglamento «Roma II» ni por el artículo 10(9) CC, sino que se fija con arreglo al Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera [CLH71], que, desde el 21 de noviembre de 1987, se encuentra en vigor en España. Este Convenio prevalece tanto sobre el Reglamento como sobre la regulación autónoma⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ España ratificó la Convención sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en la Haya el 4 de mayo de 1971, el 4 de noviembre de 1987 [BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 1987, pp. 32950-32952]. Países como Francia, Austria, Bélgica, Yugoslavia, Luxemburgo, Países Bajos, Luxemburgo y Suiza también lo han ratificado, sin embargo, otros como Alemania, Italia o Portugal no son parte de dicho Convenio. La sentencia de la AP Barcelona, secc. 1.ª, n.º 167/2020, de 19 de junio de 2020 [ECLI:ES:APB:2020:5205] en ocasión de un accidente acaecido en Portugal tuvo la oportunidad de indicarlo expresamente: «el Convenio de la Haya de 1971 tampoco resultaría de aplicación porque no ha sido ratificado por Portugal» [FJ 3.º]. En efecto, Portugal aun habiendo firmado el CLH71 el 4 de mayo de 1971 no lo ha ratificado, pero ello no impedía a España, como Estado parte, aplicar el CLH71. En este sentido, en el caso resuelto por la AP M en motivo de un accidente acaecido en Portugal; el Tribunal indica que ha de aplicarse el Reglamento para determinar la ley aplicable y que, en consecuencia, y en virtud de su art. 4 esta es la ley portuguesa. No se menciona el CLH71. Además, en el caso no se acreditó el contenido del Derecho portugués y finalmente se aplicó a la *litis* el Derecho español (*vid. supra*: a propósito de la falta de prueba del derecho extranjero) [SAP Madrid, secc. 12.ª, n.º 12/2019, de 17 de enero de 2019, ECLI:ES:APM:2019:773, FJ 4].

⁹⁷¹ En efecto, el art. 28(1) RRII indica que el Reglamento no afecta a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales (J. M. Fontanellas Morell, «Remisión a un sistema no unificado en el Reglamento «RRII»: la plurilegislación española en la materia a examen», *Anuario español de Derecho internacional privado* XVI, 2016, p. 1221). De este modo, en un caso enjuiciado en Francia, por un accidente de circulación, en concreto, un accidente sucedido en Valencia, entre un vehículo matriculado en España y otro matriculado en Francia, conducido por una ciudadana francesa residente en Francia y en el que viajaba como pasajero un británico con residencia habitual en Francia, que en el siniestro sufre daños por los que reclama; la *Cour de cassation*, en *arrêt* n.º 428, de 30 de abril de 2014 [13-11.932] *Première chambre civile*-ECLI:FR:CCASS:2014:C100428, en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/428_30_29053.html] interpreta el art. 28 RRII y estima que «*la Convention de la Haye en cause n'ayant pas été conclue exclusivement entre des Etats membres de l'Union européenne, mais également par des Etats tiers, le règlement n.º 867/2007 ne prévalait pas sur celle-ci, de sorte qu'il n'affectait pas l'application de cette Convention au litige*». En el mismo sentido, en el caso visto por la misma *Cour de Cassation* en *arrêt* n.º 691 de 18 de noviembre de 2020 [19.17.924] *Première chambre civile* – ECLI:FR:CCASS:2020:C100691, en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_civile_3169/2020_9633/novembre_9937/691_18_46034.html, a propósito de un accidente acaecido en enero de 2019 cuando un vehículo, con matrícula francesa, embistió y tiró al suelo un ciclista, de nacionalidad australiana y residente en Mónaco, «*le règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de son adoption et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles*».

I. Ámbito de la ley aplicable del CLH71 (art. 8 CLH71)

427 El ámbito material del Convenio es la ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera⁹⁷². La CJI no constituye en modo alguno el

En España, no parece que todos los órganos jurisdiccionales lo tengan claro. Así, p. ej., la Audiencia provincial de Barcelona (secc. 1.ª) en un accidente acaecido en Portugal entre un camión con matrícula española y uno con matrícula portuguesa, en el que las partes estaban de acuerdo en que la norma que debía designar la ley aplicable era el CLH71, el Tribunal lo rechazó y aplicó el art. 4 RRII con el argumento que el modelo español de DIPr combina normas de origen institucional, convencional y estatal, y que las de origen institucional prevalecen sobre las de convencional y estatal, y que, a su vez, las normas de origen convencional prevalecen sobre las de origen estatal. Así, dice, –erróneamente– que un Reglamento de la UE siempre prevalecerá sobre un Convenio. Además, añadió la Sala que, sea como fuera, no podía aplicarse el CLH71 (ignorando su carácter universal) porque no había sido ratificado por Portugal (SAP B n.º 167/2020, DE 19 de junio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:5205, FJ 3) [una crítica a esta sentencia puede hallarse en F. Garau Sobrino, «Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [Crónica de Derecho internacional privado] n.º 40, 2020, pp. 17-24]. En el mismo sentido, la Audiencia provincial de Barcelona (secc. 19.ª) consideró que debía aplicarse el derecho inglés en el caso de un atropello de dos españoles, residentes en España, en Inglaterra, y ello, conforme el art. 4 RRII. No se considera siquiera la posibilidad de que el CLH71 podía ser aplicable (SAP B n.º 49/2020, de 31 de enero de 2020, ECLI:ES:APB:2020:491, FJ 2). De igual modo, la Audiencia Provincial de Lleida (secc. 2.ª), en sentencia de 7 de junio de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:365) en el caso de un accidente de circulación que tuvo lugar en España con conductor residente en Andorra y vehículo y seguro vinculados con Andorra, se determinó la ley aplicable en aplicación del art. 10(9) CC (en lugar del CLH71, en este caso, de clara aplicación). Así las cosas, por el contrario, sí hay otras resoluciones que han identificado el CLH71 como el instrumento que ha de designar la ley aplicable en caso de daños derivados de un accidente de tráfico: p. ej., el litigio resuelto por la Audiencia provincial de Madrid (secc. 20.ª) que tiene en cuenta el art. 28 RRII y la vigencia del CLH71 para designar como *lex causae* la española porque los vehículos implicados tenían matrícula española (SAP M n.º 421/2019, de 30 de septiembre de 2019, ECLI:ES:APM:2019:11054, FJ 4); en el mismo sentido argumenta la Audiencia provincial de Barcelona (secc. 16.ª) en motivo de un accidente sucedido en Francia en el que en virtud del art. 3 CLH71 se aplica la ley francesa a la controversia (SAP B n.º 347/2018, de 13 de julio de 2018, ECLI:ES:APB:2018:6940, FJ «ley aplicable»); y, recurrió también al CLH71 la Audiencia de Barcelona (secc. 19.ª) en sentencia de 4 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:978) en ocasión de un accidente sucedido en territorio francés entre un vehículo con matrícula española y otro francesa; y, de igual manera, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 20.ª) sostuvo la aplicación del Derecho de Marruecos en atención a los arts. 3 y 4 CLH71 en el caso de un accidente de tráfico sucedido en Marruecos en el que se vieron implicados tres vehículos los cuales no estaban todos matriculados en el mismo país, y por tanto, era de aplicación la legislación marroquina por ser la del lugar en el que ocurrió el accidente (ECLI:ES:APM:2022:17151); y, del mismo modo, ejecuta la Audiencia provincial de Tarragona (secc. 1.ª) a propósito de un accidente ocurrido en Francia, sin embargo, la falta de prueba del Derecho francés le conduce a aplicar la Ley española (AAP T n.º 334/2020, de 9 de septiembre de 2020, ECLI:ES:APT:2020:1277A).

En Alemania, p. ej., que no es parte del CLH71 (no lo ha ratificado) y, en consecuencia, las obligaciones derivadas de accidentes de tráfico se rigen por el Reglamento «Roma II», ha debatido en el Parlamento propuestas para evitar la existencia paralela del Reglamento y del CLH71 porque, según exponen, que algunos EE. MM. sean signatarios del CLH71 y otros no implica una falta de armonización del DIPr en esta materia ya que el CLH71 prevalece sobre el «Roma II» en aquellos EE. MM que lo han ratificado (E. Lein, en «*Study on the Rome II...loc. cit., supra*, p. 236).

⁹⁷² El art. 1 CLH71 establece el concepto de accidente de circulación por carretera en los siguientes términos: «todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo». El Convenio, en su art. 2, excluye de su ámbito de aplicación tipos específicos de responsabilidad: a) responsabilidad de fabricantes,

objeto del Convenio. Y con arreglo al artículo 8 CLH71, la ley que resulte aplicable determinará las condiciones y el alcance de la responsabilidad, las causas de exoneración, así como toda limitación y distribución de responsabilidad, la existencia y la índole de los daños indemnizables, las modalidades y la cuantía de la indemnización, la transmisibilidad del derecho a ser indemnizado, las personas que tengan derecho a ser indemnizadas por daños personales sufridos, la responsabilidad del comitente por causa de su encargado, las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de plazos⁹⁷³. En la práctica de este tipo de conflictos es muy importante el baremo que ha de utilizarse para la valoración de los daños, de este modo la ley que derive de la aplicación del Convenio es la única a tener en cuenta para fijar el baremo de indemnizaciones⁹⁷⁴.

II. Carácter *erga omnes* del Convenio de la Haya de 1971, el orden público y las normas de seguridad

vendedores y reparadores de vehículos, b) responsabilidad del propietario de la vía de circulación o de cualquier otra persona encargada de asegurar el mantenimiento de la vía o la seguridad de los usuarios, c) responsabilidades por acciones de terceros, excepto la responsabilidad del propietario del vehículo o la del comitente, d) reclamaciones entre personas responsables, e) reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros, f) acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra organismos de la Seguridad Social, de seguros sociales o instituciones análogas y los fondos públicos de garantía automovilística, así como a los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulen estos organismos.

⁹⁷³ En el caso visto por la AP Barcelona, secc. 16.ª, en sentencia n.º 371/2020, de 23 de diciembre de 2020, [ECLI:ES:APB:2020:12814] se discute sobre la ley aplicable al litigio lo que compela directamente al plazo de prescripción de la acción. El supuesto fáctico del caso es un accidente de tráfico, ocurrido en 2015, en territorio francés. Se ejercita la acción directa por vía de subrogación de aseguradora a aseguradora. Se aplica el plazo anual de prescripción del Derecho español y en primera instancia se desestima la demanda por prescripción de la acción. La Audiencia resuelve que en aplicación del CLH71 el Derecho aplicable es el francés (art. 3 CLH71 en relación con el art. 4) y la acción no está prescrita por lo que valora el fondo del asunto y estima el recurso.

⁹⁷⁴ La gran mayoría de sistemas nacionales de responsabilidad civil se fundamentan en el principio de la reparación integral del daño, una vez que las circunstancias de la responsabilidad se han establecido. Por lo que se respecta el principio de la *restitutio in integrum*, aun si la ley aplicable es una ley extranjera (T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2008, p. 459). Sistemas como el español, aplican unos baremos de indemnización obligatorios que pueden no dar respuesta a todos los daños sufridos por la víctima (en España, en casos de daños por accidentes de circulación el anexo del TRLRCYSCVM [*supra*] recoge unas tablas que indican las cuantías aplicables en la valoración de dichos daños considerando diferentes variables, de manera que, en caso de accidente de circulación de vehículo a motor se aplica, a día de hoy, el baremo puesto al día y aprobado por la Resolución de 18 enero de 2024, por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación [BOE, n.º 26, 30 de enero de 2024]; como se indicará, no hay baremo obligatorio en caso de daños derivados de un accidente de esquí, aunque de forma orientativa se usan los baremos destinados al cálculo del valor de los daños resarcibles derivados de un accidente de tráfico.

428 Los Estados parte del Convenio lo aplican sean cuales fueren las circunstancias del accidente y la clase de jurisdicción encargada de conocer al asunto. Es irrelevante el Estado donde ha tenido lugar el accidente, así como la nacionalidad o residencia habitual de las personas implicadas, el Estado de matriculación del vehículo y el hecho de que la ley aplicable sea la ley de un Estado no parte en el Convenio, sin que su aplicación dependa de ninguna condición de reciprocidad (art. 11 CLH71). Es, por tanto, un Convenio de aplicación universal o *erga omnes*⁹⁷⁵. Y la aplicación de la ley designada por el CLH71 no puede ser rechazada salvo que sea manifiestamente contraria al orden público (art. 10 CLH71)⁹⁷⁶. Asimismo, cualquiera que sea la ley aplicable para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y de seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente (art. 7 CLH71).

III. Criterios de determinación de la ley aplicable

429 El Convenio sigue un sistema complejo para determinar la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación por carretera. La regla básica de la que parte es que la responsabilidad civil derivada del accidente se rige por la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente (art. 3 CLH71). Y a continuación, en el precepto siguiente recoge una serie de excepciones a la regla general (art. 4 CLH71). Primera excepción: cuando en el accidente intervenga un solo vehículo matriculado en un Estado distinto de aquél donde ha tenido lugar el accidente, la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado es la ley aplicable respecto del conductor, poseedor, propietario del vehículo con independencia de su lugar de residencia habitual, y respecto de la víctima que viajaba como pasajero en caso de tener su residencia habitual en un Estado diferente al que se ha producido el accidente, y respecto de la víctima que se encontraba fuera del vehículo en el lugar del accidente si su residencia habitual fuese en el mismo Estado

⁹⁷⁵ Este carácter universal no siempre es aplicado y se incurre en un error: SAP Málaga, Civil, 11 julio 1996 (accidente de circulación ocurrido en Marruecos entre español y marroquí, ambos domiciliados en Melilla); SAP Las Palmas de 30 de junio de 2008 (accidente de circulación en Portugal y aplicación cumulativa del Convenio y del art. 10[9]CC) [en A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2018, t. III, p. 3936].

⁹⁷⁶ La excepción del orden público implica que han de ser casos graves en los que la aplicación de la *lex causae* vulneraría sin dudas los principios fundamentales del derecho o de la moral del país del foro. La ley extranjera solo puede ser descartada en casos graves y esta disposición no puede utilizarse para descartar la aplicación de la ley extranjera que, aun reconociendo al perjudicado el derecho de reparación, no resulte tan generoso como la *lex fori* [Eric W. Essén, «Actes et Documents», t. III, *Accidentes de la circulation routière, Rapport explicatif*, La Haya, Bureau Permanente de la Conférence, 11.ª sesión, 7 a 26 octubre, 1968, p. 215].

en el que el vehículo estuviere matriculado⁹⁷⁷. Segunda excepción: en el caso de que en el accidente estuviesen involucrados varios vehículos matriculados en el mismo Estado será aplicable la ley de dicho Estado. Tercera excepción: cuando en el accidente estuvieren involucrados diferentes personas que se encontraran fuera del o de los vehículos en el lugar del accidente, si todas estas personas tuvieran su residencia habitual en el Estado en el que el vehículo estuviere matriculado, la ley aplicable será la ley de este Estado. Y cuarta excepción (art. 6 CLH71): en el caso de verse implicados en el accidente varios vehículos no matriculados o matriculados en varios Estados, se aplicará la ley del lugar en el que el vehículo se halle habitualmente estacionado. La misma regla se aplicará cuando ni el propietario ni el poseedor ni el conductor del vehículo tuvieran, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado donde estuviere matriculado el vehículo. Sea cual fuere la ley aplicable al asunto para determinar la responsabilidad civil derivada del accidente, como ya se ha avanzado, han de considerarse las normas de circulación y seguridad que estuvieran en vigor en el lugar y en el momento del accidente (art. 7 CLH71).

430 En materia de accidentes de tráfico ¿opera la aplicabilidad de la autonomía de la voluntad en el ámbito del CLH71? En efecto, el Convenio no contempla la autonomía de las partes en materia de elección de la ley aplicable en el caso de un accidente de tráfico internacional. En consecuencia, cuando sea aplicable el CLH71 ¿podría acudir al Reglamento «Roma II» (o a la ley de conflicto interna) para hacer valer una autonomía que el CLH71 no tiene en cuenta?⁹⁷⁸ Por lo contrario, en los casos en los que

⁹⁷⁷ En agosto de 2010 acaeció un accidente de tráfico cuando el demandado conducía por la carretera nacional n.º 17 (Oujda-Fguig), a 34 km. al norte de Tendirara (Marruecos), en un automóvil de matrícula española, asegurado con la compañía Mpfre Familiar SA, sin intervención de ningún otro vehículo, se salió de la calzada dando vueltas de campana. A consecuencia de dicho siniestro fallecieron dos ocupantes del turismo y una tercera resultó lesionada. En este litigio se discutió, en lo que aquí interesa, si era de aplicación la ley española o la ley marroquí. La CJI era indiscutiblemente de la jurisdicción española de acuerdo con el RBI, entonces vigente, atendiendo al domicilio del demandado en España por ser el país de su residencia habitual (y no por lo establecido en la redacción del art. 22[3]LOPJ, como indica la resolución). En relación con el derecho aplicable se acudió al CLH71 cuyo art. 4 designa la ley aplicable a la controversia. En el litigio solo intervino un vehículo con matrícula española con lo que a tenor de la excepción del art. 4[a] CLH71 era aplicable el Derecho español para determinar la responsabilidad respecto del conductor. Ahora bien, respecto de las demás víctimas o perjudicados del accidente el mismo precepto contiene diferentes regímenes jurídicos para determinar su responsabilidad en el accidente y el Convenio indica que «en caso de ser varias las víctimas, la ley se determinará por separado con respecto a cada una de ellas» (art. 4[a] *in fine*). Entonces, en el caso que ahora se comenta, una de las víctimas tenía su residencia en España mientras que las otras dos la tenían en el Reino de Marruecos. En consecuencia, respecto de la víctima con residencia en España era de aplicación el Derecho español, mientras que respecto de las residentes en Marruecos era de aplicación el Derecho marroquí por ser el lugar donde ocurrió el siniestro, y ello en virtud de la regla general del art. 3 CLH71 puesto que no se incardinaban dentro de la excepción segunda del art. 4[a] (STS n.º 37/2021, de 2 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:291, FJ 4).

⁹⁷⁸ En el mismo sentido que se ha tratado a propósito del CLH73 (*vid. supra* nota 968).

no sea de aplicación el Convenio, p. ej., cuando el litigio se suscite ante los tribunales de un país que no sea parte del CLH71 como Alemania, la aplicación del Reglamento «Roma II» posibilitará para que las partes elijan libremente el derecho aplicable a su litigio de acuerdo con el art. 14 RRII. Por ello, ante este escenario, hay autores que abogan que no hay impedimento en que las partes pacten la ley aplicable también en el marco del CLH71 porque el texto no lo prohíbe y no existen razones que sostengan la imposibilidad; argumentos que no compartimos mientras esté vigente el art. 12(6) CC y las normas de conflicto tengan carácter imperativo.

IV. La acción directa

431 El artículo 9 del CLH71 prevé que el perjudicado pueda accionar directamente contra la aseguradora del responsable si este derecho está previsto en la ley designada⁹⁷⁹. De igual modo, si dicha ley fuese la del Estado de matrícula y la misma no reconociese la acción directa podrá ejercitarse si la misma estuviese prevista por la ley interna del Estado donde ha acaecido el accidente⁹⁸⁰. Y, finalmente, se podría ejercitar si la misma estuviese admitida por la ley del contrato de seguro⁹⁸¹. La redacción en cascada de este precepto implica que, si las tres leyes designadas admiten la acción directa contra la aseguradora, el perjudicado no puede optar por aquella que le otorgue el régimen más favorable. Las leyes se aplican dentro del orden que recoge el texto⁹⁸².

⁹⁷⁹ El derecho del perjudicado directo y de las otras personas perjudicadas de accionar directamente contra la aseguradora de la persona responsable de los daños se regula, en algunos países, de forma autónoma, independientemente de la relación del perjudicado con el autor del accidente. En otros países, los derechos del perjudicado son idénticos contra la aseguradora y el autor del hecho dañoso. De este modo, el CLH71 estimó de utilidad someter la cuestión sobre la existencia de este derecho de la acción directa a la ley que ha de regir la responsabilidad. Por ello, el art. 9(1) CLH71 prevé que las personas perjudicadas tienen el derecho de accionar directamente contra la aseguradora del responsable si la ley aplicable en virtud de los arts. 3, 4, o 5 CLH71 reconoce dicho derecho (Eric W. Essén, «Actes et Documents», *loc. cit.*, p. 214).

⁹⁸⁰ El ánimo del CLH71 fue el de permitir al perjudicado accionar directamente contra la aseguradora y evitar que por la aplicación y efectos del propio CLH71 tal acción se viese suprimida. En el supuesto de que la ley aplicable fuese la ley del Estado de matriculación del vehículo y que esta no reconociese la acción directa, pero sí la reconociese el derecho del Estado en el que ha tenido lugar el accidente, resultaría que la sola aplicación de la ley del Estado de matriculación privaría al perjudicado del derecho de la acción directa, derecho que sí tendría en el caso de que el CLH71 no existiera. Por ello, para evitar esta situación el art. 9(2) CLH71 prevé que pueda ejercitarse la acción directa si la misma está prevista por la ley del Estado en cuyo territorio ha acaecido el accidente. En consecuencia, en estos casos retomar la *lex loci* se admite en favor del perjudicado (*idem*).

⁹⁸¹ Cuando ni la *lex causae* ni la *lex fori* admiten la acción directa, el CLH71 indica, en el art. 9(3), que puede ejercitarse en el caso de estar admitido por la ley aplicable al contrato de seguro.

⁹⁸² *Idem*.

V. Remisión a Estados plurilegislativos

432 El art. 12 CLH71 ofrece una solución a las situaciones internas de responsabilidad civil extracontractual de países no unificados con diferentes legislaciones aplicables e indica que en estos Estados cualquier unidad territorial con sistema jurídico se considerará como un Estado a los efectos de la aplicación de los arts. 2 a 11 CLH71 siempre que disponga de su propio sistema jurídico en lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual en materia de accidentes de circulación por carretera⁹⁸³. El art. 13 CLH71 se incorpora para clarificar que la solución que ofrece el art. 12 no es obligatoria, sino una opción del Estado, y así indica que «un Estado con sistema jurídico no unificado no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los accidentes que ocurran en su territorio cuando intervengan solamente vehículos matriculados en las unidades territoriales de dicho Estado». Y en su art. 14 abre la puerta a incorporar este sistema a sus conflictos internos al adherirse o ratificar el Convenio. España no ha manifestado nada al respecto por lo que en Derecho interregional se aplica el artículo 10[9] CC y la ley aplicable será la que corresponda a la unidad territorial española con Derecho propio en la que haya tenido lugar el accidente.

433 La relación entre el Reglamento «Roma II» y el Convenio de la Haya de 1971 la determina el artículo 28(1) del propio Reglamento. De este modo, los países miembros de la UE que son parte del CLH71 continuaran aplicando este Convenio. Los demás países o Estados miembros de la Unión designaran la ley aplicable en virtud del Reglamento «Roma II».

434 Entre el Convenio de La Haya de 1971 y el Reglamento «Roma II» hay diferencias. Una de ellas, es la referida al rol de la autonomía de voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable. El Reglamento «Roma II», como ya se ha visto, permite el ejercicio de esta autonomía de las partes en su art. 14, mientras que el Convenio no menciona dicha posibilidad. Otra diferencia concierne a las condiciones que permiten no aplicar la regla de la *lex loci*. Tanto el Reglamento «Roma II» como el CLH71 recogen excepciones a la aplicación de la ley del lugar del daño. El Reglamento permite aplicar la ley del lugar de residencia común habitual de las partes [4[2] RRII], así como aplicar la cláusula de escape [4[3] RRII], y el CLH71 prevé, en ciertos casos enumerados en su

⁹⁸³ La referencia a los Estados no unificados se realiza a aquellos países que no dispongan de una normativa unificada en esta materia, en otras palabras, que existan en cada unidad territorial legislación relativa al régimen jurídico de la responsabilidad derivada de accidentes por carretera. Es necesario que la divergencia de las legislaciones implique cambios sustanciales en el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual (*idem*).

art. 4, excepciones a la regla general de la *lex loci*⁹⁸⁴.

APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 10(9) DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. Alcance del art. 10(9) CC

435 El art. 10(9) CC español indica la ley aplicable a los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. Sin embargo, hoy en día, su aplicabilidad ha quedado muy reducida por la existencia del Reglamento «Roma II» y de otros instrumentos internacionales que regulan supuestos concretos de responsabilidad extracontractual. En efecto, la aplicación del precepto es habitual en la dimensión interna, pero, en la internacional su observancia es residual pues el Código civil se aplica únicamente a aquellos supuestos no previstos por otra normativa europea o internacional; p. ej., a la responsabilidad derivada de los daños a los derechos de la personalidad, que están excluidos expresamente del ámbito material del Reglamento «Roma II» [art.1[2] RRII]⁹⁸⁵. Por otra parte, además del párrafo primero, por razones obvias, el párrafo segundo del artículo 10(9) CC es hoy en día, inaplicable, pues se refiere a la gestión de negocios, y ya se ha señalado que en la responsabilidad

⁹⁸⁴ Véase el caso real en el que el conductor de un coche con residencia habitual en Francia intentó adelantar un camión con remolque en una carretera alemana, con una maniobra contraria a las reglas de circulación; e involucró a un tercer vehículo que circulaba en el otro sentido de la marcha, ocupado por dos hermanos que tenían su residencia habitual en Francia, el cual tuvo que frenar de urgencia. La frenada hizo derrapar al coche ocupado por los dos hermanos y colisionó con el camión. Uno de los hermanos murió y el otro resultó gravemente herido. Los coches estaban matriculados en Francia y el camión en Alemania. En este caso los tribunales alemanes eran competentes internacionalmente en virtud del artículo 5(3) del Reglamento de Bruselas I [ahora, 7[2] RBI *bis*], los cuales deberían aplicar el Reglamento «Roma II» y en concreto, el artículo 4(2) que permite aplicar la ley del lugar de residencia común de las partes, en este caso, la ley francesa. También los tribunales franceses eran competentes internacionalmente para conocer del litigio según el artículo 2(1) del Reglamento Bruselas I [ahora, 4[1] RBI *bis*] y hubieran designado la ley aplicable al litigio en aplicación del CLH71, y como quiera que todos los vehículos implicados no estaban matriculados en el mismo Estado, el tribunal hubiera designado la ley del lugar del accidente, esta es la ley alemana. Véase otro supuesto, un accidente ocurrido en Francia en el que se ve implicado un solo vehículo matriculado en Bélgica, pero las personas que viajaban en él eran todas residentes habituales en España. Como un solo vehículo resultó implicado se aplicó la ley belga por ser la del país de matriculación del coche, de acuerdo con el art. 4 CLH71. Si en este caso hubiera sido aplicable el Reglamento «Roma II», éste hubiere conducido a la aplicación de la ley del lugar de residencia común habitual de las partes, la ley española [T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, 2008, pp. 467-471].

⁹⁸⁵ La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales surgidas de la vulneración de estos derechos de la personalidad se fijará, en DIPr español, con arreglo al art. 10.9(1) CC. Se parte del punto de conexión general del lugar de producción del daño [en armonía con el Reglamento «Roma II»]. Es decir, el lugar en el que se difundió la información que suponga una lesión de los derechos de la personalidad. El ámbito material de la ley aplicable regulará tanto la existencia del daño como los medios para su reparación, los derechos de réplica y rectificación, etc. Si sucede que el daño se verifica en diferentes países [daños plurilocalizados], cada daño sufrido en cada uno de estos países se le aplicará la ley del país correspondiente [teoría del mosaico]. En supuestos de ilícitos a distancia para determinar la ley aplicable se tendrá en cuenta únicamente el lugar de producción del daño [en sintonía con el Reglamento «Roma II»].

derivada de este tipo de obligaciones se aplica el Reglamento «Roma II», que, además, prevé una norma de conflicto particular (art. 11 RRII). Lo mismo ocurre con el apartado tercero de dicho precepto que determina la ley aplicable en casos de enriquecimiento injusto que con el Reglamento 864/2007 deviene inaplicable (art. 10 RRII).

II. La solución: *lex loci delicti commissi*

436 El artículo 10(9) CC indica el punto de conexión general: «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven» por lo que se aprecia que el criterio general es el *locus delicti damni commissi*. El punto de conexión general es el lugar en el que ocurre el hecho dañoso, y es interpretado en armonía con el Reglamento «Roma II» por lo que el punto de conexión general debe fijarse en el lugar del daño y no en el lugar del hecho causal del daño⁹⁸⁶. Lo que no puede obviarse, es que el artículo 10(9) CC es un precepto «rígido» que no contempla excepción alguna, lo que conduce a que se introduzcan vías de escape para aquellos casos en los que el daño se produzca en un lugar «casual», «fortuito» o «anecdótico». De esta manera la autoridad judicial puede descartar la aplicación de la ley del lugar del daño a favor de la ley aplicable al lugar que esté más vinculado con el asunto en concreto. Entonces, mediante la facultad de integración de los jueces en aras al «principio de proximidad» puede aplicarse «la ley del país más estrechamente vinculado al caso específico»⁹⁸⁷. Lo cierto es que esta regla ha quedado desplazada por el Reglamento «Roma II» y por toda la normativa internacional específica en relación con daños en casos internacionales.

III. Ámbito de la ley aplicable

437 El artículo 10(9) CC abraza un supuesto general y cubre todo tipo de reclamación derivada de un daño extracontractual siempre que no pueda ser encajado en otras categorías jurídicas como, p. ej., la responsabilidad contractual. Este artículo despliega importancia en relación con los daños derivados de infracciones a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), debido a que son materias excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento «Roma II» y no existe ningún otro convenio internacional que regule la designación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de dichas

⁹⁸⁶ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 4032.

⁹⁸⁷ A.-L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, t. III, p. 4034.

infracciones. Y, ello, teniendo siempre presente, que este artículo regula los conflictos internos de leyes, porque el art. 25(2) RRII no lo hace, pues, España [a diferencia del Reino Unido, *vid.* nota 735] no ha optado por proyectar la aplicación del Reglamento «Roma II» a los conflictos internos.

SECCIÓN 2) LOS ACCIDENTES DE ESQUÍ CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA Y EL DERECHO APLICABLE

I. El accidente de esquí como fuente de obligación extracontractual⁹⁸⁸

⁹⁸⁸ Como ya se ha explicado en la introducción de este trabajo, los accidentes o daños por el mal funcionamiento de los remontadores mecánicos (accidentes de esquí «impropios») también pueden dar lugar a la responsabilidad contractual de la empresa explotadora de los remontes mecánicos. En las obligaciones contractuales, en relación con la determinación de la competencia judicial internacional el régimen de responsabilidad se enmarca en el ámbito material de aplicación del Reglamento de Bruselas I *bis* [art. 7[1] RBI *bis*]. En lo referente a la ley aplicable, en casos de responsabilidad contractual, la norma de conflicto aplicable por los Estados miembros es el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el conocido como Reglamento «Roma I» o «RRI», que goza de los mismos atributos jurídicos que cualquier otro reglamento europeo: tiene alcance general [art. 2. RRI], es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable por los Estados miembros. El Reglamento está vigente en todos los Estados miembros salvo en Dinamarca, donde sigue vigente el Convenio de Roma de 1980 (cdo. 46) [la regla especial del art. 5 RRI no existe en el Convenio de Roma de 1980 [A. L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, p. 1059]]. Merced a su carácter universal, el Reglamento reemplaza el art. 10[5] CC que en el ámbito de aplicación material del instrumento comunitario, por lo que el art. 10[5] CC queda, en esencia, relegado a las obligaciones contractuales excluidas del régimen europeo por razón de la materia [art. 1 RRI], siempre que no exista otra norma específica para ellas, que, en realidad, es lo más frecuente. El art. 10[5] CC recoge como primera solución en orden a establecer el ordenamiento aplicable la autonomía conflictual, siempre que tenga conexión con el contrato, en su defecto la ley nacional común de las partes y si no, la de la residencia habitual común, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. Aunque no lo indica expresamente el CC (sí lo hace el Reglamento «Roma I»), queda fuera del alcance de la autonomía de las partes las normas imperativas y de policía [M. Requejo Isidro, «Artículo 10.5», A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 1.ª ed., mayo, 2010, pp. 87-88)]. El ámbito material del Reglamento «Roma I» son las obligaciones contractuales [art. 1 RRI]; a su vez, dentro del ámbito jurídico-privado, se excluyen de su ámbito material de aplicación una serie de cuestión o relaciones determinadas [art. 1[2] RRI]. En concreto, el estado civil o la capacidad de las personas, las obligaciones que deriven de relaciones familiares, o equivalentes, o las que deriven del régimen económico matrimonial, testamento o sucesiones, las obligaciones que deriven de letras de cambio, cheques o pagarés, o de otros instrumentos negociables en la medida en que deriven de su carácter negociable, las cláusulas arbitrales o de jurisdicción, las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades o la responsabilidad precontractual, y, a la hora de concretar el concepto de «obligación contractual» y su contraposición al de «obligaciones extracontractuales», resulta imprescindible tomar como referencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el contexto del Reglamento Bruselas I. El Tribunal, como se ha visto en el capítulo 2.º, suele calificar una obligación contractual como la que deriva de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra [*cit.*, *supra*, caso *ERGO*, 2016]. La relación de este Reglamento con otros instrumentos supranacionales se basa en el principio de especialidad de manera que el Reglamento 593/2008 no impide la aplicación de otras normas europeas que, en relación con materias particulares, contengan reglas de conflicto relativas a obligaciones contractuales [art. 23 RRI]. Bien, no existe ninguna norma europea que regule los accidentes de esquí causados por el mal funcionamiento de los remontadores mecánicos o aquellos que se producen por la deficiente o falta de supervisión del instructor respecto de sus alumnos, por lo que el Reglamento «Roma I» es la norma que aplicar para designar el derecho que ha de regir la *litis*. En los accidentes de esquí en los que el esquiador-alumno resulta dañado por causa imputable al instructor, la ley aplicable,

438 Es notorio que el esquí como actividad deportiva es una práctica que en sí misma implica riesgos y en caso de accidente el resultado es dañoso⁹⁸⁹. La naturaleza del daño derivado de un accidente de esquí, ya se origine por colisión o choque entre esquiadores, por el impacto del esquiador contra elementos u objetos de la pista o por la caída en solitario del esquiador es extracontractual, porque este daño no trae causa de ninguna relación jurídica entre las partes anterior al hecho dañoso, *i. e.*, el accidente⁹⁹⁰. La obligación de reparación del daño por parte del esquiador causante del accidente a la persona o personas que han resultado perjudicadas se justifica por el deber general, que apela a todos, consistente en no dañar a otros⁹⁹¹; y cuando esto sucede, culposa o negligentemente, nace la obligación de reparar el daño ocasionado. Para determinar la ley aplicable en un asunto sobre la responsabilidad civil extracontractual en esta materia ha de acudirse al instrumento normativo preferente, que es el Reglamento «Roma II»⁹⁹². Este Reglamento es aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil en las situaciones privadas internacionales que comporten un conflicto de leyes [art. 1 RRII]⁹⁹³. El daño producido

salvo elección de las partes [art. 3 RRI], viene determinada por el criterio general del lugar de residencia habitual del prestador del servicio [art. 4 RRI en relación con el art. 6 RRI].

⁹⁸⁹ *Vid. supra* §§ 93 y ss.: «El esquí como actividad deportiva».

⁹⁹⁰ *Vid. supra* §§ 1 y ss.: «Introducción. Líneas preliminares: delimitación del objeto de estudio».

⁹⁹¹ «Alterum non laedere» *vid. supra* nota 10.

⁹⁹² Este Reglamento «Roma II», como se ha visto en la secc. 1.^a de este cap., establece un régimen uniforme sobre ley aplicable en el ámbito de la responsabilidad por daños, los cuasicontratos y la culpa *in contrahendo* en Europa. Tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable por los Estados miembros. No necesita transposición por los Derechos nacionales. El TJUE tiene competencia interpretativa en las condiciones establecidas por el TFUE. El Reglamento 864/2007 está vigente en todos los Estados miembros, salvo en Dinamarca [cdo. 40 RRII] [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 400]

⁹⁹³ Desde la sentencia LTU/ *Eurocontrol* [1976], el Tribunal de Justicia ha señalado, de forma reiterada, que «el concepto de materia civil y mercantil ha de ser objeto de una interpretación autónoma que haga referencia, por un lado, a los objetivos y al sistema del Convenio [después, Reglamento], y por otra, a los principios generales que deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales» [§ 5]. Por otra parte, la noción de «delictual o cuasidelictual» que fija la sentencia del Tribunal de Justicia, *Kalfelis* [1988] y la jurisprudencia posterior [comentada *supra* notas 67 y 74] a propósito de la CJ; es trasladable, por lo general, al terreno del derecho aplicable de las «obligaciones extracontractuales». Si bien, desde la STJ del caso *Hrvatske Šume* [2021] ha de tenerse presente que, existen obligaciones de fuente no contractual que caen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento «Roma II», que, sin embargo, no pueden ser considerados como pertenecientes al ámbito de la «materia delictual o cuasidelictual» del art 7[2] RBI *bis*, por no tener la responsabilidad de la cual se atribuya y exija al demandado su origen en un hecho ilícito —el criterio para designar la ley aplicable a las obligaciones derivadas del enriquecimiento injusto de origen extracontractual lo recoge el art. 10 RRII, sin embargo, a efectos competenciales no tendría naturaleza delictual o cuasidelictual, por lo que no se le puede atribuir el foro especial de lugar del daño del art. 7[2] RBI *bis*, y, habrá de seguirse los foros de competencia generales para determinar la competencia —. Ejemplo: si un sujeto es titular de cuentas corrientes en España, Portugal, Italia y Francia y recibe un pago indebido en Francia, litigar en Francia no es previsible para dicho sujeto, pues el lugar donde se recibe el dinero indebidamente pagado puede ser aleatorio, circunstancial, fortuito, casual y,

en un accidente de esquí no es ninguna de las obligaciones excluidas por el Reglamento «Roma II» [art. 1[2] RRII], y tampoco es objeto de un tratamiento especial o específico, ni por el Reglamento ni por otros Convenios o instrumentos legales internacionales⁹⁹⁴.

439 El Derecho interno español contiene en el artículo 10[9] CC la norma de conflicto que indica que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven. Sin embargo, como se ha reseñado, este precepto no se aplicará en aquellos casos que cubra el ámbito de aplicación del Reglamento «Roma II», que tiene preferencia. Por ello, en los litigios sobre responsabilidad derivada de un accidente internacional de esquí para determinar la ley aplicable se acude al Reglamento porque estos supuestos de responsabilidad civil extracontractual caen dentro de su ámbito material de aplicación. Igualmente, no se dispone, en el tráfico externo, de ninguna regulación específica acerca de la responsabilidad civil no contractual derivada de un accidente de esquí por lo que, para determinar la normativa aplicable, cabe acudir, de forma indefectible, al Reglamento «Roma II». El art. 10[9] CC queda solo para regular los conflictos internos que puedan surgir en España por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en esta materia –Derecho interregional español–, o algún caso que quedara fuera del ámbito temporal de aplicación del Reglamento, por haberse producido el daño antes del 2009, lo que, dado los plazos de prescripción en la materia, parece, en 2024, inviable.

II. Determinación de la ley aplicable: la normativa conflictual

440 El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto que indican la ley

en definitiva, *imprevisible*, ya que el sujeto que recibe el pago indebido no ha realizado ningún acto en Francia. Esta obligación derivada de este tipo de enriquecimiento injusto no se califica como «delictual o cuasidelictual», de modo que el art. 7[2] RBI *bis* no es aplicable. Sin embargo, sí que debe calificarse como obligación extracontractual a efectos del Reglamento «Roma II», que se aplica para concretar la Ley que lo rige (J. Carrasco González, «Ni es una obligación contractual ni es una obligación extracontractual. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 9 de diciembre de 2021, C-342/20, BP Europa, el enriquecimiento injusto y el juicio a Juana de Arco, doncella de Orleans», bloc Accursio DIP, 14 de enero de 2022, <http://accursio.com/blog/?p=1424>).

⁹⁹⁴ Junto al Reglamento «Roma II», hay que tener en cuenta, para tipos de daños particulares, sendos Convenios de la Haya [p. ej., sobre accidentes de circulación o sobre responsabilidad por productos (*vid. supra*)], y para las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, el art. 10[9] CC. Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que, en materia de daños nucleares, contaminación por hidrocarburos o transporte, hay diferentes convenios de Derecho material uniforme que, dentro de su ámbito de aplicación, prevalecen sobre las soluciones conflictuales. Habrá de consultarse cada texto para determinar su ámbito de aplicación y su conjugación con la ley designada por las normas de conflicto (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 399).

estatal que va a regular la obligación extracontractual derivada del hecho dañoso, consistente en la reparación del daño causado por el responsable del accidente de esquí. El Reglamento dirigirá a una ley estatal en concreto, es decir, a un derecho sustantivo que será el que habrá de tenerse en cuenta, tanto por las partes, en el momento de formular sus pretensiones, como por el órgano jurisdiccional cuando resuelva el asunto⁹⁹⁵. Y, como se ha referido en la primera sección, el concepto de obligación no contractual se contrapone al de obligación contractual y es un concepto autónomo, europeo y propio del Reglamento que no puede ser extraído de los conceptos fijados por los derechos internos de los Estados miembros⁹⁹⁶.

III. Ámbito de aplicación: temporal, espacial, personal y material

441 El Reglamento «Roma II» se aplica a los accidentes acaecidos después del 11 de enero del 2009⁹⁹⁷. El momento relevante es en el que ha tenido lugar el hecho dañoso. Tiene carácter universal, por lo que se aplica con independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y con independencia de cuál resulte la ley aplicable al caso; la ley designada por el Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro [art. 3 RRII]⁹⁹⁸. El Reglamento 864/2007 es vinculante, obligatorio y de aplicación directa para todos los

⁹⁹⁵ «El Reglamento “Roma II” tiene un ámbito de aplicación universal, esto es, se aplica, aunque la ley designada sea la de un Estado no miembro [art. 3 RRII]. Además, no se exige ninguna conexión particular con la UE más allá de la mera competencia judicial, por ejemplo, basta con que el litigio se plantee ante un juez de un Estado miembro». De este modo, el Reglamento «Roma II» determina la ley aplicable a un litigio entre esquiadores ciudadanos europeos, esquiadores no europeos y europeos, entre esquiadores de terceros Estados, en estaciones sitas en la UE, así como entre esquiadores europeos en pistas de esquí sitas fuera del territorio de la UE. En otras palabras, es aplicable en cualquier accidente de esquí en el que concurra un factor de extranjería. El lugar donde se haya producido el daño, dentro o fuera de la UE, es irrelevante. «Por su carácter universal, el Reglamento «Roma II» reemplaza el art. 10(9) CC en el ámbito de aplicación material de aquél» [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 402].

⁹⁹⁶ Y, teniendo en cuenta que, el TJUE (*Hrvatske Šume* [2021]) esté perfilando el concepto de «materia delictual y cuasidelictual», *vid. supra* notas 497, 707, 708, 831 y 993.

⁹⁹⁷ El Reglamento «Roma II» se aplica a los supuestos en los que el hecho generador del daño se hubiere producido a partir del 11 de enero del 2009. Esta es la interpretación dada por el TJ en el asunto *cit. supra Homawoo c. GMF Assurances SA* [2011: §§ 30, 33 y 34] para aclarar la confusa redacción de los artículos 31 y 32 RRII, teniendo en cuenta la regla general del artículo 297(1) y (3) TFUE.

⁹⁹⁸ El Reglamento tiene un carácter universal, es *erga omnes* (*vid. supra* nota 376) puesto que como señala su artículo 3 «la ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro». Por tanto, en las materias que regula, desplaza el artículo 10(9) CC español, que solo se aplicará a aquellas materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento siempre y cuando no exista convenio que lo regule, por ejemplo, en los casos de difamación [M. A. Rodríguez Vázquez, «La Competencia Judicial Internacional», en A. Rodríguez Benot (dir.) *Manual de Derecho Internacional Privado*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, p. 268].

Estados miembros [excepto Dinamarca]⁹⁹⁹. Su ámbito de aplicación son aquellos supuestos con elementos internacionales que comportan un conflicto de leyes en materia de obligaciones extracontractuales civiles o mercantiles¹⁰⁰⁰. El Instrumento señala la ley aplicable, tanto a las obligaciones derivadas de los hechos y actos que provoquen un daño o lesión, como a las derivadas de accidentes de esquí cuando se produce una colisión entre esquiadores, o cuando se produce una caída del esquiador con resultado dañoso o impacto contra algún elemento de la pista¹⁰⁰¹. En cambio, los casos de daños causados por el mal funcionamiento del remonte al que se ha accedido con la compra del forfait y con el que se ha transportado al esquiador a la pista desbordan el ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma II», porque sería un supuesto de responsabilidad contractual y la norma de conflicto a aplicar sería el Reglamento «Roma I»¹⁰⁰² cuyo ámbito de aplicación material son las obligaciones contractuales [que no son objeto de este trabajo]¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ Cdo. 40 RRII. Dinamarca no ha celebrado ningún acuerdo internacional con la UE al efecto de hacer extensible el contenido del Reglamento a Dinamarca, a diferencia de los acuerdos internacionales que celebró con la UE, el 19 de octubre de 2005, para extender a Dinamarca el contenido del Reglamento Bruselas I [ahora, RBI *bis*] y del Reglamento [CE] n.º 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado entre EE. MM. de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil —actualmente vigente, Reglamento 2020/1784, de 25 de noviembre de 2020 [DOUE, L 405, de 2 de diciembre de 2020]— [G. Garriga Suau, *loc. cit.*, en Font i Segura, A., *et. al.*, [coords.], *op. cit.*, p. 456].

¹⁰⁰⁰ El Reglamento «Roma II» se aplica solo en el ámbito civil y mercantil, y no, p. ej., en el administrativo. La calificación de obligación extracontractual ha de hacerse de forma autónoma, y la jurisprudencia del TJ sobre la noción de materia delictual o cuasidelictual en el RBI *bis* ha de tenerse en cuenta para definir este concepto, en virtud del principio de coherencia [cdo. 7 RRII], (*vid. supra* «Introducción»). Lo relevante es el objeto de litigio, no la naturaleza del órgano jurisdiccional que esté conociendo [cdo. 8]. En consecuencia, y como sucede en el ordenamiento jurídico español, los jueces penales que conforme a su Derecho nacional puedan conocer de la acción civil están obligados también a aplicar el Reglamento (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 400).

¹⁰⁰¹ En el ámbito civil y mercantil, el Reglamento «Roma II» se aplica solo a los daños extracontractuales. Recuértese que la jurisprudencia ha definido la materia extracontractual de forma negativa, por contraposición a la materia contractual. El Reglamento se aplica también a las acciones preventivas, por ello el concepto de daño incluye los daños inminentes o que puedan producirse [art. 2 RRII]. A su vez, el Reglamento «Roma II» excluye de su ámbito de aplicación, de forma expresa, una serie de materias [art. 1[2] RRII] y evita, de este modo, que una interpretación del concepto de obligaciones extracontractuales pudiese reconducir bajo su ámbito de aplicación a cuestiones propias de otros sectores (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 401).

¹⁰⁰² Reglamento [CE] n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [«Roma I»], DOUE, L 177, de 4 de julio de 2008.

¹⁰⁰³ *Vid.* «Introducción».

IV. Los puntos de conexión que ofrece el Reglamento «Roma II» para determinar la ley aplicable en materia de daños derivados de un accidente de esquí

442 El Reglamento «Roma II» diseña un sistema general para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales dimanantes del hecho dañoso que constituye el accidente de esquí. Se debe recordar que los diferentes puntos de conexión del Instrumento se clasifican en un punto subjetivo de conexión basado en la libre elección de las partes implicadas [art. 14 RRII]¹⁰⁰⁴ y dos puntos de conexión de carácter objetivo general, que son el lugar de residencia habitual común de las partes implicadas [art. 4[2] RRII], y, de forma subsidiaria, cuando no coincida la residencia habitual, el lugar donde se ha producido el daño, esto es el hecho productor del daño, que, en el caso objeto de estudio, es aquél en que ha acaecido el accidente de esquí [art. 4[1] RRII]. Los puntos de conexión objetivos de carácter especial tales como los referidos a los daños producidos por la práctica de la competencia desleal, daños medioambientales, infracción de derechos de la propiedad intelectual, enriquecimiento injusto, gestión de negocios y la culpa *in contrahendo* corresponden a materias diferentes y quedan fuera de esta sección [arts. 6 a 12 RRII]. Finalmente, el Reglamento prevé una cláusula de escape en virtud de la cual la ley aplicable al ilícito resultante del accidente de esquí será la del país que presente vínculos manifiestamente más estrechos con el asunto, cuando, por ejemplo, hubiera habido una relación preexistente entre las partes, como un precontrato íntimamente ligado al hecho dañoso en cuestión [art. 4[3] RRII].

a) Libertad de elección de las partes implicadas (art. 14 RRII)

443 En casos en los que el hecho dañoso haya sido un accidente de esquí, la libre voluntad de las partes les permite someter la obligación extracontractual de reparación a la ley que elijan. La conexión de la autonomía de elección de las partes es la principal y preferente¹⁰⁰⁵. Dicha elección ha de manifestarse de forma expresa y clara o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso, es decir de forma tácita, y no ha de perjudicar el derecho de terceros. En los supuestos de accidentes

¹⁰⁰⁴ Recuérdese que la primera regla de conflicto que, por orden jerárquico, establece el Reglamento «Roma II», es la autonomía de la voluntad: las partes, *i. e.*, en principio la presunta responsable y la víctima, pueden escoger la ley aplicable a los daños extracontractuales que puedan surgir en el marco de sus relaciones. Las partes pueden elegir cualquier ley, sea de un EM o no, y con independencia de que tenga, o no, conexión con el supuesto. La elección cabe tanto antes como después del daño si todas las partes desarrollan una actividad comercial, y solo cabe después del hecho generador del daño cuando una o ambas partes sean particulares (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 403).

¹⁰⁰⁵ Las partes establecen una «conexión primaria» con la ley elegida; el art. 14 RRII establece una verdadera norma de DIPr. Y, es que, al inicio, hubo quien se preguntó sobre si dicha norma era verdaderamente una conexión primaria o era secundaria (*vid. E. Loquin, loc. cit.*, pp. 50-51).

de esquí, la elección deberá producirse mediante un acuerdo posterior al siniestro que ha producido el daño [art. 14.1[a] RRII]. Debido a la propia naturaleza del daño derivado de un accidente de esquí, y el hecho de que el perjudicado será una persona física que no desarrolla actividad comercial, no es plausible que *ex ante* las partes tengan la oportunidad de elegir la ley aplicable a un daño auténticamente extracontractual futuro¹⁰⁰⁶. La facultad de pacto de las partes se extiende a los supuestos en los que el accidente se produzca en un lugar determinado que a la vez sea el lugar de residencia de las partes y en el que éstas deciden someter su litigio a la ley de un Estado diferente. Sin embargo, esta elección está supeditada a la aplicación de las disposiciones de obligado cumplimiento de la ley del país en el que están localizados todos los elementos pertinentes de la situación, que no puedan excluirse mediante acuerdo [art. 14[2] RRII]. De este modo, se aplican al litigio las normas imperativas del país o lugar en el que el accidente aparece conectado de forma objetiva. De igual modo, en accidentes acaecidos en un Estado miembro con implicados residentes en diferentes Estados miembros, la facultad de elegir la ley aplicable alcanza el acuerdo a someterse a la ley de un tercer Estado, pero dicho acuerdo no puede excluir aquellas disposiciones legales del Derecho de la Unión Europea de obligado cumplimiento [art. 14[3] RRII]¹⁰⁰⁷.

444 A modo de ejemplo, se va a retomar el caso expuesto en el capítulo anterior sobre el accidente de esquí acaecido en Chequia entre un esquiador causante del daño con domicilio en Andorra y un perjudicado con domicilio en Francia. Se veía como a través del ejercicio del foro de la autonomía de la voluntad, las partes elegían a través de un acuerdo atributivo de competencia el tribunal competente. Se explicaba como la negociación podía terminar con la determinación de la competencia de los tribunales españoles si el perjudicado accedía a no pleitear «en casa» dada la posibilidad de verse compelido a pleitear en la República Checa. Bien, de este modo, y en relación con la ley aplicable, en este caso concreto y de acuerdo con el artículo 4[1] RRII, la ley designada es la *lex loci damni*, esto es el Derecho checo. Entonces, no parece que para las partes tenga demasiado sentido litigar ante los órganos

¹⁰⁰⁶ La elección no puede perjudicar a terceros [art. 14[1] *in fine* RRII]. Esta limitación puede ser relevante para las compañías aseguradoras, pues éstas no pueden verse perjudicadas por una elección de ley aplicable entre la persona causante del daño y la víctima, en particular en cuanto al ejercicio de la acción directa [art. 18 RRII]: si ni la ley del lugar del daño ni la ley aplicable al contrato de seguro reconocen esta acción, en principio las partes no podrán optar por una tercera ley que la admita [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 404].

¹⁰⁰⁷ En este sentido y en relación con las reglas imperativas de origen comunitario a las que elude el artículo 14[3] RRII, solo podrá revestir carácter de norma material imperativa cuando ya sea imperativa a nivel interno, esto es cuando no pueda ser derogada mediante acuerdo entre las partes [J. Maseda Rodríguez, «El juego de las normas imperativas en el Reglamento “Roma II” sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*», *REEL*, n.º 25, 2013, p. 10].

jurisdiccionales españoles con la aplicación del Derecho checo. Lo lógico sería que, en un caso como el planteado, las partes valiéndose del principio de autonomía de la voluntad (art. 14 RRII) también pactasen que su controversia se enjuiciase conforme al Derecho material español. Es razonable pensar que, por razón de proximidad, tanto el perjudicado (con domicilio y residencia en Andorra), como el demandado (con domicilio y residencia en Francia) se vean más cómodos, en el sentido que le sea más fácil y menos costoso, pleiteando bajo la aplicación del Derecho español (y ello, aunque el accidente haya tenido lugar en Chequia)¹⁰⁰⁸.

b) El lugar de residencia común de las partes (art. 4[2] RRII)

445 En defecto de acuerdo de elección de la ley aplicable, el Reglamento «Roma II» designa, como punto de conexión preferente al criterio general de la *lex loci damni*, la ley del lugar de residencia habitual¹⁰⁰⁹ común de las partes implicadas (el precepto especifica que la residencia habitual se alega de la persona cuya responsabilidad se pretende y de la persona perjudicada) en el momento en el que se produce el accidente, con independencia de donde éste haya ocurrido. Se trata de una conexión especial y preferente a los siguientes puntos de conexión. Si concurre esta circunstancia, se insta a las partes a someterse a la ley de su país de residencia en aras a una mayor proximidad y seguridad jurídica. En efecto, en la mayoría de los supuestos, esta conexión garantiza menos costes de litigación para las partes, una mejor y más eficiente administración de justicia, así como una armonía en sus decisiones¹⁰¹⁰. Por lo general, las partes que comparten lugar de residencia litigarán en el país en el que residen y por ello, se ha defendido la prevalencia de este criterio «alegando que corresponde, en la mayoría de los casos, a las legítimas expectativas

¹⁰⁰⁸ J. Carrascosa González destaca el juego del análisis económico del Derecho en la norma de conflicto (costes-beneficios-eficiencia). En este examen, la idea nuclear y el objetivo al que debe apuntar la norma de conflicto es la de los menores costes conflictuales. Es decir, el Derecho estatal aplicable a la situación privada internacional debe ser el derecho que comporte menos costes para los particulares implicados en la situación. Si esto se logra, el autor sugiere que la norma de conflicto ya no es simplemente una norma localizadora, sino que incorpora un sentido de justicia sustancial: la eficiencia [J. Carrascosa González, *El conflicto de leyes y Teoría Económica*, Madrid, Colex, 2011, p. 261].

¹⁰⁰⁹ El criterio de la residencia habitual como punto de conexión para determinar la ley aplicable nació con la finalidad de expresar en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa el arraigo real de una persona y un concreto medio socio-jurídico. Pretende ser índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado en atención a elementos objetivamente comprobables. Esta motivación tiene correspondencia con el principio de proximidad del DIPr. Se constata a lo largo de este trabajo, que, en los últimos años, la residencia habitual es el criterio acogido por las normas del DIPr.

¹⁰¹⁰ J. von Hein, *op. cit.*, p. 509.

de las partes»¹⁰¹¹.

446 El elemento importante de este punto de conexión es que ha de tenerse en cuenta el lugar de residencia de la persona a quien se le exige la responsabilidad con independencia del lugar de residencia habitual del autor material del daño. Es decir, la residencia habitual común se predica de la persona cuya responsabilidad se alega, no del causante del daño (que puede ser distinto) y de la persona que sufre el daño¹⁰¹². Piénsese en un accidente de esquí en el que se ha visto implicado un menor de edad que parece haber sido el causante del hecho; en este supuesto la acción de responsabilidad civil se dirige contra los progenitores, titulares de la responsabilidad parental del menor, y habrá de considerarse la residencia habitual de éstos para apreciar la concurrencia de este punto de conexión. Y ello, con independencia de que el menor resida en otro país en el que, hipotéticamente, esté internado cursando sus estudios. Es evidente, que faltan variables y que, dado el caso, habrían de estudiarse más responsabilidades y dirimir si el menor estaba esquiando bajo la guarda de un colegio o institución, o si, por el contrario, se tratase de un adolescente que estaba esquiando por libre fuera de zona de pistas. La casuística es ilimitada. Lo importante es retener como elemento de esta conexión que la residencia habitual que se exige es la de la persona de quien se pretende el resarcimiento del daño, que, por lo general, coincidirá con el esquiador implicado, pero que pueden darse casos en los que no sea así (responsabilidad por hechos ajenos).

447 De igual modo, en los casos en los que pueda ejercitarse la acción directa¹⁰¹³ por parte de la persona perjudicada contra la aseguradora del esquiador responsable, la residencia común deberá ser la de la aseguradora y la persona perjudicada, con independencia de la residencia del esquiador causante del daño. Cuestión distinta será si la demanda se dirige frente a los dos, es decir, frente al esquiador y la aseguradora, en cuyo caso deberá verse si concurre la residencia común. En el

¹⁰¹¹ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 407. Por ejemplo, en el caso de un accidente acaecido en Austria entre dos esquiadoras residentes en Alemania, se aplicaron las normas sobre responsabilidad alemanas en virtud del art. 4(2) RRII, con la toma en consideración de las normas de comportamiento que debían observarse en el momento y lugar del accidente (las reglas FIS, *vid. infra* § 471) [LG *Mönchengladbach*, sentencia de 31. 08. 2011 – 11 O 252/08 en www.dejure.org].

¹⁰¹² «Si hay varias personas involucradas, la regla debe aplicarse por separado para cada una de ellas» (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 408).

¹⁰¹³ «La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro» [art. 18 RRII]. Recuérdese que «el artículo 18 permite al perjudicado ejercitar una acción directa contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento, cuando tal acción está prevista por la ley aplicable a la obligación extracontractual, con independencia de lo que establezca la ley aplicable al contrato de seguro elegido por las partes de dicho contrato» [Prüller-Frey [2015]].

supuesto de pluralidad de demandados, todos los implicados en el litigio han de tener su residencia habitual común en el mismo Estado.

448 La conexión de la residencia habitual común de las partes es una variable que se da en la práctica del esquí debido a que ciertas pistas o estaciones son un reclamo para esquiadores del mismo país y de países fronterizos, si bien la casuística muestra que la realidad ofrece también ejemplos de coincidencia del lugar de residencia de los esquiadores implicados en un accidente sucedido en estaciones de esquí a miles de kilómetros de distancia¹⁰¹⁴. Esta conexión permite a los implicados litigar bajo el derecho del lugar en el que residen lo que facilita su estrategia procesal y la defensa y prueba de su pretensión. Sin ir más lejos, el caso [real] del accidente de esquí acaecido en Andorra entre las dos esquiadoras residentes en Cataluña, España, es uno de estos supuestos¹⁰¹⁵. En este caso, ambas esquiadoras tenían residencia habitual en España, en concreto en la Comunidad Autónoma de Cataluña [que además cuenta con derecho propio en materia de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual]. Con independencia de que el accidente hubiese ocurrido en Andorra, la aplicación del Reglamento «Roma II» derivaba de su carácter universal, y era, por tanto, aplicable por los tribunales españoles como órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la UE; lo cual debería haber conducido a la aplicación de la ley catalana y, de forma supletoria, de la ley común del Estado español, lo que hubiere dado lugar, a la postre, a un fallo distinto al que se dictó en el supuesto¹⁰¹⁶. El Tribunal

¹⁰¹⁴ Así, por ejemplo, en un accidente acaecido en Canadá (British Columbia) en el año 1997 entre dos esquiadores residentes en Japón los cuales habían contratado un pack turístico y acabaron colisionando el uno con el otro, el juez que conoció del asunto aplicó el Derecho japonés a pesar de que el lugar del daño era Canadá. En este contexto, el art. 11[1] del *Hôrei* designaba la ley del lugar del daño como la ley aplicable pero el juez aplicó la ley japonesa basándose en diferentes argumentos entre los que el elemento fortuito del procedimiento debía dar paso a normas de excepción como designar la ley de residencia habitual común de las partes [Chiba District Court, 24 de julio de 1997, en *Henrei Jihô* 1636, 86, *vid. Y. Nishitani*, «The Rome II Regulation from a Japanese point of view», *YPIL*, vol. 9, 2009, p. 181].

En aplicación del DIPr japonés [*Act n.º 78 on General Rules for Application of Laws of 21 June 2006*]; el actual art. 20 de dicha Ley japonesa [también] recoge, como solución defectiva, la residencia habitual común, y ello porque la considera como un criterio de conexión más próximo ya que la residencia habitual es el entorno social en el que se integran las partes. Dice el art.: *Notwithstanding the provisions of the preceding three articles, the formation and effect of claims arising from a tort shall be governed by the law of the place which is manifestly more closely connected with the tort than the place determined pursuant to the preceding three articles, considering that the parties had their habitual residence in the same jurisdiction at the time when the tort occurs, the tort constitutes a breach of obligations under a contract between the parties, or other circumstances of the case*. Por lo general, las partes después del accidente regresan a sus residencias para iniciar los procedimientos judiciales. Como resultado, esta regla, a menudo, deriva en la aplicación de la *lex fori* y facilita todo el procedimiento de indemnización [Y. Nishitani, *loc. cit.*, pp. 175-192].

¹⁰¹⁵ *Cit. supra* nota 615, SAP Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre.

¹⁰¹⁶ FJ 2 SAP 487/2015, de 27 de noviembre: «el recurso no puede tener favorable acogida por cuanto el Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, RR/II, no resulta de aplicación al supuesto de autos, por cuanto solo es aplicable a conflictos de leyes y jurisdicción en dicha materia de Estados miembros de la

alemán Regional Superior (*OLG*) de Coblenza en un accidente de esquí en Austria entre esquiadores residentes en Alemania designó como ley aplicable la alemana [art. 4[2] RRII], sin perjuicio de que se valorasen las normas de comportamiento que los esquiadores debían de observar en el momento y lugar del accidente [art 17 RRII]¹⁰¹⁷. En otro accidente de esquí resuelto por el Tribunal alemán Regional Superior de Munich¹⁰¹⁸, en el que también el accidente se produjo en Austria y los esquiadores implicados eran residentes en Alemania, se aplicó el derecho alemán por ser el de la residencia común de las partes y se tuvieron en cuenta, además, las normas de conducta del lugar en el que se produjo el accidente, ello de acuerdo con el artículo 17 RRII¹⁰¹⁹. Según el tribunal, en Austria han de tenerse en cuenta las reglas de la Federación Internacional del Esquí (FIS)¹⁰²⁰, y el tribunal alemán tuvo en cuenta la

Comunidad Europea, de la cual Andorra no forma parte». El Tribunal ignora, de este modo, el carácter universal del Reglamento «Roma II» y excluye su aplicación y puntos de conexión. Por ende, descartada la norma del Reglamento «Roma II», el Tribunal acude a la norma interna, el art. 10[9] CC, que los dirige a la ley del lugar de producción del daño, esto es Andorra. Con lo que, para la resolución de un litigio entre dos esquiadoras con residencia en España, cuya CJI viene atribuida a los órganos jurisdiccionales españoles por el Reglamento de Bruselas I *bis*, se acude a la aplicación de un Derecho extranjero, el andorrano, cuando una aplicación correcta de las fuentes del derecho había de conducir indefectiblemente a la aplicación del Derecho español, con sus particularidades por ser éste un Estado plurilegislativo. En definitiva, la aplicación del Reglamento «Roma II» conducía a aplicar el derecho del foro, lo que proporciona al tribunal siempre una mayor seguridad jurídica por ser su propio derecho.

¹⁰¹⁷ *OLG Koblenz*, sentencia de 3. 02. 2011 – 5 U 1273/10 (www.rechtsportal.de).

¹⁰¹⁸ «El demandado es responsable de acuerdo con § 823[1] *BGB*, y según el Reglamento «RRII», art. 4[2], la ley alemana es aplicable ya que ambas partes tienen su residencia en Alemania» [F.J. 2] (*OLG München*, fallo de 30 de noviembre de 2016 – 3 U 275/16, en www.rechtsportal.de). De este modo, el tribunal en su F.J. 2 I, invoca el Reglamento «Roma II», para la determinación de la ley aplicable, que resulta la alemana en virtud de la conexión derivada de la residencia común de las partes [4[2] RRII], y, en consecuencia, la demandada en el litigio es responsable de acuerdo con el artículo § 823 *BGB* que regula la responsabilidad por daños derivada de culpa o negligencia.

¹⁰¹⁹ *Vid. infra* § 469 «Normas de seguridad y de comportamiento».

¹⁰²⁰ En relación con las normas de la FIS, la discusión radica en si las mismas pueden determinarse como normas de conducta con arreglo al art. 17 RRII. P. ej., la sentencia del Tribunal Regional Superior de Düsseldorf de 19 de abril de 1996| 22 U 259/95 indicó que las reglas FIS deben considerarse en relación con la obligación de comportamiento entre los esquiadores en un supuesto en el que, en una pista de esquí austríaca, en el que el demandado posterior embistió al demandante —ambos con residencia en Alemania, art. 4[2] RRII— y lo hirió gravemente, quedó acreditado que el demandante estaba más abajo en las laderas después de pararse en el viaje de regreso. El Tribunal, que aplica el derecho de daños de Alemania tiene en cuenta las reglas FIS para evaluar el comportamiento de los esquiadores. El demandado, que se acercó de arriba [atrás], no pudo esquivar ni frenar y embistió al demandante de modo que este voló por los aires y resultó herido en la caída. El tribunal concluyó que tanto el demandado como el demandante conculcaron las reglas de la FIS. Por un lado, el demandado infringió claramente las reglas 1 y 3 FIS, que establecen que todo esquiador y *snowboarder* debe comportarse de tal manera que no ponga en peligro ni dañe a nadie más, y que el esquiador que viene por detrás debe elegir su carril de tal manera que no ponga en peligro a los esquiadores y *snowboarders* que viajan delante de él. Y el hecho de que el demandado no pudiera detenerse ni evitar la colisión y embistiera a la persona

tercera regla del FIS, de forma conjunta con su derecho de daños, para determinar la responsabilidad en la dinámica del accidente¹⁰²¹. También, en el accidente por colisión acaecido en la estación de *Steinplatte-Waidring*, en Austria, el tribunal indica que «de acuerdo con el art. 4[2] RRII se aplica la ley alemana ya que ambas partes son residentes en Alemania». La acción que se ejercitó se sustanció en base al *BGB* (§ 832[1]); y, al igual que en los anteriores casos expuestos, también se consideraron las reglas FIS como norma de conducta del lugar y momento del accidente de esquí¹⁰²².

c) Ley del lugar donde se produce el daño: *lex loci damni* (art. 4[1] RRII)

449 En un accidente de esquí, el lugar donde se produce el daño es el sitio en el que tiene lugar el hecho: la colisión, el impacto o la caída. Este punto de conexión opera en defecto de elección de las partes y cuando no concurra la conexión de la residencia habitual común¹⁰²³. Lo relevante en este punto de conexión es el lugar en el que ocurre el accidente y se produce el daño directo que deriva de forma inmediata del hecho dañoso. La noción de «daño» del artículo 4[1] RRII no comprende las «consecuencias

lesionada muestra que también quebrantó la regla 2 FIS y no ajustó su velocidad a las condiciones de la pista de esquí. Pero también el lesionado es responsable, en opinión del Tribunal, porque transgredió las reglas 1 y 5 FIS, porque cuando comenzó de nuevo el descenso de esquí, no se aseguró suficientemente que no pondría en peligro a terceras personas. Finalmente, el tribunal considera responsables a las dos partes por igual; conculpa al cincuenta por ciento. Es evidente, pues, que dichas reglas o pautas de comportamiento son observadas por los tribunales en sus resoluciones, pero ello, ¿implica que puedan enmarcarse como normas de comportamiento vigentes de acuerdo con el art. 17 RRII? Se analiza la cuestión más adelante (*vid. infra* § 471).

¹⁰²¹ *BGB* § 823, § 1; regla 3. FIS. El mismo derecho se aplicó por el tribunal *LG Mönchengladbach*, en sentencia de 31 de agosto de 2011, - 11 O 252/08, en www.rechtsportal.de, en un accidente de esquí sucedido también en Austria entre dos esquiadores alemanes. El tribunal alemán aplica el Derecho alemán y tiene en cuenta las reglas FIS 3 y 4 para dirimir la responsabilidad de los implicados en el accidente. Dichas reglas del FIS son consideradas también por el tribunal *OLG Schleswig-Holstein* –en Sentencia de 28 de agosto de 2012, – 11 U 10/12 [en www.rechtsportal.de]–en un caso en el que dos esquiadores residentes en Alemania tienen un accidente de esquí en Suiza y en el que el tribunal que conoce de la acción de responsabilidad civil, de acuerdo con el art. § 823 *BGB*, estudia la dinámica de la colisión entre los esquiadores para determinar si se habían transgredido, o no, las normas FIS. De igual modo, en otros accidentes, aunque ocurridos en Austria, «se deben aplicar las normas de responsabilidad alemanas», dice el tribunal (con arreglo a las normas nacionales sobre conflicto de leyes porque entonces no estaba en vigor el Reglamento 864/2007) pero «la responsabilidad de la demandada debe evaluarse de acuerdo con las normas de conducta del lugar del hecho, Austria»; estas son las reglas FIS [*OLG Hamm*, Sentencia de 27 de septiembre de 1993- 13 U 71/93].

¹⁰²² *LG Köln*, sentencia de 15 de agosto de 2017 – 30 O 53/17 [en www.rechtsportal.de].

¹⁰²³ De este modo, aunque el Reglamento arranca formalmente de la aplicación de la ley del país donde se produce el daño, en la práctica esta regla tiene una aplicación subsidiaria respecto de las demás reglas especiales del Reglamento [art. 5 y ss. RRII], de la elección de la ley aplicable [art. 14 RRII], de la falta de residencia común de las partes en un Estado [art. 4[2] RRII], o de la falta de vínculos más estrechos con otro Estado [art. 4[3] RRII].

indirectas» del accidente¹⁰²⁴. Tampoco tiene cabida en este punto de conexión el lugar en el que se generó el hecho que finalmente se materializó en un daño concreto¹⁰²⁵. De este modo, el Reglamento concreta esta conexión en el «país donde ocurre el daño con independencia del país donde ocurre el evento que da lugar al daño o con independencia del país o países donde ocurren las consecuencias indirectas de dicho evento»¹⁰²⁶. Y, esta fórmula intenta resolver dos tipos de daños: los daños indirectos, los derivados o de rebote y los daños a distancia.

i) Concepción del daño a los efectos del art. 4(1) RRII

450 El único lugar que importa para el Reglamento «Roma II» es el lugar donde se produce, se verifica o se materializa el daño. Y este daño es el que sufre la víctima directa. De hecho, el considerando n.º 17 del Reglamento aclara que, en el caso de daños a personas o bienes, el lugar del daño es donde se produce el perjuicio físico¹⁰²⁷.

451 Se ha adelantado que el lugar en el que se manifiesten los daños diferidos o

¹⁰²⁴ Se ha tratado en la sección 1ª sobre la interpretación del TJ del art. 4(1) RRII y sobre que el Tribunal de Justicia estimó que los perjuicios relacionados con el fallecimiento de una persona en un accidente de tráfico ocurrido en el país del foro y sufridos por sus familiares cercanos domiciliados en otro Estado miembro deben calificarse como «consecuencias indirectas» del accidente, en el sentido de dicha disposición, de suerte que su reparación se supedita a lo que dictamine la ley del lugar en el que se haya producido «el daño directo» [J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, p. 1220]. De este modo, la persona que alegue haber sufrido un daño indirecto derivado del hecho dañoso (accidente de esquí) no podrá plantear el litigio conforme la ley del lugar en el que dicha persona sufre el daño (indirecto), por ejemplo, moral, que será en su domicilio o lugar de residencia sino conforme a la ley del lugar de producción del accidente causante del daño y nunca. La norma de conexión del 4(1) RRII no opera y no permite que se aplique la ley del lugar del domicilio del reclamante si éste es un daño indirecto o consecuencia de otro daño directo.

¹⁰²⁵ En este sentido, en el caso de daños producidos, p. ej., por la mala fabricación de las fijaciones del esquí, aunque el hecho causal del daño nace en el lugar de fabricación del producto, la producción del daño o su materialización acaece en el lugar en el que ocurre el accidente a causa de la mala fabricación del producto, siempre que el producto se hubiere comercializado o adquirido, y a tenor del art. 5 RRII este último lugar es el que se tiene en cuenta a los efectos de designación de la ley aplicable. Recuérdese, sin embargo, que sobre la ley aplicable a daños por productos defectuosos coexiste el CLH73 de aplicación preferente para los Estados firmantes (como España). Con ello, los fabricantes que venden productos en el extranjero han de considerar el hecho de que sus productos puedan causar daños en el extranjero. Téngase presente, también, que en materia de CJI la interpretación es distinta, y el foro especial del art. 7(2) RBI *bis* se interpreta en el sentido de que el hecho que produce el daño directo del accidente tiene lugar en el sitio en el que el producto se ha fabricado defectuosamente, en consecuencia, si la fabricación se hubiere realizado correctamente no hubiera tenido lugar el accidente; de esta manera, la competencia judicial es de los órganos jurisdiccionales del lugar de fabricación del producto [caso *Kainz* [2014].

¹⁰²⁶ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰²⁷ Cdo. 17 RRII: «La legislación aplicable debe determinarse sobre la base del lugar en el que se produzca el daño, independientemente del país o países en los que pudiera haber consecuencias indirectas. En consecuencia, en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente».

indirectos no es importante para el funcionamiento de la conexión del Reglamento 864/2007. Por consiguiente, no son relevantes a este efecto los daños morales que puedan padecer terceros ni las pérdidas financieras derivadas de aquellos daños. En los términos de un accidente de esquí, el daño es la lesión sufrida por el propio esquiador y el daño que pueda sufrir el material. El punto de conexión no contempla el lugar del daño moral que, p. ej., pudiera padecer un familiar a causa de la muerte del esquiador o el quebranto financiero derivado, póngase por caso, de una lesión medular para el perjudicado o sus deudos. En este caso, el lugar del daño a efectos de determinar el derecho aplicable (el daño conflictual) es el sitio en el que el accidente ha tenido lugar con independencia del resultado y de las consecuencias indirectas o daños diferidos que puedan suscitarse en otros lugares o países¹⁰²⁸. Es evidente que el esquiador, en función de las consecuencias del accidente, lesiones corporales y secuelas, afectación de su vida privada, laboral y social, etcétera, puede sufrir daños

¹⁰²⁸ Por similitud de los supuestos, el caso *Lazar* [2015] en el escenario de un accidente de tráfico, ocurrido en Italia, en el que pierde la vida una mujer, con domicilio también en Italia, es ilustrativo a efectos de comprobar la tipología de daños que tiene en cuenta el Reglamento «Roma II» en orden a poder operar a través de la conexión del lugar donde se ha producido el daño del art. 4(1). En un accidente de esquí, puede darse el mismo supuesto que el analizado en el caso *Lazar*, en el que un padre reclama al responsable del accidente una indemnización por los daños morales de haber perdido a una hija debido a dicho hecho dañoso. Con independencia de la valoración de los daños por los que se pretenda ser resarcido, el concepto de daño a efectos de determinar la ley aplicable no puede constituirlo este tipo de daño que afecta a una persona diferente a la víctima directa del hecho dañoso, así como un daño que es rebotado o diferido del que se produce en el hecho dañoso, esto es el fallecimiento del esquiador. Este tipo de daños son calificados por el Tribunal de Justicia como «consecuencias indirectas» del accidente y no operan bajo la conexión del art. 4(1) RRII. Por ende, este tipo de daños deberán ser sustanciados conforme el derecho del lugar en el que se haya producido el daño directo, esto es el lugar en el que haya tenido lugar el accidente de esquí. Y ésta es la doctrina comunitaria que el tribunal esloveno aplicó en el caso de un accidente de esquí, por aplicación análoga de la doctrina del asunto *Lazar* [2015]. El Tribunal Superior de la República Eslovena en Liubliana ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418\(51\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418(51)&from=EN)) en un litigio derivado de un accidente de esquí ocurrido en Italia, decidió el 18 de abril de 2018 que, la pretensión del demandante de que se aplicase el Derecho esloveno por ser el país de su residencia, y que era el lugar donde se había seguido el tratamiento y la subsiguiente rehabilitación, no podía tener acogida en aplicación del art. 4(1) RRII porque el lugar del daño es aquel en el que se produce el hecho dañoso con independencia de donde se produzcan las consecuencias indirectas; que únicamente el perjuicio o daño primario es decisivo para determinar el lugar en donde se produce el daño. Es solo el lugar en el que el bien jurídico protegido (cuerpo, propiedad) no es esencial si la parte perjudicada sufre posteriormente el daño en otro lugar o cuando se produce un daño adicional o indirecto (§ 9). Siguiendo la misma doctrina, en el caso hipotético del padre de un esquiador alemán que fallece en las pistas italianas de Val Gardena, en Italia, que quiere reclamar la responsabilidad civil extracontractual al esquiador causante del daño para ser resarcido de su daño moral, aunque el padre experimente el daño moral en su lugar de residencia, en Alemania, el lugar del daño como conexión para la determinación de la ley aplicable es el lugar del accidente (hecho dañoso), en Italia, donde se ha producido el daño directo (el fallecimiento) por la víctima directa (el esquiador fallecido). Es evidente que el daño moral del padre es padecido en su domicilio, en su lugar de residencia, pero este daño es indirecto, consecuente del daño directo del fallecimiento, y no se tiene en cuenta como conexión para determinar la ley aplicable. En contraposición, recuérdese la Sentencia del TS griego (*vid. supra* nota 505) que, en el ámbito de la competencia, decidió que: «los tribunales griegos tienen competencia jurisdiccional y territorial para conocer de las reclamaciones de pago de una indemnización monetaria razonable debido a la angustia mental como resultado de la muerte de un familiar de los demandantes cometidos en otro Estado miembro, si los demandantes residen en la circunscripción del órgano jurisdiccional».

morales y que éstos los padecerá en el lugar de su residencia, con independencia del lugar del accidente, así como la rehabilitación y tratamiento si fuere necesario, pero este tipo de daños no están bajo el concepto del daño del art. 4 RRII y no pueden ser utilizados para designar como ley aplicable la del lugar de residencia del esquiador perjudicado. El derecho que arbitrará el litigio será el del lugar en el que ha tenido lugar el accidente y el daño directo, y, a partir de ese derecho se deberá armar las pretensiones de reparación (los daños con relevancia material)¹⁰²⁹. En este sentido, como se sabe, el art. 15 RRII enumera los aspectos que gobernará la ley aplicable al asunto, entre los cuales está la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada, así como la determinación de las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente. En este concepto de «daño» sí están incluidos todos los daños que puedan probarse y valorarse conforme al derecho aplicable, cuya verificación y valoración por el tribunal darán lugar a la reparación solicitada en forma de indemnización monetaria.

ii) Casos de discutible aplicación del art. 4(1) RRII

¿Disociación del daño en casos de accidentes de esquí?

452 En el caso de un accidente de esquí, y a propósito de lo estudiado en el capítulo anterior sobre la disociación del daño derivado de un accidente transfronterizo, o de la indeterminación del lugar del daño; surge automáticamente la pregunta sobre cuál es el lugar de producción del daño para determinar qué derecho es el aplicable. Para el Reglamento «Roma II» el único criterio relevante es el lugar donde se padece el daño: un criterio neutral (no atiende al resultado material de la remisión) y de naturaleza territorial (se concreta a través de la conexión del supuesto con el territorio de un Estado)¹⁰³⁰. Esta solución asegura la aplicación de la ley del Estado donde se encuentra el bien jurídicamente protegido, lo cual permite que los Estados fijen los estándares de conducta vigentes en su territorio y señala a los particulares cuál es el patrón de conducta que deben respetar frente a personas o bienes ajenos. En materia de accidentes de esquí, puede ocurrir que la situación no conduzca claramente a la aplicación del criterio del lugar del daño por verse éste modificado o

¹⁰²⁹ Naturalmente, una vez identificada la ley aplicable, ésta puede alcanzar la totalidad de los daños: no solo los padecidos en el territorio del Estado donde se produce el impacto directo, sino también los daños derivados o por repercusión. Por eso, es importante distinguir entre el daño con relevancia conflictual (que determina la ley estatal aplicable), y el daño o daños con relevancia material (los daños que conforme a esta ley sean indemnizables) [F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 407].

¹⁰³⁰ Se sabe que el Reglamento «Roma II», en casos de daños a distancia, cuando el evento dañoso y el resultado se localizan en Estados diferentes, opta por el segundo. A diferencia de lo que sucede en el sector de la CJI [art. 7[2] RBI *bis*], en el Reglamento 864/2007 no cabe, por lo común, la opción entre ambos lugares, pero, por excepción, si es posible en casos de daños medioambientales [art. 7 RRII].

trasladado, desconocido, o por no ser el hecho dañoso el propio accidente de esquí, aunque sea el accidente el que lo haya sacado a relucir. A continuación, se analizarán los casos en que la aplicación del 4(1) RRII es discutible, éstos son: los accidentes transfronterizos continuados —entendiendo como tales aquellos en los que por su dinámica el choque o caída continúa en el tiempo de forma que el movimiento de los esquiadores se inicia en un Estado [*locus actus*] y termina en otro [*locus injurias*]—, los accidentes sucedidos en lugares indeterminados, sustraídos de la soberanía estatal, los accidentes de esquí que provoquen aludes, que, a su vez, causen daños en acervos biológicos, y, finalmente, los accidentes de esquí causados por un defecto de fábrica en el material utilizado para esquiar.

Accidente transfronterizo: casos de accidentes «continuados» de esquí

453 Los «accidentes continuados» de esquí son [a los efectos de este trabajo] los que se inician en el territorio de un Estado y acaban en el de otro. Se explicaba en el anterior capítulo, a propósito de la disociación del daño, cómo se podría plantear en materia de accidentes de esquí un daño disociado derivado de la propia mecánica del accidente y de la geografía del lugar en el que acaece¹⁰³¹. Y aunque, al inicio, puede parecer forzado el supuesto de disociación planteado, lo cierto es que, en materia de accidentes de esquí, es más plausible de lo que pueda pensarse y no son supuestos imposibles. La dinámica de los accidentes de esquí es ilimitada. Un choque, una colisión con uno o más esquiadores puede sucederse, tras el impacto, con innumerables variaciones. Puede suceder que dos esquiadores choquen y como consecuencia del choque la caída sea inevitable seguida de la pérdida total del control de la práctica del esquí continuando el movimiento que sigue a esta caída hasta que topa con el tronco de un árbol (o cualquier otro elemento de la pista) o con el propio terreno. En zonas transfronterizas puede plantear opciones sobre cuál es el lugar del daño a efectos del artículo 4 RRII. Como quiera que el Reglamento 864/2007 establece que el lugar del daño es, únicamente, aquel en el que se padezca la lesión, en casos como el planteado, el lugar del daño será aquel en el que la caída finalice, el movimiento se detenga y se verifique la producción del daño [*actus injurias*]. No importará si a causa del choque inicial se ha producido una rotura de fémur y se ha ido descendiendo con el fémur roto hasta que el cuerpo ha parado. El lugar en el que acaba la caída, en el que de una forma natural se padece y se es consciente de que ha sufrido un determinado daño, es el que habría de tenerse en cuenta por la conexión del art. 4(1) RRII, con independencia de donde tiene lugar el hecho generador del daño [*loci actus*], que sería la colisión que precede a la caída o la propia caída si el accidente

¹⁰³¹ Vid. *supra* «Accidentes en pistas de esquí y lugares transfronterizos [disociación del daño]».

se inicia con el desplome de un solo esquiador¹⁰³².

Accidentes en lugares indeterminados

454 En casos en los que no pueda fijarse el lugar del daño como criterio de conexión por haber sucedido el accidente de esquí, p. ej., en un espacio terrestre sustraído de la soberanía estatal, es necesario buscar una alternativa que ofrezca una solución razonable. El caso paradigmático sería el accidente sucedido en la Antártida. En este escenario se ha de considerar que los esquiadores serían personas de expediciones científico-militares, pues son los únicos que pueden estar en la Antártida, y, en este sentido, como se ha visto en la nota *supra* 766, la aplicación del Tratado Antártico produciría un reenvío de primer o de segundo grado (los tribunales del país en cuestión, signatario del Tratado, como p. ej., España), para resolver la controversia aplicarían su norma de conflicto [art. 4[1] RRII] que les dirigiría al lugar del daño [Antártida] pero la regulación conflictual de la Antártida [art. VIII Tratado] reenviaría a la ley material nacional del autor del accidente¹⁰³³.

Accidente medioambiental ¿los aludes provocados por un esquiador son daños medioambientales?

455 Si bien es cierto que parece que el daño ambiental transfronterizo que contempla el art. 7 RRII es el generado, principalmente, por operadoras comerciales de plantas industriales¹⁰³⁴, parece destacable la posibilidad de plantearse si un accidente de esquí puede ocasionar daños medioambientales como consecuencia de que un esquiador provoque un alud, y, ello, porque la aplicación del art. 7 RRII contempla la posibilidad de que la persona perjudicada base su reclamación sobre la ley del país en el que se ha producido el hecho generador [causal] del daño. Es decir, el perjudicado a causa de un daño medioambiental puede optar en basar su pretensión según la ley del lugar en el que se genera el hecho dañoso o el lugar en el

¹⁰³² En la determinación del derecho aplicable no se puede hablar de ilícitos a distancia porque el Reglamento «Roma» no reconoce una doble apreciación del lugar del daño que, por el contrario, si permite el Reglamento Bruselas I *bis*. De este modo, cuando el derecho aplicable se determine por el lugar de producción del daño, este lugar será donde se produzca, verifique o materialice el daño, y no se tiene en cuenta el hecho generador o causal del daño.

¹⁰³³ Naturalmente, si se tratase de un caso comprendido en el art. 4[2] RRII se aplicaría la ley de residencia común. No obstante, si fueren militares podría intervenir también la excepción del art. 1[1] RRII [o 1[1] RRII *bis*] de la inmunidad sobre jurisdicción para los actos *ex iure imperii*, es decir, en caso de que el accidente sucediese durante una misión oficial [una exploración] podría entenderse que el autor es inmune, pero, en cambio, si el accidente acaeciese durante una actividad lúdica, esta excepción no podría entrar en juego.

¹⁰³⁴ V. Sälzer, *op. cit.*, p. 282.

que produce efectos. Para concluir si el art. 7 RRII es aplicable en estos supuestos, primero, se deberá analizar si los casos indicados son realmente «daños ambientales» a efectos del Reglamento. El cdo. 24 RRII¹⁰³⁵ ofrece el concepto de «daño ambiental» y por él debe entenderse el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña este recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organismos vivos¹⁰³⁶. En consecuencia, un daño personal no es un daño ambiental por lo que los posibles perjuicios personales provocados por un alud no se incardinan en el art. 7 RRII, sino que han de seguir las reglas del art. 4 RRII. Ahora bien, cabe preguntarse si los daños provocados a una reserva natural de especies de fauna y flora protegidas o reservas ecológicas, es un daño medioambiental, y ello, porque estos espacios suponen la preservación de un acervo biológico importante para sostener la biodiversidad del planeta y uno de sus objetivos es evitar la extinción de especies amenazadas. Por tanto, en el caso de que el alud provocado por el descenso del esquiador causase la muerte de estas especies y deteriorase, así, la función de dicha reserva protegida provocando un menoscabo en los beneficios que dichos recursos aportan al medio, resultaría un daño medioambiental. Empero, no se puede concluir que el hecho del alud sea en sí mismo un daño medioambiental¹⁰³⁷, aunque eventualmente puede que su resultado provoque dichos daños [consecuencias indirectas o de rebote] como se aprecia en el ejemplo anterior. En consecuencia, se concluye que estos supuestos no caben dentro de la disposición específica del art. 7 RRII y en el momento de determinarse la ley aplicable seguirán las reglas generales del Reglamento.

Accidente de esquí a causa de la mala fabricación del producto

456 En el caso de que accidente se produzca debido a la mala fabricación del

¹⁰³⁵ «Por “daño medioambiental” debe entenderse 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 entre los organismos vivos».

¹⁰³⁶ La Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (*DOUE*, 143, 30.4.2004, pp. 56-75) distingue los siguientes recursos naturales que pueden sufrir daños o amenazas inminentes de daños que afecten adversamente de forma significativa el estado favorable de: la conservación de las especies y hábitats protegidos, al estado ecológico, químico o cuantitativo o al potencial ecológico de las aguas de que se trate o la contaminación o su amenaza inminente que suponga un riesgo significativo para la salud humana como consecuencia de la introducción directa o indirecta de sustancias o preparados peligrosos o [micro]organismos en el suelo, sobre el suelo o bajo el mismo. La facultad de determinar el carácter significativo de los daños corresponde a los EE. MM., no obstante, la Directiva ofrece algunas directrices como considerar daño significativo al medio ambiente que provoque efectos sobre la salud humana, en cambio, no considera daños a los recursos naturales con demostrada capacidad de recuperarse en un breve plazo.

¹⁰³⁷ V. Sälzar, *op. cit.*, p. 284.

material utilizado para esquiar, p. ej. de la fijación del esquí, el lugar del daño es completamente aleatorio para el fabricante del producto. Este tipo de accidentes se causan por un defecto de fábrica y no por una actuación negligente o culposa del esquiador, por lo que son una categoría autónoma de daños cuyo «hecho dañoso» vendrán evidenciado y provocará el resultado lesivo a través de la utilización el producto en la práctica del deporte de esquí. La norma de conflicto que designará la ley aplicable a esta controversia será la llamada por el CLH73 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos. El art. 4 del Convenio determina que se aplicará el derecho del lugar en el que se produce el accidente, si éste es, a su vez, el lugar del Estado de la residencia habitual del esquiador directamente lesionado, o el del Estado en el que se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le impute la responsabilidad, o, si coincide con el lugar en el que el esquí y la fijación han sido comprados –o alquilados–¹⁰³⁸ por el esquiador que ha resultado dañado directamente en el accidente. Esta conexión permite aplicar al litigio el derecho del Estado de residencia del lesionado y que a su vez es el lugar de producción del accidente de esquí, lo que no deja de ser la regla general aplicable a la mayoría de las obligaciones extracontractuales, *i. e.*, la de lugar de producción del daño. No obstante –y esto es importante– si la persona directamente perjudicada reside en el mismo Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de quien se imputa la responsabilidad, o es el país en el cual la persona perjudicada directamente ha adquirido el producto, se aplicará el derecho interno del Estado de residencia del perjudicado (art. 5 CLH73), sin que se tenga en cuenta el lugar de producción del accidente. Este apartado (b) del art. 5 CLH73 evita la aplicación de un derecho extraño a la persona directamente perjudicada al permitirle acudir a la ley de su residencia habitual si coincide con el Estado en el que adquirió el producto –y ello, porque dicho Estado de adquisición y comercialización del producto se presume conocido por el propio fabricante–¹⁰³⁹. En los casos en los que pudiera aplicarse tanto el art. 4 CLH73 como el art. 5 CLH73,

¹⁰³⁸ De este modo, si bien la norma alude expresamente al lugar donde «el producto ha sido adquirido», en materia de esquí es habitual que el esquiador alquile el material. En atención al art. 3 CLH73 –*vid. supra* nota 961– en relación con las personas responsables y los propios foros contemplados por el CLH73 las reglas han de extenderse en el caso de que el producto no se adquiriera, sino que se alquile, por tanto, habrá de tenerse en cuenta el Estado en cuyo territorio se alquile el material, que, por lo general, será el mismo lugar en el que se practique el esquí.

¹⁰³⁹ El artículo 6 CLH73 recoge la cláusula de comercialización, según la cual las conexiones previstas en los artículos 4 y 5 no serán operativas si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo prever, de forma razonable, que el producto en si se comercializaba o habría de comercializarse en el Estado de que se trate.

prevalece el art. 5 CLH73, así se desprende de la propia dicción del precepto¹⁰⁴⁰.

457 Ante este escenario, en un supuesto en el que el esquiador adquiriera el material en su ciudad de residencia, dígase, en Barcelona (Cataluña, España), y que luego se vaya a esquiar a cualquiera de las pistas o montañas del mismo país; si el daño o accidente trajese causa de la mala fabricación de la fijación, aunque el producto se hubiere fabricado en China, comoquiera que la adquisición se realizó en Cataluña (España) y el accidente se produce en la estación de esquí de Masella (Girona, Catalunya, España) y se imputa la causa y responsabilidad del siniestro al fabricante de la fijación que se ha roto, el derecho aplicable al litigio es el Derecho español de acuerdo con el art. 5 CLH73 que es preferente al art. 4 cuyas circunstancias también concurren en el supuesto expuesto. En consecuencia, en el accidente ideado, tanto el lugar de residencia habitual del esquiador perjudicado como el lugar de adquisición del producto es Cataluña, y, por ello, en atención al art. 12 CLH73, debería aplicarse la ley catalana.

458 Piénsese ahora en otro caso habitual entre los aficionados a este deporte, por el que el esquiador adquiere el material en Barcelona, donde reside, y el fin de semana viaja a Andorra para esquiar en *Gran Valira*. El accidente se produce porque la fijación se rompe por su mala fabricación (es un hecho que se puede acreditar por lo que se pretende que se declare la responsabilidad del fabricante por los daños sufridos por causa directamente imputable a éste). En este supuesto, en aplicación del art. 5(b) CLH73 el derecho aplicable será el español, y ello porque además de ser el Estado de la residencia del esquiador lesionado, es también el lugar de compra del material, con independencia de la ubicación del establecimiento principal del fabricante y del lugar de producción del accidente.

459 En relación con las personas cuya responsabilidad se reclame, el CLH73 se aplica tanto a los fabricantes del producto, como a los proveedores y distribuidores (art. 3 CLH73). De este modo, en caso de fabricación defectuosa de la fijación de esquí, además del fabricante, el Convenio se aplica a su distribuidor y proveedor. En el ámbito de productos deportivos, en concreto en el material de esquí, es habitual que grandes empresas, con domicilios fuera del territorio español, sean propietarias y fabricantes de los productos y que diferentes distribuidoras, sitas en diferentes países, se encarguen de colocarlos en el comercio minorista donde acude el consumidor. Este minorista también forma parte de la cadena de distribución y es un proveedor a efectos del CLH73. De forma paralela, hoy la tendencia del consumidor es adquirir estos productos por Internet y comprar directamente al mayorista. Sea como fuera, el CLH73 se aplica a la responsabilidad de todas estas personas intervinientes

¹⁰⁴⁰ Si el Estado en cuyo territorio se ha producido el hecho dañoso es también el Estado en el que la persona perjudicada ha adquirido el producto; y el Estado de la residencia habitual de esta persona es también el Estado en el que la persona a quien se le imputa la responsabilidad tiene su establecimiento principal, para determinar las obligaciones de las partes, se aplicará el derecho de este segundo Estado de acuerdo con lo previsto por el art. 5 CLH73 (W. L.M. Reese, *loc. cit.*, p. 262).

en el proceso, con carácter general, a todos los intervinientes en el proceso de preparación y de distribución de los productos. El art. 3 es un *numerus clausus* y no incluye, p. ej., a los transportistas que quedarán fuera de su ámbito de aplicación¹⁰⁴¹.

d) Cláusula de escape como excepción a los anteriores puntos de conexión (art. 4[3] RRII)

460 Esta cláusula entra en juego cuando se comprueba que la aplicación de las conexiones generales conduce a la aplicación de la ley de un país que resulta no ser el más vinculado con el supuesto, y por ello, se permite escapar a esta ley a favor del derecho del país que esté más próximo al litigio. Así, se permite la búsqueda del derecho que corresponda al centro de gravedad del caso concreto y que ofrecerá una conexión más apropiada en orden a la necesidad de hacer justicia, a garantizar la tutela judicial efectiva y a preservar la seguridad jurídica. Sin embargo, esta búsqueda queda sometida a la debilidad de los demás puntos de conexión y no es válida si el objetivo es escamotear una de las conexiones objetivas que es perfectamente operable y cumple con la proximidad y previsibilidad que asienta el Reglamento Roma II.

461 Esta cláusula sirve para «corregir» el juego de las conexiones del propio Reglamento «Roma II» y dar una respuesta a aquellos supuestos en los que la aplicación de la regla del lugar del daño resulta infructuosa¹⁰⁴². El Reglamento basa esta cláusula en una presunción sobre la existencia «de una relación previa “cualificante”». Dicha circunstancia puede (no debe) ser apreciada por el juez, por lo que el juzgador dispone de un margen de apreciación para determinar si concurre un vínculo significativo entre la obligación extracontractual y la ley aplicable a esta relación preexistente¹⁰⁴³. En los casos de responsabilidad civil extracontractual en general, y en concreto, por accidentes de esquí, *a priori*, parece complicado el uso de esta cláusula. La residencia común de los esquiadores implicados o responsables del daño o el lugar en el que tiene lugar el accidente son las conexiones más próximas al

¹⁰⁴¹ W. L. M. Reese, *loc. cit.*, p. 259.

¹⁰⁴² El precepto concede a la autoridad judicial solucionar cuestiones concretas que las NdC del Reglamento «Roma II» dejan en el aire, pero la flexibilidad que otorga debe utilizarse con mesura y cuando se aparte de las conexiones debe valorar muy estrictamente las circunstancias del caso en el sentido de que el hecho dañoso debe poseer con carácter manifiesto mayor vinculación a otro país. Además, despliega una cierta eficacia, en determinados supuestos en que preexiste una relación contractual. Y dicha cláusula también resuelve el régimen de los daños que se producen en espacios internacionales o no sujetos a la soberanía estatal (alta mar, espacio ultraterrestre, etc.) [A. Fernández Pérez, *loc. cit.*, p. 107].

¹⁰⁴³ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 409.

hecho y a las partes, y se hace difícil pensar en algún supuesto en el que haya de escapar de estas conexiones. Sin embargo, en supuestos de residencia habitual discordante, la regla del *lex loci damni* no tiene por qué ser siempre la que ofrezca el vínculo más estrecho con el supuesto y la seguridad jurídica deseable. Piénsese en el caso hipotético en el que un residente en España y un turista chileno que está en España de vacaciones entablan una relación de amistad, los dos son aficionados y practicantes del esquí, y deciden viajar juntos a Suiza para esquiar en una conocida estación de esquí. En las pistas se retan uno al otro y en uno de estos desafíos la cosa acaba mal y el ciudadano español causa graves daños al ciudadano chileno. En un caso como éste, la cláusula de escape nos permitiría aplicar el Derecho español al litigio, en lugar del derecho suizo. Continuando con este ejemplo, piénsese que el turista chileno, que está en territorio español, en lugar de entablar amistad con la persona residente en España, lo que hace es contratarlo por su experiencia en la práctica del deporte para que lo entrene [contrato de prestación de servicios], y, así, acuerdan que el contrato se somete a la ley chilena [art. 3 RRI] por ser una condición que fija el ciudadano chileno, y pactan que dicho entrenamiento lo realizarán en las montañas suizas. Durante la práctica se produce un accidente en el que el ciudadano español causa daños al ciudadano chileno. El accidente, en principio, no está ligado al contrato, desborda su ámbito de aplicación, pero su existencia permite apreciar que, en este escenario, concurriría la relación preexistente entre las partes que refiere el art. 4(3) RRII, la cual justificaría escapar de la aplicación de la ley suiza y aplicar la Ley española, lugar en el que las partes hicieron el trato. Esta relación preexistente concurre también en el siguiente supuesto: piénsese que un residente suizo adquiere el forfait en Italia, en la estación de esquí transfronteriza con Francia, *la Via Lattea*, y sin embargo el accidente ocurre en la única pista francesa de la estación cuando el esquiador suizo impacta contra una caseta de ventilación. En estas circunstancias, si el perjudicado quiere demandar al titular de la estación de esquí, porque le atribuye la responsabilidad del accidente, la ley aplicable al litigio, considerando que las partes tienen diferentes residencias, sería, ex art. 4(1) RRII, la ley francesa (*lex loci*). En un supuesto como este, cabría plantearse si la relación preexistente entre las partes [adquisición del forfait en Italia y la nacionalidad [italiana] compartida por la sociedad explotadora y el perjudicado] justificaría la exclusión de la regla general a favor de la cláusula de excepción de manera que la ley aplicable fuese la italiana pues podría sostenerse que, en este caso, es el ordenamiento jurídico más vinculado con la situación.

V. Reglas complementarias a la ley aplicable en los accidentes de esquí (arts. 15, 16 y 17 RRII)

a) Ámbito de la ley aplicable

462 El Reglamento «Roma II» delimita el ámbito de cuestiones que queda sujeto a

la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. «El punto de partida es el principio de unidad del régimen normativo del artículo 15 RRII»¹⁰⁴⁴. De acuerdo con dicho precepto los aspectos que regula la ley aplicable a la obligación no contractual derivada de un accidente de esquí son: el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de la responsabilidad de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos, las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad, la existencia, naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada, las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente, la responsabilidad por actos de terceros, la extinción de la obligación y las normas de prescripción y de caducidad, incluidas las relativas a la interrupción y suspensión de los plazos. Así como aquellas medidas que pueda adoptar el tribunal, de acuerdo con su derecho procesal, para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño.

463 En consecuencia, la determinación del derecho aplicable es de gran importancia porque será la ley que regirá el fondo del asunto y de la pretensión a la que se aspire. En la responsabilidad civil extracontractual derivada de los accidentes de esquí aspectos como las personas responsables, la concurrencia de culpas, la dinámica del accidente, la evaluación de los daños y su reparación en forma de indemnización, las causas de exoneración, así como los plazos de prescripción de la acción declarativa de la responsabilidad civil son vitales en la sustentación del litigio. Por ende, cuanto más familiarizados estén los litigantes y el propio tribunal con el derecho aplicable más seguridad jurídica y más efectividad en la tutela judicial solicitada.

La prescripción: ¿ley de policía u orden público?

464 Los plazos de prescripción para las acciones de responsabilidad civil extracontractual general varían según los ordenamientos jurídicos europeos. Dentro de los derechos europeos, el plazo para ejercitar la acción se sitúa en una horquilla que va desde el plazo anual que contempla el Derecho español¹⁰⁴⁵ a los tres años del Derecho catalán¹⁰⁴⁶ —como derecho propio de una comunidad del Estado

¹⁰⁴⁴ F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 422.

¹⁰⁴⁵ Art. 1968[2] CC.

¹⁰⁴⁶ «Prescriuen al cap de tres anys les pretensions derivades de responsabilitat extrcontractual», art. 121-21 CCCat.

plurilegislativo español—, del Derecho suizo¹⁰⁴⁷ o del Derecho portugués¹⁰⁴⁸; a los seis años del Derecho inglés¹⁰⁴⁹; o incluso los diez años del Derecho francés¹⁰⁵⁰. Puede suceder, pues, que, en un litigio en concreto, la acción esté prescrita según uno de los derechos nacionales que entra en conexión para ser aplicado, y no prescrita por el del foro, por ello, la cuestión sobre el derecho aplicable tiene una influencia determinante en las posibilidades de éxito de la demanda. Piénsese en el caso real de esquí, citado de forma recurrente a lo largo de este trabajo, sucedido en Andorra y enjuiciado por la Audiencia Provincial de Lleida que lleva a desestimar la acción de la actora por basarse (erróneamente) en la aplicación del Derecho andorrano y su plazo de prescripción anual, en lugar de aplicar el Derecho catalán, como hubiera sido lo pertinente en el caso concreto (y su plazo de prescripción trienal). Así las cosas, no es aventurado decir —siguiendo a T. Kadner Graziano— que el Reglamento «Roma II» podría haber previsto, v. gr., que el plazo de prescripción se regirá por la ley designada o por la ley de la residencia habitual del perjudicado; de manera que, la acción solo estaría prescrita si los plazos previstos por la ley aplicable designada y los previstos por la ley del país en el que la parte perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento del accidente, hubieran expirado. Esta conexión acumulativa impediría que la víctima pudiera ser sorprendida por un plazo de prescripción corto fijado por el derecho de otro Estado miembro aplicable y se evitarían problemas causados por la diversidad de plazos¹⁰⁵¹.

465 En este sentido, por otro lado, y puesto que el Reglamento 864/2007 no contiene dicha *deseable* previsión, cabe preguntarse si el juez podría aplicar la disposición de ley del foro en relación con la institución de la prescripción (y a pesar del art. 15 RRII), si estimase que el plazo de prescripción de la ley designada por el Instrumento como contrario al orden público del foro (art. 26 RRII) por conculcar o, dígase, sacrificar en exceso el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la

¹⁰⁴⁷ «En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, elle se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par vingt ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé », art. 60[1] *bis* Code des obligations suisse, que está en vigor desde enero de 2020, introducido por el cap. I de la LF de 15 de junio de 2018, *révision du droit de la prescription*).

¹⁰⁴⁸ «O direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do facto danoso», art. 498[1] CCe portugués.

¹⁰⁴⁹ «An action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued», *sec. 2.^a, part 1, Limitation Act 1980*.

¹⁰⁵⁰ «L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé», art. 2226 Code civil.

¹⁰⁵¹ T. Kadner Graziano, *loc. cit.*, pp. 503-505.

jurisdicción.

466 El plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil no contractual y las normas sobre su interrupción será el que determine la ley aplicable al asunto en función de las circunstancias del caso y puntos de conexión operativos, como dispone el artículo 15[h] RRII. Sin embargo, no se puede perder de vista que el plazo de prescripción de este tipo de acciones varía según los ordenamientos jurídicos ya que para el ejercicio de la acción se establecen desde plazos anuales, como el español, hasta plazos decenales, como el francés. Esta diferencia entre plazos puede conllevar situaciones injustas para aquellas víctimas el derecho de la residencia habitual de las cuales contemple un plazo más generoso, y que, al determinar el derecho aplicable al asunto, diferente del de la ley del lugar de su residencia, vea prescrita su acción, y en consecuencia, su derecho a que pueda ser reparada por el daño sufrido en el accidente, simplemente, o nada menos que, porque el plazo del derecho aplicable contemple un plazo muy breve, como el que fija la ley española. Ante un escenario como éste, ya se ha planteado ante el Tribunal de Justicia en un asunto relacionado con la reparación de unos daños derivados de un accidente de tráfico (equiparable al supuesto de accidente de esquí) la posibilidad de poder calificar las reglas relativas a la prescripción como leyes de policía según el art. 16 RRII¹⁰⁵².

467 La respuesta e interpretación que ha brindado el Tribunal de Justicia ha sido

¹⁰⁵² Los hechos del caso fueron los siguientes: un accidente de circulación que tiene lugar en España entre dos vehículos, uno matriculado en Portugal, conducido por Da Silva Martins, y el otro matriculado en España, asegurado por la compañía cuya representación en Portugal era Dekra Claims Services Portugal. El automóvil portugués es embestido por el español por detrás lo que le provoca daños y le impide para la circulación y ha de ser remolcado hasta Portugal. En virtud de la póliza de daños de vehículo portugués, la compañía reparó el vehículo de su asegurado y se hizo cargo de los costes de su traslado a Portugal. Luego, la compañía española reembolsó el importe a la compañía portuguesa. En el asunto, Da Silva Martins reclama por los daños indirectos del accidente. Se discute la ley aplicable al litigio y su plazo de prescripción. El actor defiende que es aplicable la Ley portuguesa y su plazo de prescripción de tres años (y ello porque la Directiva 2009/13 y del régimen del seguro obligatorio de responsabilidad civil vigente en Portugal prevé un plazo de tres años, y la misma indica que la ley del Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE en el que ocurre el accidente se sustituirá por la Ley portuguesa cuando esta establezca una mejor cobertura), mientras que la demandada sostiene que la ley aplicable es la española (en virtud del art. 4[1] RRII) y el plazo de prescripción de un año, por lo que la demandada alega prescripción de la acción por presentar la demanda fuera de tiempo. El Tribunal que conoce del asunto, se cuestiona si, aun siendo aplicable al litigio la Ley española (lugar del hecho dañoso directo), podría ser aplicado el plazo de prescripción de la Directiva 2009/103 y del régimen del seguro obligatorio de responsabilidad civil vigente en Portugal, que prevé un plazo de prescripción de tres años, y si la legislación portuguesa que traspone dicha directiva tiene carácter imperativo, en tanto que establece una mejor cobertura, en el sentido del art. 16 RRII [*cit. supra* nota 859, *Da Silva Martins c. Dekra Claims Services* [2019]] (Para más comentarios de la sentencia en relación con el concepto de «leyes de policía» en el sentido del art. 16 RRII, *cf.* R. Lafuente Sánchez, «Plazos de prescripción y normas internacionalmente imperativas en el ámbito de la ley aplicable a las acciones derivadas de accidentes de tráfico transfronterizos. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2019, asunto C-149/18: *Agostinho Da Silva Martins v. Dekra Claims Services Portugal, S.A.*», en <http://hdl.handle.net/10045/103332>.

la de dar a entender, de forma general, que las normas sobre prescripción no tienen carácter imperativo. La sentencia [*Da Silva Martins* [2019: § 34]] afirma, al respecto, que «la aplicación a la acción de reparación de los perjuicios derivados de un siniestro de un plazo de prescripción distinto del previsto por la ley designada como aplicable exige que concurran razones particularmente importantes, como la vulneración manifiesta del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva que pueda resultar de la aplicación de la ley designada en virtud el art. 4 del Reglamento “Roma II”». En consecuencia, una norma sobre prescripción de la acción de reparación de los perjuicios resultantes de un siniestro no puede considerarse, por regla general, una ley de policía conforme el artículo 16 RRII, a no ser que, el órgano jurisdiccional, tras el análisis obligado y detallado de los términos y objetivos de la norma, y contexto en el que la misma fue adoptada, determine que su importancia sea tal en el ordenamiento jurídico que la promulgó que justifique aplicar un plazo de prescripción en defecto de otro más restrictivo resultante de la ley aplicable designada por el artículo 4 RRII. En este punto, es razonable preguntarse si la aplicación del plazo de prescripción contemplado por la *lex fori* podría entrar si el plazo recogido por la ley designada por el Reglamento fuere injustificadamente corto en atención a los principios superiores del foro. De esta manera, con aplicación del art. 26 RRII, la regla sobre el plazo de prescripción de la ley del foro podría ser aplicable por exigencia de la excepción del orden público, que lleva a excluir la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto cuando es incompatible con el orden público del foro¹⁰⁵³. En este caso, debería apreciarse por el órgano jurisdiccional que una norma de este tipo produce un menoscabo «manifiesto» a la tutela judicial efectiva, lo que, bajo la óptica española, no parece muy plausible, pues, tiene el plazo más breve, pero, sin embargo, no es descartable desde el punto de vista de jueces pertenecientes en otros sistemas jurídicos con plazos más (o mucho más) largos.

468 Llegados a este punto, se podría sostener que, existiendo un plazo de prescripción, el tribunal debería poder comprobar, tras un análisis riguroso, que el plazo de prescripción de la ley designada produce un sacrificio excesivo a la tutela judicial efectiva en detrimento de la seguridad jurídica y del orden público del foro. Lo que, en el caso español¹⁰⁵⁴, no tendría mucho sentido porque el plazo anual para el

¹⁰⁵³ Las «leyes de policía» [art. 16 RRII] y las del «orden público del foro» [art. 26 RRII] a pesar de que históricamente se les ha relacionado —esto explica que ambas sean tratadas en el mismo considerando 32—, deben distinguirse. Una parte de la doctrina propuso que el orden público del foro debería dividirse según su función «negativa» y «positiva», la primera impediría que la ley extranjera que le sea contraria fuese aplicada, y la segunda conduciría a la aplicación de las normas imperativas del foro [Cf. Wengler, *in Reichsgerichtsrätekommentar BGB* vol. VI/1, 12.ª ed., 1981, pp. 86-99, en J. von Hans, *op. cit.*, p. 732]. Sin embargo, «a la luz de las normas imperativas internacionales que existen la función positiva resulta superflua» [Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 244 y ss., en J. von Hans, *op. cit.*, p. 733].

¹⁰⁵⁴ En España, el TC ha justificado la institución de la prescripción en aras de la seguridad jurídica en el debate sobre las acciones imprescriptibles, pero no se ha cuestionado el corto plazo de prescripción que recoge el CC. La limitación temporal del ejercicio de los derechos y acciones se halla justificado, en

ejercicio de las acciones derivadas de las obligaciones extracontractuales contemplado por el CC es de los más cortos que existen con lo que difícilmente en el caso de que el asunto se rigiese por ley extranjera ésta contemplaría un plazo todavía más breve en aras al principio de *favor laesi*¹⁰⁵⁵. Sin embargo, p. ej., desde la perspectiva del Derecho francés [que contempla para las acciones de responsabilidad extracontractual por daños corporales, un plazo de diez años] sí podría analizarse desde la institución de la prescripción que el plazo fijado por la ley designada, p. ej., la ley española, al ser irrazonablemente corto y cuya brevedad no se encuentra en absoluto justificada, conculcaría el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva incompatible con el orden público del foro y aplicar, así, el plazo de prescripción de la *lex fori*. Lo que no parece que tiene acogida por nuestros tribunales es el «espiguelo normativo» [SAP Madrid, secc. 20.ª, n.º 421/2019, de 9 de septiembre, ECLI:ES:APM:2019:11054, FJ. 5] en el que siendo de aplicación el Derecho español por ser la ley designada por la norma de conflicto se pretenda la aplicación del plazo de prescripción de la ley extranjera del lugar del daño. A propósito de un accidente de tráfico ocurrido en Francia en el que la CJL se atribuyó a los órganos jurisdiccionales españoles y en el que en virtud del art. 4 CLH71 era de aplicación la ley española, la parte demandante insiste en que se le aplique la ley francesa del lugar de producción del accidente únicamente respecto del plazo de prescripción, lo que el tribunal, en

general, en la idea de seguridad jurídica, que puede llegar a permitir la consolidación de situaciones que, en su origen, eran contrarias a la ley cuando el titular de una pretensión no la ejercita en un plazo de tiempo que pueda considerarse razonable desde la perspectiva de la buena fe —dice la STC 147/1986, de 25 noviembre, ECLI:ES:TC:1986:147 [BOE, n.º 295, de 10 de prosince [sic] de 1986], que invoca directamente el art. 9(3) CE en cuanto consagra el principio de la seguridad jurídica—. «En el seno de la institución de la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material que a veces ha de ceder para dar paso a aquélla y permitir un adecuado desenvolvimiento del tráfico jurídico» [FJ 3]. La prescriptibilidad o no de las acciones debe decidirla, en principio, el legislador [es cuestión de legalidad ordinaria], valorando las circunstancias concurrentes en cada caso. «Pueden existir casos en que se den circunstancias muy determinadas, en los que no establecer un plazo de prescripción —cualquiera que sea— puede vulnerar la Constitución, por implicar un excesivo sacrificio del principio de seguridad jurídica en beneficio del valor justicia; es lógico que, si ese sacrificio excesivo se produce, este Tribunal pueda comprobarlo y por ello determinar que se ha desconocido ese principio porque esto último pertenece a la competencia de la jurisdicción constitucional, aunque no lo sea la valoración de los criterios de oportunidad que haya podido manejar el legislador» [FJ 3 *in fine*].

¹⁰⁵⁵ En este sentido, ya se ha planteado en España, casos en los que se ha excepcionado la aplicación de un plazo de prescripción por conculcar el orden público del foro y, ello, en aras al principio del *favor filii*, y, en atención al art. 12(3) CC. En el caso, se ejercía la acción de reclamación de la filiación y se aplicó la ley española como inmediata e imperativa a fin de dispensar la adecuada protección del menor y tutelar sus derechos. La nacionalidad del hijo reclamante, la francesa, conducía, según el art. 9 CC, a la aplicación de la ley nacional del hijo lo que implicaba la prescripción de la acción puesto que el Derecho francés, entonces en vigor, contemplaba un plazo de dos años para el ejercicio de esta acción el cual había transcurrido en creces. El Tribunal español, en atención a las circunstancias del caso y al interés superior del menor, decidió aplicar la *lex fori* porqué de lo contrario se estaría conculcando el orden público del foro [STS de 22 de enero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:2311].

aplicación del art. 8 CLH71, desestima y declara prescrita la acción conforme el Derecho español.

b) Las normas de seguridad y de comportamiento (art. 17 RRII)

469 Para valorar el comportamiento de una persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida que sea procedente, las normas de seguridad y de comportamiento vigentes en el lugar y en el momento del hecho dañoso que da origen a la responsabilidad no contractual¹⁰⁵⁶. Realmente este artículo solo tiene verdadero sentido cuando la ley aplicable a la obligación no contractual no coincide con el territorio del Estado en el que tuvo lugar el hecho que da lugar a la responsabilidad, lo que ocurre en los casos que el evento causal y el de producción se dan en diferentes países (art. 4[1] RRII); en los que habiendo ocurrido el hecho dañoso en un territorio la ley aplicable es otra en virtud de la residencia habitual común de la persona responsable y de la perjudicada (art. 4[2] RRII); o en el caso que se hubiese aplicado la cláusula de escape (art. 4[3] RRII). Por otra parte, el art. 14 RRII no impide la aplicación del art. 17 RRII.

470 En la primera sección de este capítulo se ha analizado la naturaleza de este

¹⁰⁵⁶ Así, por ejemplo, en los daños a distancia o cuando juega la especialidad de la residencia habitual común puede suceder que la ley que rija la responsabilidad no coincida con la del lugar del daño. En los supuestos que puede apreciarse más fácilmente lo que aquí se expone son los casos de accidentes de tráfico. A nadie le parece extraño que, si se viaja a Alemania en coche particular y se sufre un accidente, en el que no se ha visto implicado ningún otro vehículo, aunque el accidente haya ocurrido en Alemania la ley aplicable sea la española (porque se viaja con un vehículo con matrícula española), se tengan en cuenta las reglas de circulación alemanas para valorar la responsabilidad del causante del daño, por ejemplo, a los efectos de valorar la culpa o la negligencia. En efecto, la regla del artículo 17 RRII «obliga» a tener en cuenta la ley del lugar donde se produce el hecho, pero solo «en la medida de que sea apropiado». En este sentido, la clave es siempre la ley designada por la norma de conflicto, de manera que el autor de los daños no pueda exonerarse alegando que en el Estado donde se ha producido el daño rige un principio de responsabilidad por culpa, si en el lugar donde se sufre el daño rige un principio de responsabilidad objetiva, o que el autor cumplió con los estándares de comportamiento del Estado de origen, si los del lugar donde se padece el daño son más estrictos (F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 423). En consecuencia, no habrá inconveniente para ubicar dentro de este concepto todas las normativas reguladoras de la circulación de vehículos y seguridad del tráfico, así como aquellas normas relativas a las buenas prácticas en materia de fabricación de productos alimenticios, medicamentos, o de consumo, las normas de custodia de las cosas y de animales, las referidas a la protección y seguridad e higiene en el trabajo, la normativa de apertura y cierre de comercios, las relativas al funcionamiento de industrias peligrosas (actividades permitidas o prohibidas, los niveles de emisión máxima autorizados o la ubicación de las instalaciones potencialmente contaminantes). De igual forma, la definición de estas normas de seguridad y de comportamiento permiten considerar aquellas otras normas provenientes de organizaciones privadas, como son las reglas de la Federación Internacional de Esquí en caso de circulación por pistas de esquí, así como también las reglas de la Federación Internacional de Automovilismo en casos de carreras de automóviles de la Fórmula 1. Tampoco debería haber problema para incluir en el concepto del art 17 RRII aquellas reglas, incluso no escritas, que vienen operando en un territorio concreto en consonancia con la práctica, como, p. ej., estándares éticos de conducta (actuar deshonestamente o contrario a las costumbres y prácticas negociales del territorio). De igual modo, cabe pensar que el art. 17 RRII incluye también «aquellas autorizaciones concedidas a la persona en concreto presunta responsable del daño respecto de una actividad específica» [J. Maseda Rodríguez, *loc. cit.*, 2012, pp. 194-195].

tipo de normas en general, por lo que a continuación la exposición se va a centrar en la aplicación del art. 17 RRII en reclamaciones derivadas de accidentes de esquí: en las acciones que el esquiador ejercita contra la estación de esquí y las acciones que el esquiador ejercita contra otro esquiador.

471 En relación con los accidentes de esquí, ¿las reglas de conducta FIS pueden considerarse normas de seguridad y de comportamiento a efectos del artículo 17 RRII?¹⁰⁵⁷ En primer lugar, hay que aclarar que las conocidas como normas de la Federación Internacional del Esquí son un código de conducta para los esquiadores, pero no tienen rango de norma, en su sentido técnico, y no son vinculantes para los tribunales españoles. Aun así, los tribunales tienen en cuenta estas pautas de conducta cuando conocen de la reclamación de responsabilidad civil derivada de accidentes de esquí y analizan la dinámica del accidente; y, en concreto, las emplean, juntamente con el derecho aplicable de daños, y determinan así la culpabilidad de uno u otro esquiador o de todos los implicados¹⁰⁵⁸. Sin embargo, ¿es

¹⁰⁵⁷ Las reglas FIS, recuérdese, son 10. Respeto de los otros (el esquiador o *snowboarder* debe comportarse de manera que no ponga en peligro o perjudique a los demás). Control de la velocidad y el comportamiento (el esquiador o *snowboarder* debe esquiar de forma controlada. Debe adaptar su velocidad y forma de esquiar o deslizarse en snowboard a su habilidad personal y a las condiciones generales del terreno, nieve y tiempo, así como la densidad del tráfico en las pistas). Elección de la ruta (el esquiador o *snowboarder* que viene de atrás debe elegir su camino de forma que no ponga en peligro al esquiador o *snowboarder* de delante. Adelantamientos (el adelantamiento puede efectuarse por arriba o abajo, derecha o izquierda, pero siempre de manera que se deje espacio suficiente para prevenir las evoluciones voluntarias o involuntarias del esquiador o *snowboarder* adelantado. Entrar en la pista, comenzar a deslizarse y girar hacia arriba (todo esquiador y *snowboarder* que penetra en una pista, reanuda su marcha después de parar o evoluciona hacia arriba debe mirar arriba y abajo de la pista para asegurarse que puede hacerlo sin provocar peligro para él o los demás). Parar en la pista (todo esquiador o *snowboarder* debe evitar estacionarse sin necesidad en los pasos estrechos o sin visibilidad de las pistas. En caso de caída en uno de estos lugares, debe apartarse y dejar libre la pista lo antes posible). Subir y bajar a pie (el esquiador o *snowboarder* que suba o baje a pie debe hacerlo por el lateral de la pista. Respeto del balizaje y la señalización (todo esquiador o *snowboarder* debe respetar el balizaje y la señalización. Prestación de ayuda (en caso de accidente todo esquiador o *snowboarder* tiene la responsabilidad de prestar socorro. Identificación (todos los esquiadores o *snowboarders* que sean testigos de un accidente, sean o no responsables del mismo, deben identificarse e intercambiar nombres y direcciones). (<https://www.atudem.es/20151028/Normas-FIS.aspx>).

¹⁰⁵⁸ Por ejemplo, *LG Köln*, 15 de agosto de 2017 – 30 O 53/17; *OLG Munich*, 30 de noviembre de 2016, 3 U 275/16; *OLG Dresde*, 30 de enero de 2013, 13 U 956/12; o *OLG Hamm*, 17 de mayo de 2011, 27 U 209/00 (casos citados *vid. supra*). En un accidente ocurrido en fecha 13 de enero de 2015 en una estación austríaca (Kitzbühel) entre dos esquiadores con domicilio y residencia en Alemania, el *OGH* (TS austríaco en resolución de 30 de abril de 2019) aplicó el derecho del lugar del daño (4(1) RRII), y, aun refiriendo el Tribunal que las reglas FIS no eran derecho consuetudinario en Austria, sí se tuvieron en consideración en la valoración de la responsabilidad de los esquiadores implicados como reglas de diligencia que todo esquiador debe respetar al practicar esquí en interés de los demás esquiadores y en aplicación del principio general que todos se han de comportar de forma que no se ponga a nadie en peligro. De este modo, atiende a la regla 5 FIS (entrada, acercamiento y esquí de subida), la regla 8 FIS (observación de los señales), y a las reglas 1 y 2 FIS (exigencia de una conducción controlada) (*vid.*

suficiente para catalogar estas reglas como normas de seguridad y de comportamiento según el Reglamento «Roma II»?, ¿se pueden incluir en esta categoría reglas no emanadas del poder legislativo y de su sistema normativo? ¿la vigencia de estas normas que refiere el Reglamento «Roma II» puede predicarse de un código de conducta elaborado por una federación? Se adelanta que las respuestas son afirmativas¹⁰⁵⁹.

472 Con carácter general, el art. 17 RRII utiliza el vocablo «normas» de seguridad y de comportamiento, y por ello ha de entenderse aquellas normas legales que diferencian rápidamente un comportamiento lícito de uno ilícito¹⁰⁶⁰. Sin embargo, se

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20190430_OGH0002_00100B00059_19M0000_000].

Un ejemplo más reciente del mismo Tribunal lo hallamos en la resolución de 13 de diciembre de 2022 (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20221213_OGH0002_00700B00198_22A0000_000&Suchworte=RS0045290+) en la que se evalúa la aplicación de las reglas FIS, ya que la conducta del esquiador podría haber infringido la regla 1. El tribunal sostiene que la cuestión sobre si la conducta puso en peligro a los demás esquiadores, sobre su responsabilidad, se rige exclusivamente por la *lex causae* determinada, en este caso, por el 4[2] RRII (ambos esquiadores tenían su residencia en los Países Bajos, aunque el accidente tuvo lugar en Austria). El OGH confirma, sin embargo, que las reglas FIS pueden tenerse en cuenta como norma de conducta y estándar de debido cuidado; y dado que tanto la ley austríaca como la ley holandesa miden la conducta de los esquiadores en relación con las reglas FIS, éstas se tienen en cuenta, en cualquier caso, en aplicación del derecho holandés, por lo que, en el caso concreto su consideración al amparo del art. 17 RRII resulta superflua (vid. un comentario de esta decisión a V. Wodinansky-Wildenfeld, «The Austrian Supreme Court on a Slippery Slope: The FIS Rules of Conduct and Article 17 of the Rome II Regulation», *EAPIL*, 19 de abril de 2023 [<https://eapil.org/2023/04/19/the-austrian-supreme-court-on-a-slippery-slope-the-fis-rules-of-conduct-and-article-17-of-the-rome-ii-regulation/>]).

¹⁰⁵⁹ En sentido contrario se pronuncia Y. Diehl, «Las conductas o pautas de conducta dictadas por la Federación no deben ser normas de seguridad y de comportamiento subsumibles al artículo 17 RRII, toda vez que no tienen rango normativo y no son vinculantes para los tribunales. En consecuencia, si los propios tribunales no están obligados a seguirlas, no están vinculados y pueden interpretar de forma diferente la conducta del esquiador en el caso concreto, lo cual conlleva dejar fuera del ámbito del artículo 17 RRII a las pautas de la Federación Internacional del Esquí» («Internationalprivatrechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Skiunfalles [OLG München, 30 de noviembre de 2016 – 3 U 2750/16]», *IPREX*, 2018-4, pp. 371- 376). Sin embargo, no compartimos tal posicionamiento porque el carácter no vinculante de las reglas FIS no puede ser motivo de su exclusión del art. 17 RRII toda vez que el mismo art. 17 RRII contiene un mandato de obligatoriedad en relación con «tener en cuenta» las normas de seguridad y de comportamiento, y no una obligación de aplicarlas. En este contexto, resulta que los tribunales, aun considerando las normas de seguridad y de comportamiento del lugar del daño en un juicio de su integración en el derecho que rija la situación en cuestión, puede determinar su no aplicación. Así, aun no siendo normas obligatorias, tampoco son negligibles.

¹⁰⁶⁰ Este tipo de reglas son, en su mayoría, normas de Derecho público, esencialmente administrativas, y es importante diferenciarlas de las normas de comportamiento y de seguridad. En este sentido, cada ordenamiento jurídico determinará la naturaleza de sus normas de seguridad y de comportamiento y va a establecer, entre otros caracteres, el de norma dispositiva o el de norma imperativa. De esta manera, una norma de seguridad y de comportamiento será calificada de material imperativa si un país considera su observancia como esencial para salvaguardar sus intereses públicos, como la organización política, social o económica, hasta al punto de exigir su aplicación en toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación (esto es lo que el legislador comunitario conceptualiza como leyes de policía). En estos casos, lo cierto es que su entrada en la controversia sería a través del art. 16 RRII y no por la vía del

trata de criterios legales, en general, que son, a veces difusos y requieren de una actuación judicial. Así, una infracción por exceso de velocidad conlleva una sanción de cien euros, esto es una norma; mientras que la violación de la regla general «conducir con cuidado» puede dar lugar a un resarcimiento si la falta de diligencia ha sido la causa del accidente. En la doctrina está aceptado que el término «normas de conducta y de seguridad» del art. 17 RRII no está limitado a las leyes en su sentido técnico¹⁰⁶¹. Los principios de cuidado vigentes en el lugar en el que sucede el accidente han de tenerse también en cuenta a efectos del artículo. Incluso las reglas puramente privadas de seguridad y de conducta, como son las reglas de la Federación Internacional del Esquí han de calificarse como normas en el sentido del art. 17 RRII¹⁰⁶². Esto es innegable desde el punto de vista de la teoría de los datos locales¹⁰⁶³. Dado que incluso las leyes formales solo se consideran «como una cuestión de hecho», no es lógico excluir las normas privadas si realmente determinan la conducta del presunto infractor. Sin embargo, el art. 17 RRII es claro cuando obliga «a tener en cuenta» y «en la medida que sea procedente» dichas normas de seguridad y de comportamiento, por lo que no hay una obligación de aplicarlas, sino de considerarlas y de integrarlas dentro del marco de las circunstancias que le sean presentadas a la autoridad judicial y únicamente aplicarlas si se estima adecuado. En consecuencia, no son obligatorias¹⁰⁶⁴. Además, no hay que olvidar que estas normas no operarán solas,

art. 17 RRII, que resulta superflua en estos casos. Así, la norma imperativa de este tercer Estado se tendría en cuenta como un dato o una información que ha de ser evaluada dentro de la ley aplicable que rige la situación. Ahora bien, la realidad es que, con carácter general, las normas de seguridad y de comportamiento no suelen responder las características de las normas imperativas, porque no suelen atender a la organización social básica de un Estado, por ello la intervención de las normas de seguridad y de comportamiento no es directa y ello, porque, y a diferencia de las normas imperativas, no solo no se descarta la aplicación del sistema conflictual sino que resultan aplicables a partir de la *lex causae* reguladora de la obligación no contractual por lo que tienen una influencia incidental sobre la relación privada [J. Maseda Rodríguez, *loc. cit.*, 2012, pp. 197-198].

¹⁰⁶¹ J. von Hein, *op. cit.*, p. 752.

¹⁰⁶² J. von Hein, *idem*.

¹⁰⁶³ En ciertos casos, es particularmente importante el conocimiento de la aplicación de reglas extranjeras como datos o información de la ley aplicable, más que como reglas extranjeras de decisión. Lo que importa y lo que debe estar en la mente del tribunal es la distinción entre la ley aplicable a partir de la que ha de decidirse al litigio de aquellos datos o información fijos y necesarios del lugar del daño para la aplicación de la ley aplicable [*vid.* A. Ehrenzweig, «Local and Moral Data in the Conflict of Laws», *Terra incognita*, *Buffalo Law Review*, vol. 16, 1966, pp. 55-59, en <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol16/iss1/6>].

¹⁰⁶⁴ Así las cosas, dado el margen de discrecionalidad que el art. 17 RRII concede al operador jurídico en la toma en consideración de las normas de seguridad y comportamiento, se ha entendido, desde un cierto punto de vista, que el precepto legitimaría al juzgador tanto para reducir el grado de responsabilidad de la persona al amparo de la *lex causae*, como para su completa exclusión en aquellos casos en los que la

sino que lo harán en conjunción, en la medida que sea posible, con las reglas propias de la ley aplicable a la situación internacional, que pueden ser distintas, de difícil compatibilización y que pueden condicionar tanto el grado de responsabilidad del responsable del daño como el grado en el que la víctima pueda ser resarcida. No hay un desplazamiento de la *lex causae* por parte de la norma de seguridad y de comportamiento vigente en el lugar y en el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad, sino que ésta se integra en el espacio de la ley aplicable.

473 En las reclamaciones de un esquiador contra el titular de la estación de esquí, han de considerarse como normas de seguridad y de comportamiento a efectos del art. 17 RRII las reglas FIS, así como aquellas que puedan aplicarse en la estación para los deportistas que practiquen el esquí en sus instalaciones¹⁰⁶⁵. Del mismo modo, han de considerarse normas de seguridad aquellas de las que deriven obligaciones dirigidas a la estación en aras a preservar la seguridad de los esquiadores en sus pistas, lo que tiene su relevancia en áreas de esquí transfronterizas¹⁰⁶⁶.

474 En reclamaciones de un esquiador contra otro esquiador la realidad es que, a efectos del art. 17 RRII, las reglas FIS no tienen un papel destacado, porque dichas reglas representan las pautas de conducta que deben seguirse en la mayoría de las pistas de esquí, por lo que los efectos prácticos del art. 17 RRII es limitado en este contexto. Sin embargo, esta disposición presenta una particular importancia en los casos en que existan normas internas específicas de conducta en la práctica del esquí. Por ejemplo, el art. 12 de la Ley italiana sobre seguridad en el esquí establece una regla de preferencia a los esquiadores que vienen por la derecha en los cruces de caminos¹⁰⁶⁷. Sin duda, habrá de considerarse esta disposición como una norma de

conducta del presunto responsable del daño se ajustase a los estándares de comportamiento del lugar en el que se completa el hecho dañoso, de no ser así, se dice, el art. 17 RRII no cumpliría su función correctora frente a una no prevista ley del lugar del daño alejada de las expectativas de la responsable del daño [G. P. Calliess (ed.), *op. cit.*, 2011, p. 575]. Hay autores que no están de acuerdo con esto [posición que compartimos] porque el propio art. 17 RRII indica que ha de hacerse en «la medida que sea procedente», lo que significa que la toma en consideración de estas normas no es obligatoria y su valoración como dato o información adicional ha de hacerse dentro del marco de la ley aplicable a la obligación extracontractual [J. Maseda Rodríguez, *loc. cit.*, 2012, p. 211].

¹⁰⁶⁵ Las normas de seguridad y de comportamiento del art. 17 RRII incluyen las reglas que la jurisprudencia utiliza tales como las directrices de las asociaciones profesionales para el funcionamiento de compactadoras de nieve. En Suiza, p. ej., las reglas SKUS para la instalación, operación y mantenimiento de pistas de esquí son utilizadas sistemáticamente por los tribunales y contienen disposiciones en el sentido del art. 17 RRII [V. Sälzer, *op. cit.*, p. 291].

¹⁰⁶⁶ V. Sälzer, *op. cit.* Por ejemplo, en Andorra existe una Ley que regula las estaciones de esquí, la Ley 21/2022, de 9 de junio, *d'estacions de muntanya* [BOPA, n.º 76, de 22 de junio de 2022] –antes, la Ley relativa a las estaciones de esquí e instalaciones de transporte por cable, de 9 de noviembre de 2000–. Ahora, la nueva Ley focaliza la regulación en la propia estación, descentralizándola de las instalaciones mecánicas.

¹⁰⁶⁷ «Negli incroci gli sciatori devono dare la precedenza a chi proviene da destra o secondo le indicazioni della segnaletica» [art. 12], *Norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e*

comportamiento para los esquiadores que esquíen en territorio italiano. En relación con las reglas FIS la idoneidad de su toma en consideración a los efectos de «en la medida que sea procedente» está fuera de discusión. Por ejemplo, las reglas 2 a 8 o el antes citado art. 12 de la Ley italiana son normas de seguridad que en caso de que se produzca un accidente de esquí habrán de aplicarse porque son normas específicamente territoriales. En cambio, las reglas que tengan un componente más personal como la regla 1 son de aplicación más flexible y otorgan discrecionalidad al órgano jurisdiccional en el proceso de «tener en cuenta» la aplicación de la norma en cuestión. En ambos casos, y en accidentes de esquí por choque entre esquiadores lo que no parece posible es que el juez no considere las reglas FIS en orden a dirimir la responsabilidad de los implicados en el accidente¹⁰⁶⁸ y aquellas otras normas de seguridad y de comportamiento que hayan dictado los diferentes Estados si la misma no resulta ser la designada para regir el conflicto. Y ello porque se trata de una actividad en la que el accidente implicará, por lo menos, a dos personas, que han decidido practicar el esquí asumiendo los riesgos que la actividad en sí conlleva, y de las que ha de presuponerse que esquían siguiendo las reglas para que su práctica no cause daños a los demás, y del mismo modo, esquían en la confianza de que el resto de los esquiadores también lo hacen.

475 En otro orden de cosas, ¿las partes pueden modificar las normas de seguridad y de conducta del art. 17 RRII mediante la elección de la ley del art. 14 RRII? Se ha adelantado en la sección primera de este capítulo que no. Las normas de seguridad y de comportamiento no pueden verse afectadas ni alteradas por los pactos de las partes. Primero, porque las normas de seguridad y de comportamiento son fácticas y por tanto deben tenerse en cuenta como elementos de hecho; y segundo, porque la posición sistemática del art. 17 RRII en el capítulo V sobre «disposiciones comunes» implica que se aplican a todos los artículos anteriores. En este escenario, ¿las partes podrían pactar someterse a otras normas de seguridad y de comportamiento distintas a las del lugar del daño? Por ejemplo, un accidente de esquí ocurrido entre dos esquiadores, residentes en España, que viajan a otro país no afiliado a la Federación Internacional del Esquí para practicar este deporte. Si, se produce el accidente y pactan usar sus propias normas de seguridad y de comportamiento, las españolas, que son las reglas FIS, este pacto no sería eficaz. Primero, porque ya se ha referido que la ley aplicable no abarca las normas de seguridad y de comportamiento, y segundo, porque es evidente que para evitar accidentes de esquí todos los practicantes deben seguir las mismas normas de seguridad y de comportamiento del

da fondo [Ley de 24 de diciembre de 2003, n.º 363, *Gazzetta Ufficiale* n.º 3, 5 enero 2004]. No se encuentra en las reglas FIS una norma con este contenido.

¹⁰⁶⁸ V. Sälzer, *op. cit.*, pp. 295-296.

lugar en el que estén esquiando, por lo que la elección con anterioridad de las normas de seguridad y de comportamiento que puedan pactar los españoles que esquían en otros territorios se opone a la seguridad de todos los esquiadores y debe quedar descartada. Por su parte, la elección *a posteriori*, tras el accidente de esquí, implicaría que el tribunal ha de asumir la hipótesis de que en el momento del accidente los esquiadores actuaban de acuerdo con las normas de seguridad y de comportamiento elegidas y no por las locales o las del lugar del accidente, lo cual no es acorde con el interés de una decisión efectiva y además, el art. 17 RRII es muy claro cuando indica qué tratamiento tienen dichas normas de seguridad y de comportamiento, el de una cuestión de hecho, que no puede modificarse por elección de las partes¹⁰⁶⁹.

c) La posibilidad del ejercicio de la acción directa (art. 18 RRII)

476 El primer capítulo de este trabajo ha tratado el concepto de acción directa, *i. e.*, la posibilidad de la víctima o perjudicado de reclamar a la compañía aseguradora del responsable del hecho dañoso, al abordar las acciones cuyo ejercicio permite acceder a la jurisdicción para obtener la tutela judicial. En el ámbito europeo, la cuestión radica en determinar la ley aplicable a la acción directa cuando la ley que rige el contrato de seguro no es la misma que la ley que rige la responsabilidad extracontractual cubierta por dicho seguro. El art. 18 RRII permite, a partir de una calificación sustancial y no procesal de la acción y a través de una conexión doble y alternativa, que «la persona perjudicada [pueda] actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle el resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro»¹⁰⁷⁰. De este modo, como se ha dicho, este precepto establece una conexión alternativa. El perjudicado tendrá acción directa contra la compañía aseguradora del responsable del daño si así lo dispone la ley que rige el daño o la ley que rige el contrato de seguro¹⁰⁷¹. Es una solución que ampara el interés del perjudicado y que para la aseguradora no resulta onerosa en exceso en la medida en que puede delimitar el ámbito territorial de cobertura del seguro en el contrato¹⁰⁷². El Tribunal de Justicia

¹⁰⁶⁹ V. Sälzer, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁷⁰ J. Maseda Rodríguez, «La acción directa contra el asegurador de la persona responsable del daño en el marco del art. 18 del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: breve aproximación a la posición del asegurador», *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, 4, julio, 2016.

¹⁰⁷¹ La explicación radica en que puede suceder que la ley aplicable al contrato de seguro no prevea el ejercicio de la acción directa de la víctima frente a la aseguradora, mientras que la ley designada sí prevea esta acción directa. En consecuencia, en virtud de la ley aplicable a la obligación extracontractual la víctima del accidente podrá reclamar directamente contra la aseguradora.

¹⁰⁷² F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 424. En tal sentido, el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del contrato de seguro internacional vendrá determinado por el Reglamento «Roma I», encargado de

se pronunció sobre el particular en el asunto *Prüller-Frey*¹⁰⁷³ en el sentido de que la persona perjudicada puede ejercitar la acción directa contra la aseguradora para reclamarle la indemnización «cuando tal condición está prevista por la ley aplicable a la obligación extracontractual con independencia de lo que establezca la ley aplicable al contrato de seguro elegido por las partes de dicho contrato»¹⁰⁷⁴. Es el órgano jurisdiccional el que debe examinar si la ley aplicable a la obligación extracontractual determinada con arreglo al Reglamento «Roma II» o la ley aplicable al contrato de seguro permiten el ejercicio de la acción directa¹⁰⁷⁵.

477 La referencia a la acción directa no es únicamente a la posibilidad de ejercitarse, sino también a su régimen sustantivo de acuerdo con el ordenamiento jurídico que ha sido reclamado, esto es, el estatuto de la acción directa debe seguir el mismo régimen que el propio de la obligación [extracontractual, en este caso] de la que deriva la responsabilidad: desde los presupuestos exigidos para el nacimiento de esta acción [producción del hecho dañoso, existencia de un contrato de seguro válido, imputación de responsabilidad a la asegurada], los plazos de prescripción¹⁰⁷⁶ o caducidad, la necesidad de demandar conjuntamente a la aseguradora y al asegurado o la obligación de comunicar la existencia del seguro, hasta el tratamiento de las excepciones oponibles por la compañía aseguradora contra el que reclama o las personas legitimadas que pueden ejercitar la acción [perjudicado o herederos, en el

identificar la *lex causae* reguladora de las obligaciones contractuales internacionales, esta vez, en relación con el contrato suscrito por la empresa aseguradora y la persona responsable del daño (J. Gruber, «Article 18 Rome II Direct action against the insurer of the person liable», en G. P. Calliess (ed.) *op. cit.*, 2015, p. 764).

¹⁰⁷³ *Prüller Frey* [2015].

¹⁰⁷⁴ *Prüller Frey* [2015: § 45].

¹⁰⁷⁵ *Prüller Frey* [2015: § 43].

¹⁰⁷⁶ El caso visto por la SAP M n.º 421/2019, de 30 de septiembre de 2019 [*cit. supra* nota 971] es un buen ejemplo para exponer como el régimen jurídico de la acción directa es el mismo que la ley que rige la obligación extracontractual. En este supuesto se ejercitó la acción directa del perjudicado frente a la compañía aseguradora del vehículo. También se ejercitó la acción subrogatoria de la aseguradora en la que aparece una igualdad de armas procesales y desaparece un principio de protección a la parte perjudicada como parte procesalmente más débil. En relación con el régimen a la ley aplicable de la acción directa contra la aseguradora era el previsto en el art. 9 CLH71 cuya dicción es importante para el caso porque la ley aplicable es la española pues todos los vehículos implicados tenían matrícula española y, aunque el accidente hubiera acaecido en territorio francés, el art. 4[b] CLH71 prioriza la ley del lugar de matrícula si es la de un mismo Estado. En consecuencia, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción había transcurrido. (Para un comentario de la resolución *cf.* A. Espinella Menéndez, «Pluralidad de reclamaciones en accidentes de tráfico transfronterizos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [sección 20.ª] de 30 de septiembre de 2019», *CDT*, vol. 12, n.º 2, octubre, 2020, pp. 987-994).

caso del Derecho español)]¹⁰⁷⁷. No hay duda de que la orientación material del art. 18 RRII va dirigida al *favor laesi* porque el carácter alternativo del precepto permite al perjudicado optar por la ley que resulte más favorable a la protección de sus intereses en función del régimen de la acción directa, no solo por la posibilidad de su admisión o no, sino también por su régimen jurídico y condiciones para su ejercicio como son los plazos de prescripción y de caducidad de la acción, la legitimación o las excepciones oponibles por la aseguradora¹⁰⁷⁸.

478 La relación del art. 18 RRII con la conexión de la autonomía de la voluntad del art. 14 RRII no puede, primero, permitir pactar una ley aplicable que admita el ejercicio de la acción directa cuando ni la ley designada por el Reglamento ni la ley rectora del contrato de seguro la admiten, y segundo, pactar una ley aplicable en detrimento de la empresa aseguradora. Las terceras personas están protegidas frente al ejercicio de la autonomía de las partes tal y como explicita el propio art. 14 [1] RRII.

479 En su virtud, en el caso de un accidente de esquí en el que la responsabilidad se impute a la estación (que, por lo general, contará con un seguro de responsabilidad civil) o en el caso de que en un choque entre esquiadores, el esquiador agente del accidente cuente con un seguro cuya cobertura alcance los daños a terceros, el perjudicado podrá ejercitar la acción directa contra la aseguradora si así lo prevé la normativa que regula el contrato de seguro existente o la ley aplicable para dirimir el litigio sobre la responsabilidad extracontractual de que se trate¹⁰⁷⁹. En el caso visto de Baqueira Beret S. A., la aseguradora de esta estación de esquí ejercitó la acción directa contra la aseguradora de la esquiadora perjudicada francesa, Axe France, en virtud del seguro que tenía contratado con el viaje turístico, con la pretensión de que su asegurada, la estación de esquí, fuera exonerada de cualquier responsabilidad frente al accidente de esquí que había perjudicado a la esquiadora residente en Francia¹⁰⁸⁰.

VI. Problemas de aplicación en estados plurilegislativos

¹⁰⁷⁷ J. Maseda Rodríguez, *loc. cit.*, 2016.

¹⁰⁷⁸ La propuesta original para la redacción de este artículo era el de una conexión en cascada, y solo en caso de que la ley rectora de la obligación extracontractual no admitiese la acción directa se remitía a la legislación rectora del contrato de seguro. De esta forma, desde el momento que la ley aplicable a la obligación extracontractual reconocía el ejercicio de la acción directa no podía pasarse a la siguiente acción, con independencia de que su también admisión tuviera un régimen más o menos favorable al perjudicado [J. Maseda Rodríguez, *loc. cit.*, 2016].

¹⁰⁷⁹ En el caso de que ni la ley designada por el Reglamento «Roma II» ni la que rige el contrato de seguro contemplasen la posibilidad del ejercicio de la acción directa, la víctima del accidente y el responsable no podrán elegir una ley aplicable de un tercer país que sí permitiese la acción directa [art. 14[1] *in fine* RRII].

¹⁰⁸⁰ SAP Lleida n.º 40/2013, de 25 de enero [*cit. supra* nota 335].

a) La determinación de la ley aplicable a los accidentes de esquí cuando interviene un sistema no unificado (art. 25[1] RRII)

480 Sin ánimo de ser reiterativos, llegados a este punto del trabajo, recuérdese que uno de los problemas de aplicación de las normas de conflicto es la remisión a un Estado plurilegislativo (*vid. supra* §§ 411 y ss.). En la primera sección, se ha definido que es un Estado plurilegislativo y diferenciado los sistemas de remisión: directa, indirecta y mixta. En el Reglamento 864/2007 esta remisión se efectúa por el art. 25[1] RRII, que utiliza el sistema de remisión directa para designar la ley aplicable entre las coexistentes en el Estado plurilegislativo.

481 El art. 25[1] RRII indica, pues, que, cuando un Estado esté formado por varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable. En España concurren los requisitos para la aplicación de este artículo 25[1] RRII (*vid. supra* «Remisión a sistemas no unificados») por lo que, en supuestos internacionales, será el Reglamento «Roma II» el que «directamente» designe la ley aplicable sin que la normativa reguladora de los conflictos internos juegue ningún rol en esta designación. El Reglamento se valdrá, por tanto, de sus soluciones para designar la ley aplicable al caso concreto.

482 De este modo, la Audiencia Provincial de Lleida [Cataluña, España] tuvo la ocasión [que desperdició] de aplicar el Reglamento «Roma II» en un supuesto de accidente de esquí internacional¹⁰⁸¹. Sin embargo, se descartó su aplicación, a pesar de que la parte actora lo alegó, porque el Tribunal ignoró su carácter universal, y acudió a la norma de conflicto autónoma [art. 10[9] CC] que condujo al tribunal a aplicar el Derecho andorrano por ser el del lugar de la comisión del hecho dañoso [del accidente de esquí].

483 Lo relevante es que, en el asunto enjuiciado, la residencia en Cataluña de la autora y la víctima del daño exigía, a través de una aplicación combinada de los artículos 4[2] RRII y 25[1] RRII, su sujeción al Derecho catalán. Y ello porque aunque los hechos hubiesen sucedido en Andorra, el Reglamento «Roma II» era aplicable al asunto, dado su carácter universal, por lo que la Sala, tras revisar el régimen

¹⁰⁸¹ SAP Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre [*cit. supra* nota 615] que ignoró el carácter universal del Reglamento 864/2007 y aplicó el artículo 10[9] CC español al litigio en atención al lugar de la comisión del daño, el Derecho andorrano. [Ahora bien, el derecho conflictual de fuente estatal es aplicable, de forma supletoria, cuando no exista instrumento comunitario o éste no cubra el supuesto de la responsabilidad no contractual, como sucede, p. ej., en los casos de difamación; pero en la responsabilidad civil no contractual derivada de un accidente de esquí no se debería haber recurrido a la norma nacional sino al Reglamento «Roma II»]. Éste fue un error que condujo [de forma equivocada] a aplicar el Derecho andorrano en lugar del Derecho catalán, lo cual tuvo importancia en el fallo y un resultado injusto para la víctima que reclamaba.

conflictual del instrumento, hubiera debido comprobar que, en ausencia de elección por las partes de la ley aplicable a su asunto y de que el hecho enjuiciado no era ninguno de los ilícitos que cuentan con reglas específicas, debería haber acudido al art. 4 RRII para resolver el litigio, puesto que la responsable del accidente de esquí y la perjudicada residían habitualmente en el mismo país, y el apartado segundo de dicho artículo, es de aplicación preferente a los demás puntos de conexión, y, obliga a valerse del derecho del país de residencia. Además, dado que la misma se localiza en España, país que es plurilegislativo, la Audiencia Provincial debería haber tenido en cuenta también el artículo 25(1) RRII y, desde la residencia común en Cataluña, haber acabado aplicando el Derecho catalán al caso de autos, el cual cuenta con un plazo propio de prescripción en materia de ilícitos civiles¹⁰⁸². Dicho recorrido, hubiera cambiado completamente el fallo de la resolución. En efecto, el plazo de prescripción de la acción es aquél que indique la ley aplicable al asunto [art. 15 RRII]¹⁰⁸³, y en este caso, el Derecho catalán contempla un plazo trienal frente al plazo anual del Derecho andorrano [y, del Derecho español, aplicado en primera instancia] que se aplicó al asunto y por el que se decretó prescrita la acción de la reclamante. No puede aducirse, como sostuvo la Audiencia que «en ningún caso sería aplicable en el supuesto de autos el Derecho civil catalán, como pretende la recurrente, por cuanto el art. 111-3 del CCCat. establece el principio de territorialidad, de forma que el mismo solo tiene eficacia territorial». En efecto, no se ajusta a la realidad la idea de que la territorialidad ha de entenderse en el sentido que el Derecho catalán solo puede estar vigente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y que su aplicación fuera del territorio catalán o aplicación en Cataluña de otros derechos civiles no vigentes en Cataluña solo puede venir determinada por las reglas del estatuto personal basadas en la vecindad civil, porque la doctrina más relevante señala que «en el ámbito civil...la aplicación de la normativa catalana...precisa, como condición necesaria y suficiente, ser llamada por la correspondiente norma de conflicto [...]. Lo dispuesto en los arts. 111-4 y 111-5 CCCat. [o el 111-3] no determina ni puede determinar nada al respecto».¹⁰⁸⁴

484 El juez de instancia constata que el accidente tiene lugar el 14 de marzo de 2009 y que, de acuerdo con la prueba pericial aportada por la actora, el tiempo de curación de las lesiones hasta el estadio curacional de las mismas, fue de 274 días, habiéndose conseguido el mismo el día 26 de febrero de 2010. Se interrumpe el plazo

¹⁰⁸² J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, pp. 1228-1229.

¹⁰⁸³ En el supuesto de hecho estudiado, residiendo en España la causante y la víctima del accidente de esquí y no convergiendo en Andorra circunstancias suficientes para haber dado pie a la intervención de la cláusula de escape, la AP de Lleida debería haber fallado en consonancia con la Ley española, la cual, oficiando como *lex causae*, habría sido la encargada de regular «el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y de caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad» [art. 15 RRII] [J. M. Fontanellas Morell, *loc. cit.*, 2016, pp. 1226-1227].

¹⁰⁸⁴ S. Álvarez González, *op. cit.*, 2012-1, p. 15.

de prescripción por un burofax enviado por la actora a los padres de la menor responsable del accidente en fecha 18 de febrero de 2011, por lo que el juez de instancia dictamina que la acción está prescrita desde el 18 de febrero de 2012 (un año de plazo de prescripción), ya que la demanda se interpuso en fecha 3 de septiembre de 2012, por lo que se desestima la pretensión íntegramente sin entrar en la dinámica y responsabilidad del accidente. Sin embargo, la realidad es que la acción no estaba prescrita de acuerdo con el Derecho catalán que debía de haber sido el de aplicación en este caso si se hubieran observado correctamente las reglas del DIPr. Ello hubiera conducido a aplicar el derecho llamado por la conexión del art. 4[2] RRII combinado con el art. 25[1] RRII dado el carácter plurilegislativo del país de residencia habitual de las esquiadoras (el Estado español) y argumentar que, como las partes residían ambas en la Comunidad Autónoma de Catalunya que tiene competencia legislativa en materia de derecho civil, el Derecho catalán, era el llamado a regir la controversia. Como se ha apuntado, el Derecho civil catalán cuenta con un plazo trienal de prescripción en materia de responsabilidad extracontractual que debía de haber sido aplicado, por lo que en el momento que la esquiadora interpuso la demanda, el 3 de septiembre de 2012, el plazo de prescripción de la acción estaba todavía lejos de llegar a su término. La Sala hubiera de haber entrado en el fondo de la controversia y resolver, en un sentido u otro, sobre la responsabilidad extracontractual derivada de del accidente.

485 Si hacemos un repaso por alguno de los supuestos de accidentes de esquí referidos en el capítulo I de este trabajo, observaremos que, al menos, a través de los textos de las sentencias, no siempre se atribuye al lugar del hecho, en el extranjero, del accidente de esquí, la importancia que tiene a efectos de determinar la ley aplicable. Así, p. ej. en el caso visto por la AP de Valencia [2008: *supra* nota 324], el hecho de que el accidente de esquí hubiere acaecido en Andorra no se trató como una variable que atribuía heterogeneidad al asunto. En este caso, los hechos sucedieron el 29 de diciembre de 2005, en Andorra, por lo que el sistema español de DIPr de fuente autónoma [10[9]CC], pues el Reglamento 864/2007 todavía no existía, designaba la ley andorrana como lo aplicable a la controversia, sin embargo, resulta evidente que se aplicó al supuesto el Derecho español en el ejercicio de la acción del art. 1902 CC. Por el contrario, en otro de los accidentes mencionados, el accidente de slalom, acaecido también en Andorra, en el año 2004, y conocido, en segunda instancia, por la AP de Barcelona [2021: *supra* nota 294] sí se discutió sobre la ley aplicable, y, el Tribunal determinó como aplicable la ley andorrana porque el accidente había tenido lugar en Andorra y, además, la actora acreditó la regulación en materia de culpa aquiliana en la legislación andorrana (FJ 2). Véase pues, que, aquí, sí se aplicó

el sistema de fuentes del DIPr español, de origen autónomo.

b) La dimensión interna del problema [art. 25[2] RRII]

486 El Derecho interregional¹⁰⁸⁵ es una de las dimensiones [la interna] del DIPr. La singularidad de los Estados plurilegislativos radica en que en el seno de estos Estados nacen relaciones de Derecho privado que presentan una heterogeneidad propia y particular, pues se trata de relaciones que están vinculadas a diferentes sistemas legales, pero con la peculiaridad de que todos ellos pertenecen a un mismo Estado. Por ello, la heterogeneidad en el seno de un ordenamiento plurilegislativo «tiene una dinámica diferente a la que se da en el tráfico jurídico externo» [internacional]¹⁰⁸⁶.

487 En España, los conflictos de leyes internos que pueden suscitarse están condicionados por parámetros constitucionales, y, las normas de Derecho interregional son las contenidas en Título preliminar del CC y en los textos internacionales que éste prevea [*vid. supra* «Remisión a sistemas no unificados»].

488 En la materia objeto de este estudio, la norma que regula el conflicto de leyes internos, de conformidad con la remisión que realiza el art. 16 CC, es la que contiene el art. 10[9] CC. En materia de obligaciones extracontractuales no hay disparidad normativa en España, si bien, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, la diferencia entre el plazo de prescripción del Derecho civil catalán y el Derecho civil estatal es suficientemente importante como para tener que precisar la ley aplicable en estos casos. La prescripción es considerada una cuestión sustantiva [y no procesal] por lo que la necesidad de determinar la ley aplicable se explica por sí sola. De acuerdo con el art. 10[9] CC corresponde aplicar la ley del lugar en donde se haya producido el hecho de que deriven las obligaciones no contractuales. Es, pues, una regla simple y rígida. La cuestión más relevante en este campo deriva de la interpretación efectuada por el TS y el TSJCAT, de acuerdo con la cual se aplica el plazo de prescripción de un año cuando el hecho dañoso derive de un accidente de tráfico [*vid. supra* notas 214 y 951].

489 En síntesis, el elemento clave en la articulación de esta plurilegislación es la competencia exclusiva del Estado en materia de conflictos de leyes, y es la norma de conflicto, basada tanto en criterios personales como territoriales, la que determina la aplicación de los derechos civiles españoles, por lo que el Derecho catalán en materia de prescripción de daños puede ser aplicado fuera de Cataluña, y el Derecho común al respecto en Cataluña, cuando así lo establezca la norma de conflicto en función de las circunstancias del caso. Por ejemplo, en un accidente de esquí acaecido en una

¹⁰⁸⁵ Hoy día es, también, frecuente nombrarlo como «derecho interterritorial» [M. Gardeñes Santiago, «El dret internacional privat com a branca de l'ordenament jurídic», en A. Font i Segura *et al.* (coords), *op. cit.*, pp. 21-42 [p. 29].

¹⁰⁸⁶ A. Font i Segura, *loc. cit.*, en A. Font i Segura *et al.* (coords.) *op. cit.*, p. 231.

estación de Cataluña en el que el autor y el perjudicado del daño sean personas con residencia en Madrid, el juez de Madrid, competente territorialmente por ser el lugar del domicilio del demandado, debería aplicar el Derecho civil catalán en materia de obligaciones no contractuales por ser el lugar en el que ha tenido lugar el hecho dañoso, y, por tanto, se aplicaría el plazo de prescripción trienal, y no el anual contemplado en el Código civil, luego, en relación con las demás cuestiones de fondo del litigio, se aplicaría, aquí, de forma supletoria, el Derecho civil estatal en materia extracontractual. En esta hipótesis, el Derecho civil catalán tendría una aplicación extraterritorial.

490 En el plano de la dimensión interna del DIPr, en las sentencias estudiadas no aparecen datos que, indiquen que, haya habido una discusión o debate sobre la ley aplicable en materia de daños o responsabilidad extracontractual derivada del accidente de esquí y el plazo de prescripción aplicable. Así, p. ej., en el accidente sucedido en Masella [Cataluña], el 21 de abril de 2013, del que conoció en segunda instancia, la AP de Barcelona [2017: *supra* notas 233 y 284], en el que se demandó a la gestora de la estación de esquí, no hay traza de debate sobre la designación del derecho aplicado, pues, se aplica el español, lo que invita a suponer que no hubo, en este caso, debate sobre la prescripción de la acción y el plazo a aplicar, elemento que, en caso de discordia, hubiera obligado a poner sobre la mesa el debate de los derechos españoles aplicables al supuesto. Por su parte, la AP de Lleida conoció, en segunda instancia, del accidente de esquí sucedido en la estación catalana de Port del Compte, el 7 de febrero de 2011 [*supra* nota 288], en el que tampoco se alegó la prescripción de la acción ejercitada [art. 1902 CC] por lo que el debate sobre el derecho aplicable al asunto no se produjo. La controversia suscitada a propósito de un accidente de esquí en la estación de Baqueira Beret [Cataluña] entre dos esquiadores en fecha 17 de febrero de 2016, es ilustrativa de la escasa atención que merece por los tribunales españoles la concurrencia de elementos que comprometen a diferentes legislaciones españolas. Así pues, en este caso, indica la sentencia de segunda instancia dictada por la AP de Madrid [2018: *supra* notas 16 y 268], que, la demandada alegó la prescripción de la acción pero que, y nada más se dice en el texto, la cuestión se daba ya por resuelta, sin que se explique en base a qué legislación se alegó la prescripción. Por ello, tampoco en este caso, podemos confirmar si para dirimir la cuestión se aplicó, o no, el Derecho civil catalán en materia de prescripción de las acciones para reclamar la responsabilidad extracontractual. Véase que, en este supuesto, el accidente ocurrió en Cataluña, pero el contencioso se resolvió en Madrid por, seguramente, ser el lugar del domicilio del demandado, que atribuía competencia territorial a los juzgados de esta comunidad [en primera instancia conoció el número 4 de Móstoles]. Sin embargo, en materia de ley aplicable, no hay ocasión de ver si el Tribunal tuvo en cuenta el conflicto de leyes interno que se suscitaba en este caso, o

si, simplemente, se ignoró, y, se aplicó el Derecho civil estatal, sin más.

491 En definitiva, sí puede verse que el proceso de identificación del derecho aplicable no queda siempre reflejado en la jurisprudencia española, lo que, [1] implica que el sistema de soluciones de los conflictos de leyes internos quede diluido en una nebulosa que impide una percepción clara de la existencia del problema, y, que, en consecuencia [2] los operadores jurídicos no sean conscientes de la trascendencia de la situación y que en sus escritos procesales no fundamenten sus pretensiones a partir del Derecho interregional, la cual cosa conduce a una aplicación extensiva e injustificada del Derecho común; [3] que acaba siendo la solución material a todos los litigios en detrimento de los derechos autonómicos, cuando éstos existan, por el momento, en materia de prescripción, el de Cataluña; todo ello implica que, [4] cuando la norma no se identifica ni se aplica correctamente hay un deterioro de las reglas del juego y un empobrecimiento de la seguridad jurídica.

CONCLUSIONES :

I.- **Responsabilidad civil extracontractual.** La responsabilidad es la sujeción de una persona, que ha vulnerado un deber de conducta impuesto en interés de otra, a la obligación de reparar a ésta el daño causado. Tradicionalmente, esta responsabilidad se ha clasificado en contractual o extracontractual según suponga la transgresión de un deber de conducta impuesto por un pacto o contrato, o según responda a la idea de haber causado un daño a otra persona transgrediendo el deber genérico de abstenerse de realizar comportamientos lesivos para los demás. La separación de las obligaciones que nacen del acuerdo y las que tienen su origen en la culpa o la negligencia civil es de régimen jurídico. En el sistema de responsabilidad español domina la idea de la culpa del agente productor del daño [responsabilidad subjetiva]. El art. 1902 CC indica que «el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado». La responsabilidad descansa en la noción de la «culpa», y nacerá si se ha obrado mal causando un daño a otra persona y, por tanto, si se ha causado el daño con una conducta reprochable. La responsabilidad civil derivada de un accidente de esquí es subjetiva y se funda, en exclusiva, en la culpa [o el dolo] del esquiador causante del daño o en la culpa de la explotadora de la pista de esquí; y, los presupuestos para que pueda imputarse una responsabilidad civil extracontractual son los generales de la acción o la omisión, la antijuricidad, la culpa, el daño y el nexo causal.

II.- **El accidente de esquí como una actividad deportiva de riesgo. Responsabilidad subjetiva.** En el esquí, el esquiador asume el riesgo de su práctica y de los accidentes que pudiere tener [«presunción del riesgo del esquiador»]. Por ello, el esquiador tiene la obligación de acomodar su velocidad y trazado tanto a su pericia como a las condiciones de la pista o del terreno. La responsabilidad derivada de los accidentes de esquí es subjetiva [no se prescinde de la culpa], pues no se aplica la responsabilidad objetiva por riesgo. La diligencia del esquiador debe apreciarse en función de la actividad y de la diligencia del esquiador medio con relación a las circunstancias que, del momento en concreto, no en abstracto, pueda estimarse previsible. La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de su evitabilidad. Es decir, los peligros inherentes a la actividad del esquí tales como el clima, las condiciones de superficie y del suelo, las colisiones con objetos naturales o artificiales, la colisión con otros esquiadores y la falta de pericia del propio esquiador son consentidos por el esquiador, si luego, éste es perjudicado por aquello que ha consentido deberá soportar el daño salvo que concurra culpa o negligencia del causante del daño. La práctica del esquí ya no puede

ser una manifestación de la libertad individual, sino que se trata de una actividad ordenada y debería contar con un reglamento de circulación y de comportamiento para su práctica. Además, sería deseable que se exigiera la contratación obligatoria de un seguro a terceros. En España, hoy por hoy, no es obligatorio; sí, lo es, p. ej., en Italia. La responsabilidad derivada de los accidentes de esquí es, en general, de naturaleza extracontractual. Los accidentes son, por lo común, imputados a otro esquiador [choque], a la estación de esquí [por impacto] o al propio esquiador perjudicado [caída en solitario]. Y, las acciones más ejercitadas en materia de accidentes de esquí son la acción declarativa de responsabilidad y la acción directa.

III.- La «heterogeneidad» del Derecho internacional privado y la calificación en el contexto europeo. El contenido básico del DIPr está integrado por la determinación de la competencia judicial internacional, la individualización del derecho aplicable a la situación jurídicamente heterogénea, y el reconocimiento y la ejecución de actos y decisiones extranjeras. Para tildar de internacional a una situación privada es suficiente que concorra un elemento extranjero y será el sistema de DIPr determinado el que impulse una respuesta normativa específica cuando la relación de tráfico jurídico externo alcance un grado de heterogeneidad que pueda catalogarse de suficiente. Para el DIPr calificar es capital. Calificar es dotar de significado jurídico a los hechos en los que las partes basen sus pretensiones. El proceso de calificación implica [1] interpretar la norma de DIPr [de su supuesto de hecho] en orden a conocer su ámbito de aplicación, [2] clasificar [o, calificar] la situación de hecho, acción o pretensión o exigencia normativa [el objeto de la calificación] mediante una categoría jurídica familiar [en general, a partir de la *lex fori* o, en instrumentos europeos o convencionales a partir de categorías autónomas], y [3] subsumir la situación de hecho, pretensión o exigencia normativa calificada dentro del supuesto de hecho de la norma de conflicto. Es decir, primero opera la calificación de DIPr a los efectos de designar la norma de competencia o norma de conflicto aplicable a la situación o hecho en controversia, y después, opera la calificación material que se lleva a cabo en el marco del sistema reclamado por la normativa de DIPr aplicable. En el contexto europeo actual el momento de la calificación se ha anticipado con ocasión de la aplicación de los reglamentos europeos pasando, primero de plantearse a la hora de la intervención de las normas de conflicto a suscitarse, luego, a propósito del manejo de las reglas de competencia judicial internacional y, ahora, se ha avanzado aún más, al formularse en ocasión de la precisión del ámbito de aplicación de los reglamentos comunitarios. Ello implica que la primera fase del proceso de calificación se realiza de modo uniforme y por interpretación autónoma sobre la base del sentido y fin del texto afectado; que la segunda fase ha de realizarse a la luz de los hechos de un derecho nacional en concreto; y que la tercera, si procede o no la subsunción del supuesto de hecho en el ámbito material de la norma de DIPr, ha de llevarse a cabo también de modo uniforme y por interpretación autónoma y se realiza de modo paralelo a la primera fase.

IV.- Las fuentes del Derecho internacional privado español. Las fuentes generales del DIPr español para un supuesto de daños son de tres tipos: autónomas, es decir, normas elaboradas exclusivamente por el legislador español a través de los mecanismos previstos en su ordenamiento jurídico (CE, LOPJ, CC); convencionales, que son los tratados y los convenios internacionales firmados por España (CLH71, CLH73); y las de origen institucional, creadas en el marco de procesos de integración económica, en el caso de España, en el seno de la UE, principalmente mediante reglamentos europeos (en la materia que nos ocupa, el RBI *bis* y el RRII). La estructura del DIPr español se explica por las fuentes que la integran y la relación entre ellas existente. Así, en primer lugar, la pertenencia de España a la UE hace que cuando la Unión asume competencias sobre una determinada cuestión y la regula mediante sus propias normas, el Derecho nacional resulta inaplicable al caso. El Derecho de la UE prevalece sobre el Derecho nacional y el DIPr de la UE debe de interpretarse y aplicarse con arreglo a sus propios principios, instrumentos y mecanismos sin que pueda recurrirse a los derechos nacionales. La primacía del Derecho de la Unión Europea le otorga competencia para «autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE). No obstante lo indicado, la Constitución es la norma suprema del sistema de fuentes español, lo que significa que toda disposición que la contradiga carece de validez. En segundo término, cabe tener en cuenta que, después de 1978, España incorporó a su ordenamiento jurídico numerosos convenios internacionales de DIPr. Según el art. 96 CE «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno». Ahora bien, dado que las disposiciones de los convenios no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas por normas jurídicas de producción interna (art. 96 CE), sino solo «en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», puede concluirse que una Ley estatal posterior no puede derogar o modificar un convenio internacional en vigor en España, por la que la del tratado será de aplicación preferente a las leyes emanadas del legislador interno. De este modo, atendiendo al principio de primacía, las normas de DIPr de fuente institucional –salvo que entren en juego las cláusulas de compatibilidad– prevalecen sobre las de origen convencional y éstas sobre las estatales, por lo que, en la determinación de la CJI, deben tenerse en cuenta una diversidad de regímenes institucionales y convencionales cuya aplicación resulta preferente (art. 21[2] LOPJ). En última instancia, en defecto del Derecho de la Unión Europea y de convenios internacionales, es de aplicación el Derecho de fuente estatal (LOPJ).

V.- Competencia judicial internacional. En materia de CJI, el sistema de fuentes obliga a acudir, en primer lugar, al Reglamento n.º 1215/2012, de 12 de

diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial en materia civil y mercantil (RBI *bis*) siempre que concurren los presupuestos de su ámbito de aplicación material, temporal, territorial y personal. El ámbito material del RBI *bis* se define en su art. 1, al decir que el instrumento se aplica a las situaciones litigiosas que tengan carácter civil o mercantil, independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional. A su vez, este artículo enumera una serie de materias excluidas de la acción del RBI *bis* contenido que ha sido objeto de análisis reiterado por parte del TJUE, que se ha visto compelido a definir los límites de estas excepciones. Para determinar qué acciones caen dentro del ámbito material del Reglamento, habrá de calificarse la pretensión recogida en la acción ejercitada por el demandante que deberá realizarse, a su vez, a la luz de los instrumentos europeos. El objeto de nuestro estudio, la materia delictual o cuasidelictual (accidentes de esquí internacionales) cae dentro del ámbito material del Reglamento. Por lo que se refiere a su ámbito temporal, las reglas del Reglamento se aplican a las acciones ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 en el entero territorio de los Estados miembros y en Dinamarca [acuerdo de 19-10-2005], porque la aplicación territorial del Reglamento dependerá de que el litigio sea conocido por tribunales de un Estado miembro, con independencia del lugar donde se hubiere producido el daño objeto de responsabilidad extracontractual y del domicilio de las partes. Y, en atención a su ámbito personal de aplicación, en general, las reglas de CJI del Reglamento se aplican cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro. En el caso de que el demandado esté domiciliado en un tercer Estado, habrá de acudir a la legislación de la CJI de este Estado (en el caso español, la LOPJ). Así pues, el elemento decisivo para la aplicación *ratione personae* del RBI *bis* es el domicilio del demandado con independencia de cualquier otro elemento presente en la situación privada internacional como pudiere ser el lugar del daño o nacionalidad de las partes.

VI.- Articulación de los foros del Reglamento Bruselas I *bis*. Atendiendo a la articulación jerárquica de sus foros, en primer lugar, habrá de determinarse que la situación internacional que se presente no constituya uno de los supuestos para los que el Reglamento determina una competencia judicial exclusiva. Por ello, y una vez descartado que el accidente de esquí constituya un foro de competencia exclusiva del art. 24 RBI *bis*, el análisis debe pasar al siguiente foro de aplicación, que es preferente a los demás: el de la autonomía de la voluntad. Dicha autonomía de la voluntad puede realizarse de dos formas: expresa o tácitamente. El ejercicio del pacto expreso [art. 25 RBI *bis*] implica que las partes acuerdan extrajudicialmente someter los litigios que pudieran surgir o que ya hubieran surgido a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. En el caso de un accidente de esquí, parece que este acuerdo solo podría alcanzarse una vez acaecido el hecho dañoso. Y, por otro lado, la sumisión tácita se funda en el comportamiento procesal de las partes que permite presumir su voluntad de someterse a unos tribunales determinados. La operatividad de la sumisión tácita [art. 26 RBI *bis*] en casos de accidentes de esquí no

conlleva problemas de aplicación. Es de sentido común pensar que, con este ejercicio de autonomía, las partes que lo ejercitan escogerán litigar en el lugar en el que los tribunales, por conexión con el litigio, las partes o el derecho aplicable, puedan ofrecer mayores garantías de protección de los derechos procesales y proporcionar seguridad jurídica. Y, si bien el *forum actoris* no es, con carácter general, un foro atributivo de la competencia, sin embargo, podría suceder que, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes se otorgara competencia jurisdiccional a los tribunales del domicilio del demandante. Con el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden otorgar competencia jurisdiccional y, a su vez, territorial. Por su parte, en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, uno de los foros a los que cabe acudir es el general del domicilio del demandado [art. 4 RBI *bis*], siempre que el mismo esté situado en un Estado miembro. Este foro general ofrece seguridad jurídica y previsibilidad. En los accidentes de esquí en los que pudieran verse implicados varios esquiadores [coperpetración del daño], siendo más de uno potencial agente del daño [pluralidad de demandados], se propone una interpretación restrictiva del art. 8(1) RBI *bis* que permite demandar a todos los codemandados en uno de cualquiera de sus domicilios si éstos están situados en un Estado miembro; y, ello es así, porque esta conexión, estando operativo el foro especial del art. 7(2) RBI *bis*, debilita algunos de los principios básicos del Reglamento [previsibilidad y seguridad jurídica]. Únicamente, en casos en los que el foro especial alternativo fuese inoperativo por la ubicación de las pistas de esquí en el territorio de un tercer Estado, el foro procesal del domicilio de uno de los demandados justificaría la absorción de los órganos jurisdiccionales de este Estado miembro respecto de los codemandados.

VII.- Foro especial alternativo (1): materia delictual o cuasidelictual. En defecto de sumisión de las partes y siempre que el esquiador responsable del accidente tenga su domicilio en un Estado miembro, podrá optarse por el foro especial por el que se atribuye la competencia judicial internacional al órgano jurisdiccional del lugar en el que haya acaecido el accidente de esquí. Dice el art. 7(2) RBI *bis* que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Este foro alternativo no estará disponible cuando el esquiador responsable esté domiciliado en un tercer Estado porque, en tal caso, el instrumento europeo no sería de aplicación. En dicho supuesto, habría de acudirse a las fuentes del Derecho del país del domicilio del responsable del accidente siendo irrelevante que el accidente hubiese sucedido en un Estado miembro. Este foro opera en materia delictual o cuasidelictual. El concepto de dicha materia es autónomo o propio del Derecho europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha ido perfilando a través de varias de sus resoluciones [principalmente, *Kalfelis* [1988], *Reichert* [1992], *Handte* [1992], *Reunión européene*

[1998], *Tacconi* [2002], Henkel [2002] *Brogsitter* [2014], *Holterman Ferho* [2015], *Granarolo* [2016], *Flightright* [2018], *Feniks* [2018], *Wikingerhof* [2020]]. El concepto de materia delictual o cuasidelictual se suele confrontar al de materia contractual. Aquello que no sea materia contractual lo será delictual o cuasidelictual. Así, hoy, puede sostenerse, siguiendo al Tribunal de Justicia [*Wikingerhof* § 33], que, cuando, en un supuesto, puedan concurrir la responsabilidad contractual y la extracontractual y el demandante invoca, en su demanda, las normas sobre responsabilidad delictual o cuasidelictual, cuando no es indispensable examinar el contenido del contrato celebrado entre las partes para apreciar el carácter lícito o ilícito del comportamiento reprochado al demandado por tratarse de una obligación que se impone a este con independencia del contrato, la causa de la acción estaría comprendida en el art. 7[2] *RBI bis*. Por otra parte, en el caso *Hrvatske Šume* [2021], el TJ ha dado un vuelco a la calificación del enriquecimiento injusto en sede del conflicto de jurisdicciones descartando la operatividad del art. 7[2] *RBI bis* –a pesar de la sistematización y regulación de la institución en el Reglamento «Roma II» y del principio de coherencia–. El texto de la sentencia se focaliza en la necesidad de que para aplicar el foro del 7[2] *RBI bis* es requisito que la responsabilidad derive de un hecho dañoso, condición que no parece casar con la anterior jurisprudencia del tribunal que catalogó la *culpa in contrahendo* como materia delictual o cuasidelictual [*Tacconi* [2002]], a pesar de que la responsabilidad que se genera precontractualmente no depende de ningún hecho dañoso. Hasta ahora, había parecido deseable que existiera una correspondencia entre la reputación delictual de este tipo de responsabilidad en el marco del *RBI bis* –por tanto, incluida en el 7[2] *RBI bis*– y el Reglamento «Roma II», que la acoge en su art. 12. Así las cosas, es razonable establecer que, a raíz del caso *Hrvatske Šume* [2021], el art. 7[2] *RBI bis* está formado por dos elementos. El primer elemento es la presencia de una obligación que surge al margen de la voluntad de una parte. Para el Derecho de la UE, la materia es «contractual» cuando la obligación surge de la voluntad de una persona que ha consentido libremente en obligarse a dar, hacer o no hacer algo frente a otra parte; y, la materia es «delictual o cuasi delictual» cuando la obligación nace de la ley, que impone a un sujeto el deber legal de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con independencia e incluso en contra de la voluntad del sujeto obligado. El segundo elemento es la necesidad de existencia de un “hecho dañoso” imputable al demandado. El art. 7[2] *RBI bis* solo es aplicable a acciones en cuya virtud se exige una responsabilidad no derivada de contrato pero que surge de un «hecho dañoso»: «*la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo puede exigirse cuando se pruebe un nexo causal entre el daño y el hecho ilícito que lo origina*» [*Hrvatske Šume* [2021: § 53]].

VIII.- Foro especial alternativo (II): ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya o pueda producirse el hecho dañoso. Daño y víctima directos. En orden a concretar el lugar del daño, el Reglamento solo contempla para atribuir competencia judicial el lugar en el que ha sucedido el daño directo, es decir, el inmediato daño fáctico o económico, y no los daños indirectos por repercusión. Del

mismo modo, únicamente considera los daños padecidos por la propia víctima y no aquellos que puedan sufrir familiares y deudos; el lugar en el que los familiares puedan padecer daños derivados del daño directo que sufre la víctima directa no atribuye competencia judicial internacional. En consecuencia, el daño en un accidente de esquí lo constituyen las lesiones y secuelas causadas por el siniestro: es el menoscabo que el esquiador lesionado o sus bienes padecen de forma propia, actual, directa y de forma certera; y estos daños son, a su vez, valorables y resarcibles. Además de estos daños directos del accidente, pueden derivarse daños indirectos como los de naturaleza patrimonial (p. ej., si el esquiador lesionado sufre además de los daños corporales, pérdidas patrimoniales como consecuencia de no poder atender su actividad laboral o negocio durante un período de tiempo identificable) o si el daño corporal es irreversible (p. ej., una invalidez, y el lesionado se viera, así, impedido para desempeñar su profesión). Este concepto general de daño resarcible no es el mismo que el daño competencial (*i. e.* el que determina la CJI) que utiliza el foro especial para identificar el lugar de su producción y poder atribuir competencia judicial a unos órganos jurisdiccionales u otros. Los daños indirectos que podrán ser resarcidos de acuerdo con la ley que rija la controversia no son relevantes en el momento de fijar la competencia jurisdiccional. De esta manera, los daños morales que puedan sufrir familiares y deudos del esquiador lesionado o fallecido no son daños competenciales y no son apreciados para determinar la competencia judicial de unos órganos jurisdiccionales concretos, sin perjuicio de que una vez fijada la competencia, de acuerdo con los foros previstos, y designada la ley aplicable a la *litis*, dichos daños materiales puedan ser identificados, acreditados y valorados, y, en consecuencia, indemnizados de acuerdo con el derecho aplicable.

IX.- Foro especial alternativo (III): el «lugar del daño» en los accidentes transfronterizos. En principio, en el caso de los accidentes de esquí el lugar del daño no comportará problemas de identificación, porque en la mayoría de los supuestos no se discute que el lugar del daño es aquél en el que se ha producido el accidente [choque, impacto o caída]. Sin embargo, la casuística en casos de accidentes es variopinta y no pueden descartarse supuestos —aunque muy improbables, no imposibles— en los que la duración de la actividad [accidente] adquiera una continuidad [daños «continuados»] o en los que el accidente tenga lugar en puntos indeterminados e inhóspitos. Ante estos posibles escenarios, en el primero de los supuestos, se afirma que existe una continuidad en la duración del accidente [del hecho dañoso] mientras éste está sucediendo [y que dicha duración es algo más que la instantaneidad propia en los casos en los que la caída o el impacto agotan, al momento, el hecho dañoso], porque desde el inicio del accidente hasta su finalización, el daño se ha trasladado de un lugar a otro, de ahí que puede entenderse dicho daño como un daño continuado desde el choque hasta que acaba la caída, y que, en

consecuencia, ambos puntos de conexión del accidente puedan ser operativos a efectos de concretar el *locus damni*, lo cual supone una ampliación de los foros de ataque a disposición del actor (bien, el *forum actus*, bien, el *forum injurias*). En el caso de que un esquiador que se deslizase por detrás de otro esquiador, el primero embistiese el que esquiaba por delante y se produjese el choque y la caída siendo ésta prolongada por la propia inercia de la velocidad y parándose el movimiento en territorio de un Estado fronterizo al de aquél en el que se inició el choque [calificándose este hecho como dañoso «continuado»] debería entenderse como «lugar del daño» tanto el lugar en el que se produce el choque (se inicia el accidente, el acto, *el forum actus*) como aquél en el que acaba la caída y se detiene el movimiento (acaba el accidente y se constata/produce el daño, *forum injurias*). Ambos puntos de conexión del accidente son válidos a efectos de concretar el *locus damni* que posibilite la aplicación del foro del art. 7[2] RBI *bis*, porque ambos lugares tienen la misma dosis de proximidad. En el segundo de los supuestos apuntado inicialmente, el concerniente a los accidentes cuyo lugar de producción no pudiese determinarse, el foro alternativo especial del 7[2] RBI *bis* sería inoperativo. Aquellas hipótesis en las que la dinámica o las circunstancias del evento no permiten fijar con certeza el lugar exacto del accidente; no existe un «lugar del daño» y, en consecuencia, dicho foro no se aplicaría dada la imposibilidad de su concreción (por analogía, p. ej., con las obligaciones de no hacer a las que tampoco es posible aplicar el foro especial competencial en materia contractual [Besix, 2002]).

X.- Foro especial alternativo (IV): el «lugar del daño» en el caso que el accidente de esquí traiga causa de los defectos del material. En materia de «responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos» (en nuestro objeto de estudio, de los productos propios que utiliza el esquiador, principalmente los esquís y sus fijaciones), si el accidente trajese causa de un defecto de fabricación del producto importado y luego comprado por el esquiador, de igual modo como sucedió en el caso de la *bicicleta transfronteriza* del caso *Kainz* [2014], deberá tenerse en cuenta para la atribución de competencia el país en donde se han fabricado los esquís. Si el accidente se produce por un defecto de fabricación, como podría ser, p. ej., que durante la práctica del esquí tuviera lugar una caída, causante de lesiones, como consecuencia del desenganche o rotura de las fijaciones del esquí por un defecto de fábrica, se estaría ante un ilícito a distancia cuya competencia judicial internacional vendría determinada por el lugar de fabricación del material, que, según ha señalado el TJUE, es el lugar donde se origina el hecho del que trae causa el daño, esto es, el lugar en el que se ha fabricado defectuosamente el material, con independencia de dónde se hubiese adquirido o comprado dicho material. En estos casos, la idea que impera es que el lugar de producción del daño es el lugar en el que se ha mal fabricado el producto, porque de haberse fabricado bien, el accidente no hubiera acaecido. El hecho dañoso es el defecto de fabricación del producto y no el accidente. Es evidente que se habrá de acreditar el defecto del producto y el nexo

causal entre el desperfecto de fabricación de la fijación en el esquí y la caída y las consecuentes lesiones, así como descartar que la misma se hubiere producido por la falta de pericia del propio esquiador o que la rotura de la fijación se hubiese verificado después del impacto, todo ello teniendo en cuenta la ley aplicable al asunto en concreto.

XI.- El ejercicio de la acción directa en ocasión de un accidente internacional de esquí y el *forum actoris*. La acción directa faculta al tercer perjudicado a reclamar directamente a la aseguradora de su deudor y, en su ejercicio contra la aseguradora del responsable del accidente de esquí [art. 11.1[b] en relación con el art. 13 RBI *bis*], es posible la operatividad del *forum actoris*. Aun cuando el artículo 11.1[b] RBI *bis* no alude expresamente al tercer perjudicado en materia de seguros, el art. 13 sí permite que la persona perjudicada recurra a los foros tuitivos en materia de seguros cuando ejercite la acción directa. De este modo, el abanico de foros de los arts. 10, 11 y 12 RBI *bis* ofrecen al perjudicado un *forum actoris*. En este supuesto el demandante se encuentra en una situación de debilidad frente a la aseguradora profesional lo que justifica la aplicación del art. 13[2] y [3] RBI *bis* cuyo objetivo es ofrecer una protección especial en los casos en que concurra claramente una parte débil en la relación jurídica. Ello conduce a concluir que sí existe un *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa en los casos en los que la misma sea posible: solo podrá ejercitarse si la *lex contractus* o la *lex causae* lo permiten (art. 18 RRII). En los supuestos de esquiadores, personas físicas, que hubieran sufrido daños en un accidente de esquí estaría justificado porque su condición va a permitir el ejercicio del foro proteccionista del actor por ser, claramente, la parte débil frente a la aseguradora (domiciliada en un Estado miembro) del causante del accidente de esquí. Además, tratándose de aseguradoras, es frecuente que estas compañías dispongan de sucursales o agencias en diferentes Estados miembros, con independencia de su domicilio, lo que, en la práctica, no será inusitado que coincida el país del domicilio de la actora con un Estado miembro en el que la compañía de seguros tenga una agencia (art. 11[2] RBI *bis*). Además, la dicción del art. 13[3] RBI *bis* prevé que, habiendo el demandante activado el *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora, el mismo órgano jurisdiccional sea competente cuando la ley reguladora de esta acción directa contemple la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado. En consecuencia, si en cumplimiento de lo previsto por la ley aplicable a la acción directa la aseguradora reclamase la intervención del asegurado como codemandado, el *forum actoris* no se vería alterado.

XII.- El Convenio de Lugano II y la LOPJ. Como ya se ha avanzado en la IV Conclusión, a falta de Derecho institucional aplicable, debe acudir al Derecho convencional, primero, y, luego, al Derecho estatal. Con respecto a la regulación del

sector de la CJI en tratados internacionales a propósito los accidentes de esquí, debe traerse aquí a colación, ante todo, el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CLII), firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. Se trata de un instrumento del que son parte la Comunidad Europea, el Reino de Dinamarca (Dinamarca firmó el Convenio en Bruselas el 5 de diciembre de 2007), la República de Islandia, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza. El CLII sustituye al CLI, de 1988 y está en vigor desde el 1 de enero de 2010 entre los Estados de la UE, Noruega, Suiza e Islandia. El CLII se caracteriza por adoptar el articulado del RBI (44/2001) y pretende extender a los tres Estados extracomunitarios citados el régimen normativo que, en materia de CJI, regía en la Unión Europea. En consecuencia, este instrumento se aplica, por un lado, para determinar la CJI de los tribunales de Noruega, Suiza, Islandia entre sí; y por otro, para determinar la CJI entre los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea y los tribunales de los Estados citados. Los parámetros básicos del CLII son equivalentes *grossa modo* a los del RBI *bis*: así, el instrumento solo se aplica cuando la materia objeto de la controversia esté incluida en su ámbito material de aplicación y cuando el demandado tenga su domicilio en uno de los Estados parte. Puede afirmarse que, los tribunales de un Estado de la UE solo podrán declararse competentes en aplicación del CLII cuando el demandado tiene su domicilio en Noruega, Suiza o Islandia. Por otra parte, en ausencia de Derecho de la Unión Europea y de convenios internacionales aplicables, debe recurrirse, en último término, al Derecho nacional estatal. En España, el sistema autónomo de CJI ofrece peculiaridades respecto a la determinación de foros específicos de competencia, que se articula atendiendo a los distintos órdenes jurisdiccionales. La LOPJ regula los foros en el orden civil en sus arts. 22 a 22 *nonies* LOPJ, que son los que atribuyen a los tribunales españoles la competencia para conocer de los litigios en materia civil o mercantil. La estructura de los foros de CJI del art. 22 LOPJ y la distribución de la competencia se basa en el método de concurrencia de estos criterios a diferencia del régimen de Bruselas que se basa en el método de jerarquización, lo que condicionaba su aplicación y funcionamiento. La reforma del 2015 introdujo una regla específica sobre el alcance negativo de las reglas de CJI en el art. 22 *octies* 1.º: «no serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplan dicha competencia», sin perjuicio de la posibilidad de justificar una competencia basada en un foro de necesidad. En este sentido, en la materia que nos ocupa, la LOPJ atribuye la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles cuando el accidente de esquí ha tenido lugar en territorio español [art. 22 *quinquies* [b] LOPJ]. Si no es el caso, para evitar un litigio ante órganos jurisdiccionales extranjeros, a las partes, por ejemplo, ciudadanos españoles domiciliados fuera de la Unión que hayan sufrido un accidente de esquí en un tercer Estado, para obtener justicia por parte de nuestros tribunales solo les quedará abierta la vía de la sumisión expresa o tácita [art. 22 *bis* LOPJ].

XIII.- **Ley aplicable. El Reglamento n.º 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).** El Reglamento «Roma II» contiene normas de conflicto que indican la ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales; dichas normas indican la ley estatal que va a regular la obligación extracontractual derivada del hecho dañoso [como es la reparación del daño causado por el responsable del accidente de esquí] del enriquecimiento injusto, de la gestión de negocios y de la *culpa in contrahendo* [art. 2 RRII]. El Reglamento dirigirá a una ley estatal en concreto, es decir, a un derecho sustantivo que será el que habrá de tenerse en cuenta, tanto por las partes, en el momento de formular sus pretensiones, como por el órgano jurisdiccional cuando resuelva el asunto; y es que cada Estado miembro mantiene intactas sus normas materiales en materia de obligaciones extracontractuales y lo que hace el Reglamento es unificar las normas de conflicto en la materia de los Estados de la Unión. El objetivo de esta unificación es poner fin a que la elección del foro determine la ley aplicable, pues con el Reglamento, ésta es la misma en toda la UE con independencia de los tribunales que ejercen la CJI. De este modo, el Reglamento se aplica a las obligaciones extracontractuales que nacen de todo tipo de hecho dañoso ya constituya éste un ilícito civil o penal, y cubre todo tipo de daños, daño material, moral, conductas ilícitas o de otro tipo. Igualmente, se aplica a las acciones preventivas, por ello, el concepto de daño incluye los daños futuros o daños inminentes [art. 2[3] RRII] o la exoneración de responsabilidad. El Reglamento «Roma II» cubre tanto la responsabilidad por culpa [subjctiva] como la responsabilidad objetiva [cdo. 11 RRII]. Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o autoridad que resulte competente para decidir el asunto [cdo. 8 RRII]. Para evitar una calificación autónoma del concepto de obligaciones extracontractuales que pudiese reconducir bajo su ámbito de aplicación cuestiones propias de otros sectores, el artículo 1[2] RRII excluye algunas materias de su ámbito material de aplicación. Por su parte, la ley rectora de las obligaciones no contractuales, determinada conforme a las disposiciones del Reglamento «Roma II», rige el régimen de responsabilidad [art. 15 RRII]. Y, en el supuesto de que la ley aplicable designada por el Instrumento produjese efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, la *lex causae* será excepcionada en favor del derecho material de la *lex fori* [art. 26 RRII].

XIV.- **Los accidentes internacionales de esquí y el Reglamento «Roma II».** El esquí como actividad deportiva es una práctica que en sí misma implica riesgos y, en caso de accidente, puede producir como resultado un daño. La naturaleza de este daño, ya se origine por choque entre esquiadores, por el impacto del esquiador contra elementos u objetos de la pista o por la caída en solitario del esquiador [accidentes propios] se califica como extracontractual porque este daño no trae

causa de ninguna relación jurídica entre las partes anterior al hecho dañoso. La obligación de reparación del daño por parte del esquiador causante del accidente a la persona o personas que han resultado perjudicadas se justifica por el deber general, que interpela a todos, consistente en no dañar a otros; y si, no obstante, esto sucede culposa o negligentemente, nace la obligación de reparar el daño ocasionado. Para determinar la ley aplicable a un accidente de esquí hay que acudir al instrumento normativo que, por su condición de Derecho institucional, es de aplicación preferente en materia de responsabilidad civil extracontractual: el Reglamento «Roma II». Este instrumento es aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil en las situaciones privadas internacionales que comporten un conflicto de leyes (art. 1 RRII) siempre que los accidentes hayan tenido lugar después del 11 de enero del 2009. El Reglamento «Roma II» tiene carácter universal o *erga omnes* por lo que se aplica con independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y con independencia de cuál resulte la ley aplicable al caso; la ley designada por el Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro (art. 3 RRII). El Reglamento 864/2007 es vinculante, obligatorio y de aplicación directa para todos los Estados miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca).

XV.- La ley aplicable a los accidentes de esquí como supuestos internacionales de derecho de daños. El daño producido en un accidente de esquí no es ninguna de las obligaciones excluidas por el Reglamento «Roma II» (art. 1[2] RRII), y tampoco es objeto de un tratamiento especial o específico, ni por el Reglamento ni por otros convenios o instrumentos legales internacionales. Por su parte, el Derecho interno español contiene en el artículo 10[9] CC la norma de conflicto que indica que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven. Sin embargo, este precepto no se aplicará a los supuestos cubiertos materialmente por el Reglamento «Roma II», que tiene preferencia. Por ello, en los litigios sobre responsabilidad derivada de un accidente internacional de esquí para determinar la ley aplicable se acude al Reglamento, porque estos supuestos de responsabilidad civil extracontractual caen dentro de su ámbito material de aplicación. El art. 10[9] CC queda solo para regular los conflictos internos que puedan surgir en España por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en esta materia. En definitiva, el Reglamento «Roma II» señala la ley aplicable a las obligaciones derivadas de los hechos y actos que provoquen un daño o lesión, como las derivadas de accidentes internacionales de esquí propios. En cambio, los casos de daños causados por el mal funcionamiento del remonte al que se ha accedido con la compra del forfait (accidentes de esquí impropios) y con el que se ha transportado al esquiador a la pista desbordan el ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma II», porque los mismos merecerían una calificación contractual y quedarían bajo la esfera de influencia del Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»),

cuyo campo de aplicación son las obligaciones contractuales [que no constituyen objeto de este trabajo].

XVI.- Soluciones del Reglamento «Roma II» en ocasión de los accidentes internacionales de esquí (I): autonomía de la voluntad y residencia habitual común. Desde un punto de vista sistemático, la primera regla de conflicto que contempla el Reglamento «Roma II» es la relativa a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 14 RRII). Las partes pueden escoger cualquier ley vigente, sea la de un Estado miembro o la de un tercer Estado, y la pueden elegir con independencia de que tenga conexión o no con el supuesto litigioso. De igual modo, las partes podrán elegir la aplicación de un derecho subestatal. Y, aunque, la elección puede hacerse tanto antes como después del hecho dañoso, la realidad es que, en el caso de los accidentes de esquí, las partes no tendrán *ex ante* la oportunidad de anticiparse a la producción del accidente y la elección del derecho aplicable se traslada indefectiblemente a un momento posterior a su producción. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicar los derechos de terceros. A su vez, la elección del derecho aplicable no impide que sean de aplicación las normas imperativas del país conectado (en el que estén localizados todos los elementos pertinentes de la situación). En defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, la ley designada es la del lugar de residencia común del responsable y del perjudicado (art. 4[2] RRII), y se aplica con independencia del sitio en el que haya tenido lugar el accidente. Este criterio o solución es preferente y, en la mayoría de los casos se fundamenta en la legítima expectativa de ambas partes. La residencia habitual común se predica, por un lado, de la persona cuya responsabilidad se pretende, coincida o no con el del causante del daño, y del otro, de la persona que haya sufrido el daño directo. El momento relevante para determinar la residencia habitual común es el momento en el que se produce el accidente de esquí. En la práctica judicial de los accidentes de esquí, ésta es una conexión que concurre con relativa frecuencia y que los órganos judiciales aplican sin grandes problemas en tanto quede acreditada la residencia de ambas partes en un mismo Estado.

XVII.- Soluciones del Reglamento «Roma II» en ocasión de los accidentes internacionales de esquí (II): el lugar del daño y la cláusula de escape. En defecto de residencia habitual común, la siguiente solución que aporta el Reglamento «Roma II» es la general de la ley del país en el que ha tenido lugar el accidente (*lex loci damni*, art. 4[1] RRII). La fórmula que emplea el «Roma II» con esta regla: «[...]la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión» resuelve la problemática de los ilícitos a distancia y la de los daños indirectos. Así, el

lugar del daño conflictual es únicamente el del lugar de la producción del daño directo [salvo en casos de daños medioambientales [art. 7 RRII]]. Y este daño directo es únicamente el que sufre la víctima [Lazar [2015]]. En cualquier caso, el Reglamento «Roma II» utiliza el daño conflictual en orden a determinar la ley aplicable a la controversia y hay que diferenciarlo del concepto del daño material que lo constituyen todos aquellos daños, sean directos o indirectos, susceptibles de ser indemnizados conforme a la ley designada. En el caso de los accidentes de esquí este lugar de producción del daño, por lo general, es único y no acarreará problemas de identificación. Finalmente, entre las soluciones generales del Reglamento «Roma II» se halla la cláusula de escape a favor de un derecho distinto al designado por las soluciones precedentes que muestre un vínculo «manifiestamente más estrecho» con el hecho dañoso [art. 4[3] RRII]. Salvo que las partes hayan hecho uso de su autonomía de la voluntad, si del conjunto de las circunstancias del accidente se desprende claramente que éste está más íntimamente conectado con un país distinto del reclamado por las soluciones generales, se aplicará la ley de este otro país. Esta cláusula de escape es excepcional y puede activarse tanto a instancia de parte como de oficio. La propia redacción de la cláusula ofrece un elemento que podrá tenerse en cuenta para valorar la activación de dicha cláusula, y ésta es que, existiera una relación preexistente entre las partes, a saber, un contrato, que estuviere vinculada con el hecho en cuestión. Piénsese, p. ej., en una situación en la que un ciudadano italiano, residente en Suiza, adquiere un forfait en Italia, en la estación de esquí transfronteriza con Francia, *La Via Lattea*, y sin embargo el accidente ocurre en la única pista francesa de la estación cuando el esquiador impacta contra una caseta de ventilación. En estas circunstancias, si el perjudicado quisiera demandar al titular de la estación de esquí porque le atribuyese la responsabilidad del accidente, en relación con la ley aplicable al litigio y considerando que las partes tienen diferentes residencias, el art. 4[1] RRII designaría la ley francesa (*lex loci damni*) como aplicable. En un supuesto como éste, cabría plantearse si la relación preexistente entre las partes [el lugar de adquisición del forfait en la estación italiana, y la nacionalidad [italiana] compartida por la sociedad explotadora y el perjudicado] justificaría la exclusión de la regla general en provecho de la cláusula de excepción, de manera que la ley finalmente aplicada fuese la italiana, pues podría sostenerse que, en este caso, sería el ordenamiento jurídico más próximo y conectado con la situación y con las expectativas de las partes.

XVIII.- Soluciones del Reglamento «Roma II» en ocasión de los accidentes internacionales de esquí (III): una norma no operativa, la propia de los daños medioambientales. Los aludes que pueden provocar los esquiadores no pueden calificarse de daños ambientales de acuerdo con el art. 7 RRII. Se ha planteado la posibilidad de si un accidente de esquí puede ocasionar daños medioambientales como consecuencia de que un esquiador provoque un alud, y, ello, porque la aplicación del art. 7 RRII contempla la posibilidad de que la persona

perjudicada base su reclamación en la ley del país en el que se ha producido el hecho generador [causal] del daño. Es decir, la persona perjudicada a causa de un daño medioambiental puede optar en fundar su pretensión tanto en la ley del lugar en el que se genera el hecho dañoso como en la del lugar en el que producen los efectos lesivos, y esto constituye una excepción a la regla general recogida en el art. 4[1] RRII. Para concluir si el art. 7 RRII es aplicable a supuestos de aludes causados por el esquiador, primero, se ha descartado que dichos daños sean realmente «daños ambientales» a efectos del Reglamento, porque un daño personal no es un daño ambiental por lo que los perjuicios personales provocados por un alud no se incardinan en el art. 7 RRII. La misma solución cabe propugnar en relación con los daños causados en una reserva natural de especies de fauna y flora protegidas o reservas ecológicas, ya que, si bien estos espacios fomentan la preservación de un acervo biológico importante para el sostenimiento de la biodiversidad del planeta, la realidad es que si el alud provocado por el descenso de un esquiador causase daños a estas especies y deteriorase, así, la función de dicha reserva, menoscabando los beneficios que dichos recursos aportan al medio, tal daño medioambiental sería una mera consecuencia indirecta del accidente [alud]. Por ello, se sostiene que supuestos como el apuntado no caben dentro del ámbito específico del art. 7 RRII y a la hora de determinarse la ley aplicable a los mismos deben seguirse las reglas generales del Reglamento y tenerse en cuenta, sobre todo, el lugar en donde se origina el alud.

XIX.- Soluciones del Convenio de la Haya de 1973 en ocasión de los accidentes internacionales de esquí causados por material defectuoso.

En el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, en caso de que el accidente de esquí se deba a la mala fabricación del material utilizado para esquiar, la norma de conflicto que designará la ley aplicable es el Convenio de la Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973. En lo que no prevea el CLH73 no puede aplicarse el Reglamento «Roma II», porque nuestro sistema conflictual es imperativo [12[6] CC]. En el caso de un accidente debido a la mala fabricación de la fijación del esquí, la ley que, probablemente, pueda aplicarse con más asiduidad (y a la que la propia dicción del art. 5 CLH73 da prioridad), sea la de la residencia del perjudicado si los esquíes y las fijaciones hubieren sido adquiridos en dicho país aun cuando el accidente se produzca en otro Estado [art. 5[b] CLH73], y ello, con independencia del lugar de fabricación de la fijación defectuosa. En efecto, muchos esquiadores adquieren el material en su Estado de residencia y luego, viajan a otros países, por lo que, en caso de accidente por mala fabricación del producto, el lugar del daño al ser circunstancial puede quedar lejos del marco jurídico de referencia de la víctima a la hora de ejercitar una acción contra el fabricante. Las fijaciones son uno de los elementos de seguridad de todo equipo del esquiador. Muchas lesiones que se producen en el esquí surgen por una incorrecta liberación de

las botas en el momento de torsión de las piernas. Las fijaciones sujetan la bota, asimilan los baches del terreno y liberan la bota en el momento en que la posición adoptada resulte peligrosa para el esquiador. El art. 5(b) CLH73 permite que el derecho del Estado de residencia del esquiador dañado sea el aplicable al litigio si dicho Estado es también el lugar de adquisición del producto, de manera que, esta conexión ofrece mayores garantías a la víctima sin desproteger al fabricante, de quien se presume que conoce los lugares de comercialización de sus productos. Piénsese, p. ej., que el esquiador adquiriese el material en Barcelona, donde reside, y el fin de semana viajase a Andorra para esquiar en *Gran Valira*, y que el accidente se produjese porque la fijación se hubiere roto por su mala fabricación. En este supuesto, en aplicación del art. 5(b) CLH73 el derecho aplicable sería el español, y ello porque además de ser el Estado de la residencia del esquiador lesionado, es también el lugar de compra del material, con independencia de la ubicación del establecimiento principal del fabricante y del lugar de producción del accidente. En defecto de las soluciones del art. 5 CLH73, procede aplicar el art. 4 del Convenio que, para los supuestos en los que el esquiador practique el deporte en el Estado de su residencia habitual, permite aplicar el derecho de este si, a la vez, es el del lugar del daño. Y, para los supuestos en los que no pudiera aplicarse ni el art. 5 ni el art. 4 CLH73, el art. 6 CLH73 designa el derecho del Estado en donde se halle el establecimiento principal [demandado] a menos que el demandante base su reclamación en base al derecho del lugar en cuyo territorio se hubiere producido el accidente. En relación con las personas cuya responsabilidad se reclame, el CLH73 se aplica tanto a los fabricantes del producto, como a los proveedores y distribuidores [art. 3 CLH73].

XX.- Las reglas de la Federación internacional del esquí «FIS» y el Reglamento «Roma II». Las reglas de la Federación Internacional del Esquí son normas de seguridad y de comportamiento a los efectos del art. 17 RRII y son relevantes en la responsabilidad del esquiador, por ello los tribunales que conocen de este tipo de asuntos las tienen en cuenta en el momento de abordar la actuación de los implicados en el accidente. La observancia del decálogo permite un esquí seguro mientras que su desatención es fuente de errores, y en ocasiones, de accidentes que se hubieren podido evitar. En su virtud, para valorar el comportamiento del esquiador cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y de comportamiento vigentes en el lugar y el momento del accidente de esquí [art. 17 RRII]. De este modo, aunque la responsabilidad del esquiador, presunto causante del daño, se rige por la ley designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento «Roma II», el tribunal deberá tener presente para valorar su actitud si se observaron o no las normas de seguridad y de comportamiento del país en el cual se produjo el accidente. La toma en consideración de este dato es obligatoria para la autoridad judicial que conozca del asunto, porque en la práctica del esquí es razonable y apropiado pensar que los esquiadores confiaron en la aplicación de las normas de

conducta vigentes en el lugar en donde practican su deporte preferido. A efectos prácticos, las reglas FIS no tienen un papel destacado porque son pautas de conducta que deben seguirse en la mayoría de las pistas de esquí, pero sí tienen una importancia particular los casos en los que coexistan con normas internas específicas de conducta en la práctica del esquí, como ocurre, p. ej., en Italia, que cuenta con una regla de preferencia a los esquiadores que vienen por la derecha en los cruces de caminos. No se encuentra en las reglas FIS una norma con este contenido.

XXI.- La remisión a un Estado plurilegislativo (art. 25(1) RRII). En casos en los que la ley designada remita a un Estado plurilegislativo como es el Estado español; cada unidad territorial se considerará como un Estado a los efectos de determinar la ley aplicable al litigio. La convivencia de diferentes legislaciones en España incide directa y significativamente en la ley aplicable. Así, a los efectos del 4(2) RRII y en relación con el 25(1) RRII, en el caso que un esquiador con residencia en Cataluña [España] chocase con otro esquiador residente en Murcia [España] en una estación de esquí sita en Francia, no concurriría una residencia habitual común porque cada CC. AA. cuenta con una regulación distinta en materia de prescripción de las obligaciones extracontractuales (el CCCat. y el CC); por lo que, a falta de residencia coincidente, la ley aplicable al caso sería la francesa por ser la del lugar del daño (art. 4(1) RRII). En cambio, en el caso de que uno de los esquiadores residiese en Murcia [España] y el otro fuera residente en Madrid [España], sí concurriría una residencia habitual común según el 25(1) RRII, ya que ambos territorios [CC. AA.] carecen de una regulación propia diferenciada en materia de obligaciones no contractuales y se rigen por el Derecho común del CC. El problema de aplicación que surge en estos casos, una vez el Reglamento ha designado la ley estatal española que cuenta con sistemas subestatales, es individualizar el derecho material concreto entre los coexistentes en nuestro país. Por ello, en el caso de un accidente de esquí sucedido en Andorra entre dos esquiadoras residentes en Catalunya, la aplicación combinada del art. 25(1) RRII y del art. 4(2) RRII permite someter la controversia al derecho catalán y a observar su plazo de prescripción en materia de obligaciones extracontractuales. Otra cosa distinta son los supuestos de derecho interregional porque España ha optado por no aplicar las soluciones del Reglamento a sus conflictos de leyes internos. Para designar el derecho subestatal español aplicable a casos con un elemento de interregionalidad ha de acudir al art. 16(1) CC, el cual, a su vez, lleva a la aplicación del art. 10(9) CC, en virtud del cual a un accidente de esquí se le aplicaría la ley del lugar del daño.

XXII.- Los plazos de prescripción y los accidentes internacionales de esquí. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales regula las normas de la prescripción (art. 15 RRII). En atención a los diversos y variados plazos de prescripción

contemplados en los diferentes ordenamientos jurídicos en el ejercicio de las acciones derivadas de obligaciones no contractuales, en particular, en materia de accidentes de esquí, no es aventurado decir que el Reglamento «Roma II» podría haber previsto, v. gr., *la prescripción se regirá conjunta y cumulativamente por la ley de la residencia habitual del perjudicado o por la ley designada por el Reglamento –siempre que no coincida con la anterior–, tomándose en cuenta el plazo más largo de los contemplados por ambas*; de manera que, la acción solo estaría prescrita si los plazos previstos por la ley aplicable designada y los previstos por la ley del país en el que la parte perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento del accidente, hubieran expirado. Esta conexión cumulativa impediría que la víctima pudiera verse afectada por un breve plazo de prescripción establecido por el derecho de un Estado diferente del correspondiente al país de su residencia habitual, evitándose, así, sorpresas desagradables. En este sentido y puesto que el Reglamento «Roma II» no contiene dicha [deseable] previsión, se ha planteado la posibilidad de que el juez pudiera aplicar la *lex fori* en relación con la institución de la prescripción, si estimase que el plazo de prescripción previsto por la ley designada por el Reglamento «Roma II» fuera contrario al orden público del foro, al conculcar o, dígase, «sacrificar en exceso» el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. Ahora bien, parece preferible concluir que, por regla general, el órgano jurisdiccional no podría aplicar la ley del foro en lugar del derecho designado por la norma de conflicto porque la aplicación a la acción de reparación de los perjuicios derivados de un siniestro de un plazo de prescripción distinto del previsto por la ley designada por el instrumento europeo exige que concurren razones particularmente importantes, como lo sería una vulneración «manifiesta» del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva resultante de la aplicación de una normativa, designada en virtud el art. 4 RRII, que estableciera un plazo intolerablemente breve. Lo que, bajo la óptica española, no parece muy plausible, pues, tiene el plazo de prescripción más breve, pero, sin embargo, no es descartable desde el punto de vista de jueces pertenecientes en otros sistemas jurídicos con plazos más [o mucho más] largos. La jurisprudencia del TJUE, en el caso *Da Silva Martins* [2019], parece haber considerado, a propósito de las «leyes de policía» que una situación tan grave como la descrita no concurre de resultados de la expiración del plazo de prescripción de un año contemplado por el Derecho español.

AGRADECIMIENTOS:

Quisiera expresar mi gratitud al director de la tesis, Dr. Josep Maria Fontanellas Morell, cuya guía experta, apoyo, sabiduría y compromiso han sido fundamentales en el desarrollo de esta tesis. Además, deseo extender mi agradecimiento al tutor, Dr. Antoni Vaquer Aloy, y a todos los Profesores que generosamente contribuyeron con su conocimiento, apoyo y ánimo durante este proceso. Sus valiosas aportaciones han enriquecido enormemente este trabajo y han sido un estímulo y una fuente de inspiración. También quiero dedicar un especial reconocimiento a Edgar, cuya paciencia y apoyo incondicional han sido el pilar durante este proceso.

Gracias a todos por su acompañamiento a lo largo de este viaje académico.

Aedo Barrena, C. E., «La *actio legis aquiliae*: concepto, características y desarrollo decretal posterior. Lecturas desde el capítulo tercero», *Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte*, vol. 16, núm. 1, 2009, pp. 23-57.

Aguilar Domínguez, A., «La delgada línea entre el fórum shopping y el fraude de ley» *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año 5, n.º 13, enero-junio 2018, pp. 60-90.

Albaladejo, M./Díaz Alabart, S. (dirs.), «Art. 12.1: la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la norma española», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1995, pp. 842-880.

Altenkirch, M., «Art. 25 Rome II», en P. Huber (ed.), *Rome II Regulations: Pocket Commentary*, Munich, Sellier European law publishers GmbH, 2011.

Álvarez González, S., «Cuestiones de Derecho interregional en la aplicación de los nuevos reglamentos comunitarios», *Jornadas sobre Derecho, inmigración y empresa*, S. Ripoll Carulla (coord.), Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2019, pp. 363-388.

Álvarez González, S., «El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos», *RDC*, II, 2015, 4, pp. 16-17.

Álvarez González, S., «La prescripción en el CC de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español», *InDret*, 2012-1.

Álvarez González, S., «Determinación del ámbito personal y territorial del Derecho civil catalán», A. Font i Segura (ed.), *La aplicación el Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 85-93.

Álvarez González, S., «¿Derecho interregional civil en dos escalones?», 2002, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 17-23.

Álvarez González, S., «Artículo 12, apartado 1», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al CC y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, *Artículos 8 a 16 del CC*, 2.ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 845-876.

Álvarez González, S., «Objeto del DIPr. y especialización normativa». *Anuario de Derecho civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1118-1133.

Álvarez Rubio J. J., «La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro», *Derecho Privado y Constitución*, 38, 2021, pp. 11-48.

Álvarez Rubio, J. J., «Responsabilidad por daños al medio marino: cauces de actuación procesal internacional», *InDret*, n.º 2, Barcelona, abril, 2017, pp. 100-138.

Álvarez Rubio, J. J., «El siniestro del buque “Prestige”: realidad jurídica en presencia y delimitación de responsabilidades», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, pp. 261-310.

Álvarez Rubio, J. J., «La necesaria reforma del Derecho español de Derecho interregional», ponencia disponible en <https://www.ehu.es/documents/10067636/10656008/1997-JuanJose-Alvarez-Rubio.pdf/0d68beb2-90ba-3f06-c216-736b057f8527?t=1538497154000>, 1997, pp. 284-286.

Arenas García, R., «Problemes d'aplicació», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 205-230.

Arenas García, R., «Inmunidad de ejecución, materia civil o mercantil y competencias exclusivas [a propósito de la STJ [sala primera] de 3 de septiembre de 2020, As. C-186/19, *Supreme Site Services GmbH y otros c. Supreme Headquarters Allied Powers Europe*]», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 40, 2020, pp. 34-41.

Arenas García, R., «Brexit y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: de lo deseable a lo posible», *Diálogos jurídicos*, 2018, pp. 17-48.

Arenas García, R., «Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», Font i Segura, A., (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011.

Arenas García, R., «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento “Roma II”», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 315-339.

Arenas García, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 394-415.

Arroyo Martínez, I., *De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí*. Madrid, ed., Reus, 2008.

Balaguer Callejón, F., «La subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 31, 2019.

Basedow, J., «Coherencia del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 53-77.

Boer, T. M., «Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 19-30.

Borrás Rodríguez, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Recueil des Cours*, t. 49, 1994-V, pp. 172-173.

Borrás Rodríguez, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984.

Boskovic, O., *L'autonomie de la volonté dans le Règlement Rome II*, Dalloz, 2009.

Boskovic, O., «Le domaine de la loi applicable», S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, pp. 183-195.

Briggs QC, «Wikinghof: A View from Oxford», *EAPIL*, 7 de diciembre de 2020.

Bucher, A., «La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP», *21e Journée de droit international privé*, 20 marzo, 2009.

Calvo Caravaca, A.-L/Carrascosa González, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo I, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Calvo Caravaca, A.-L/Carrascosa González, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Calvo Caravaca, A.-L/Carrascosa González, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo III, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Calvo Caravaca, A.-L./Carrascosa González, J., «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, octubre, 2018.

Calvo Caravaca, A.-L./Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, vol. I.

Calvo Caravaca, A.-L./Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed., Granada, Comares, 2018, vol. II.

Calvo Caravaca, A.-L./Carrascosa González, J., [dir.] en *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*. Ed. Comares, 2008.

Camacho Clavijo, S. «La solidaridad con “motivos razonables” o la denominada gestión de asuntos ajenos del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña», *InDret*, enero, 2021.

Campuzano Díaz, B., «La competencia judicial internacional», en A. Rodríguez Benot [dir.] *Manual de Derecho Internacional Privado*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2023.

Carrascosa González, J., «Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas “I-bis 1215/2012”. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*», *CDT*, marzo, 2019, vol. 11, n.º 1, pp. 112-138.

Carrascosa González, J., *El conflicto de leyes y Teoría Económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011.

Carrillo Salcedo, J. A./Pérez Vera, E., *Derecho internacional privado.: introducción a sus problemas fundamentales*, 3ª ed., Tecnos, 1983.

Carús Ribalaygua, L./Saz Gil, M. I., «La reputación de las estaciones de esquí: responsabilidad con los esquiadores», *Cuadernos de turismo*, n.º 26, 2010, pp. 47-68.

Cebrián Salvat, M. A., «Estrategia procesal y litigación en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, vol. 6, n.º 2, pp. 315-329.

Chapman, M., «School skiing holidays and negligent instruction. Case note: *Kearne v. Ultima Tours Ltd.* [2010], Birmingham CC [*HHJ Worster*], *Travel Law Quarterly*, Chancery Lane (UK), 2011, pp. 235-241.

Coing, H., *Derecho privado europeo*, vol. I, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, traducción de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

Coing, H., *Derecho privado europeo*, vol. II, *El siglo XIX*, traducción de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

Cordero Álvarez, C. I., «Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea», *CDT*, vol. 9, n.º 2, 2017, pp. 174-193.

Corneloup, S., «La responsabilité du fait des produits», S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, pp. 85-106.

Crawford, E.B./Carruthers, J. M., «Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations» *ICLQ*, v. 63, 2004.

Crespo Hernández, A., «Daños al medio ambiente y regla de la ubicuidad en el art. 8 del futuro Reglamento Roma II», *InDret*, julio, 2006.

Cuenca Pinkret, D., «Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021», *CDT*, vol. 15, n.º 1, marzo, 2023, pp. 936-947.

Cuniberti, G., «Freedom of Choice in Wikingerhof» *EAPIL*, 9 de diciembre de 2020.

De Ángel Yágüez, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993.

De Barrón Arniches, P., «Gestión de asuntos ajenos sin mandato. Breve apunte sobre los problemas prácticos que se derivan de la nueva regulación», en A. Serrano de Nicolás (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Colegio notarial de Cataluña, Barcelona, Marcial Pons ed., 2018, pp. 365-382.

De Lima Pinheiro, «Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalizations: A First Assessment of EC Regulation Rome II»,

Riv. Dir. int. priv. Proc. 44, 2008, 5, 33, en J. von Hein, «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations Commentary*, 2.^a ed, Wolters Kluwer, Law & Business, pp. 741-759.

De Miguel Asensio, P. A., «Lugar de la infracción y la ley aplicable a los derechos de propiedad industrial unitarios. Sentencia TJUE de 3 de marzo de 2022, as. C-421/20: Acacia», *La Ley Unión Europea*, 102, abril, 2022, pp. 1-18.

De Miguel Asensio, P. A., «Competencia judicial internacional y actividades ilícitas en línea [sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021, asunto C-251/20: Gtflix Tv]», *La Ley, Unión Europea* n.º 99, enero 2022, n.º 99, Wolters Kluwer, pp. 116-129.

De Miguel Asensio, P. A., «La competencia para conocer demandas frente a contenidos ilícitos en línea tras la sentencia Gtflix Tv», diciembre, 2021, en su blog: <https://pedromiguelasensio.blogspot.com/2021/12/la-competencia-para-conocer-de-demandas.html>

De Miguel Asensio, P. A., «Infracciones transfronterizas de dibujos o modelos comunitarios: la sentencia en el asunto *Nintendo*», septiembre, 2017, en su blog: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2017/09/infracciones-transfronterizas-de.html>

De Miguel Asensio, P.A., «La litigación sobre derechos de autor y la sentencia *Hejduk*», *La Ley: Unión Europea*, n.º 24, marzo, 2015, pp. 19- 22.

Dickinson, A., «Territory in the Rome I and Rome II Regulations», en J. Basedow *et al.* (ed.), *The Hamburg Lectures on Maritime Affaires 2011-2013*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2015.

Diehl, Y., «Internationalprivatrechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Skiunfalles [en OLG München, 30.11.2016 – 3 U 2750/16]», *IPREX*, 2018-4, pp. 371- 376.

Díez -Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Tomo II. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 12.^a edición., ed., Tecnos, 2018.

Díez-Picazo, L., «La naturaleza de la Unión Europea», *InDret*, Barcelona, 4/2008, pp. 1-67.

Díez de Velasco, M., *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Tecnos, 1986, pp. 335-337.

Dubler, C. E., «*Les clauses d'exception en droit international privé*», Genève, Georg, 1983.

Durán Ayago, A., «Procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados y Reglamento [UE] n.º 1215/2012: ¿Brindis al sol?», *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 171-216.

Earle III, D. P., *Conflicto of Laws and the Interest Analysis- An Example for Illinois*, 4 J. Marshall J. of. Prac. & Proc. 1 [1970].

Espinella Menéndez, E., «Pluralidad de reclamaciones en accidentes de tráfico transfronterizos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [secc. 20.ª] de 30 de septiembre de 2019», *CDT*, vol. 12, n.º 2, octubre, 2020, pp. 987-994.

Espinella Menéndez, E., «La autonomía de la voluntad en el Reglamento [CE] 864/2007 [«Roma II»] sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Noticias de la Unión Europea*, 299, 2009, pp. 95-109.

Espinella Menéndez, E., «Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento [CE] n.º 864/2007 [“Roma II”]», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505-532.

Esplugues Mota, C., *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Essén, E. W., «*Actes et Documents*», *Accidentes de la circulation routière, Rapport explicatif*, t. III, ed., Bureau Permanente de la Conférence, 11.ª sesión, 7 a 26 octubre, La Haya, 1968, pp. 200-218.

Farnoux, E., «Delendum est Forum Delicti? Towards the jurisdictional protection of the alleged victim in cross-border torts» en B. Hess/K. Lenaerts, en V. Richard (red.), *The 50th anniversary of the European law of civil procedure*, Baden-Baden: Nomos, 2020 [259].

Feliu Álvarez De Sotomayor, S., «El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el DIPr.», *CDT*, vol. 4, n.º 2, octubre, 2012, pp. 123-139.

Fernández Pérez, A., «Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto», *Revista española de Derecho internacional*, sección Estudios, vol. 67/2, julio-diciembre, 2015, Madrid, pp. 83-109.

Fernández Rozas, J. C., «Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*», en <https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>

Fernández Rozas, J. C./Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Internacional Privado*, 12.ª ed., Madrid, Civitas, 2022.

Fernández Rozas, J. C., «Artículo 12, apartado 6 del Código civil: aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero», Albaladejo, M./Díaz Alabart, S. (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 973-1082.

Flessner, A., «Fakultatives Kollisionsrecht», en *Rabels*, vol. 34, 1970.

Font i Segura, A., «Conflictes de lleis interns», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 231-254.

Font i Segura, A., «The use of international private law as a criterion for the application of Catalan civil law in Catalonia», traducción de Mark Black, *Catalan Social Sciences Review*, n.º 8, 2018, pp. 41-50.

Font i Segura, A./Otero García-Castellón, C., «Crónica de actualidad de Derecho internacional privado [julio-diciembre 2016]», *REDI*, n.º 33, 2017.

Font i Segura, A., «La remisión intercomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en I. Calvo Vidal (coord.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 114-115.

Font i Segura, A. (coord.), «La incidència del Dret Internacional Privat de la UE en l'aplicació del Dret català», en *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011.

Font i Segura, A., «Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional», De Conflictu Legum, *Estudios de Derecho internacional privado*, n.º 10, Santiago de Compostela, 2007.

Fontanellas Morell, J. M., «La coherencia entre los reglamentos 650/2012 y 2016/1103 [2016/1104]», en A. Serrano de Nicolás [coord.] *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 191-222.

Fontanellas Morell, J. M., «La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual», *AEDIPr.*, 2017, pp. 1209-1216.

Fontanellas Morell, J. M., «Remisión a un sistema no unificado en el Reglamento «RRII»: la plurilegislación española en la materia a examen», *AEDIPr.*, XVI, 2016.

Fontanellas Morell, J. M., «La aplicación en litigios sucesorios de normas autonómicas de Derecho interregional», *AEDIPr*, XIII, 2013, pp. 1218-1220.

Fontanellas Morell, J. M., «Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida [sección 2.ª] núm.40/2013, de 25 de enero», *REDI*, vol. LXV, 2013, 2, pp. 308-312.

Fontanellas Morell, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2012, asunto C-532/10, Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH», *Revista Jurídica de Catalunya*, CXI, 2012-4, pp. 1131-1137.

Forner Delaguaya, J. J., «La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos internacionales», en Font i Segura, A., [coord.], *L'aplicació del dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2011.

Fuentes Mañas, J. B., «La Regla *lex loci damni commissi* y normas localizadoras especiales en el Reglamento “Roma II”», *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 341-353.

Garau Juaneda, L., «Comunidades Autónomas y Derecho interregional», en Pérez González, *et. al.*, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, Santiago de Compostela, ed. Xunta de Galicia, VI Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, 1982.

Garau Sobrino, F., «Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona

de 19 de junio de 2020», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [Crónica de Derecho internacional privado] n.º 40, 2020, pp. 17-24.

García Garrido, M., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*. 7.ª ed., Madrid, Dykinson, 1998.

Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho Internacional Privado*, 7.ª ed., Civitas, 2023.

Garriga, Suau, G., «Obligacions extracontractuals», en Font i Segura, A., Fontanellas Morell, J. M., Gardeñes Santiago, M., y Garriga Suau, G. (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 439-472.

Garriga Suau, G., «El art. 13.3 del Reglamento 1215/2012 no puede ser invocado por el tercer perjudicado para demandar al responsable del daño [asegurado]. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, Asunto C-708/20: BT», *La Ley Unión Europea*, n.º 103, 2022.

Garriga Suau, G., «Pretensión de reparación del perjuicio sufrido por un particular domiciliado en un Estado miembro a raíz de un accidente acaecido en un alojamiento alquilado en otro Estado miembro (STJ 8ª 9 diciembre, 2021, as. 708/20: BT y Seguros Catalana Occidente/EB)», *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 677-680.

Garriga Suau, G., «El ejercicio de la acción directa por el perjudicado indirecto contra la aseguradora del responsable civil con un establecimiento en otro Estado miembro», *La Ley Unión Europea*, n.º 96, 2021.

Garriga Suau, G., «El concepto de “persona perjudicada más débil” para activar el forum actoris en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de responsabilidad civil. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2018, Asunto C-106/17, Hofsoe», *La Ley: Unión Europea*, n.º 59, 2018.

Garriga Suau, G., «La ley aplicable al derecho de repetición de la aseguradora *solvens* contra la aseguradora del corresponsable», *La Ley: Unión Europea*, n.º 36, 2016.

Garriga Suau, G., *La responsabilidad Civil del Abogado: Elección de la Ley Aplicable y Aseguradoras de Responsabilidad Civil Profesional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Garriga Suau, G., «Relationships between “Rome II” and another international instruments. A commentary on article 28 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 7, 2009, pp. 137-148.

Gebauer, M., «Article 25 Rome II», en G. P. Callisses [ed.] *Rome Regulations. Comentary*, 2.ª ed., *Wolters Kluwer, Law & Business*, 2015, pp. 796-799.

Gómez Jene, M., «Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia London Steam-ship del TJUE», *CDT*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 1088-1099.

González Campos, J. D., «El sistema español del Derecho Internacional Privado. Formación histórica y fuentes», en A. P. Abarca Juno [dir.], *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., *Colex*, 2004, vol. I, pp. 73-76.

González Campos, J. D., *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1984.

González Campos, J. D., *Curso de Derecho internacional privado. Parte general* [policopiado], U.A.M. curso académico 1981-1982, lección 4.ª.

González Hernández, R., «Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas», *AJEE*, XLVI, 2013, pp. 203-214.

Gruber, H., «Article 18 Rome II Direct action against the insurer of the person liable», en G. P. Callisses [ed.] *Rome Regulations. Comentary*, 2.ª ed., *Wolters Kluwer, Law & Business*, 2015, pp. 760-769.

Hinojo Rojas, M., «El accidente del buque *Prestige* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, mayo, 2019, pp. 553-589.

Hohloch, G., «The Rome II Regulation on overview. Place of injury, habitual residence, closer connection and substance scope: the basic principles», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 1-18.

Huber, P./Illmer, M., «International product liability. A commentary on article 5 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 31-48.

Jiménez Blanco, P., «Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas», *La Ley: Unión Europea*, n.º 35, 2016, pp. 1-15.

Jiménez Serranía, V., «Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C- 25/16», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, octubre, 2019, pp. 652-665.

Jiménez Soto, I., *La configuración jurídica del deporte en el medio natural: relaciones con el turismo, el desarrollo sostenible y la ordenación del territorio*, Madrid, ed. Reus, 2015.

Joubert, N., «Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le règlement du 11 juillet 2007 [Rome II]», S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, pp. 55-84.

Juárez Pérez, P., «Bad forum shopping y recurso de revsión: “Causa causae est causa causati”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 2, octubre 2020, pp. 1051-1060.

Juárez Pérez, P., «La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n.º 593/2008 [«Roma I»], *Estudios de Deusto*, vol. 58/1, enero-junio, 2010, pp. 47-77.

Kadner Graziano, T., «The Distribution of Social Costs of Ski Accident through Tort Law: Limits of fault-based liability in practice-and alternative regimes». *Journal of European Tort Law*, vol. 7, n.º 1, 2016.

Kadner Graziano, T., «The law applicable to cross-border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II Regulation», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 71-86.

Kadner Graziano, T., «Le nouveau droit international privé communitarie en matière de responsabilité extracontractuelle», *RCDIP*, 2008, pp. 479-4839.

Kokkini-Iatridou, D., «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions. Le rapport général», en D. Kokkini-Iatridou [edición]: *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions - ou le principe de proximité. XIV^e Congrès International de droit comparé*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 1-43.

Lafuente Sánchez, R., «Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y normas de prescripción: acción de un tercero subrogado en los derechos del perjudicado contra la compañía aseguradora del causante del daño Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2023, asunto C–264/22, Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme and d’Autres Infractions (FGTI)», *La Ley Unión Europea*, núm. 117, septiembre 2023, pp. 1-14.

Lafuente Sánchez, R., «Plazos de prescripción y normas internacionalmente imperativas en el ámbito de la ley aplicable a las acciones derivadas de accidentes de tráfico transfronterizos. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2019, asunto C–149/18: Agostinho da Silva Martins v. Dekra Claims Services Portugal, S.A.», en <http://hdl.handle.net/10045/103332>.

Lafuente Sánchez, R., «Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera: la cláusula de escape del art. 4.3º del Reglamento Roma II a la luz de la jurisprudencia inglesa», *AEDIPr*, 2016, 16, pp. 463-503.

Lamarca Marquès, L./Vaquer Aloy, A., [ed.], *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*. Barcelona, Atelier, 2012.

Légier, G., «Enrichissement sans cause, gestion d’affaires et *culpa in contrahendo*», S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, pp. 145-181.

Lehman, M., «Wikingerhof: CJEU Reestablishes Equilibrium between Contract and Tort Jurisdiction», *EAPIL*, 7.12.2020.

Lein, E., *et. al.*, «Study on the Rome II Regulation [CE] 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations», vol. 1, *European Union*, 2021, n.º de proyecto 2021, 4545.

Loquin, E., «La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 [Roma II]», S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, pp. 35-53.

Lorente Martínez, I., «Daños causados por los productos y CJI en la Unión Europea». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2014, vol. 6, n.º 2, p. 351.

Looschelders, D., *Derecho de obligaciones. Parte General*, traducción de Esther Gómez Calle, col. Derecho privado, BOE, 17ª ed., Madrid, 2021.

Magro Servet, V., «Responsabilidad por culpa *in vigilando*», *Revista de jurisprudencia*, n.º 2, 21 nov. 2013.

Manko, R., «The United Kingdom's possible re-joining of the 2007 Lugano Convention», *European Parliamentary Research Service*, PE 698.797, noviembre, 2021.

Mankowski, P., «Wikingerhof: a view from Hamburg», *EAPIL*, 9.12.2020.

Marín López, J. J., «Ley aplicable al contrato de seguro vs. ley aplicable a la acción directa en el seguro de responsabilidad civil: perjudicada por un accidente aéreo, residente en Austria, que ejercita ante los tribunales de su domicilio, ¿con arreglo al Derecho español?, una acción directa contra una aseguradora establecida en Alemania», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2015–10, pp. 26–38.

Mariscal González, A. L., «La consideración del lugar de la infracción en la ley aplicable a las pretensiones conexas a una acción por infracción de dibujo o modelo comunitario, a propósito de la STJUE de 3 de marzo de 2022, Acacia y BMW, C-421/20», *CDT*, vol. 14, n.º 2, octubre, 2022, pp. 1151-1159.

Maseda Rodríguez, J., «El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*», *REEI*, n.º 25, 2013.

Maseda Rodríguez, J., «La acción directa contra el asegurador de la persona responsable del daño en el marco del art. 18 del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: breve aproximación a la posición del asegurador», *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, n.º 4, julio, 2016.

Maseda Rodríguez, J., «Las normas de seguridad y comportamiento en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales», *Dereito*, vol. 21, n.º 2, julio-diciembre, 2012, pp. 189-216.

Miaja de la Muela, A., *Derecho internacional privado I. Introducción y parte general*, ed., 7.ª, Madrid, 1976.

Monfort Ferrero, M. J., «Los cuasicontratos», en J. R. de Verda y Beamonte (coord.), *Derecho civil II, obligaciones y contratos*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch manuales, 2019.

Moreno Sánchez-Moraleda, A., «Interpretación autónoma de la naturaleza contractual o no de una acción. Comentario a la STJUE de 13 de marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes*», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, febrero, 2016.

Mostoso Restovic, P. M., «Competencia judicial civil internacional por daño ambiental: determinación del hecho dañoso y su extensión. El caso europeo». *Foro, Nueva época*, núm. 11-12, 2010.

Moura Vicente, D., «El enriquecimiento sin causa en el Reglamento Roma II», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, octubre, 2016, pp. 292-305.

Muñoz Fernández, A., «Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado», *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. II, pp. 438-475.

Nishitani, Y., «The Rome II Regulation from a Japanese point of view», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 175-192.

Nourissat, C., «Le champ d'application du Règlement "Rome II"», p. 20, S. Corneloup/N. Joubert (dirs.), *Le Règlement Communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, vol. 31, Universidad de Borgoña, 2008, p. 13-34.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., «La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, 2013-4.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., «Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales», en X. Abel Lluch/J. Picó i Junoy (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, Madrid, la Ley, 2011.

Oró Martínez, C./Gandía Sellens, M. A., «Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? Cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer», *Revista boliviana de derecho* n.º 19, enero 2015, pp. 706-725.

Orozco Hermoso, M., «Acciones por enriquecimiento injusto y competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2021, C- 242/20, Hrvatske Šume», *La Ley Unión Europea* n.º 102, abril 2022, Wolters Kluwer, pp. 1-27.

Orro Arcay, A./Novales Ordax, M./ M. Rodríguez Bugarín, «Transporte por cable», *Cuadernos del Grupo de Ferrocarriles y Transporte*, Universidad de la Coruña, septiembre, 2003.

Ortega Jiménez, A., «La alegación y prueba del Derecho extranjero tras la nueva ley internacional de cooperación jurídica», *Revista de Derecho*, n.º 27, 2019, pp. 81-97.

Palacios González, D., *Responsabilidad civil y Derecho de daños tras las reformas legislativas de 2015*, I. García Presas [coord.], col. Derecho civil, 2.ª ed., Juruá, 2016.

Palao Moreno, G., «La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea». *Cross-border Products Liability in the European Union*. Derecho PUCP., núm. 74, 2015.

Paradela Areán, P., «Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Cuarta], de 26 de enero de 2014, asunto C- 45/13, Andreas Kainz v. Pantherwerke AG», *REDI*, 66, 2014-2, pp. 243-246.

Parra Aranguren, G., «Recientes tendencias en el Derecho Internacional Privado Norteamericano: Cavers, Currie, Ehrenzweig», *Actas Procesales del Derecho Vivo*, vol. XXVI, n.º 76-78, en <http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/Parra-Aranguren/S-0111.pdf>.

Pellegrini Ripamonti, P., «Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el sistema anglosajón. Una nueva perspectiva», *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 1, 1996, pp. 179-194.

Pérez de Tudela y Pérez, C., «Consideraciones jurídicas en relación con las actividades de montaña. Hacia un Derecho de la montaña», *Diario La Ley*, t. 1, 1994.

Pérez Vera, E., *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 1980.

Piñero Salguero, J., *Responsabilidad civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Pocar, F., Informaciones procedentes de instituciones y órganos de la Unión Europea. «Informe explicativo del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmada en Lugano el 30 de octubre de 2007», *DOUE*, C 319, 23 de enero de 2009, pp. 1-56.

Quéguiner, J. S., «Relations civiles ou commerciales», *Annuaire du Droit de L'Union Européene*, Éditions Panthéon-Assas, 2014, pp. 464-471.

Quinzá Redondo, P./ Christandi, G., «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», *InDret*, 3, julio, 2013.

Quiñones Escárnez, A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, T. I, *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006.

Rabel, E., «*Le problème de la qualification*», *Revue de Droit international privé*, 28, 1933.

Reese, W. L. M., «Actes et documents, Rapport explicatif», 2.ª sesión, 2-21 oct. 1972, t. III, *Responsabilité du fait des produits*, La Haya, ed., Bureau Permanent de la Conférence, 1974, pp. 259-260.

Reglero Campos, L. F., «El seguro de responsabilidad civil», en Reglero Campos y Busto Lago [coords.], *Tratado de responsabilidad civil*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, v. 1, pp. 1372-1373.

Requejo Isidro, M., «Artículo 10. 5», A. Domínguez Luelmo [dir.], *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 1.ª ed., mayo, 2010, pp. 87-88.

Rodríguez Vázquez, M. A., «La Competencia Judicial Internacional», en A. Rodríguez Benot [dir.] *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 268.

Rubio Gallart, E., *La responsabilidad civil derivada de daños en atracciones de feria y parques temáticos*, Barcelona, Bosch, 2012.

Sälzer, V., *Skiunfälle im organisierten Skiraum, zur zivilrechtlichen Haftung unter Einbeziehung von grenzüberschreitenden Sachverhalten und rechtsvergleichenden Bezügen*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

Sánchez Calero, F. J., *Curso de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona. El tiempo. La prescripción extintiva*, 8.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

Sánchez Calero, F., «Sección 8.ª. Seguro de responsabilidad civil», en F. Sánchez Calero (coord.), *Ley del Contrato de Seguro, comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Navarra, 2005.

Sánchez Hernández, L. C., «La lex Aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la *interpretatio prudentium* y la actividad pretoria», *THEMIS Revista De Derecho* [73], 2018, pp. 165-193.

Sánchez Lorenzo, S. A., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, sec. estudios, vol. 70/02, julio-diciembre, Madrid, 2018, pp. 17-47.

Sánchez Lorenzo, S. A., «Délimitation entre matière contractuelle et matière delictuelle dans l'Éspace judiciaire européen (l'affaire Brogsitter)» *Annuaire du Droit de L'Union Européenei*, Éditions Panthéon-Assas, 2014, pp. 472-478.

Sánchez Lorenzo S. A., «Comentario del art. 12.5 CC», M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pp. 943-973.

Sánchez Lorenzo, S., «La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», *REDI*, XLV, 1993-1.

Schulz, F., *Classical Roman Law*, London, Clarendon Press, 1951.

Symeonides, S. C., «The choice-of-law revolution fifty years after Currie: an end and a beginning», 2015, en <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2015/5/Symeonides.pdf>.

Torralba Mendiola, E., «Ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento [CE] no 864/2007», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 1154-1156.

Tunc, «Torts», A., *International Encyclopaedia of Comparative Law*, en la Edición de André Tunc, vol. XI, cap. I, 1986.

Van Dam, C., *European Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, University Press, 2013.

Van Doninck, «Necessity is the Mother of Invention: Wikingerhorf [re]considered», *EAPIL*, 3.5.2022 [<https://eapil.org/2022/05/03/necessity-is-the-mother-of-invention-wikingerhof-reconsidered/>].

Vanat, L., International Report on Snow & Mountain Tourism – Overview of the key industry figures for ski resorts, 14.ª ed., abril, 2024, disponible en www.vanat.ch/tarif-WR-data-2022.pdf

Vaquero Aloy, A., «Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del artículo 149. 1.º 8.º de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán», *Derecho privado y Constitución*, n.º 2, 1994.

Vicente Garrido, E., *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994.

Virgós Soriano, M./Garcimartín Aflérez, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.

Volders, B., «Culpa in contrahendo in the conflict of laws», *YPIL*, vol. 9, 2009, pp. 127-136.

Von Hein, J., «Article 16 Rome II», en G. P. Calliess, *Rome Regulations Commentary*, 2.ª ed, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015, pp. 729-740.

Von Hein, J., «Article 17 Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations Commentary*, 2.ª ed, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015, p. 741-759.

Von Hein, J., «Article 4 Rome II», en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations Commentary*, 2.ª ed, Wolters Kluwer, Law & Business, 2015, pp. 495-534.

Von Thur, A., *Tratado de las obligaciones*, tomo II, Madrid. 1934.

William Singer, J., «Choice of Law Rules», <https://scholar.harvard.edu/files/jsinger/files/clr.pdf>, 2020.

Wodinansky-Wildenfeld, V., «The Austrian Supreme Court on a Slippery Slope: The FIS Rules of Conduct and Article 17 of the Rome II Regulation», *EAPIL*, 19.4.2023 [<https://eapil.org/2023/04/19/the-austrian-supreme-court-on-a-slippery-slope-the-fis-rules-of-conduct-and-article-17-of-the-rome-ii-regulation/>]].

Ybarra Bores, A., «Los problemas de aplicación del sistema de Derecho internacional privado» en Rodríguez Benot, A., [dir.] *Manual de Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Tecnos, 2018.

Yzquierdo Tolsada, M., «Plazo de prescripción de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil por hechos dañosos ocurridos en Cataluña. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 [449/2013 y 4495/2013]», en Yzquierdo Tolsada, M. [dir.] *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 6, 2016, pp. 511-522.

Yzquierdo Tolsada, M., *Responsabilidad civil extracontractual, Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 9.ª ed., Madrid, Dykinson, 2023.

Zabalo Escudero, M.ª E., «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3, 2016.

Zabalo Escudero, M.ª E., «El sistema español de Derecho interregional», A. Font i Segura [ed.], *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 17-30.

Zeno Santiago, Ch., «Antecedentes históricos de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil» en *La Responsabilidad civil extracontractual de los empresarios. Estudio comparado entre España y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2016.

<https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/the-principle-of-subsidiarity.html>

https://mafr.fr/IMG/pdf/11-_Chbres_reunies_2_dec_1941_arret_Franck.pdf 1

SDA/NG Numéro /02 COUR D'APPEL DE PAU 1ère Chambre ARRET DU 27/05/2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006941062/>.

<https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/acercadelbrexit2/Paginas/index.aspx>

<https://corraltalciani.wordpress.com/2018/11/04/spoilers-y-cuchillos-en-la-antartida/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/?uri=celex%3a02012r1215-20150226>

<https://juricaf.org/arret/france-courdecassation-20180314-1627913>.

<https://conflictoflaws.net/2023/the-greek-supreme-court-has-decided-relatives-of-persons-killed-in-accidents-are-immediate-victims/>

https://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/1346_en~v~the-mont-saint-sauveur-case-is-the-court-of-appeal-thinking-outside-the-box-in-the-assessment-of-damages-.pdf

RESOLUCIONES JUDICIALES CONSULTADAS:

Resoluciones del Tribunal de Justicia (ordenadas por fecha de emisión):

- STJ de 15 de julio de 1964 [6/64, *Costa vs. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66].
- STJ de 6 de octubre de 1976, [12/76, *Tessili*, ECLI:EU:C:1976:133].
- STJ de 14 de octubre de 1976 [C-29/76, *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137].
- STJ de 30 de noviembre de 1976 [21/76, *Bier c. Mines d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166].
- STJ de 27 de marzo de 1979 [143/78, *De Cavel I*, ECLI:EU:C:1979:83].
- STJ de 6 de marzo de 1980 [129/80, *De Cavel II*, ECLI:EU:C:1980:70].
- STJ de 17 de enero de 1980 [56/79, *Zelger I*, ECLI:EU:C:1980:15].
- STJ de 16 de diciembre de 1980 [814/79, *Rüffer*, ECLI:EU:C:1980:291].
- STJ de 24 de junio de 1981 [150/80, *Elefanten Schuh*, ECLI:EU:C:1981:148].
- STJ de 8 de diciembre de 1987 [C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, ECLI:EU:C:1987:528].
- STJ de 7 de marzo de 1988 [C-48/84, *Spitzley*, ECLI:EU:C:1985:105].
- STJ de 6 de julio de 1988 [158/87, *Scherrens*, [ECLI:EU:C:1988:370].
- STJ de 27 de septiembre de 1988 [189/87, *Kalfelis*, ECLI:EU:C:1988:459].
- STJ de 15 de mayo de 1990 [C-365/88, *Kongreb*, ECLI:EU:C:1990:203].
- STJ de 11 de enero de 1990 [C-220/88, *Dumez*, ECLI:EU:C:1990:8].
- STJ de 26 de marzo de 1992 [C-261/90, *Reichert*, ECLI:EU:C:1992:149].
- STJ de 17 de junio de 1992 [C-26/91, *Jakob Handte*, ECLI:EU:C:1992:268].
- STJ de 21 de abril de 1993 [C-172/91, *Sonntag*, ECLI:EU:C:1993:144].
- STJ de 6 de diciembre de 1994 [C-406/92, *Tatry*, ECLI:EU:C:1994:400].
- STJ de 13 de julio de 1995 [C-341/93, *Danværn*, ECLI:EU:C:1995:239].

STJ de 7 de marzo de 1995 [C-68/93, *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61].

STJ de 19 de septiembre de 1995 [C-364/93, *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289].

STJ de 27 de octubre de 1998 [C-51/97, *Réunion européenne*, ECLI:EU:C:1998:509].

STJ de 23 de noviembre de 1999 [C- 369/96 y 376/96, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575].

STJ de 13 de julio de 2000 [C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399].

STJ de 27 de enero de 2000 [C-8/98, *Dansommer*, ECLI:EU:C:2000:45].

STJ de 19 de febrero de 2002 [C-256/00, *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99].

STJ de 27 de febrero de 2002 [C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122].

STJ de 17 de septiembre de 2002 [C-334/00, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499].

STJ de 1 de octubre de 2002 [C-167/00 *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555].

STJ de 5 de febrero de 2004 [C-18/02, *Troline*, ECLI:EU:C:2004:74].

STJ de 10 de junio de 2004 [C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364].

STJ de 18 de mayo de 2006 [C-343/04, *ČEZ*, ECLI:EU:C:2006:330].

STJ de 13 de diciembre de 2007 [C-463/06, *FBTO*, ECLI:EU:C:2007:792].

STJ de 3 de mayo de 2007 [C-386/05, *Color Drack*, ECLI:EU:C:2007:262].

STJ de 15 de febrero de 2007 [C-292/05, *Lechouritou*, ECLI:EU:C:2007:102].

STJ de 2 de julio de 2009 [C-111/08, *Alpenblume*, ECLI:EU:C:2009:419].

STJ de 17 de septiembre de 2009 [C-347/08, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, EU:C:2009:561].

STJ de 16 de julio de 2009 [C-189/08, *Zuid*, ECLI:EU:C:2009:475].

STJ de 20 de mayo de 2010 [C-111/09, *Bilas*, ECLI:EU:C:2010:290].

STJ de 7 de diciembre de 2010 [C-585/08, *Pammer*, ECLI:EU:C:2010:740].

STJ de 17 de noviembre de 2011 [C-327/10, *Hypoteční banka a.s.*, ECLI:EU:C:2011:745].

STJ de 25 de octubre de 2011 [C-509/09, *eDate Advertising* y C-161/10, *Martínez*, ECLI:EU:C:2011:685].

STJ de 17 de noviembre de 2011[C-412/10, *Hamawoo*, ECLI:EU:C:2011:747].

- STJ de 15 de marzo de 2012 [C-292/10, *de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142].
- STJ de 19 de abril de 2012 [C-523/10, *Weintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220].
- STJ de 25 de octubre de 2012 [C-133/11, *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:664].
- STJ de 3 de octubre de 2013 [C-386/12, *Schneider*, ECLI:EU:C:2013:633].
- STJ de 3 de abril de 2014 [C-438/12, *Weber*, ECLI:EU:C:2014:212].
- STJ de 4 de septiembre de 2014 [C-157/13, *Nickel*, ECLI:EU:C:2014:2145].
- STJ de 18 de julio de 2013 [C-147/12, *ÖFAB*, ECLI:EU:C:2013:490].
- STJ de 12 de septiembre de 2013 [C-49/19, *Sunico*, ECLI:EU:C:2013:545].
- STJ de 15 de mayo de 2013 [C-266/01, *Tiard*, ECLI:EU:C:2003:282].
- STJ de 11 de abril de 2013 [C-645/11, *Sapir*, ECLI:EU:C:2013:228].
- STJ de 6 de mayo de 2013 [C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305].
- STJ de 3 de octubre de 2013 [C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635].
- STJ de 27 de febrero de 2014 [C-1/13, *Cartier*, ECLI:EU:C:2014:109].
- STJ de 16 de enero de 2014 [C-45/13, *Kainz, z*].
- STJ de 13 de marzo de 2014 [C-548/12, *Brogstetter*, ECLI:EU:C:2014:148].
- STJ de 3 de abril de 2014 [C-387/12, *Hi hotel*, ECLI:EU:C:2014:215].
- STJ de 13 de mayo de 2015 [C-536/16, *Gazprom*, ECLI:EU:C:2015:316].
- STJ de 9 de marzo de 2015 [C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193].
- STJ de 22 de enero de 2015 [C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28].
- STJ de 28 de enero de 2015 [C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37].
- STJ de 21 de mayo de 2015 [C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC)*, ECLI:EU:C:2015:335].
- STJ de 10 de septiembre de 2015 [C-47/14, *Holterman Ferho*, ECLI:EU:C:2015:574].
- STJ de 10 de diciembre de 2015 [C-350/14, *Lazar*, ECLI:EU:C:2015:802].

STJ de 9 de septiembre de 2015 [C-240/14, *Prüller-Frey*, ECLI:EU:C:2015:567].

STJ de 21 de enero de 2016 [C-359/14, *ERGO*, ECLI:EU:C:2016:40].

STJ de 1 de marzo de 2016 [C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120].

STJ de 17 de marzo de 2016 [C-175/15, *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176].

STJ de 20 de abril de 2016 [C-366/13, *Profit Investment*, ECLI:EU:C:2016:282].

STJ de 14 de julio de 2016 [C-196/15, *Granarolo*, ECLI:EU:C:2016:559].

STJ de 28 de julio de 2016 [C-191/15, *Amazon*, ECLI:EU:C:2016:612].

STJ de 12 de octubre de 2016 [C-185/15, *Marjan GmbH*, ECLI:EU:C:2016:763].

STJ de 21 de diciembre de 2016 [C-618/15, *Concurrence*, ECLI:EU:C:2016:976].

STJ de 17 de octubre de 2017 [C-194/16, *Handel*, ECLI:EU:C:2017:766].

STJ de 13 de julio de 2017 [C-368/16, *Assens Havn*, ECLI:EU:C:2017:546].

STJ de 27 de septiembre de 2017 [C-24/16 y C-25/16, *Nintendo*, ECLI:EU:C:2017:724].

STJ de 6 de diciembre de 2017 [C-230/16, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2017:941].

STJ de 20 de diciembre de 2017 [C-467/16, *Brigitte Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993].

STJ de 31 de enero de 2018 [C-106/17, *Hofsoe*, ECLI:EU:C:2018:50].

STJ de 5 de julio de 2018 [C-27/17, *flyLAL*, ECLI:EU:C:2018:533].

STJ de 12 de septiembre de 2018 [C-304/17, *Löber*, ECLI:EU:C:2018:701].

STJ de 31 de enero de 2019 [C-149/18, *Da Silva Martins*, ECLI:EU:C:2019:84].

STJ de 28 de febrero de 2019, [C-579/17, *Buack*, ECLI:EU:C:2019:162].

STJ de 16 de julio de 2020 [C-73/19, *Movic y otros*, ECLI:EU:C:2020:568].

STJ de 3 de septiembre de 2020 [C-186/19, *Supreme Site Services y otros*, ECLI:EU:C:2020:638].

STJ de 24 de noviembre de 2020 [C- 59/19, *Wikingerhof*, ECLI:EU:C:2020:950].

STJ de 12 de mayo de 2021 [C- 709/19, *VEB*, ECLI:EU:C:2021:377].

STJ de 20 de mayo de 2021 [C-913/19, *CNP*, ECLI:EU:C:2021:399].

STJ de 17 de junio de 2021 [C-800/19, *Verlag KG*, ECLI:EU:C:2021:489].

STJ de 15 de julio de 2021 [C-30/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2021:604].

STJ de 21 de octubre de 2021 [C- 393/20, *TB*, ECLI:EU:C:2021:871].

STJ de 9 de diciembre de 2021 [C-242/20, *Hrvatske Šume*, ECLI:EU:C:2021:985].

STJ de 9 de diciembre de 2021 [C-708/20, *BT*, ECLI:EU:C:2021:986].

STJ de 21 de diciembre de 2021 [C-251/20, *Gtflix TV*, ECLI:EU:C:2021:1036].

STJ de 3 de marzo de 2022 [C-421/20, *Acacia c. BMW*, ECLI:EU:2022:252].

STJ de 10 de marzo de 2022 [C-498/20, *BMA Nederland*, ECLI:EU:C:2022:173].

STJ de 30 de junio de 2022 [C-652/20, *Allianz*, ECLI:EU:C:2022:514].

STJ de 15 de diciembre de 2022 [C-577/21, *HUK-COBURG*, ECLI:EU:C:2022:992].

STJ de 17 de mayo de 2023 [C-264/22, *FGTI*, ECLI:EU:C:2023:417].

STJ de 14 de septiembre de 2023 [C-393/22, *Extéria*, ECLI:EU:C:2023:675].

STJ de 8 de febrero de 2024 [C-566/22, *INKRÉAL*, ECLI:EU:C:2024:123].

Resoluciones del Tribunal Supremo y de audiencias provinciales españolas

(ordenadas por fecha, de más antigua a más reciente):

STS n.º 388/1989, de 11 de mayo de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:2939].

SAP Huesca n.º 182/1996, de 25 de mayo de 1996 [ECLI:ES:APHU:1996:276].

STS n.º 1007/1996, de 21 de noviembre de 1996 [ECLI:ES:TS:1996:6536].

SAP Huesca n.º 45/1997, de 18 de febrero de 1997 [ECLI:ES:APHU:1997:76].

STS n.º 375/1998, de 27 de marzo de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:2632].

SAP Granada n.º 107/1999, de 16 de febrero de 1999 [ECLI:ES:APGR:1999:383].

STS n.º 942/1999, de 22 de octubre de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:7913].

STS n.º 244/1999, de 18 de marzo de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:1892].

SAP Cantabria n.º 28/2000, de 19 de enero de 2000 [ECLI:ES:APS:2000:105].

STS n.º 289/2000, de 22 de enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:2311].

SAP Huesca n.º 117/2001, de 5 de abril de 2001 [ECLI:ES:APHU:182].

STS n.º 635/2001, de 26 de junio de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:5497].

SAP Granada n.º 390/2001, de 27 de junio de 2001 [ECLI:ES:APGR:2001:1433].

SAP Huesca n.º 43/2002, de 18 de febrero de 2002 [ECLI:ES:APHU:2002:66].

STS n.º 738/2002, de 18 de julio de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:5461].

STS n.º 205/2002, de 8 de marzo de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:1639].

STS n.º 825/2002, de 12 de septiembre de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:5815].

SAP Cantabria n.º 21/2003, de 22 de enero de 2003 [ECLI:ES:APS:2003:135].

STS n.º 1166/2004, de 25 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7668].

STS n.º 436/2005, de 10 de junio de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:3760].

SAP Lleida n.º 36/2006, de 31 de enero de 2006 [ECLI:ES:APL:2006:117].

STS n.º 660/2006, de 27 de junio de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:3996].

SAP Segovia n.º 152/2006, de 14 de julio de 2006 [ECLI:ES:APSG:2006:224].

STS n.º 1338/2006, de 22 diciembre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:7968].

SAP Granada n.º 98/2007, de 2 de febrero de 2007 [ECLI:ES:APGR:2007:1768].

STS n.º 145/2007, de 15 de febrero de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:661].

STS n.º 268/2007, de 8 de marzo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:1203].

STS n.º 420/2007, de 30 marzo 2007 [ECLI:ES:TS:2007:1972].

AAP Barcelona de 26 de abril de 2007 [ECLI:ES:APB:2007:2769A].

STS n.º 318/2008, de 5 de mayo de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:2013].

STS n.º 655/2008, de 10 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:APV:2008:4990].

STS n.º 769/2008, de 22 de julio de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:149].

STS n.º 135/2009, de 4 de marzo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:1132].

STS n.º 40/2009, de 23 de abril de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:2215].

STS n.º 712/2009, de 2 de noviembre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:6747].

STS n.º 83/2010, de 22 de febrero de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:745].

STS n.º 218/2010, de 9 de abril de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:1659].

STS n.º 315/2010, de 1 junio 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2652].

STS n.º 269/2010, de 14 mayo 2010 [ECLI:ES:TS:2010:2287].

STS n.º 390/2010, de 24 de junio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:3753]

STS n.º 732/2010, de 11 de noviembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5880].

STS n.º 545/2010, de 9 de diciembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:7204].

SAP Cáceres n.º 208/2010, de 24 de noviembre de 2010 [ECLI:ES:APCS:2010:1445].

STS n.º 139/2011, de 14 de marzo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:1490].

STS n.º 340/2011, de 20 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:2897].

STS n.º 627/2011, de 19 de septiembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5838]

STS n.º 63/2012, de 9 de febrero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:542].

SAP Pontevedra n.º 439/2012, de 06 de noviembre de 2012 [ECLI:ES:APPO:2012:2888].

SAP Lleida n.º 40/2013, de 25 de enero de 2013 [ECLI:ES:APL:2013:30].

STS n.º 48/2013, de 11 de febrero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:343].

STS n.º 642/2014, de 6 de noviembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:4436].

STS n.º 528/2014, de 14 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5567]

STS n.º 3/2015, de 4 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1044].

STS n.º 23/2015, de 4 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:467].

STS n.º 198/2015, de 17 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1868].

STS n.º 200/2015, de 17 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1424].

STS n.º 287/2015, de 20 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:3159].

SAP Tarragona n.º 207/2015, de 14 de julio de 2015 [ECLI:ES:APT:2015:1638]

SAP Navarra n.º 326/2015, de 15 de septiembre de 2015 [ECLI:ES:APNA:2015:957].

SAP Bilbao n.º 382/2015 de 26 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:APBI:2015:2094]

SAP Lleida n.º 487/2015, de 27 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:APL:2015:955].

STS n.º 639/2015, de 3 de diciembre de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:5414].

STS n.º 865/2015, de 14 de enero de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:11].

SAP Granada n.º 182/2016, de 15 de julio de 2016 [ECLI:ES:APGR:2016:11220].

STS n.º 124/2017, de 24 de febrero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:717].

- SAP Lleida n.º 98/2017, de 24 de febrero de 2017 [ECLI:ES:APL:2017:198].
- STS n.º 312/2017, de 18 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1903].
- SAP Barcelona n.º 392/2017, de 20 de julio de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:6116].
- STSJ CAT n.º 61/2017, de 4 de diciembre de 2017 [ECLI:ES:TSJCAT:2017:10699].
- SAP Oviedo n.º 54/2018, de 7 de febrero de 2018 [ECLI:ES:APO:2108:293].
- SAP Madrid n.º 151/2018, de 16 de abril de 2018 [ECLI:ES:APM:2018:5656].
- SAP Barcelona n.º 450/2018, de 22 de octubre de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:10273].
- SAP Madrid n.º 469/2018, de 17 de diciembre de 2018 [ECLI:ES:APM:2018:18235].
- SAP Madrid n.º 12/2019, de 17 de enero de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:773].
- SAP Valencia n.º 46/2019, de 4 de febrero de 2019 [ECLI:ES:APV:2019:421].
- STS n.º 208/2019, de 5 de abril de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2103].
- SAP Madrid n.º 180/2019, de 5 de abril de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:4801].
- STS n.º 345/2019, de 21 de junio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2042].
- SAP Madrid n.º 421/2019, de 30 de septiembre de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:11054].
- STS n.º 678/2019, de 17 de diciembre de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:4205].
- SAP Barcelona n.º 49/2020, de 31 de enero de 2020 [ECLI:ES:APB:2020:491].
- SAP Madrid n.º 161/2020, de 07 de mayo de 2020 [ECLI:ES:APM:2020:3518].
- SAP Barcelona n.º 167/2020, de 19 de junio de 2020 [ECLI:ES:APB:2020:5205].
- SAP Barcelona n.º 167/2020, de 19 de junio de 2020 [ECLI:ES:APB:2020:5205].
- STS n.º 350/2020, de 24 de junio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:1998].
- AAP Tarragona n.º 334/2020, de 9 de septiembre de 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1277A].
- SAP Zaragoza n.º 1011/2020, de 16 de diciembre de 2020 [ECLI:ES:APZ:2020:1935].
- SAP Barcelona n.º 371/2020, de 23 de diciembre de 2020 [ECLI:ES:APB:2020:12814].

STS n.º 195/2021, de 1 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:758].

STS n.º 141/2021, de 15 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:807].

STS n.º 37/2021, de 2 de febrero de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:291].

SAP Barcelona n.º 37/2021, de 2 de febrero de 2021 [ECLI:ES:APB:2021:766].

SAP Huesca n.º 212/2021, de 20 de julio de 2021 [ECLI:ES:APHU:2021:278].

STS n.º 561/2021, de 23 de julio de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3068].

ATS de 7 de octubre de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:13327A].

SAP Madrid n.º 420/2022, de 18 de noviembre de 2022 [ECLI:ES:APM:2022:17151].

SAP Granada n.º 779/2022, de 1 de diciembre de 2022 [ECLI:ES:APGR:2022:1891].

SAP Granada n.º 21/2023, de 16 de enero de 2023 [ECLI:ES:APGR:2023:4].

SAP Zaragoza, n.º 479/2023, de 3 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:APZ:2023:1859].

Sentencias del Tribunal Constitucional español:

STC 72/1983, de 29 de julio de 1983 [ECLI:ES:TC:1983:72].

STC 147/1986, de 25 noviembre de 1986 [ECLI:ES:TC:1986:147].

STC 210/1992, de 30 de noviembre de 1992 [ECLI:ES:TC:1992:210].

STC 156/1993, de 6 de mayo de 1993 [ECLI:ES:TC:1993:156].

STC 226/1993, de 8 de julio de 1993 [ECLI:ES:TC:1993:226].

STC n.º 10/2000, de 17 de enero de 2000 [ECLI:ES:TC:2000:10].

STC 33/2002, de 11 de febrero de 2002 [ECLI:ES:TC:2002:33].

STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004 [ECLI:ES:TC:2004:29].

STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:93].

Declaración TC 1/2004, 13 de diciembre de 2004 [ECLI:ES:TC:2004:1D].

Resoluciones de tribunales extranjeros:

Alemania:

BGHZ, 58, 40 a 47 = NJW 1972, 627.

OLG Hamm, 27.9.1993 - 13 U 71/93

BGH, el 23.1.1996| VI ZR 291/94

OLG Düsseldorf, 19.4.1996| 22 U 259/95.

BGH, 23.1.1996 - VI ZR 291/94

OLG Dresden, 1.4.2004 – 7 U 1994/03

LG Bonn, 21.3.2005 - 1 O 484/04

LG Ravensburg, 22.3.2007 - 2 O 392/06

LG Coburg, 22.1. 2007 – 14 O 462/06

OLG Brandenburg, 16.4.2008 – 7 U 200/07

OLG Hamm, 5.11.2008 – I- 13 U 81/08

OLG München, 19.1.2011 – 20 U 4661/10

LG Mönchengladbach, 31.8.2011, 11 O 252/08

OLG Hamm, 17.5.2011 - 27 U 209/00

OLG Koblenz, 2.3.2011 – 5 U 1273/10.

OLG Schleswig-Holstein, 28.8.2012 – 11 U 10/12

OLG Dresden, 30.1.2013 - 13 U 956/12

OLG Stuttgart, 19.6.2013 – 3 U 1/13

LG Deggendorf, 11.12.14 - 22 O 298/14

OLG München, 30.11.2016 - 3 U 2750/16

LG Köln, 15.8.2017 – 30 O 53/17

OLG Branderburg, 2.4.2020 – 12 U 112/19

Austria:

OGH, 13.12.2022

Escocia:

Anderson v. Lyotier t/a “Showbizz” [2008], harpermacleod.co.uk

Eslovenia:

Tribunal Supremo de Eslovenia (Vrhovno Sodišče) Case n.º II Ips 787/2009

Tribunal Superior de Eslovenia en Liubliana (I Cp 2219/2017 de 18.4.2018, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418\[51\]&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:82018SI0418[51]&from=EN))

Francia:

https://mafr.fr/IMG/pdf/11-_Chbres_reunies_2_dec_1941_arret_Franck.pdf

Cour d'Appel de Pau 1ère Chambre [Francia] ARRET DU 27/05/2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006941062/>

Cour de cassation en arrêt de 11.3.1997, Mobil North Sea Limited (MNSL) et. al. c. Comagnie française d'entreprises métalliques et. al. [Bulletin 1997, n.º 84]

Cour de cassation en arrêt n.º 428, de 30.4.2014 [13-11.932] Première chambre civile-ECLI:FR:CCASS:2014:C100428

Cour de cassation, chambre civile 1 [Francia], 14.3.2018, 16-27913 (<https://juricaf.org/arret/france-courdecassation-20180314-1627913>)

Cour de cassation, chambre civile 1 [Francia] 24.1.2018, n.º 17-10.959: JurisData n.º 2018-000857, en <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2018/JURITEXT000036635337>

Cour de Cassation, 1ère. chambre civile [Francia] Arrêt n.º 1080 de 18.12.2019 [18-14.827;18-18.709] ECLI:FR:CCASS:2019:C101080

Cour de Cassation première chambre civile [Francia] arrêt n.º 691 de 18.11.2020 [19.17.924] ECLI:FR:CCASS:2020:C100691

Grecia:

Tribunal Supremo de Grecia, n.º 1658, 5.10.2022.

Italia:

Corte Appello Torino [Italia], sez. III, 23.3.2019, n.º 874, en <http://dirittodeglisportdelturismo.jus.unitn.it/law-of-tourism-sport/blog/corte-appello-torino-sentenza-23-maggio-2019-n-874/>

Corte cassazione Bolzano [Italia], Cass. 25.2.2010, n.º 10822 y Cass. 19.3.2015, n.º 15711.

Japón:

Chiba District Court, 24.7.1997.

Reino Unido:

Castle vs. Perisher Blue Pty Limited [2020] NSWSC 1652, de 20.10.2020

Avonwick Holdings Ltd v Azitio Holdings Ltd & Ors [2020] EWHC 1844 [Comm] [14.7.2020] <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/1844.html>

Owen v. Galgey & Ors. [2020] EWHC 3546 [QB]