

EL PROYECTO DE REGLAMENTO ROMA II Y LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

ELISA TORRALBA MENDIOLA *

SUMARIO: I. EL PROYECTO DE REGLAMENTO ROMA II: 1. La norma de conflicto de carácter general: la *lex loci*. 2. La regla especial. 3. Neutralidad de la norma de conflicto. 4. Regulación de la previsibilidad. 5. Existencia de una relación jurídica previa entre las partes. 6. Autonomía de la voluntad. 7. Conexión comunitaria.- II. RELACIONES ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1973 Y EL FUTURO REGLAMENTO.- III. CONCLUSIONES.

Los trabajos destinados a establecer una serie de normas comunes a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales en el ámbito de la hoy llamada Unión Europea se iniciaron hace más de treinta años con el Anteproyecto de Convenio de 1972, que es el origen remoto del posterior Convenio de Roma de 1980. Frente al más ambicioso Anteproyecto que pretendía unificar las normas de conflicto relativas a los dos tipos de obligaciones, el Convenio de Roma se limitó a las contractuales precisamente por la dificultad constatada de alcanzar un consenso en las materias no contractuales. En la actualidad el Convenio de Roma está en vías de conversión en Reglamento comunitario siguiendo la línea que tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea y sobre la base de su artículo 65¹ se inició con el Regla-

* Prof. de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ De acuerdo con este artículo «Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: [...] b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción». (El artículo 67 se refiere al procedimiento para la adopción de dichas normas). Para un análisis de las discusiones sobre esta base legitimadora ver: C. KOHLER, «Interrogation sur les sources du Droit international privé européen après le Traité de Maastricht», *Rev. Critique*, 1999; J. BASEDOW, «The Communitarization of the Conflicts of Law under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, pp. 687 y ss; O. REMIEN, «European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice», *CMLR*, 2001, pp. 53 y ss; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, 1999; C. NOURISSAT- E. TREPOZ, «Quelques observations sur l'avant projet de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles «Rome II»», *JDI*, 2003, pp. 12-13.

mento 44/2001² y existe un Proyecto de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales cuya aprobación parece inminente.

En algún momento de la elaboración de estos textos se manifestaron ciertas tendencias partidarias de volver a la idea inicial de resolver conjuntamente ambas cuestiones. Esa posición, sin dejar de ser probablemente más adecuada porque por un lado supera la dificultad de elaborar una noción válida para todos los Estados miembro de lo que es contractual y lo que no lo es y de la calificación a dar a las cuestiones limítrofes y por otro porque en el ámbito de lo no contractual hay que valorar la existencia de relaciones o puntos de conexión entre las partes previos a la causación o la manifestación del daño, circunstancias que no pueden dejar de tenerse en cuenta en la determinación de la ley aplicable³, presentaba, sin embargo, el peligro de un nuevo fracaso o al menos otra nueva ralentización del proceso de aprobación de estos Reglamentos.

Por otra parte, no hay que olvidar en este contexto la existencia del Convenio de La Haya de 1973⁴, del que son parte algunos Estados miembro de la Unión Europea (en concreto Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos y Yugoslavia). Dado el carácter de los reglamentos comunitarios cuyas notas esenciales son la aplicabilidad directa y la obligatoriedad en todos sus elementos se hace necesario determinar cuándo se aplica uno u otro, ya que caben tres posibilidades que se analizan en páginas posteriores: i) las reglas del Reglamento sustituyen a las del Convenio para los Estados miembro de la Unión Europea que han ratificado este último; ii) dicha sustitución sólo se produce si la cuestión que se plantea es estrictamente intracomunitaria, o iii) para dichos Estados prima el Convenio de La Haya.

I. EL PROYECTO DE REGLAMENTO ROMA II

La versión del Proyecto de Reglamento Roma II en la que se basa este comentario es la última aparecida hasta ahora, es decir, la de 19 de mayo de 2006⁵. El Proyecto de Reglamento contempla la categoría general de obligaciones no contractuales (non contractual obligations)⁶ y establece para ellas una norma de conflicto de carác-

² Reglamento del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

³ Ver al respecto M. AMORES y E. TORRALBA, «XI tesis sobre el estatuto delictual», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2004.

⁴ Convenio hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, BOE número 21, de 25 de enero de 1989. Son Estados parte: Croacia, Eslovenia, España, ExRepública Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, Países bajos y Serbia y Montenegro.

⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II), 2003/0168 (COD).

⁶ Cuál vaya a ser la traducción que en el texto español se dé a estos términos está todavía por determinar, pero lo más previsible, porque esa es la terminología habitualmente usada es que se hable de obligaciones no contractuales o extracontractuales, terminología que se va a utilizar a lo largo de este trabajo sin perjuicio del

ter general junto a la que conviven con distinto alcance normas especiales para ciertas categorías de ilícitos, como la responsabilidad por productos, la competencia desleal, los daños al medio ambiente, la violación de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial y las obligaciones cuasi contractuales.

Como se ha puesto de manifiesto, la decisión de regular esta materia a escala comunitaria se justifica en la consecución de unas reglas uniformes que permitan mayor homogeneidad en las decisiones que en este ámbito se adopten en los Estados miembro de la Unión Europea como forma de alcanzar a su vez los objetivos comunitarios, pero tal finalidad unificadora viene acompañada de la percepción de la inadecuación de la regla *locus* que es la que rige con mayores o menores matices en los Estados miembro. El objetivo unificador se consigue con la simple adopción de una disposición de las características del Reglamento (contando por supuesto con la aplicación uniforme de sus reglas por los jueces estatales), con independencia de la mayor o menor adecuación técnica y práctica de las reglas contenidas en el mismo. Si se hace un esfuerzo en la elaboración de tales reglas que, sin abandonarla, se aparta de la solución tradicional en los Estados miembro debe ser porque se pretende mejorar el contenido de la regulación⁷.

1. La norma de conflicto de carácter general: la *lex loci*

La regla general contenida en el artículo 3 del Proyecto de Reglamento mantiene la aplicación de la *lex loci delicti* con carácter general, si bien especificando que por tal hay que entender el lugar en el que se produce o puede producirse el daño con independencia del lugar del acontecimiento causal y de los lugares en que se producen daños indirectos; pero, siguiendo una técnica desde luego inadecuada aunque no inhabitual, que consiste en colocar en segundo lugar la conexión que tiene carácter preferente, no se aplica el punto de conexión señalado si las partes (víctima y responsable) residen en el mismo Estado en el momento en que se produce el daño, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho Estado. Todo lo anterior está, a su vez, sujeto a que no

convencimiento acerca de la inadecuación de estos términos (Ver al respecto lo ya señalado en M. AMORES y E. TORRALBA, «XI Tesis...», cit.).

⁷ En este sentido, ver M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN, «Estado de origen vs Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado» en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, T. II, Eurolex, 2005, pp.1793-1795. Por otra parte, la sustitución de la *lex loci delicti* es probablemente uno de los aspectos del Derecho conflictual que más interés ha suscitado en la doctrina. Ver al respecto, JHC MORRIS, «The Proper Law Of a Tort», *H.L.R.*, 1951, pp. 881 y ss.; H. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktstatuts», *RebelsZ*, 1955, pp. 401 y ss.; KAHN FREUND, «Delictual liability and the conflict of laws», *R des C*, 1968, II, T. 124, pp. 5-166; W.W. PARK, «International products liability litigation, choosing the applicable law», *International Lawyer*, 1978, pp. 845-855; TH. DE BOER: *Beyond lex loci. Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, 1987.

se verifique una conexión más estrecha del supuesto con otro ordenamiento, especificándose que podrá entenderse que existen esos vínculos más estrechos si las partes estaban ligadas por una relación previa, como, por ejemplo, un contrato.

No se abandona, en consecuencia la *lex loci*, si bien ésta no se sitúa en primer lugar y, además, sí se aclaran algunos de los problemas interpretativos derivados de ella, al decantarse por el lugar del daño y no el del origen del mismo, haciendo con ello caso omiso a las críticas que apuntan a la posible multiplicidad de lugares del daño frente al único, o más habitualmente único, del acontecimiento causal⁸. A favor de esta opción se argumenta que en la concepción moderna el Derecho de la responsabilidad civil ya no se inclina hacia el castigo de un comportamiento culpable, sino que prima una función indemnizatoria, lo que se refleja sobre todo en el desarrollo de sistemas de responsabilidad objetiva sin culpa⁹. Pero esta regla plantea ciertos inconvenientes: la pretendida tendencia a la objetivación de la responsabilidad debe, cuanto menos, ser cuestionada puesto que en ordenamientos como el español la responsabilidad por culpa, con base en el artículo 1902 del Código Civil, sigue siendo la regla; además la conexión retenida favorece a los residentes en países donde la configuración de la responsabilidad es más estricta: si son causantes del daño porque no se aplicará su Derecho más estricto y si son víctimas porque normalmente el daño lo sufrirán en su lugar de residencia¹⁰.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que se sigue manteniendo la ausencia de argumentos que permitan afirmar la mayor adecuación del lugar del acontecimiento causal o del lugar del resultado y obligatoriamente a que nos planteemos si no hubiera sido más adecuado el mantenimiento de la regla de la ubicuidad. Pero, como se ha señalado, la regla locus no se retiene, ni siquiera en la disposición general, como criterio de conexión preferente, sino que sobre él prevalece en primer lugar la conexión de la residencia habitual común y en segundo la regla de los vínculos más estrechos, cuestiones sobre las que, con distinta extensión, se vuelve más adelante.

2. La regla especial

Como se ha señalado, el Proyecto individualiza ciertos sectores de la responsabilidad por daños a los que somete a conexiones separadas reflejando con ello la téc-

⁸ En este sentido C. NOURISSAT y E. TREPOZ, «Quelques observations...», p. 24. Es cierto, por otra parte, que para los casos en que previsiblemente se va a manifestar el daño en una pluralidad de lugares (medio ambiente, responsabilidad por daños, y, en ciertos supuestos, derecho al honor) esa crítica pierde fuerza.

⁹ C. NOURISSAT y E. TREPOZ, «Quelques observations...», p. 23; C.G.J. MORSE, «Torts in Private International Law: A New Statutory Framework», *ICLQ*, 1996, pp. 896 y ss.

¹⁰ Para un análisis más detallado ver M. AMORES y E. TORRALBA, «XI Tesis...», cit.

nica de la especialización material a la que ha tendido el Derecho internacional privado de las últimas décadas¹¹, con una remisión como conexión residual a la regla general o no según los casos. Uno de los sectores individualizados es el de la responsabilidad por productos, para el que el Proyecto de Reglamento establece una norma de conflicto que prevee la acumulación con una regla de dos puntos de conexión y la subsidiariedad entre tales reglas. En las páginas siguientes se van a valorar algunas de las cuestiones que esta norma suscita.

Como punto de partida, la definición de qué haya que entender por producto hay que extraerla de la Directiva 85/374/CEE que establece las reglas de derecho material comunitario en esta materia y cuyo artículo 2 prevé que es «*cualquier bien mueble, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por producto la electricidad*»¹². Pero esta remisión a la Directiva es sólo a efectos de la delimitación del concepto de producto y no se extiende a otras cuestiones. En concreto, la Directiva ha armonizado el Derecho material de los Estados miembro, estableciendo para los supuestos que contempla un régimen de responsabilidad objetiva, pero no constituye una armonización completa porque deja opciones a dichos Estados¹³, efectúa remisiones al Derecho interno¹⁴ y además, y sobre todo, no afecta al Derecho nacional de la responsabilidad por culpa¹⁵ y sólo cubre determi-

¹¹ Sobre esta cuestión ver J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

¹² El texto inicial de la Directiva tenía otro contenido, en el que se excluían las materias primas agrícolas y los productos de la caza («*A los efectos de la presente directiva se entiende por producto cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por materias primas agrícolas los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por producto se entiende también la electricidad*»), si bien se dejaba a los Estados miembro la posibilidad de considerarlos incluidos al redactar sus respectivas leyes de transposición (artículo 15, 1, a), pero fue modificado por la directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 1999 (DO L 141, de 4 de junio de 1999, pp. 20-21).

¹³ El artículo 15,1,b del texto comunitario prevé la posibilidad de que los Estados miembro dispongan en su legislación que «*el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en el que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto*» y el 16 les faculta para los Estados que limiten la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, sin que la cantidad pueda ser inferior a setenta millones de Euros.

¹⁴ En este sentido, los artículos 5 y 8 de la Directiva se remiten al Derecho interno para la regulación del derecho de repetir, el artículo 9 hace lo mismo en relación con el tratamiento de los daños inmateriales, el artículo 10 para la regulación de la suspensión o interrupción de la prescripción y el 14 se remite a los Convenios internacionales ratificados por los Estados miembro para el tratamiento de los daños causados por accidentes nucleares.

¹⁵ El artículo 13 de la Directiva prevé que ésta «*no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva*». Sobre este artículo ver, E. TORRALBA, *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa*

nados daños¹⁶. Por ello el ámbito de aplicación de la regla de productos de la Propuesta de Reglamento es más amplio que el de la Directiva 85/374, fundamentalmente porque se aplica también a las reclamaciones basadas en disposiciones puramente nacionales, es decir, no originadas en la Directiva.

Por otra parte el Proyecto usa la noción «obligación no contractual que resulta del daño causado por un producto», aclarando además que el concepto de daño se refiere a cualquier consecuencia que resulte de un delito o falta, enriquecimiento injusto, negotiorum gestio o culpa in contrahendo y que el Reglamento también será aplicable a las obligaciones no contractuales que pueden surgir y a los daños potenciales.

Dejando de lado las cuestiones señaladas, más o menos introductorias y delimitadoras del ámbito que se contempla, hay otras suscitadas por el Proyecto que, desde la perspectiva de las soluciones a adoptar, merecen mayor reflexión.

3. Neutralidad de la norma de conflicto

El carácter neutral o materialmente orientado de las normas de conflicto ha suscitado no poca literatura jurídica. Desde que la doctrina americana, con LEFLAR y CAVERS al frente, criticaran el carácter «ciego» del sistema conflictual, ésta ha sido una cuestión presente sobre todo en la regulación de ciertos sectores y, si bien es cierto que la norma de conflicto puede formularse con una orientación material que obligue a analizar el contenido de los ordenamientos en presencia para seleccionar el Derecho aplicable y dar una respuesta ajustada al caso concreto, no lo es menos que la participación en consideraciones de carácter material de la norma conflicto se puede conseguir también a través de otras fórmulas¹⁷.

Desde dicha perspectiva la opción otorgada al demandante en cuanto a la elección del Derecho aplicable, si admitida sin contrapartida, es una disposición pro-víctima, en la medida en que permite a ésta, en su posición de demandante, analizar el contenido de las leyes materiales eventualmente aplicables y decidirse por la aplicación de aquella que, *a priori*, le resulta más favorable.

comunitaria, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 58 a 62; G. ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante, Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Civitas, Madrid, Col. Estudios de Derecho Mercantil, 1990, p. 58 y ss; R. BERCOVITZ, «La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985», *Estudios sobre Consumo*, nº 7, abril 1986, pp. 102 y ss.

¹⁶ Según su artículo 9, los causados por muerte o lesiones corporales y los causados a una cosa o la destrucción de una cosa dentro de ciertos límites: que la cosa no sea el propio producto defectuoso y que sea de uso o consumo privado (en tal caso se aplica una franquicia de 500 Euros).

¹⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Cívitas, 1994, p. 408.

En abstracto, desde la perspectiva del Derecho conflictual, se podría optar por favorecer a una u otra de las partes, dando, en consecuencia a las normas una orientación material determinada, propiciando, por ejemplo, como se hace en el Convenio de La Haya en materia de alimentos¹⁸, la aplicación, entre varias leyes sucesivamente aplicables, de aquella que garantice la indemnización a la víctima, haciendo depender la sucesividad de que ello sea así o no. Pero cuando se negoció el también mencionado Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a los daños causados por productos, parte de la discusión inicial se centró en esta cuestión, optándose por una orientación neutral como más adecuada a la regulación de los aspectos conflictuales del sector, aproximación que es la que considero más adecuada, puesto que entiendo que no existen elementos objetivos que aconsejen romper el equilibrio de los intereses en juego: una orientación excesivamente pro-víctima puede llevar a desincentivar el desarrollo industrial de productos innovadores y la orientación contraria a la desincentivación del consumo¹⁹ (desde luego, con matices).

Si se analizan los casos en que se adoptan, con mayor o menor extensión, normas de conflicto con una determinada orientación material, ello obedece a que el Derecho sustantivo presenta dicha orientación (tal es el caso, por ejemplo, del citado Convenio de La Haya en materia de alimentos). Dicho en otras palabras: el Derecho internacional Privado sólo adopta tal orientación si principios de Derecho sustantivo presentes en el ordenamiento en que esa norma se integra (norma de conflicto de fuente autónoma) o en el conjunto de los ordenamientos en presencia (norma de conflicto convencional) asumen dicha orientación, pero no en otros casos: la orientación material, como su nombre evidencia, la impone, si es que lo hace, el Derecho material y no el Derecho Internacional Privado.

En este contexto no puede afirmarse que en el ámbito europeo de la responsabilidad por productos esa orientación material esté presente y así, si bien es cierto que en la exposición de motivos de la Directiva 85/374 se hace referencia en varias ocasiones a la protección de los consumidores, también lo es que se alude al «*justo reparto de los riesgos entre el perjudicado y el productor*»²⁰. En anteriores Propuestas

¹⁸ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, BOE n° 222, de 16 de septiembre de 1986.

¹⁹ Como se ha visto que ocurre, por ejemplo, desde una perspectiva material en la regulación de los riesgos del desarrollo. Ver al respecto P. SALVADOR y J. SOLÉ, *Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999. En este sentido señala el apartado 10 del Preámbulo del Proyecto que la norma de conflicto en materia de responsabilidad por productos debe alcanzar los objetivos de repartir de manera justa los riesgos inherentes a una sociedad moderna tecnológicamente, la protección de la salud de los consumidores, el estímulo de la innovación, el aseguramiento de la libre competencia, y la incentivación del comercio.

²⁰ Considerando 7. Sobre esta cuestión y, en concreto, sobre si la Directiva es o no un texto «de mínimos» ver, ELISA TORRALBA, *La responsabilidad del fabricante...*, cit., pp. 59 y ss; G. ALCOVER, *La responsabilidad...*, cit., pp. 63 y ss; o R. BERCOVITZ: «*La responsabilidad...*», cit., que, a diferencia de los anteriores, sí parece atribuir dicho carácter a la Directiva, p. 102.

se optaba por la neutralidad en la regla general y en la explicación que en la Exposición de motivos se hacía de las razones que justificaban la solución adoptada se señalaba que «*la norma responde también al deseo de encontrar un equilibrio razonable entre los divergentes intereses de las partes*», y que una opción concedida a la víctima supondría favorecerla, lo cual «*va más allá de las expectativas legítimas de la persona perjudicada y reintroduciría una inseguridad jurídica opuesta al objetivo general del Reglamento propuesto*».

No obstante, en versiones anteriores del Proyecto²¹ se contemplaba la posibilidad de otorgar al demandante una opción entre: i) la ley del país en el que la víctima tenía su residencia habitual cuando el daño se produjo; ii) la ley del país en el que el producto fue adquirido; iii) la ley del país en que se produjo el daño (in which the damage was sustained), entendido en el mismo sentido en el que aclara la regla general el concepto. Pero la opción de la víctima quedaba de alguna manera compensada por la posibilidad de que el demandado «desactivara» la aplicación de la ley así designada mediante el recurso a la previsibilidad, que le permite alegar que no podía prever la aplicación de la ley designada por la víctima. Es evidente que el demandante alegará o no dicha previsibilidad en función de que le vaya a resultar más favorable la ley designada por la víctima o la que sería aplicable de probarse la ausencia de previsibilidad. Esa fórmula era, desde mi punto de vista, una alternativa válida incluso desde el punto de vista de la neutralidad de la norma de conflicto. En la versión actual se ha preferido prescindir de la opción, manteniéndose, no obstante, puntos de conexión previsibles para la víctima (su residencia habitual, lugar de adquisición, lugar del daño), y cuya aplicación al responsable se corrige con la cláusula de previsibilidad.

4. Regulación de la previsibilidad

La referencia a la previsibilidad en el Proyecto de Reglamento merece desde mi punto de vista dos comentarios: uno se refiere al propio alcance que se da a la noción y otro a la ley aplicable en sustitución de la escogida por el demandante: la de la residencia habitual de aquel a quien se imputa la responsabilidad.

En versiones anteriores se contempla la posibilidad de introducir una noción subjetiva de la previsibilidad, y al definirla se hacía alusión al consentimiento de la persona cuya responsabilidad se reclama a la comercialización de productos del mismo tipo que el que causó el daño en el Estado cuya ley se pretende aplicar²². Frente

²¹ Propuesta de 20 de diciembre de 2004. 2003/0168 (COD).

²² Proposición de diciembre de 2004, citada.

a ella la previsibilidad objetiva en la que el supuesto responsable *«no pudo razonablemente prever»* tal comercialización, es mucho más adecuada.

La noción de previsibilidad debe constituir un elemento objetivo de valoración de la realidad de tal forma que sólo una previsibilidad razonable, entendiendo por tal la que se produce cuando el producto se comercializa en un Estado por los cauces habituales debe ser tenida en cuenta. Por ello, cualquier referencia a la necesidad de consentimiento a la comercialización del producto en un Estado concreto no responde a la caracterización deseable de la figura. Ésta se introduce únicamente con la finalidad de evitar que el sujeto cuya responsabilidad se reclama la vea enjuiciada conforme a la ley de un Estado en el que no pudo considerar que fuera posible la comercialización de sus productos del tipo de aquél que causó el daño y no para proteger aquellas situaciones en las que no hubo un consentimiento específico a la comercialización en ese Estado en concreto, siendo así que ésta entraba dentro de lo razonablemente posible.

Por ello hay que valorar positivamente que el futuro Reglamento olvide cualquier referencia al consentimiento y se mantenga en una línea objetiva, al igual que hace el Convenio de La Haya de 1973, cuyo artículo 7 alude a la situación en que *«la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo habrían de comercializarse en el Estado de que se trate»*.

En relación con lo anterior, se ha eliminado cualquier alusión a que la puesta en comercialización en un Estado miembro implica la aceptación de que se comercialice en los demás que tal vez pueda parecer una aclaración superflua, ya que, si hablamos de un mercado interior, en el que, junto a otras libertades básicas se garantiza la libre circulación de mercancías, aquél que decide comercializar su producto en uno de los Estados que lo integran acepta tácitamente su comercialización en los demás y, de no ser esa su voluntad, deberá oponerse a ello. No obstante, la aclaración no está de más y puede operar como presunción de forma que sólo si existe una voluntad expresa o tácita del demandante en un sentido contrario a la comercialización de sus productos en un mercado de la Unión podrá prosperar la previsibilidad, no en caso contrario.

En cuanto a la aplicación, cuando prospera la alegación de la previsibilidad, de la ley de la residencia habitual de aquél a quien se imputa la responsabilidad, es la misma que el Convenio de La Haya prevé y se justifica como última solución, ya que, si en ninguno de los otros Estados eventualmente más conectados era previsible la comercialización eso se debe tal vez a que el fabricante nunca pretendió la internacionalización de su actividad y que ésta se haya producido es más imputable a terceros que a su propia actuación. En un sistema de conexiones cumulativas y de normas de conflicto subsidiarias de las características del previsto en el Convenio de La Haya, la afirmación anterior cuanto menos no carece de sentido, pero esa justifi-

cación es mucho más dudosa en el Proyecto en que el juego de conexiones es mucho más limitado.

Todo lo anterior no supone el rechazo absoluto de la residencia habitual de aquél cuya responsabilidad se reclama como punto de conexión, sino de la rapidez con que dicho punto de conexión aparece en escena, sin haber agotado la posibilidad de recurrir a soluciones que garanticen la aplicación de una ley con mayor conexión con el supuesto de hecho.

Por otra parte, el mismo concepto de residencia habitual, también referido a la víctima, pero sobre todo de aquél cuya responsabilidad se reclama plantea no pocos problemas.

En este sentido, el artículo 19 del Proyecto trata de delimitar el concepto de residencia habitual y, así como para las personas físicas se prevé que si éstas actúa en el curso de sus actividades comerciales será su principal lugar de negocio, para las jurídicas se señala que su residencia habitual será el lugar de su administración central, salvo que el daño ocurra en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, en cuyo caso el lugar de ese establecimiento será considerado residencia habitual. Esta definición pretende acercar la ley aplicable en la mayor medida de lo posible al supuesto de hecho pero permite que las sociedades instalen sus centros de producción en lugares con estándares de responsabilidad más bajos que aquéllos donde tiene situada su administración central, con una legislación en esta materia poco exigente, mientras que las decisiones se adoptan en Estados muchos más protectores de los intereses de la víctima. Por ello, creo que el criterio debería ser el contrario eliminando por tanto la salvedad y dejando como elemento delimitador de la residencia el lugar desde el que se toman las decisiones que presumiblemente coincidirá con el de su administración central y ello no sólo para los establecimientos sin personalidad propia, sino también para los casos en que se actúe a través de filiales, pero cuyas decisiones vienen tan definidas por la matriz que se encuentren en una situación de dependencia más propia de las sucursales que de aquéllas.

O, tal vez mejor, dejar una opción a la víctima entre considerar residencia habitual el lugar de la administración central o el de la sucursal de una manera similar a lo que hace el artículo 5 del Reglamento 44/2001, en materia de competencia judicial, al establecer el llamado «pequeño domicilio»²³.

²³ Según este artículo *«las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: [...] 5. Si se tratarse de litigios relativos a la explotación de sucursales agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios»*, lo que implica que para ese tipo de litigios el demandante puede escoger entre interponer su demanda frente a la sociedad matriz ante los tribunales del Estado del domicilio de esta sociedad matriz o los del lugar de situación del establecimiento en cuestión.

5. Existencia de una relación jurídica previa entre las partes

Otra de las cuestiones que suscita la regulación conflictual de esta materia es la de si la existencia de una previa relación entre las partes puede— o incluso debe— de alguna forma incidir en la determinación de la norma de conflicto.

En el Proyecto de Reglamento esa posibilidad se contempla en la regla general del artículo 3 porque se considera que en la valoración de la existencia de vínculos estrechos con un ordenamiento determinado se tendrá en cuenta la existencia de una previa relación contractual entre las partes y lo mismo en la regla de productos. En versiones anteriores se consideraba también como elemento determinante de la existencia de vínculos estrechos el hecho de que la víctima y la persona a quien se imputa la reponsabilidad residieran en un mismo Estado. Eso ha sido eliminado de la regla sobre productos, lo que merece una valoración positiva, ya que si bien ambas situaciones presentan un elemento común —evidencian una relación entre las partes que va más allá de la pura relación que genera la responsabilidad por daños— en un sentido estricto los dos supuestos (relación contractual previa y residencial habitual común) presentan elementos diferenciadores que justifican una también diferente valoración. Entre otras cuestiones, la relación contractual previa resulta de la voluntad concurrente de las partes, circunstancia que no se puede afirmar de la residencia habitual común, sino que es resultado de una simple coincidencia fáctica, lo que por sí mismo parece hablar a favor de dar más relevancia la primera de las circunstancias mencionadas que a la segunda²⁴.

Junto a lo anterior, en el ámbito de la responsabilidad por productos con frecuencia la reclamación de la víctima se dirigirá a un demandante con el que le liga una relación jurídica previa, por tratarse de aquél que le suministró el producto, posibilidad que contempla la directiva 85/374/CEE (y la correspondiente ley de transposición española), y que además es la más previsible porque es la opción más fácil para el dañado. Es decir, en ocasiones, y el de la responsabilidad por productos es un buen ejemplo de ello, las obligaciones resarcitorias surgen precisamente por la existencia previa entre las partes de un vínculo contractual, aunque sean externas al ámbito puramente contractual que define a ese tipo de relación, y por ello tiene sentido que la ley aplicable a tales obligaciones sea la misma que la que rige la relación en cuyo ámbito se originan. Yendo más lejos, razones de índole práctica justifican que la misma solución se adopte en aquellas situaciones en las que las obligaciones no derivan de una relación preexistente entre las mismas partes, o no se inscriben en el ámbito de intereses común a las partes por razón de una relación previa, pero surgen entre quienes sí se encuentran en tal relación, fundamentalmente porque de esta ma-

²⁴ Pese a ello, como se ha señalado, la regla general prima a esa residencia.

nera se reducen los problemas que plantea la calificación como contractual o no de las obligaciones resarcitorias que nacen en tales situaciones²⁵.

Más discutible parece, sin embargo, tener en cuenta otras circunstancias, distintas de la existencia de una relación jurídica previa pero que vinculan a las partes en cuanto las sitúan en el ámbito de un mismo ordenamiento. Si bien la aplicación de la ley de la residencia habitual común presenta obvias ventajas prácticas derivadas por una parte de la previsibilidad – es razonable pensar que en tales circunstancias los sujetos implicados puedan considerar previsible la aplicación de dicha ley– como de la mayor facilidad de aplicación de dicha ley tanto para las partes como para el juez previsiblemente competente, que muy probablemente será el del domicilio, no por ello funciona necesariamente como regla general de aplicación rígida. Y ello fundamentalmente porque su aplicación a supuestos en los que existan más de dos sujetos en la obligación unos con la misma residencia habitual o domicilio y otros no, supondría aplicar leyes distintas en relación con cada uno de ellos con base exclusivamente en circunstancias personales de las partes (no es que aplicando otras reglas no se llegue también a la aplicación de leyes distintas, pero lo que justifica la conexión con una u otra no será una circunstancia personal, sino otro tipo de circunstancias, más relevantes para – y sobre todo más directamente conectadas con – los hechos que se pueden llegar a plantear). De ahí que, la residencia habitual común deba figurar como uno de los elementos, junto con otros, a tener en cuenta en la determinación de los vínculos más estrechos pero no es adecuado como conexión a retener en primer lugar.

6. Autonomía de la voluntad

La voluntad de las partes lleva tiempo siendo defendida como uno de los principios de regulación a tener en cuenta en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones derivadas del daño²⁶. Que a un acuerdo de sumisión a una determinada ley se pueda llegar una vez surgida la controversia es difícil de imaginar, salvo quizás en situaciones muy excepcionales, pero sí pueden ser más frecuentes los pactos que se celebran en aquellos casos en los que existe un contrato anterior entre las partes, en el que se acuerda la ley que se debe aplicar no sólo a las controversias de carácter contractual, sino también a las no contractuales que eventualmente se produzcan como

²⁵ Sobre esta cuestión: J. KROPHOLLER, «Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatuts», *RabelsZ*, 1969, pp. 625 y ss; M. AMORES y E. TORRALBA, «XI Tesis...», cit.

²⁶ J. KROPHOLLER, «Ein Anknüpfungssystem...», cit., pp. 640 y ss; G. CARELLA, *Autonomia della volontà ed scelta di legge nel Diritto internazionale privato*, Bari, 1999, pp. 189 y ss; M. FALLON, «L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle», *Mélanges Roger O. Dalcq*, 1994, pp. 159 y ss ; y V. HEIN, « Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht », *RabelsZ*, 2000, pp. 595 y ss.

consecuencia de su relación. Eso en el ámbito de la responsabilidad por productos es fácilmente imaginable: el fabricante que vende a la víctima el producto incluye en el contrato de compraventa una cláusula en la que se indica la sumisión a una ley determinada, a fin de que ésta rija tanto eventuales cuestiones contractuales como las que puedan derivar del daño causado por el propio producto.

Es cierto que la admisión de la autonomía de la voluntad sin limitaciones en un supuesto como el descrito parece chocar con las reglas comunitarias en materia contractual, en la medida en que en no pocos casos el adquirente del producto, que posteriormente resulta dañado por el mismo, podrá ser considerado un consumidor protegido por el Convenio de Roma de 1980 ya mencionado, y, en consecuencia, se admitirán los acuerdos de designación de ley aplicable con las limitaciones previstas por éste en su artículo 5: la designación no puede producir el efecto de privar al consumidor de la protección que le otorguen las leyes del Estado de su residencia habitual en la materia. Pero la regla del artículo 5 del Convenio de Roma parte de la base de que al consumidor protegido se le garantiza también un criterio de conexión objetivo que le favorece— el de su residencia habitual— en tanto que se le considera una parte débil en una relación contractual y lo que se pretende es evitar que a través de la admisión de conexiones subjetivas se «burle» dicho objetivo de protección. Eso no ocurre en la materia que aquí nos ocupa: puesto que hemos partido de la base de que no hay motivos para considerar la existencia de una situación inicial de desequilibrio en los supuestos de responsabilidad por productos, no se prevé tampoco en el sistema del Reglamento un mecanismo de protección y, no habiéndolo, no hay posibilidad de ignorarlo. Por ello, de entrada nada debería impedir en el sistema del Proyecto de Reglamento la designación de la ley que las partes consideren oportuna para estos supuestos de la responsabilidad por daños sin limitaciones²⁷.

No obstante, esta afirmación debe ser matizada porque dicha solución produce de entrada una cierta resistencia: en los casos en que el dañado es consumidor a efectos contractuales y se le protege porque en sus posibilidades de negociar dicho contrato no se encuentra en relación de igualdad con su co-contratante, que puede imponerle la aplicación de una ley claramente perjudicial para sus intereses, la situación de desequilibrio se extiende a todo lo que se pacta por contrato, sea designación de la ley aplicable a una materia o a otra. Eso aconseja que o bien se imponga la necesidad de que, en casos de elección previa, la ley designada sea la misma para los supuestos contractuales y los extracontractuales, con la limitación establecida en el ya mencionado artículo 5 del convenio de Roma (que creo que es lo más adecuado porque cumple una segunda finalidad: la de unificar materia contractual y extracontractual evitando con ello los problemas de delimitación de ambos conceptos), o se admite la elección de dos leyes distintas, pero se extiende la limitación mencionada también a

²⁷ En relación con estas cuestiones ver M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: «Estado de origen...», cit., esp. pp. 1800 y ss.

la materia extracontractual²⁸. Evidentemente, eso se refiere sólo a los supuestos de víctima-consumidor, pero no a los casos en que no lo sea, en que no hay porqué introducir límites a la elección, como tampoco se hace en el ámbito contractual.

El Proyecto de Reglamento²⁹, en su redacción actual, prevé la posibilidad de que las partes escojan la ley aplicable con posterioridad a la producción del daño salvo en el caso de que todas las partes estén desarrollando una actividad comercial, en el que podrán designar dicha ley en un acuerdo negociado con anterioridad al acontecimiento que causa el daño. Se añade que la elección debe ser expresa o resultar con certeza razonable de las circunstancias del caso y que además la elección no puede perjudicar los derechos de terceros.

Por otra parte, se incluye una cláusula, trasunto del artículo 3.3 del Convenio de roma de 1980, que prevé que si todos los elementos relevantes en el momento en que se produce el daño se sitúan en un mismo Estado y éste es distinto de aquél cuya ley se ha designado, la elección no producirá el efecto de impedir la aplicación de las leyes de ese país que no puedan ser derogadas por contrato. Y lo mismo ocurrirá si tales elementos no se sitúan sólo en un Estado sino en varios Estados miembros de la comunidad y existen disposiciones comunitarias en la materia.

La solución propuesta supone de hecho limitar temporalmente la posibilidad de elección sólo en el caso de consumidores, pero no en los demás, lo cual es desde mi punto de vista coherente si hay que establecer límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad sólo se justifican para el dañado-consumidor, pero no para el resto de los casos. Otra cuestión es qué tipo de límites hay que establecer y, desde ese punto de vista, entender que sólo son admisibles los acuerdos posteriores al daño o al nacimiento del litigio es excesivo; junto a esa posibilidad habría que incluir la de designar la ley que se considere más adecuada sin que eso pueda servir para privar a la víctima de la protección que le proporcionarían las normas del Estado de su residencia si las hubiere, en paralelo a lo que se hace en materia contractual.

Cuestión distinta es el alcance de estas cláusulas, que sólo producirían efectos inter-partes, es decir, entre aquellos que concluyen el contrato en el que se inserta, sin perjuicio de la posibilidad de que el fabricante las imponga a los distintos eslabones de la cadena de comercialización para que éstos, a su vez, las trasladen a los adquirentes, que, en ese caso, sí estarán vinculados por ellas tanto frente al fabricante como frente al distribuidor del que adquieren³⁰.

²⁸ Desde mi punto de vista, si tiene sentido la elección hecha con anterioridad al nacimiento del litigio es precisamente para conseguir que tanto las cuestiones contractuales como las extracontractuales se sometan a la misma ley, es decir, la justificación es, al menos en un aspecto, la misma que subyace en la toma en consideración de la existencia de una relación contractual previa en la valoración de los vínculos estrechos.

²⁹Cuál vaya a ser la ubicación final de esta regla, caso de mantenerse, no resulta claro ya que se numera como artículo 3 A pese a estar en el Capítulo 4 y corresponderle correlativamente el número 10.

³⁰ Todo lo anterior se afirma desde la perspectiva de la coherencia con las soluciones conflictuales en materia de consumidores actualmente en vigor, pero no entra en valoraciones acerca del propio concepto de consumidor

7. Conexión comunitaria

Por otra parte, y desde una perspectiva completamente distinta, dada la previsión del artículo 2 del Proyecto de Reglamento de que la ley aplicable en virtud de sus reglas lo es con independencia de que sea o no la ley de un Estado miembro, hay que cuestionarse si no sería conveniente la introducción de una regla que contemplara la conexión comunitaria del supuesto, es decir, que previera con carácter general en la concreción de la cláusula de los vínculos más estrechos, y no sólo para los casos en que las partes hayan designado la ley aplicable, que en aquellos supuestos que presentan todas las conexiones relevantes con Estados miembro de la Unión Europea, y la materia objeto del litigio haya sido regulada por ésta, dichos Estados sean tenidos como uno solo a efectos de la determinación de la ley aplicable. En caso contrario, la dispersión geográfica dentro de la Unión Europea podría llevar a la aplicación del Derecho de un tercer Estado con el que el supuesto también tiene alguna vinculación, en detrimento de la aplicación de un Derecho armonizado³¹.

La cláusula propuesta llevaría a la aplicación del Derecho de un Estado miembro, pero habría que decidir todavía de cuál entre ellos, ya que, si bien es cierto que la cuestión pierde parte de su relevancia, porque partimos de la base de que estamos ante ordenamientos armonizados, armonización no equivale a uniformización, con lo que pueden subsistir ciertas divergencias. En ese sentido la solución es la aplicación del Derecho, se entiende que armonizado, del Estado del foro, si ha sido adecuadamente implementado³².

y, en concreto, de la extensión de la protección sólo a los llamados consumidores pasivos que debe recibir una valoración negativa. En este sentido, M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN, «Estado de origen...», cit., pp. 1804 y ss.

³¹ En relación con el mencionado carácter universal previsto para el Reglamento señala la Exposición de Motivos del Proyecto de diciembre de 2004, citado, la artificialidad en la separación entre litigios comunitarios y extracomunitarios debido a la imbricación de las relaciones económicas en el Mercado interior, que hace que un litigio presente siempre un carácter potencialmente intracomunitario. No obstante, esto que sirve como argumento para justificar el carácter *erga omnes* de la regla no es incompatible con la regla de conexión comunitaria señalada que no se destina a aplicar el Derecho de un determinado Estado miembro por partir de un principio apriorístico que supondría afirmar la superioridad de la legislación de cualquier Estado miembro respecto de cualquier tercer Estado, sino por considerar que hay razones que justifican la preservación del Derecho armonizado y la consideración, cuando las condiciones para afirmar la existencia del mercado interior se producen, de que es necesario favorecer el funcionamiento efectivo del mismo. Por otra parte no deja de ser cierto que en la medida en que la Directiva deja pervivir los regímenes estatales en materia de responsabilidad, la cláusula de conexión comunitaria sólo se justifica realmente si el demandante basa su reclamación en alguna de las leyes de transposición, pero no en los demás casos.

³² En esa línea se sitúa el Proyecto cuando regula esta situación respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Otra cuestión sería aquella en que el Estado miembro no ha llevado a cabo la transposición de la Directiva o ésta es incorrecta. Dado que estos textos no son de aplicación directa a relaciones horizontales (por todas, sentencia de 26 de febrero de 1986, en el asunto 152/84, Marshall, Rep. 1986, pp. 723-751) y que no todas las transposiciones incorrectas pueden resolverse por la vía de la interpretación conforme (por todas, sentencia de 13 de noviembre de 1990, en el asunto 106/89, Marleasing, Rep. 1990, pp. I-4135-I-4161) sería necesario arbitrar un mecanismo

II. RELACIONES ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1973 Y EL FUTURO REGLAMENTO

Algunos de los Estados miembro de la Unión Europea son también parte en el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos³³. Tanto este Convenio como el Proyecto de Reglamento determinan que las soluciones que prevén se aplicarán con independencia de que la ley así designada sea la de un Estado miembro de la Unión Europea o parte del Convenio de La Haya respectivamente³⁴. En esta situación se hace necesario determinar para los Estados miembro de la Unión Europea que a su vez son parte del Convenio de La Haya qué texto deben aplicar para la determinación de la ley aplicable a un supuesto internacional de responsabilidad por productos. El Proyecto de Reglamento ya prevé esta situación al establecer en su artículo 25 la aplicación preferente de los Convenios concluidos con anterioridad por los Estados miembro, lo que no parece, desde luego, la solución más adecuada, habida cuenta de la finalidad que inspira y justifica la adopción del Reglamento.

En efecto, este artículo prevé que «*el Reglamento no impedirá la aplicación de Convenios internacionales en los que uno o más Estados miembro sean parte en el momento de la adopción del Reglamento y que establezcan normas de conflicto referidas a obligaciones no contractuales*» para añadir que «*sin embargo, este Reglamento tendrá prioridad frente a los siguientes Convenios concluidos exclusivamente entre dos o más de ellos en la medida en que se refieren a materias contempladas en este Reglamento*» (art. 25), previéndose además que los Estados miembro deberán notificar a la Comisión la lista de tales Convenios, así como las denuncias posteriores de los mismos (art. 26).

En relación con lo anterior, el Convenio de La Haya de 1973 tuvo la innegable virtud de acoger una técnica relativamente novedosa, la del *grouping of contacts*³⁵ y

que permitiera dejar de aplicar el ordenamiento interno que se encuentra en esa situación y sustituirlo por otro en el que la transposición no plantea problemas, porque, en caso contrario, la finalidad perseguida por la cláusula de conexión comunitaria no se alcanzaría.

³³ Claro ejemplo de la especialización normativa a la que se refiere el profesor J. GONZÁLEZ CAMPOS en el ya citado *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation...*, cit., pp. 162 y ss.

³⁴ Artículo 2 del Proyecto y 11 del Convenio de La Haya.

³⁵ Ver al respecto, A. DYER, «The Hague Convention on the law applicable to products liability after one fifth of a century», *International Litigation Quarterly*, diciembre 1993, pp. 41-550; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Études suisses de Droit international, 1985, p. 189; D. CAVERS, «The proper law of producers liability», *The choice of law, Selected essays, 1933-1983*, Durham, Duke University Press, 1985, pp. 288-320; KAHN FREUND, «Delictual liability and the conflict of laws», *R des C*, 1968, II, t. 124, pp. 5-166; W.W. PARK, «International products liability litigation, choosing the applicable law», *International Lawyer*, 1978, pp. 845-855. En España, E. ZABALO ESCUDERO, «La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en Derecho internacional privado español», *REDI*, 1991, pp. 91-93.

de elaborar una serie de disposiciones que, al menos en línea de principio, garantizaban la aplicación al supuesto de hecho de la ley que presentaba los vínculos más estrechos con el mismo, frente a la aplicación de la ley del lugar del daño, que no siempre garantizaba esa finalidad, a la par que conseguía un equilibrio, matizado en ciertos casos, entre los intereses de ambas partes³⁶. No obstante, su aplicación práctica ha sido escasísima y ello se debe no sólo a que es ésta una materia en la que con mucha frecuencia los conflictos se resuelven a través de transacciones extrajudiciales, sino también a la innegable complejidad del texto de La Haya, en el que no sólo se contemplan cuatro reglas subsidiarias con puntos de conexión cumulativos, corregidas a su vez por la referencia a la previsibilidad, sino que además el orden en que son presentadas es el inverso a aquél en el que deben ser aplicadas³⁷.

Frente a ello, la regulación proyectada por el Reglamento presenta la ventaja de una mayor simplicidad y, en consecuencia, más fácil aplicación. Eso, unido a que si la finalidad del Reglamento es unificar las soluciones en el ámbito comunitario como forma de facilitar la realización del mercado interior y que tal fin no se consigue si sólo se unifica en unos Estados y no en otros haría aconsejable que la solución que se adoptara en el Reglamento fuera la contraria a la prevista, es decir, la aplicación del Reglamento en sustitución del Convenio de La Haya de 1973.

Lo anterior exigiría la denuncia de dicho Convenio por los Estados que, habiéndolo ratificado, son miembros de la Unión Europea, lo cual, si nos atenemos a lo previsto para la denuncia por el propio Convenio, no puede hacerse en cualquier momento, ya que se prevé una duración del Convenio de cinco años y sus prórrogas tácitas por periodos de la misma duración salvo que se denuncie el mismo, lo cual

³⁶ El Convenio prevé en primer lugar (aunque el orden de su articulado pueda hacer pensar otra cosa, hay que aplicar primero las soluciones de su artículo 5 y solo en defecto de que se verifiquen las conexiones previstas por este las del 4, tal como resulta del tenor literal de ambos textos) que, para los casos de responsabilidad por daños causados por productos, la legislación aplicable será la del derecho interno del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada si coincide con i) el Estado del establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad o ii) el Estado en cuyo territorio hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada. En su defecto se aplica la ley del estado en cuyo territorio se haya producido el daño si coincide con i) el Estado de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o ii) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se imputa la responsabilidad o iii) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada. En defecto también de estas conexiones se considera que el supuesto está tan deslocalizado que hay que dejar al demandante la opción entre el Derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, a menos que base su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiese producido el daño. Esta opción del demandante se compensa en cierta medida con la referencia del artículo 7 a la previsibilidad de la que evidentemente el demandante hará o no uso en función de sus intereses.

³⁷ Por todo lo señalado las soluciones del Convenio no estuvieron exentas de críticas. Ver al respecto A. SARAVALLE para quien la utilidad, desde el punto de vista práctico, de las soluciones adoptadas por el Convenio es dudosa: *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1991, pp. 185-187.

sólo puede hacerse mediante la notificación previa, con una antelación de al menos seis meses, al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, lo que implica que la denuncia del Convenio por parte de los Estados miembro no será efectiva en cualquier momento sino sólo al fin de alguno de tales períodos de prórroga.

Por otra parte, incluso si se mantiene la solución actualmente prevista y el Convenio de La Haya prima sobre el Reglamento, en los Estados miembro en los que en el supuesto de hecho la víctima reclama a quien le transmitió el producto no se aplicará el Convenio de La Haya, sino el Reglamento, así como en los casos en los que el producto causante del daño sea una materia prima agrícola y el caso se plantee ante los tribunales de un Estado que, como España, ha hecho uso de la reserva que permite la inaplicación del Convenio de La Haya a las mismas. Es decir, incluso de mantenerse la solución actual, el Reglamento tendrá un amplio margen de aplicación también en los Estados que han ratificado el Convenio.

En relación con lo anterior, el Convenio establece en su artículo 1 la exclusión de su ámbito de aplicación de aquellos casos en que la propiedad o el disfrute de un producto hubiere sido trasferido a la persona que sufra el daño por aquél a quien se imputa la responsabilidad, limitación que, sin embargo, no contempla, al menos de manera expresa, el Proyecto de Reglamento. La exclusión de tales supuestos del Convenio de La Haya se justificó en la voluntad de excluir las relaciones de carácter contractual de su ámbito material y limitar su aplicación a las que no lo son, para lo que se consideró más adecuado no utilizar categorías jurídicas que pudieran dar lugar a problemas de calificación, sino partir de un criterio fáctico: que existiera transferencia directa del producto entre causante del daño y dañado. Pero la forma de esta exclusión ha sido desde el principio objeto de críticas doctrinales, que han entendido que con la formulación adoptada se excluían también ciertas cuestiones no contractuales que existían con independencia de que las partes pudieran además estar ligadas por una relación de carácter contractual. Si bien es indudable en el caso del Proyecto que pretende aplicarse únicamente a las obligaciones de carácter no contractual, porque así lo dice expresamente, no delimita la noción de la forma en que lo hace el Convenio de La Haya, lo que no puede, según lo anterior, ser valorado sino como un acierto, que permitirá aplicar el Reglamento a casos excluidos del Convenio de La Haya por esa circunstancia.

Junto a ello, el Convenio de La Haya de 1973 no se aplica en España a las materias primas agrícolas sin transformar dado que nuestro país hizo uso de la reserva admitida por su artículo 16 en virtud de la cual cualquier Estado contratante, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión podrá reservarse el derecho de no aplicar el Convenio a los productos agrícolas brutos³⁸. Ello supo-

³⁸ La posibilidad de plantear esta reserva fue introducida en el Convenio a iniciativa del profesor GONZÁLEZ CAMPOS. *Actes et Documents de la 12ème session*.

ne que de plantearse ante un juez español un supuesto internacional de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en el que el producto causante del daño fuere una materia prima agrícola, dicho juez no determinará la ley aplicable de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1973, sino, una vez el Reglamento esté en vigor, con las disposiciones contenidas en éste, ya que, como se ha visto, éste, al deber ser integrado por la Directiva que ha eliminado tal exclusión sí se aplicará a ese tipo de supuestos.

De lo anterior resulta que, incluso si se mantiene la regla prevista en el Proyecto de Reglamento y se prima la aplicación del Convenio de La Haya frente al Reglamento, éste no dejaría de aplicarse en los Estados miembro que ratificaron aquél al menos en dos situaciones: a) aquéllas en las que el producto causante del daño sea una materia agrícola, situación que no parece que sea susceptible de producir un gran número de supuestos y b) aquella otra, previsiblemente más frecuente en que el producto haya sido transmitido a la víctima por aquél a quien se imputa la responsabilidad.

Una cuestión que puede suscitar ciertos problemas en relación con lo anterior, problemas que no pretenden aquí ser resueltos sino sólo apuntados, es la posibilidad admitida por el Derecho material de los Estados miembro, como consecuencia de lo previsto en la directiva, de la llamada responsabilidad en cascada³⁹ que permite al demandante demandar a aquel que le ha suministrado el producto (en los casos en que el fabricante no puede ser identificado), quien, a su vez, puede identificar al fabricante o a aquél que le suministró dicho producto, a efectos de que la demanda se «reconduzca» frente a él. Eso plantea no pocas dificultades, unas de orden procesal y otra, que es la que aquí nos interesa: la de la determinación de la ley aplicable. En efecto, dada la imposibilidad de aplicar el Convenio de La Haya a las relaciones contractuales, a la reclamación de la víctima frente a aquél que le ha suministrado el producto deberá aplicarse la ley designada según los criterios proporcionados por el Reglamento, mientras que en el resto de los casos en que no existe esa relación con-

³⁹ Señala la Directiva a este respecto en su artículo 3.3 que «*Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en estos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor*». Por su parte, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos reproduce dicho artículo casi literalmente si bien fijando qué plazo puede ser considerado razonable, al establecer en su artículo 4.3º que «*Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiese suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante*».

tractual entre demandante y demandado será el Convenio de La Haya el aplicable de mantenerse la solución actual en relación con la primacía de uno u otro texto.

III. CONCLUSIONES

La elaboración de un texto de Derecho internacional privado comunitario que regule las cuestiones relativas a la responsabilidad por daños debe ser positivamente acogida. Dejando de lado la mayor o menor oportunidad de elaborar dos Reglamentos, Roma I y Roma II, para regular cuestiones tan estrechamente relacionadas que hubiera sido deseable, de haber sido también posible, regular en uno solo, el Proyecto merece en general una valoración positiva.

Positiva es, desde mi punto de vista, la elaboración de una regla general y de otras especiales para ciertos supuestos, así como asumir que el punto de partida debe ser la neutralidad y que, en consecuencia, las normas de conflicto adoptadas no deben responder a la protección de los intereses de ninguna de las partes. Frente a ello, hay otras cuestiones que pueden ser criticadas y que se han apuntado en las páginas anteriores, como son la concreción de la regla locus en el lugar de manifestación del daño, que no creo responda a argumentos suficientemente relevantes, lo que aconsejaría mantener la regla de la ubicuidad, o la importancia dada a la residencia habitual común en un mismo Estado, que a mi juicio no debería tener entrada más que como manifestación de la posible existencia de vínculos estrechos con el Estado donde dicha residencia se localiza. Por otra parte, hay otras cuestiones que deberían ser matizadas, como el tratamiento de la previsibilidad, para asegurar que ésta es una previsibilidad objetiva, la importancia de la existencia de una relación previa entre las partes o el juego de la autonomía de la voluntad en este sector.

Por otra parte, la solución que se prevé respecto de las relaciones entre el futuro Reglamento y el Convenio de La Haya de 1973 puede también ser cuestionada puesto que existen argumentos, tanto de índole práctica como derivados de la propia lógica de la integración comunitaria que harían aconsejable la primacía del primero respecto del segundo y no a la inversa.

En cualquier caso, las páginas anteriores no pretenden ser otra cosa que una reflexión sobre algunos de los problemas que el sector de la responsabilidad por daños, y más en concreto por daños causados por productos, plantea en el ámbito del Derecho internacional privado, que espero merezcan la aprobación del Profesor GONZÁLEZ CAMPOS, que me inició en el estudio de estas cuestiones, y en cuyo homenaje se escriben.