

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*

THE RELEVANCE OF THE MANDATORY PROVISIONS IN THE FIELD OF THE LAW APPLICABLE TO NON CONTRACTUAL OBLIGATIONS OF THE ROME II REGULATION: LIMITS ON THE APPLICATION OF THE LEX CAUSAE

Javier Maseda Rodríguez*

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. *LEX CAUSAE* Y NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS. III.- *LEX CAUSAE*, NORMAS IMPERATIVAS INTERNAS Y NORMAS IMPERATIVAS COMUNITARIAS: LÍMITES A LA *LEX CAUSAE* SELECCIONADA A TRAVÉS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

RESUMEN. Este trabajo tiene por objeto el análisis de las normas imperativas en el marco de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales del Reglamento Roma II. Por una parte, el juego de las leyes de policía o normas materiales imperativas del foro, de terceros Estados y de la propia *lex causae*, una vez seleccionada la ley aplicable al fondo a partir de las reglas contenidas en el Reglamento Roma II, ya en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya en defecto de pacto. Y, por otra, el juego de las normas imperativas en el ámbito concreto de la *lex causae* elegida por responsable del daño y víctima, tanto las normas imperativas internas como las normas imperativas comunitarias.

ABSTRACT. This work analyzes the relevance of the mandatory provisions in the field of the law applicable to non contractual obligations of the Rome II Regulation. On the one hand, the lois de police or overriding mandatory provisions of the forum, of a foreign law and of the proper *lex causae*, once the selection of the governing applicable law through freedom of choice rules or through those rules applicable in default of agreement. And, on the other hand, the relevance of domestic and EU provisions which cannot be derogated from by agreement under the agreement between the person claimed to be liable and the person who has sustained damage to submit non-contractual obligations to the law of their choice.

PALABRAS CLAVE. Normas materiales imperativas.- Normas imperativas internas.- Normas imperativas comunitarias.

KEY WORDS- Overriding mandatory provisions.- Domestic and EU provisions which cannot be derogated from by agreement.

Fecha de recepción del original: 24 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 16 de abril de 2013.

* Profesor Titular de Derecho internacional privado Universidad de Santiago de Compostela. El presente trabajo se ha realizado con financiación de la Xunta de Galicia, Consellerías de Educación e Ordenación Universitaria (Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia, Grupo de Investigación *De Conflictu Legum*), y de Economía e Industria (Proyecto ref. INCITE09PXIB202096PR), así como del Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyecto ref. DER2010-17048, subprograma JURI), y del FEDER

I. INTRODUCCIÓN.

La determinación de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales a nivel internacional se halla regulada en el ordenamiento jurídico español, como es sabido, por el *Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*¹, que, dentro del conjunto de medidas elaboradas en sede de cooperación judicial en materia civil en orden al establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, establece un régimen uniforme de normas de conflicto en el ámbito de la responsabilidad por daños, los cuasi-contratos y la *culpa in contrahendo*.

Estructurado a base de unas normas de conflicto generales (arts. 4 y 14 Roma II), así como de una serie de reglas especiales en materia de daños causados por productos defectuosos, competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, daño medioambiental, infracción de los derechos de propiedad intelectual, acción de conflicto colectivo, además de enriquecimiento injusto, gestión de negocios o *culpa in contrahendo* (arts. 5 al 12 Roma II), el Reglamento Roma II se ocupa de seleccionar la *lex causae* reguladora de las obligaciones no contractuales, esto es, el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la relación jurídica controvertida: en consecuencia, como régimen regulador del fondo, las normas materiales de la *lex causae* decidirán aspectos tales como el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables; las causas de exoneración, reparto o limitación de la responsabilidad; la existencia, naturaleza y evaluación de los daños o la indemnización solicitada; las medidas a adoptar para garantizar la prevención, el cese o la reparación del daño; la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; o, en fin, las personas que tienen derecho a la reparación del daño; la responsabilidad por actos de terceros; o el régimen de extinción, prescripción y caducidad de las obligaciones (art. 15 Roma II).

Decidida la ley aplicable al fondo y determinado su ámbito de aplicación, el Reglamento Roma II responde también a lo largo de su normativa, y al margen de a otras cuestiones que ahora no interesan, a una serie de situaciones que va resolver a partir de ciertas respuestas que pueden de algún modo condicionar tanto la aplicación como el alcance de la *lex causae*. Es lo que puede observarse, por ejemplo, de un art. 26 Roma II cuando dispone que "...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..."; o de un art. 17 Roma II, que permite al operador jurídico, a la hora de "...valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega..., tener 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...". En uno y otro caso se condiciona la aplicación y/o el alcance de la *lex causae*: en el primero de ellos, la

¹. *Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)* (DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007), aplicable a partir del 11 de enero de 2009.

excepción de orden público permite al operador jurídico descartar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley extranjera designada por la norma de conflicto y sustituirla por las disposiciones imperativas del foro cuando, evaluada la *lex causae* extranjera, considera que su aplicación *in concreto* puede provocar un efecto contrario a los principios y valores propios del ordenamiento jurídico del foro²; y, en el segundo, el art. 17 Roma II permite al operador jurídico tener en cuenta las normas de seguridad y comportamiento del lugar del hecho generador de la responsabilidad cuando evalúe la conducta de un sujeto, obligándole a su consideración ya no como norma jurídica sino como un hecho o dato a valorar dentro del marco de la *lex causae* aplicable al fondo, por ejemplo, cuando se trata de apreciar la gravedad de la falta cometida o la negligencia del autor dentro de los parámetros establecidos por aquella ley³.

Del mismo modo, el legislador de la UE hace referencia a otra serie de situaciones en las que la aplicación y/o el alcance de la *lex causae* va a verse limitada esta vez por el juego de una serie de normas que, aunque el Reglamento Roma II emplee distintas terminologías, pueden agruparse bajo el término de normas imperativas. Es lo que dice el art. 16 Roma II, que se refiere a las normas imperativas a nivel internacional, normas materiales imperativas o leyes de policía⁴, cuando establece que "...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..."; y el 14.2 Roma II, que se refiere esta vez a las normas imperativas sólo internas, y que establece que, "...cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo..."; precepto que tiene su réplica en el art. 14.3 Roma II, ahora para situaciones intracomunitarias, al disponer 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

². CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations: commentary on the european rules of the conflict of laws*, 2011, pp. 619-620; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008, pp. 1-23, espec. par. 78; DICKINSON, A., *The Rome II Regulation: the law applicable to non contractual obligations*, Oxford, 2006 (suppl. 2010), p. 626.

³. BACH, I., "Rules of safety and conduct", en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 366-374, espec. p. 368; LÉGIER, G., "Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", *La semaine juridique. Edition générale*, 2007, pp. 13-32, espec. p. 20; CHESHIRE, G.C./NORTH, P./FAWCETT, J.J., *Private international law*, 14ª ed., 2008, p. 850; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, par. 72; STONE, P., "The Rome II Proposal on the Law Applicable to non-contractual obligations", *The European Legal Forum*, 2004, pp. 213-229, espec. p. 217; DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 641.

⁴. Normas imperativas a nivel internacional, normas materiales imperativas, leyes de policía, normas de aplicación inmediata o necesaria, leyes de orden público... La terminología es equivalente. Por todos, por ejemplo, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 632; o FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, 2011, p. 125. La versión española del art. 16 Roma II se refiere a ellas como *leyes de policía*; la versión inglesa como *overriding mandatory provisions*; y la versión francesa como *dispositions impératives dérogatoires*.

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...”.

Ambos preceptos limitan la aplicación y/o el alcance de la *lex causae* reguladora de la responsabilidad no contractual, a partir de la aplicación, que no toma en consideración como el art. 17 Roma II, bien de las normas materiales imperativas, bien de las normas imperativas internas, y cuyas respuestas se imponen a lo dispuesto en la ley originalmente reclamada.

El art. 16 Roma II, tal como se desprende de su tenor y de su posición en la estructura del Reglamento Roma II, va a operar tanto en sede de ejercicio de autonomía de la voluntad de responsable del daño y víctima del art. 14.1 Roma II, como en aquellos casos en los que la ley aplicable venga determinada por la regla general o las normas de conflicto específicas de los arts. 4 a 13 Roma II aplicables en defecto de pacto, y da juego a unas normas, las materiales imperativas o leyes de policía, que, por su naturaleza, se imponen a lo dispuesto en la *lex causae*: obligan al operador jurídico a aplicar de oficio y directamente su propia norma de Derecho y no la regla extranjera, pero, a diferencia de lo que ocurre con la excepción de orden público del art. 26 Roma II, esta vez sin necesidad de recurrir a las normas de conflicto para saber cuál sería la ley aplicable a la situación y para evaluar en concreto si su amplitud pudiera chocar con los valores del foro.

Los arts. 14.2 y 14.3 Roma II, por su parte, operan exclusivamente en sede de ejercicio de la autonomía de la voluntad entre responsable y víctima del art. 14.1 Roma II, y dan juego a unas normas, las normas imperativas a nivel interno y que el legislador europeo entiende por “...disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo...”, que, por su naturaleza y por las características de la situación que se trata, limitan el alcance de la *lex causae* elegida: obligan al operador jurídico a aplicar las normas imperativas internas del país donde se localizan todos los elementos pertinentes de la situación (art. 14.2 Roma II) o las normas imperativas internas comunitarias del foro (art. 14.3 Roma II), aun cuando responsable del daño y víctima hayan elegido como *lex causae* las normas imperativas internas de un ordenamiento jurídico distinto y con independencia de que esta *lex causae* no suponga ningún tipo de riesgo al orden público del foro del art. 26 Roma II.

En fin, de todo lo expuesto, dedicaremos este trabajo exclusivamente a este último tipo de respuestas limitativas de la aplicación y/o alcance de la ley aplicable al fondo de las obligaciones no contractuales: las normas imperativas relacionadas en la normativa del Reglamento Roma II. En un primer momento, a las normas materiales imperativas o leyes de policía; en concreto, análisis de sus caracteres, tipología y condiciones de aplicación, en referencia básicamente a las normas materiales imperativas del foro, que son las únicas a las que el art. 16 Roma II hace expresa mención (punto II.1), si bien dedicaremos una serie de epígrafes a las posibilidades de aplicación de las normas materiales imperativas de terceros Estados, respecto de las cuales el legislador de la UE guarda silencio (punto II.3), así como de aquéllas propias de la *lex causae* (punto II.4). El segundo bloque del trabajo está dedicado, como decíamos, a las normas imperativas

internas operativas en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Por una parte, a la aplicación de aquellas normas imperativas internas respecto de situaciones objetivas internas en las que responsable del daño y víctima eligen una ley extranjera como ley aplicable a su relación (punto III.1); y, por otra, a la aplicación de aquellas normas imperativas internas de origen comunitario respecto de situaciones objetivas intracomunitarias en las que responsable del daño y víctima eligen una ley de un Estado no miembro como ley aplicable a su obligación no contractual (punto III.2).

II. LEX CAUSAE Y NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS.

1. Las normas materiales imperativas: límite al alcance de la *lex causae*.

A) Cualidad de la norma como material imperativa.

Al igual que sucede con el art. 7 Convenio de Roma, y atendiendo a lo dispuesto en el Considerando núm. 32 Reglamento Roma II cuando indica que "...consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los Tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía...", el Reglamento Roma II recoge una disposición que regula el juego de las normas materiales imperativas: de acuerdo con el art. 16 Roma II, las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II no van a impedir a los operadores jurídicos de los distintos Estados miembros la aplicación de aquellas normas jurídicas reguladoras de las obligaciones no contractuales que revistan el carácter de leyes de policía⁵. De todas éstas y como veremos, el art. 16 Roma II se refiere únicamente a la posibilidad de dar aplicación a las leyes de policía del foro.

Piénsese que la internacionalización de las relaciones y la instauración del Estado de bienestar moderno ha traído consigo una proliferación de este tipo de normativa, reflejo de la creciente actuación estatal en las relaciones privadas⁶. No obstante, el impacto de las normas materiales imperativas relativas al estatuto delictual, si lo comparamos con otras materias como la contractual, es menor⁷; y ello, porque muchas de las legislaciones autónomas, como sucedía con el art. 10.9 C.c., no permitían el ejercicio de la autonomía de la voluntad o la limitaban sólo a casos *ex post*⁸; porque muchas de las

⁵. Así se estableció también en la Propuesta de Reglamento Roma II (art. 12 Propuesta Roma II), a pesar de las respuestas iniciales a la Propuesta de la Comisión por parte de Estados como Italia o Austria, que entendían que con la previsión relativa al orden público internacional sería suficiente.

⁶. JUENGER, F.K., "General course of Private International law", *Recueil des cours* (1983) 1985, pp. 199-388, espec. pp. 201-202; BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, 2ª ed., 2008, par. 51.2.

⁷. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", *Diario La Ley*, núm. 6811, sección doctrina, 31 octubre 2007, ref. D-232, pp. 1-41, par. 69; HAY, P., "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation", *The European Legal Forum*, 2007, pp. 137-152, espec. p. 149; FUCHS, A., "Overriding mandatory provisions", en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 352-365, espec. p. 357.

⁸. En la actualidad, los distintos ordenamientos jurídico nacionales vienen admitiendo la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones no contractuales, con más o menos diferencias. En algunos, sin

causas relativas a *culpa in contrahendo* venían cayendo dentro de ámbito de las obligaciones contractuales y, por ello, dentro del art. 7 Convenio de Roma; o porque materias en las que existía un tradicional interés estatal prevalente al privado, como sucedía respecto de los actos restrictivos de la libre competencia, venían siendo sometidas a reglas conflictuales de corte unilateral⁹. La actual amplitud de la autonomía de la voluntad, no sólo permitida en materia de obligaciones no contractuales, tampoco sometida a limitaciones temporales (art. 14 Roma II); el juego de conexiones accesorias como la del art. 4.3 Roma II; la actual vinculante calificación como extracontractual de la *culpa in contrahendo*; o el empleo de normas de conflicto de carácter multilateral en materias como la libre competencia (art. 6 Roma II), hacen de todo menos supérfluo un precepto encargado de regular el juego de las normas materiales imperativas en sede de obligaciones no contractuales¹⁰.

Con todo, y a pesar de su necesidad, el legislador europeo no ofrece en el Reglamento Roma II ninguna definición de qué debe entenderse por normas materiales imperativas. En este sentido, nada impide acudir a lo que sí establece en el art. 9 Roma I en materia de obligaciones contractuales y que, a su vez, deriva de lo que la jurisprudencia comunitaria entiende por tal. No en vano el Considerando núm. 7 Reglamento Roma II estima que "...las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con... los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales..."¹¹. De ahí que, en materia de obligaciones no contractuales, se consideren normas materiales imperativas todas aquellas normas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda 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 aplicación¹²; y ello, cualquiera que fuese

restricciones temporales, como expresa el art. 6 de la *Ley de Países Bajos sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales de 2001*. Otros admiten sólo la autonomía posterior al hecho generador del daño, como el art. 42 EGBGB alemán, el art. 101 Código belga D.i.pr. de 2004, o el art. 132 Ley suiza D.i.pr. 1978. En otros ordenamientos jurídicos no se dice nada, silencio que es interpretado normalmente como positivo, como sucede en el ordenamiento jurídico italiano; CARELLA, G., *Autonomia della volontà ed scelta di legge nel Diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 189. Respecto del ordenamiento jurídico español autónomo y la ausencia de autonomía de la voluntad, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, pp. 695-726, espec. par. 10.

⁹. Sobre estas razones, véase CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, pp. 560-561.

¹⁰. En este sentido, *Commentaire concernant la proposition pour une Convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Luxemburg, 1998, en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html>; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 560; FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 357. Por el contrario, STONE, P., "The Rome II Regulation on choice of law in Tort", *Ankara Law Review*, vol. 4, 2007, pp. 95-130, espec. p. 117, que habla de la dificultad de determinar la necesidad de preceptos regulando las normas materiales imperativas en obligaciones no contractuales, incluso las del foro.

¹¹. FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 355; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 565; JUNKER, A., "Art. 16 Rome II", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., 2010, par. 13.

¹². En ausencia de definición de normas materiales imperativas o leyes de policía en el Reglamento Roma II, el concepto aparece determinado en la jurisprudencia del TJUE, como puede verse en la *STJCE de 23 de noviembre de 1999*, As. C-369/96 y C-374/96, *Arblade*. Sobre ello, FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 354; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El

la ley aplicable a la controversia, ya sea elegida por responsable del daño y víctima, ya seleccionada en defecto de pacto¹³.

En cualquier caso y aun cuando el apoyo de esta definición, no es sencillo determinar la presencia de una norma material imperativa, labor que debe ser realizada por cada operador jurídico en el caso concreto¹⁴. En este sentido, tal como expresa el Considerando núm. 37 Reglamento Roma I, "...el concepto de leyes de policía debe distinguirse de la expresión *disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo...*": frente a éstas últimas, que serían aquéllas a las que necesariamente deben las partes ajustar su comportamiento en el ámbito doméstico y que son propias de su orden público interno¹⁵, las normas materiales imperativas son representativas de los valores básicos de organización social, política y económica de un Estado y reflejo de su modelo de ordenación de la sociedad. Ya lo dice la Comisión en la Propuesta de Reglamento Roma II¹⁶, cuando estima que el concepto de *disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo* designa las normas de orden público interno, "...contrariamente a... las leyes de policía..." y que "...hay que distinguirlas... de las normas de orden público en materia internacional... y de las leyes de policía...". Ello supone, tal como sigue diciendo la Comisión, que las normas de orden público interno no presentan automáticamente un carácter imperativo en un contexto internacional¹⁷, requiriendo una interpretación "...más restrictiva..." (Considerando núm. 37 Roma I) en atención a las exigencias que conforman su definición.

Por un lado, verificación de que la norma es constitutiva de un elemento de organización social, política y económica básico del Estado y cuyo respeto resulta determinante en orden a la salvaguarda de los intereses públicos del ordenamiento jurídico en el que se incardina¹⁸, lo que exige del operador jurídico la interpretación de su tenor, la valoración de la voluntad original del legislador cuando conformó la norma, así como su práctica jurisdiccional en el ordenamiento jurídico al que pertenece. Esta definición tan restrictiva de leyes de policía que estiman preceptos como el art. 9.1

Reglamento Roma II: reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 835-908, p. 870; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 68. El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por el contrario, sí define en el art. 9 Roma I, y en el mismo sentido al expuesto, qué se entiende por normas materiales imperativas.

¹³. FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 354; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 869.

¹⁴. Así, HAY, P., "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations...", *loc. cit.*, p. 149; FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 354.

¹⁵. Véanse notas posteriores. Por ejemplo, una norma imperativa a nivel interno en materia de responsabilidad no contractual puede ser el art. 1968 C.c. español, cuando indica que las partes no pueden alterar el plazo de un año recogido en su tenor, que es imperativa a nivel doméstico pero no internacional.

¹⁶. *Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II)* (COM/2003/0427 final - COD 2003/0168).

¹⁷. Véase comentarios de la Comisión en la Propuesta de Reglamento Roma II (art. 10 y 12 Propuesta Roma II).

¹⁸. En obligaciones no contractuales, FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 355; en contractuales, KUNDA, I., *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract conflict of laws. The Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007, pp. 146-169.

Roma I, que, recordemos, es la misma que para las obligaciones no contractuales del art. 16 Roma II, no ayuda la calificación como normas materiales imperativas de aquellas reglas que protejan intereses privados, tales como los de una parte débil como un consumidor o un trabajador¹⁹: que el precepto se refiera a la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado no permitiría invocar cualquier norma material imperativa, sino únicamente normas ordo-políticas, esto es, aquéllas cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales, excluyéndose, en consecuencia, aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte de la relación por su situación de desequilibrio frente a la otra. No obstante y a pesar de lo expuesto, nada impediría su inclusión si su objetivo detrás de la protección del desequilibrio entre las partes es la protección de la organización económica y social de un Estado²⁰.

Verificada la protección del interés público como base de una norma para calificarla como imperativa a nivel internacional, resta, por otra parte, la comprobación de su ámbito de aplicación espacial, esto es, la verificación de que la norma exige ser aplicada con independencia de cuál sea la ley aplicable a la relación jurídica extracontractual²¹.

Únicamente bajo el cumplimiento de esta doble exigencia, una norma del foro, que, como dijimos, es la única regla cuya posibilidad de aplicación expresamente recoge el art. 16 Roma II, podrá recibir la calificación de norma material imperativa, y ello, con independencia de su origen.

B) Normas materiales imperativas del foro: especial referencia a las leyes de policía de origen comunitario.

En efecto, aunque el Reglamento Roma II no hace referencia expresa, no habría problema para poder incluir en el concepto de ley de policía al que se remite el art. 16 Roma II todas aquellas disposiciones internacionalmente imperativas propias de la ley del foro con independencia de su origen. Ello abarcaría tanto las normas materiales imperativas de origen doméstico, como aquellas normas materiales imperativas contenidas en los Convenios y Tratados internacionales que vinculan al operador jurídico del foro²². No parece haber problema alguno tampoco en orden a la inclusión en el concepto de ley de policía también de aquellas normas de origen comunitario, ya sean Reglamentos, ya disposiciones derivadas de la implementación de las Directivas comunitarias, que revistan este carácter²³. Y ello, aun cuando no está muy claro que no puedan ser asimismo aplicadas no tanto a través del art. 16 Roma II, sino del art. 27 Roma II, en tanto en cuanto dispone que "...el presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen

¹⁹. Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, punto IX.

²⁰. En este sentido, FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 356.

²¹. FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, pp. 355-356.

²². DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, pp. 634-636; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code", *The European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91, espec. p. 90.

²³. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 634; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law of Obligations*, 2009, p. 745.

los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales...”²⁴. Es lo que piensa cierto sector, que entiende que, de poner el punto en la regla de conflicto unilateral que subyace en su aplicación, las leyes de policía cuyo origen sea el Derecho comunitario primario y los Reglamentos podrían tenerse en cuenta a partir del art. 27 Roma II, mientras que las leyes de policía que deriven de una Directiva se aplicarían a partir del art. 16 Roma II²⁵. Con todo, la razón básica del art. 27 Roma II es regular bajo el principio de especialidad la convivencia del Reglamento Roma II con posibles normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones extracontractuales ubicadas en disposiciones de la legislación de la UE reguladoras de materias específicas, posibilidad ésta concebida por el legislador europeo aun cuando el Considerando núm. 35 Roma II habla de evitar la dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas²⁶.

En todo caso, lo cierto es que la existencia de reglas comunitarias provistas de carácter imperativo internacional resulta innegable. Menos problemas cuando el legislador europeo especifica esta naturaleza, lo que implica la aplicación de la norma comunitaria por parte del operador jurídico sin mayores exigencias²⁷. Es lo que sucede respecto de muchas de las normas comunitarias dirigidas a la protección de la libre competencia y evicción de la competencia desleal²⁸, así como ciertas normas protectoras de los derechos de propiedad intelectual, más todavía cuando el propio Reglamento Roma II excluye la autonomía de la voluntad en estas materias (arts. 6 y 8 Roma II)²⁹.

Aun cuando el Reglamento Roma II introduce el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones no contractuales, lo cierto es que lo hace con importantes reservas al excluir de su influencia una serie de materias. Por una parte, obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción del Derecho de la competencia³⁰, y ello con base en la existencia de intereses supraindividuales, como es el interés de ordenación del mercado, que podrían verse indirectamente afectados por la libre elección de las partes: al no permitirse la elección de ley por víctima y responsable del daño se asegura que toda conducta con repercusión en un mercado nacional determinado queda siempre sujeta al ordenamiento jurídico de tal mercado, protegiéndose así el interés del Estado en preservar la organización jurídica de su mercado cuando los actos que generan obligaciones extracontractuales producen allí sus efectos sustanciales³¹. Y, por otra, exclusión de las obligaciones no contractuales derivadas de la infracción de la propiedad intelectual e

²⁴. Véase, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, op. cit., p. 567. Sobre esta disyuntiva, PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, op. cit., p. 745.

²⁵. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, op. cit., p. 567.

²⁶. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, loc. cit., par. 23; VINAIXA MIQUEL, M., “La unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II”, *Iustel. RGDE*, enero 2008, pp. 1-33, espec. pp. 14-15.

²⁷. Así, PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, op. cit., p. 746.

²⁸. Véase, respecto de los arts. 81 y 82 Tratado de Roma, la *STJCE de 1 de junio de 1999*, As. C-126/97, *Eco Swiss*; *STJCE de 13 de julio de 2006*, As. C-295/04 a 298/04, *Manfredi*.

²⁹. Así, PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, op. cit., p. 746.

³⁰. El art. 6 de la *Ley de Países Bajos sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales de 2001*, por el contrario, sí admite el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia.

³¹. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, loc. cit., par. 22; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II...”, loc. cit., p. 874.

*industrial³², esta vez atendiendo a la complejidad que introduciría la separación entre la existencia del propio derecho, aspecto siempre sujeto al principio de territorialidad, y su protección extracontractual³³. Resultaría difícil de compatibilizar una eventual obligación de pago de una determinada cantidad por haber infringido un derecho inmaterial establecida en la ley elegida por las partes con aquellos casos en los que la ley reguladora de su existencia entiende que tal derecho inmaterial no existe: al someter todos estos aspectos a la *lex loci protectionis* o ley del territorio en el que presuntamente se han infringido los derechos inmateriales, que es lo que hace el art. 8 Roma II, se garantiza la coherencia en la respuesta del operador jurídico, de mayor dificultad si la ley reguladora del derecho inmaterial y aquella reguladora de la responsabilidad derivada de la vulneración de tal derecho no fuesen la misma³⁴.*

La ausencia de respuesta expresa del legislador respecto del carácter material imperativo de una norma de origen comunitario genera, por el contrario, más dudas desde el momento en que su eventual aplicación por encima de la respuesta conflictual del Reglamento Roma II va a exigir del operador jurídico una evaluación en orden a determinar su naturaleza y alcance: frente a aquellos casos en los que la norma comunitaria se aplica sólo en tanto en cuanto la ley aplicable seleccionada de acuerdo con las reglas del Reglamento Roma II resulte ser la de un Estado miembro, la aplicabilidad de una disposición de Derecho comunitario con base en su carácter de imperatividad internacional no responde a una regla general, sino que, al igual que con cualquier otra norma, depende de cada caso, debiendo el operador jurídico determinar esta naturaleza atendiendo a una serie de parámetros³⁵.

En este sentido, una regla de origen comunitario podrá revestir carácter de norma material imperativa, por un parte y lógicamente, sólo cuando ya sea imperativa a nivel interno, esto es, cuando no pueda ya ser derogada por acuerdo entre las partes³⁶. Por otra, cuando su aplicación sea necesaria en todo caso en orden a la consecución de los objetivos comunitarios decididos en el art. 2 Tratado de Roma, lo que requiere la evaluación tanto de lo dispuesto en la propia norma como el contexto y objetivos para los que fue creada, y todo ello, siguiendo las exigencias de la *STJCE de 9 de noviembre de 2000, Ingmar*³⁷. Tal como expone el TJUE en esta resolución, esta disposición comunitaria en forma de Directiva tiene "...como finalidad proteger (a una de las partes)... El sistema que establece para ello la Directiva tiene carácter imperativo... El carácter imperativo... se ve confirmado por el hecho de que... las partes no pueden

³². Ciertos ordenamientos domésticos sí admiten el juego de la autonomía de la voluntad en esta sede, aunque con límites, como estima el art. 101 Ley suiza D.i.pr. 1978.

³³. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 22.

³⁴. CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, pp. 874-875.

³⁵. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 634; FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 354.

³⁶. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 745; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 565, que se remite a p. 199.

³⁷. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 745; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 565, remitiéndose a p. 199; o DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 634, que se remiten a la *STJCE de 9 de noviembre de 2000*, as. C-381/98, *Ingmar*.

pactar cláusulas contrarias... en perjuicio (de la protección de la otra parte y porque...) la Directiva prevé la aplicación inmediata... de las disposiciones nacionales que adapten el Derecho interno a la Directiva... (L)as medidas de armonización... tienen como finalidad... suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión..., uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales...(L)a finalidad del régimen previsto en... la Directiva es proteger... la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Por este motivo, la observancia de las citadas disposiciones en el territorio de la Comunidad resulta necesaria para conseguir estos objetivos del Tratado...”.

Sólo así una norma comunitaria podrá recibir la caracterización como ley de policía y, como esencial para el orden comunitario y para la salvaguarda de los intereses de la UE, podrá imponerse a la respuesta determinada por la norma de conflicto del Reglamento Roma II.

C) Muestras de normas materiales imperativas en materia de obligaciones no contractuales.

Son distintas las materias en sede de obligaciones no contractuales en las que, sin ánimo de exhaustividad, pueden encontrarse normas materiales imperativas, que respondan, por tanto, a los referidos parámetros de salvaguarda de los intereses públicos de un Estado y de verificación de su ámbito de aplicación espacial.

Tal es así respecto ciertas normas en materia de acciones colectivas. De acuerdo con el Considerando núm. 28 Reglamento Roma II, “...la norma especial sobre acción colectiva del art. 9 se entenderá sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional y sin perjuicio de la situación legal o de los sindicatos de las organizaciones representativas de los trabajadores, según prevea la legislación nacional respectiva de los Estados miembros...”. Siendo esto así, ciertas normas, como aquéllas relativas a los deberes de emergencia o la asunción de responsabilidad de los sindicatos por actos realizados por sus miembros, pueden tener la consideración de leyes de policía³⁸.

Lo mismo puede decirse respecto de ciertas normas en materia de responsabilidad por daños al medioambiente³⁹. En el Reino Unido, se han llegado a considerar como normas materiales imperativas ciertas disposiciones limitativas de la responsabilidad en caso de reclamaciones de Derecho marítimo propias de la *Merchant Shipping Act 1995* y la *Carriage of Goods by Sea Act 1971*⁴⁰. Algo parecido sucedía con el art. 40.3 EGBGB

³⁸. A favor de la calificación como de ley de policía, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 567; más dudas, JUNKER, A., “Art. 16 Rome II...”, *loc. cit.*, par. 16.

³⁹. XU, D., *Le droit international privé de la responsabilité délictuelle*, Fribourg 1992, p. 140; FACH GÓMEZ, K., *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado (estudio de Derecho aplicable)*, Barcelona, 2002, pp. 264-265.

⁴⁰. Véase *The Hollandia* (1983, 1 A.C. 565). Sobre ello, PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 744.

anterior al Reglamento Roma II, respecto de las reclamaciones basadas en un Derecho extranjero, las cuales no podían ser cumplimentadas en la medida en que entrasen en conflicto con las reglas de responsabilidad determinadas por el Convenio en vigor en Alemania; desde el momento en que este art. 40.3 EGBGB resulta ahora reemplazado por el art. 26 Roma II, excepto respecto de daños nucleares (art. 1.2.f Roma II), esta aproximación sólo cabría ahora respecto de la limitación de responsabilidad de los Convenios relativos a vertido de hidrocarburos⁴¹. Asimismo, cierto sector doctrinal consideró como norma material imperativa la ley austríaca de responsabilidad por daños nucleares de 1964 con base en el interés estatal en la materia, como podía observarse de un art. 33.1 que estimaba su aplicación necesaria a los daños que, originados en Austria, afectasen en el extranjero a nacionales austríacos y respecto de las pretensiones ejercitadas por extranjeros que trajesen su causa en la muerte de un austríaco⁴²; el art. 23.2 de ley austríaca de responsabilidad civil por daños causados por radioactividad de 1998, al establecér respecto a las lesiones sufridas en el extranjero, que la cuantía del resarcimiento que conceda el Derecho austríaco no podrá superar a la que se habría obtenido de aplicar la ley personal de la víctima; o el art. 34 de la ley suiza de 18 de marzo de 1983 sobre responsabilidad civil en materia nuclear, cuando prevé la aplicación de la ley suiza a la reparación de los daños que produzca en el extranjero el titular de una instalación nuclear suiza o el titular de una autorización de transporte concedida en Suiza, si bien únicamente cuando el Estado extranjero prevea un tratamiento al menos equivalente al determinado en Suiza⁴³.

En materia de responsabilidad por productos, ciertas opiniones han entendido que algunas de las reglas derivadas de la *Directiva 85/347/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos*, podían tener carácter de ley de policía respecto de cada producto comercializado en el mercado europeo, si bien se han planteado ciertas dudas sobre esta calificación al cuestionarse el cumplimiento de las exigencias que el art. 9.1 Roma I requiere para este tipo de reglas⁴⁴. Por su parte, las reglas relativas a daños causados por productos médicos también han recibido la calificación de leyes de policía; por ejemplo, la secc. 84 de la *Arzneimittelgesetz* alemana, cuando entiende que el estricto régimen de responsabilidad alemán para productos farmacéuticos debería ser aplicado sólo cuando el producto sea

⁴¹. Así, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 567.

⁴². Véase a FACH GÓMEZ, K., *La contaminación transfronteriza...*, *op. cit.*, p. 265, cuando cita a SCHWIMANN, M., *Grundriss des internationalen Privatrechts mit besonderer Berücksichtigung der IPRStaatsverträge*, Viena, 1982, p. 174.

⁴³. Sobre ello, FACH GÓMEZ, K., *La contaminación transfronteriza...*, *op. cit.*, pp. 265-266.

⁴⁴. A favor de la calificación como de ley de policía, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 635; o FALLON, M., "The law applicable to specific torts in Europe", en BASEDOW, J/BAUM, H./NISHITANI, Y. (ed.), *Japanese and European Private International Law in comparative perspective*, Tubinga, 2008, pp. 261-297, espec. p. 295. En contra, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 563, que la califica como norma imperativa sólo interna; o SCHWARTZE, A., "A european regime on products liability: article 5 Rome II Regulation", *Nederlands Internationaal Privaarecht*, 2008, pp. 430-434, espec. p. 433, que entiende que la posibilidad de encontrar leyes de policía en esta Directiva es pequeña.

comercializado a un consumidor por primera vez en Alemania⁴⁵. Ténganse en cuenta, también al hilo de su posible calificación como ley de policía, preceptos como el art. 1329 Código Civil de Quebec⁴⁶, que excepciona la intervención del art. 1328 Código Civil, que recoge un derecho de opción a favor del demandante en materia de responsabilidad por productos, y declara la aplicación imperativa del ordenamiento jurídico material de esta provincia canadiense para los daños sufridos, tanto en el país como en el extranjero, a consecuencia de la exposición o utilización de materias primas producidas en Quebec⁴⁷. O algunas reglas de la *Trade Practices Act australiana 1974*, cuya sección quinta extiende expresamente la aplicación de las sanciones civiles de esta ley a todos los actos ilícitos cometidos fuera de Australia por particulares nacionales o residentes en este país o por empresas constituidas o con actividad comercial en Australia⁴⁸.

En materia de compensación para las víctimas de accidentes de tráfico, aunque el Parlamento Europeo sugirió la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima en orden a determinar el tipo de reclamación y el cálculo de la cuantía de los daños⁴⁹, ni la Comisión ni el Consejo aceptaron la propuesta, llegándose finalmente en el Reglamento Roma II a entender que “...en virtud de las normas actuales sobre la compensación que se concede a las víctimas de accidentes de tráfico, al calcular los daños relativos a lesiones personales cuando el accidente se produce en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima, el órgano jurisdiccional que conozca del caso debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión...”, lo que incluiría “...en particular, las pérdidas y los costes efectivos de la convalecencia y atención médica...”. Ello puede afectar a la consideración de esta ley como norma material imperativa: de hecho, y dado que, en el contexto del Reglamento Roma II, la ley de la residencia habitual de la víctima de un accidente de tráfico no va a poder ser aplicada, sino sólo tenida en cuenta⁵⁰, lo probable es que las reglas de protección de las víctimas de tráfico no puedan recibir la calificación de leyes de policía⁵¹. No obstante, cierta práctica inglesa concluyó que la sección 4 del *Fatal Accidents Act 1976* inglesa, que obliga al operador jurídico inglés a ignorar los beneficios acumulados a la hora de evaluar los daños en caso de muerte de una persona,

⁴⁵. Véanse las referencias en CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 566; o FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 361, nota núm. 26, que cita a modo de ejemplo, además, a la secc. 84 de la *Arzneimittelgesetz* alemana.

⁴⁶. KÉLADA, H., *Code Civil du Québec. Texte annoté*, Canada, 1999.

⁴⁷. GLENN, H.P., “La guerre de l’amiante”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1991, pp. 41-60, espec. p. 51, 54 y 59, que critica este artículo porque protege más intereses económicos que de política legislativa del Estado de Quebec. Sobre ello, FACH GÓMEZ, K., *La contaminación transfronteriza...*, *op. cit.*, p. 262.

⁴⁸. NYGH, P.E., “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and tort”, *Rec. des cours*, 1995, pp. 269-400, espec. p. 385.

⁴⁹. Parlamento Europeo (Informe de 27 de junio de 2005, A6-0211/2005).

⁵⁰. SYMEONIDES, S.C., “Rome II and Tort Conflicts: a missed opportunity”, *Am. J. Comp. Law*, 2008, pp. 173-222, espec. p. 205.

⁵¹. En este sentido, FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 359. Véase la *Sent. Cour Cass. francesa de 6 de junio de 1990* y de *22 de enero de 1991* (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1991, p. 354, con nota de BOUREL, P.); o la *Sent. Cour Cass. francesa de 12 de julio de 2001* (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 2002, p. 541), que negó la calificación de ley de policía francesa a la ley francesa sobre accidentes de tráfico de 5 de julio de 1985 (Ley núm. 85-677).

formaba parte de aquella parte del Derecho inglés que el operador jurídico debe aplicar⁵².

En fin, también pueden encontrarse normas materiales imperativas que afectan al ámbito delictual en materia de limitación de responsabilidad, o de prohibición de reparación de ciertos daños⁵³, en la protección de la competencia, embargos, control de cambios o control de exportaciones de objetos de arte y patrimonio nacional⁵⁴. Asimismo, se discute la naturaleza de ley de policía de normas relativas a la percepción de una compensación proveniente de un fondo público para víctimas de ofensas criminales⁵⁵; normas relativas a la exclusión o limitación de la responsabilidad frente a terceras partes en contrato de trabajo⁵⁶, o reglas relativas a la asunción de responsabilidad por los empleadores de los Estados miembros que financian un plan de seguro colectivo para asegurar las compensaciones por hechos dañosos cometidos por sus empleados, incluso si el accidente tuvo lugar en el extranjero⁵⁷; o ciertas normas de la *Civil Liability (Contribution) Act 1978* inglesa, respecto de la contribución de las personas que sean responsables solidarios a una tercera persona por el mismo daño, independientemente de la vinculación con territorio inglés o con el ordenamiento jurídico inglés, que fueron entendidas bajo la óptica del ordenamiento jurídico inglés como materiales imperativas en el ámbito del enriquecimiento injusto⁵⁸.

2. Consecuencia: aplicación de la ley de policía del foro.

Una vez identificada, el ámbito de aplicación de la *lex causae* reguladora del estatuto delictual va a verse limitado por la intervención de las normas materiales imperativas del foro. Piénsese que la ley de policía se va a aplicar siempre, con independencia de

⁵². Véase *Roerig v. Valiant Trawlers* (2002, EWCA Civ. 21; 2002, 1 WLR 2304); también, CHESHIRE, G.C./NORTH, P./FAWCETT, J.J., *Private international...*, *op. cit.*, p. 850. Al respecto, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 632; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 744, que dice que el art. 16 Roma II obliga a perfeccionar las respuestas de los operadores jurídicos ingleses a la hora de caracterizar una norma como material imperativa.

⁵³. En este sentido, *Commentaire concernant la proposition pour une Convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Luxemburg, 1998, en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html>.

⁵⁴. FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 356.

⁵⁵. *Sent. Cour Cass. francesa de 25 de enero de 2007* (*Dalloz*, 2007, p. 578); sobre ello, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 566, que las califica de ley de policía.

⁵⁶. Véanse las referencias en FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 361, nota núm. 24.

⁵⁷. Así, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁸. Véase, CHESHIRE, G.C./NORTH, P./FAWCETT, J.J., *Private international...*, *op. cit.*, p. 850. En la práctica jurisdiccional, en este sentido, *Arab Monetary Fund v. Hashim* (1994, *The Times*, 11 October EWHC); *Petroleo Brasileiro SA v. Mellitus Shipping Inc.* (2001 EWCA Civ. 418; 2001 2 Lloyd's Rep. 203); por contra, rehusando conceder el status de ley de policía a la *UK Civil Liability (Contribution) Act 1978*, *Fluor Australia Pty Ltd v. ASC Engineering Pty Ltd* (2007 VSC 262). No obstante, desde el momento en que el art. 16 Roma II exige para la consideración como material imperativa que detrás de la norma se halle la salvaguarda de los intereses públicos de un Estado representativos de su organización política, social o económica, resulta dudoso que atiendan a esta carácter normas inglesas como las descritas por no ser determinantes para la protección de los intereses económicos, sociales o políticos del Reino Unido. En este sentido, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 634; o PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 745.

que coincida o no con el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, excepcionándose la aplicación de la norma de conflicto⁵⁹. Como dice la Comisión en la Propuesta de Reglamento Roma II, "...las leyes de policía tienen de particular que el juez ni siquiera aplica las normas de conflicto de leyes para saber cuál sería la ley aplicable a la situación y para evaluar en concreto si su amplitud pudiera chocar con los valores del foro, sino que aplica de oficio su propia norma de Derecho...". No se expresa, pues, correctamente el Considerando núm. 32 Reglamento Roma II cuando dice que "...consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los Tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía...", porque lo cierto es que el operador jurídico no va a aplicar una excepción basada en leyes de policía, sino que aplica directamente la norma material imperativa⁶⁰.

En consecuencia, el operador jurídico no considerará la respuesta ofrecida por el ordenamiento jurídico extranjero, imponiendo a su mandato lo dispuesto por la norma material imperativa. Se convierte así el art. 16 Roma II, consecuentemente, en un precepto que toma en consideración las respuestas sustantivas de los distintos ordenamientos jurídicos en juego, desplazando la ley normalmente aplicable en la medida en que necesaria para tener en cuenta la respuesta de la norma material imperativa del foro, alejándose pues del tradicional concepto de neutralidad que es propio, con carácter general, de la norma de conflicto⁶¹.

Téngase en cuenta, además, que el art. 16 Roma II, a diferencia del art. 26 Roma II regulador de la excepción de orden público, admite el fraccionamiento del estatuto delictual, desde el momento en que la ley aplicable seleccionada *ex* Reglamento Roma II gobierna todos los aspectos relativos a la obligación no contractual y la *lex fori* se aplica en la medida en que sea necesaria para dar cumplimiento a las exigencias de la norma material imperativa⁶².

3. Normas materiales imperativas de terceros Estados.

Como vemos, el Reglamento Roma II únicamente contempla la posibilidad del juego de las normas *internacionalmente* imperativas del foro, pero no dice nada, y a diferencia del art. 7.1 Convenio de Roma o del art. 9.3 Roma I (éste último más restrictivamente), de las normas *internacionalmente* imperativas de terceros Estados, ni su aplicación ni toma en consideración, que sí recogía, no obstante, la Propuesta de Reglamento Roma II.

El art. 12 Propuesta de Reglamento Roma II 2003, siguiendo al art. 7.1 Convenio de Roma, establecía que, "...cuando, en virtud del presente Reglamento, se aplique la ley de un país

⁵⁹. GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados", *AEDIPr.*, 2007, pp. 109-185, espec. p. 168.

⁶⁰. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 562.

⁶¹. FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 353; FUCHS, A./MUIR-WATT, H./PATAUT, E. (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 117-118; SYMEONIDES, S.C., "Rome II and Tort Conflicts...", *loc. cit.*, p. 182.

⁶². FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 353.

determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el cual la situación presenta un estrecho vínculo, si y en la medida en que, según el Derecho de este último país, estas disposiciones puedan aplicarse cualquiera que sea la ley que regule la obligación extracontractual. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se deriven de su aplicación o de su no aplicación...⁶³. Por otra parte, el art. 23 Propuesta Reglamento Roma II, regulador de las relaciones del Reglamento Roma II con otros instrumentos comunitarios, recogía asimismo una norma particular sobre leyes de policía, que la Exposición de Motivos entendía como de incorporación de normas materiales imperativas de origen comunitario: estimaba que el Reglamento Roma II no afectaría a la aplicación de las normas de Derecho primario o secundario comunitario que establezcan normas aplicables "...con independencia de la ley nacional que regule, en virtud del presente Reglamento, la respectiva obligación extracontractual...". Finalmente y a pesar de los vaivenes que hubo (sí estaba en el Dictamen del Parlamento Europeo de 2005, no en la Posición Común del Consejo y sí de nuevo en la Resolución del Parlamento de 2007), no se incorporó una disposición como ésta en el Reglamento Roma II, dada la existencia de un art. 16 Roma II que se entendió como suficiente⁶⁴.

Este silencio del legislador ha sido interpretado como una imposibilidad del operador jurídico de tener en cuenta en materia de obligaciones no contractuales las normas materiales imperativas de terceros Estados⁶⁵.

Piénsese que distintas razones aconsejaron apartarse de la solución convencional. Por una parte, la incertidumbre que introduciría un precepto de ese tipo, dado que, una vez determinada la ley aplicable, habría que acudir a posibles conexiones entre la situación y otras potenciales leyes aplicables⁶⁶, complicándose en exceso la identificación del régimen jurídico de las obligaciones extracontractuales, y aumentando de modo desproporcionado los costes de transacción conflictuales que deben soportar las partes en el litigio⁶⁷. Por otra, por las dificultades que planteó en materia contractual la puesta en práctica del art. 7.1 Convenio de Roma y que originó la reserva de una serie de Estados miembros a su aplicación, como Alemania, Reino Unido, Eslovenia, Irlanda, Portugal, Letonia o Luxemburgo⁶⁸. Téngase en cuenta, además, que, aunque el

⁶³. En el mismo sentido, el art. 13.2 de la *Propuesta Modificada de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), de 21 de febrero de 2006* (COM/2006/83 final).

⁶⁴. Sobre ello, GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 168; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 565.

⁶⁵. Así, DE LIMA PINHEIRO, L., "Choice of law on non-contractual obligations between communitarization and globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II", *Rev. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 5-42, espec. p. 32; BRIÈRE, C., "Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles Rome II", *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 31-74, espec. p. 66.

⁶⁶. GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 167; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 69; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 869.

⁶⁷. CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 869; FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 364.

⁶⁸. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 637; FUCHS, A., "Overriding mandatory...", *loc. cit.*, p. 364; GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 167.

Reglamento Roma I sí contempla la toma en consideración de las normas materiales imperativas de terceros Estados, lo hace mucho más restrictivamente que el anterior art. 7.1 Convenio de Roma, disminuyendo su ámbito: frente a las normas materiales imperativas de cualquier Estado singularmente conectado con la obligación contractual del art. 7.1 Convenio de Roma, el art. 9.3 Roma I, como solución de compromiso a la que se llegó, sólo permite la consideración de las leyes de policía del lugar de ejecución del contrato⁶⁹. Y, finalmente, por la escasa aplicación de un precepto como éste en el ámbito extracontractual, donde no se encontraron ejemplos que lo requiriesen⁷⁰, así como por su posible solapamiento con el art. 17 Roma II regulador del juego de las normas de seguridad y conducta⁷¹.

Ahora bien, aun cuando es cierto que una interpretación estricta del art. 16 Roma II favorece la certeza en la determinación del estatuto delictual, así como la predictibilidad del resultado de la litigación⁷², a nuestro juicio, el silencio del legislador no tendría por qué ser interpretado necesariamente en sentido negativo⁷³.

Tiene menos sentido descartar la toma en consideración de una norma material imperativa de un tercer Estado cuando no puede negarse que la obligación extracontractual puede presentar en muchos casos una conexión importante o una vinculación estrecha con ordenamientos distintos a la *lex causae* y al del foro⁷⁴. Téngase en cuenta, en este sentido, el carácter universal del Reglamento Roma II (art. 2 Roma II), que supone que la ley estatal a elegir puede pertenecer a un Estado de la UE o a un tercer Estado, sin que tenga por qué estar vinculada necesariamente con las circunstancias objetivas del caso⁷⁵, no existiendo preselección alguna por parte del

Véase, asimismo, STONE, P., “The Rome II Proposal...”, *loc. cit.*, p. 223, que no veía con buenos ojos codificar una norma como el art. 16 Roma II.

⁶⁹. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento Roma I...”, *loc. cit.*, punto IX; BONOMI, A., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en CASHIN RITAINE, E./BONOMI, A. (ed.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, espec. p. 233; LANDO, O./NIELSEN, P.A., “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1687-1725, espec. p. 1721. Sobre los vaivenes de tomar en consideración o no las normas materiales imperativas de terceros Estados, véase, CHONG, A., “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, *Journ. Priv. Int. Law*, 2006, pp. 27-70; o DICKINSON, A., “Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Adieu?”, *Journ. Priv. Int. Law*, 2007, pp. 53-88.

⁷⁰. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 69; STONE, P., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, p. 117; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 18.

⁷¹. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 69.

⁷². Así, FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 365.

⁷³. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 71; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 568.

⁷⁴. En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 71.

⁷⁵. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, núm. 34, sep. 2003, pp. 907-929, espec. par. 18; FRANZINA, P., “Il Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, CALVO

legislador europeo orientando o condicionando la actuación de las partes respecto de entre qué leyes pudiera operar la autonomía de la voluntad⁷⁶. Desde el momento en que responsable del daño y víctima pueden seleccionar cualquier ley como aplicable a la obligación no contractual, puede tener mejor sentido que el art. 16 Roma II, al igual que sucede con el Reglamento Roma I (art. 9 Roma I), contemple la posibilidad de tener en cuenta las normas materiales imperativas de terceros Estados vinculadas objetivamente con la relación no contractual⁷⁷. Además, y aun siendo cierto su posible solapamiento con las normas de seguridad y comportamiento del art. 17 Roma II⁷⁸, no lo es menos que no son éstas todas las normas vigentes en el momento y en el lugar en el que se produce el hecho que genera la responsabilidad no contractual⁷⁹. Piénsese, en fin, que la Comisión tampoco vio razón alguna para excluir la toma en consideración de las leyes de policía de terceros Estados del ámbito del que sería posteriormente el art. 16 Roma II, toda vez que entendió que no había razón de excluir esta posibilidad en cuanto que el recurso a las leyes de policía extranjeras se reveló totalmente excepcional en el pasado, lo mismo que hizo el Comité Económico y Social, el Parlamento Europeo y que se repitió en la Propuesta enmendada del Reglamento Roma II⁸⁰.

Desde este punto de vista, parece mejor, pues, entender el silencio del art. 16 Roma II respecto de las normas materiales imperativas de terceros Estados alejado de un sentido

CARAVACA, J.L./CASTELLANOS RUIZ, E., (dir.), Madrid, 2008, pp. 299-370, espec. pp. 299-370; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 25.

⁷⁶. FERNÁNDEZ MASÍA, E., “Primeras...”, *loc. cit.*, par. 18; VINAIXA MIQUEL, M., “La unificación...”, *loc. cit.*, p. 17. No sucede así en otros sistemas. En el ordenamiento jurídico suizo, por ejemplo, se acepta la autonomía de la voluntad siempre y cuando lleve aparejada la aplicación de la *lex fori*. Al respecto, véase VON OVERBECK, A.E., “Les regles de la loi federale suisse sur le droit international privé en matière d'actes illicites”, en *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, pp. 489-490; o BUCHER, A., “Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse”, en *Le nouveau droit international privé suisse*, Laussane, 1989, pp. 107-141, espec. pp. 115-116, que señala que, teóricamente lo que busca el legislador suizo con esta restricción es disminuir el riesgo de abuso, si bien la realidad práctica muestra cómo esta solución lo que hace es favorecer la elección de la *lex fori* como normativa que más interesa a las partes implicadas, muchas veces compañías de seguros, permitiéndoles agilizar el desarrollo del proceso o alcanzar un acuerdo extrajudicial.

⁷⁷. *Hambourg Group of Private International Law*, en “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations”, *RabelsZ*, 2003, pp. 1-56, espec. p. 46; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 18. De otra opinión, FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 365, que entiende que permitir la aplicación de las normas materiales imperativas de Estados que no son el del foro ni aquél al que corresponde la ley aplicable a la obligación extracontractual iría en contra del espíritu del legislador europeo.

⁷⁸. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 69.

⁷⁹. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 18.

⁸⁰. Véase el art. 12 Propuesta Reglamento Roma II y los comentarios de la Comisión. También, Comité Económico y Social (Opinión de 2 de junio de 2004, CE 0841/2004, p. 7), el Parlamento Europeo (Informe de 27 de junio de 2005, A6-0211/2005, p. 30) y que se repitió en la Propuesta enmendada del Reglamento Roma II de 21 de febrero de 2006 (COM (2006) 83 final).

negativo y cuyo desarrollo lo marcará tanto la doctrina como la práctica comunitaria⁸¹. En tal sentido, el operador jurídico podría dar efectos a la ley de intervención extranjera tomándola como un dato cuya trascendencia en orden a la relación jurídica controvertida entre responsable del daño y víctima debería ser evaluada dentro del marco de la ley aplicable a su obligación extracontractual: la existencia y los efectos de hecho de la norma extranjera se subsumiría como un elemento del supuesto fáctico a enjuiciar en la correspondiente regla material de decisión de la *lex causae*⁸². Además de adecuarse a la idea de cortesía internacional que debe presidir las relaciones entre Estados miembros, tener en consideración las normas materiales imperativas de terceros Estados favorecería, asimismo, la homologación de la resolución judicial en el ámbito comunitario al asegurar la uniformidad internacional de la decisión, evitando el riesgo de no reconocimiento por contrariedad con el orden público del art. 34.1 Reglamento 44/2001⁸³, más todavía cuando el Considerando núm 6 Reglamento Roma II establece expresamente como uno de los objetivos de este instrumento facilitar la libre circulación de decisiones⁸⁴.

No creemos que tomar en cuenta normas materiales imperativas de terceros Estados, y menos, integrándolas en el marco de la *lex causae*, se oponga radicalmente a la voluntad de un legislador comunitario que, recuérdese, guarda silencio al respecto, ni que ello implique necesariamente poner en riesgo el objetivo de seguridad jurídica que busca el Reglamento Roma II si el operador jurídico es cauteloso con la toma en consideración de este tipo de normas. Esto es, al igual que sucede con el Reglamento Roma I, que únicamente permite el juego de las normas materiales imperativas de terceros Estados vinculadas objetivamente con el contrato, esto es, aquéllas "...en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse y en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal..." (art. 9.3 Roma I)⁸⁵, en el ámbito del

⁸¹. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 568, que pone el ejemplo de un embargo de comercio exterior que sería tomado como dato a evaluar dentro de la cláusula de orden público de la ley substantiva alemana del art. 826 C.c. alemán; JUNKER, A., "Art. 16 Rome II...", *loc. cit.*, par. 25.

⁸². Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome II Regulation...", *loc. cit.*, par. 71; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 568; JUNKER, A., "Art. 16 Rome II...", *loc. cit.*, par. 26. Respecto de cómo valorar el dato, VIRGÓS SORIANO, M., en AA.VV., *Derecho internacional privado (parte especial)*, Madrid, 6ª ed., 1995, p. 185, aunque en sede de obligaciones contractuales.

⁸³. Reglamento (CE) núm. 44/2001, 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 (DOCE L 12, de 16 de enero de 2001). El presente Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2002 y de acuerdo con su art. 68 sustituye al *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de octubre de 1968* (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990) en las relaciones entre los Estados miembros. Véanse estos argumentos en relación con el Reglamento Roma I, KUNDA, I., *Internationally mandatory rules of a third country...*, *op. cit.*, Rijeka, 2007, pp. 182-186; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, núm. 2, octubre 2009, pp. 52-133, espec. p. 127.

⁸⁴. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 568; MUIR-WATT, H., "Rome II et les intérêts gouvernementaux: pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle", en *Le Règlement Communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP, S./JOUBERT, N. (ed.), 2008, p. 137.

⁸⁵. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, punto IX; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, pp. 206-207.

Reglamento Roma II serían consideradas (sólo) aquellas normas que asimismo respondan a un criterio de vinculación objetiva con la relación no contractual⁸⁶: esta exigencia de proximidad objetiva permitiría la consideración únicamente de aquellas leyes de policía de terceros Estados cuyos intereses públicos puedan resultar afectados por la relación extracontractual, evitando la reglamentación excesiva del caso al eliminar la consideración de aquellas otras leyes de policía que, aun cuando técnicamente y desde un punto de vista unilateral el supuesto de hecho entre dentro de su ámbito de aplicación material y espacial, realmente no resultan conectadas objetivamente con el supuesto controvertido⁸⁷. Al respecto, no debe olvidarse el margen de discreción que la norma concede al operador jurídico a la hora de considerar la norma material imperativa de un tercer Estado, el cual, tal como sucede respecto del art. 9.3 Roma I y ahora en el ámbito de las obligaciones no contractuales, deberá valorar su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación⁸⁸.

4. Normas materiales imperativas de la *lex causae*.

Como vemos, el art. 16 Roma II regula específicamente los supuestos de aplicación de las normas materiales imperativas de la ley del foro, guardando silencio, por contra, respecto de las normas materiales imperativas de terceros Estados. No se mencionan, en cambio, las normas materiales imperativas pertenecientes a la *lex causae*, esto es, aquéllas propias de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales seleccionada a partir de las reglas del Reglamento Roma II⁸⁹.

En tal sentido, puede pensarse en que estas normas materiales imperativas son de aplicación desde el momento en que forman parte del ordenamiento jurídico regulador de la obligación no contractual, entendiendo su puesta en práctica con independencia de lo dispuesto en el art. 16 Roma II: las reglas generales de los arts. 4 o 14 Roma II, o las especiales en función de la materia, reclaman la aplicación de una ley y, con ello, de sus normas materiales, tanto aquéllas que son imperativas sólo a nivel doméstico o interno, como aquéllas que lo son a nivel internacional⁹⁰. No obstante, se ha entendido también la necesidad de justificar la aplicación de las leyes de policía de la *lex causae* a través del art. 16 Roma II y no por vía de los arts. 4 o 14 Roma II o sus reglas de conflicto especiales, que reclamarían exclusivamente la aplicación de las normas imperativas de

⁸⁶. *Hambourg Group of Private International Law*, en “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations”, *RabelsZ*, 2003, pp. 1-56, espec. p. 46; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 18. En el ámbito del Reglamento Roma I, AUDIT, B., *Droit international privé*, p. 704;

⁸⁷. Sobre ello, en el ámbito contractual, GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., “The Rome I Regulation: much ado about nothing?”, *The European Legal Forum*, 2008, pp. 61-80, espec. par. 76; BALLARINO, T., “Il Regolamento Roma I. Forza di legge, effetti, contenuto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, núm. 1, marzo 2009, pp. 5-18, espec. pp. 15-16.

⁸⁸. Sobre este amplio margen de discreción en el ámbito del art. 9.3 Roma I, véase, por ejemplo, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁹. GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 71.

⁹⁰. En este sentido, FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 353, nota núm. 27. En el ámbito de Roma I, LANDO, O/NIELSEN, P.A., “The Rome I...”, *loc. cit.*, p. 1719.

carácter privado. Y es que ciertas opiniones han defendido, básicamente en el ámbito de las obligaciones contractuales, la aplicación analógica del art. 9 Roma I al juego de las leyes de policía de la *lex causae* cuando se trate de normas de intervención económica, ordopolítica o de interés público⁹¹. La razón estaría en el hecho de que la remisión que se realiza a un Derecho extranjero por medio de una norma de conflicto se realiza partiendo del carácter privado de los conflictos y disposiciones en juego, de tal manera que la remisión no debería afectar a normas de carácter público, que responden a intereses estatales cuya naturaleza diverge de aquella propia de las normas reguladoras de las relaciones jurídico-privadas, lo que justificaría el recurso a criterios de conexión específicos y su marginación de la norma de conflicto.

A nuestro juicio, por el contrario, nos parece más adecuado considerar la aplicación de las normas de intervención de la *lex causae* a través de los mecanismos conflictuales, entendiendo la remisión contenida en la norma sobre ley aplicable en materia no contractual como una remisión global⁹². No se opone lo expuesto a las razones aducidas por la postura contraria porque, por un lado, las leyes de policía suelen contener una expresa referencia a su ámbito de aplicación material y espacial, determinando su aplicación de quedar comprendido el caso controvertido dentro de su alcance y negándola si no entra en el ámbito espacial diseñado por la *lex causae*. Por otro, porque nada impide que tales disposiciones puedan ser rechazadas por los mecanismos de control del Derecho extranjero previstos en la *lex fori* de establecer la norma de intervención de la *lex causae* un ámbito de aplicación desorbitado o injustificado, o un contenido discriminatorio o contrario a los principios y valores del ordenamiento jurídico del foro, en este caso, la excepción de orden público del art. 26 Roma II⁹³. Y, finalmente, porque resulta muchas veces difícil distinguir si la imperatividad reforzada de las leyes de policía de la *lex causae* deviene de su carácter ordopolítico o bien de un interés por garantizar el equilibrio entre las partes⁹⁴.

⁹¹. Así, MARQUÉS DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado (esboço de uma teoria geral)*, Coimbra, 1991, pp. 993-1008; KREUZER, K., *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten (Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte)*, Heidelberg, 1986, pp. 59-65.

⁹². En materia de obligaciones no contractuales, FUCHS, A., “Overriding mandatory...”, *loc. cit.*, p. 353, nota núm. 27. Con carácter general, BONOMI, A., “Le régime des règles impératives...”, *loc. cit.*, p. 232, nota 51; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 524; o, específicamente en materia de propiedad industrial, DE MIGUEL ASENSIO, P., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, 1995, p. 327. Con matices, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993, pp. 117-121.

⁹³. En este sentido, en el ámbito de Roma I, BONOMI, A., “Le régime des règles impératives...”, *loc. cit.*, p. 232, nota núm. 51.

⁹⁴. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 524, refiriéndose al ámbito contractual; o, específicamente en materia de propiedad industrial, DE MIGUEL ASENSIO, P., *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 327.

III. LEX CAUSAE, NORMAS IMPERATIVAS INTERNAS Y NORMAS IMPERATIVAS COMUNITARIAS: LÍMITES A LA LEX CAUSAE SELECCIONADA A TRAVÉS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

1. La autonomía de la voluntad conflictual en el Reglamento Roma II: breve apunte.

Como es sabido, el Reglamento Roma II regula el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones no contractuales: es lo que dice el art. 14.1 Roma II cuando habla de que "...las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan...".

No extraña esta opción. Por un lado, muchas de las controversias relativas a obligaciones extracontractuales se resuelven por la vía de transacción judicial o extrajudicial: siendo esto así, no tiene sentido no admitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad a la hora de conformar la respuesta a la reparación del daño, sobre todo si la libre elección de la normativa reguladora contribuye a una solución pactada de la controversia⁹⁵. Por otro, porque, tratándose como se trata de reparar un daño que un individuo ha causado a otro, la autonomía de la voluntad reduce los costes de transacción conflictuales para responsable del daño y víctima respecto de una situación en la que son básicamente los intereses privados de estos sujetos los que están realmente en juego. La libertad de las partes a la hora de conformar su acuerdo de elección de ley les lleva a seleccionar aquel ordenamiento jurídico más favorable a sus intereses, bien porque conocen previamente el contenido de dicha normativa, bien porque están habituados a litigar y a ajustar su comportamiento a las exigencias del ordenamiento jurídico seleccionado, o bien porque su contenido material beneficia a ambas partes⁹⁶. Se dota así de certeza y previsibilidad la determinación del Derecho aplicable, permitiendo de este modo una más adecuada protección de sus intereses desde el momento en que responsable del daño y víctima son los que realmente soportan los riesgos de sus elecciones, y quienes, en consecuencia, se hallan mejor posicionados para valorar el adecuado estándar jurídico de responsabilidad al que quieren verse sometidas⁹⁷.

Finalmente, porque el ejercicio de la autonomía de la voluntad no tiene por qué menoscabar la autoridad del Estado donde las obligaciones extracontractuales producen sus efectos sustanciales, representada por su normativa interna relativa a obligaciones no contractuales, y menos cuando la mayoría de las normativas domésticas reguladoras de las obligaciones no contractuales contienen normas jurídicas materiales internas de

⁹⁵. AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis sobre el estatuto delictual", en www.reei.org, 2004, pp. 1-34, espec. p. 30.

⁹⁶. CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 871.

⁹⁷. VINAIXA MIQUEL, M., "La unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II", *Iustel. RGDE*, enero 2008, pp. 1-33, p. 16; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Primeras...", *loc. cit.*, par. 17; AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 14, nota núm. 39.

naturaleza dispositiva y no imperativa⁹⁸: admitida la autonomía de la voluntad a nivel interno, resulta más coherente su admisión también a nivel internacional⁹⁹, sobre todo si el legislador internacional proporciona los cauces necesarios para dar respuesta a aquellos casos en los que la autoridad del Estado donde se producen los efectos sustanciales del daño pueda verse amenazada por la voluntad de las partes al situar la respuesta a su controversia en los términos de un ordenamiento jurídico extranjero ajeno a las disposiciones de este Estado. De ahí, como acabamos de ver, un precepto como el art. 16 Roma II, y, básicamente y como veremos ahora, los arts. 14.2 y 3 Roma II.

No vamos a entrar en el análisis de este art. 14.1 Roma II, que se escapa del ámbito de este trabajo: qué se entiende por *partes* (víctima y responsable del daño) o qué se entiende por la *ley que elijan* (ley estatal), ni a las condiciones en las que puede plasmarse el pacto de elección de ley (ejercicio de la autonomía de la voluntad expreso o tácito); tampoco a su ejercicio *ex post* o "...mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño...", o *ex ante*, esto es, anterior al nacimiento del hecho generador del daño, que el art. 14.1 Roma II sólo permite "...cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial..."¹⁰⁰. A pesar de que pueda pensarse que la aplicación en la práctica de este art. 14.1 Roma II pueda ser escasa¹⁰¹ (no será frecuente que *ex ante* la partes tengan la oportunidad de elegir la ley aplicable a un daño extracontractual *futuro*; la elección *ex post* puede resultar difícil dado que los intereses de víctima y responsable del daño pueden no confluir en la misma ley y, si lo hacen, son altas las probabilidades de que no haya litigio propiamente dicho¹⁰²), lo cierto es que permitir la elección de ley *ex post* posibilita la ubicación de la controversia en los términos de la *lex fori* como normativa mejor conocida por responsable del daño y víctima y que redundará en un menor coste procesal¹⁰³. Respecto de la elección de ley *ex ante*, si bien lo normal es que responsable del daño y víctima no se conozcan previamente al hecho generador del daño, lo cierto es que el art. 14.1 Roma II parte del desarrollo de una actividad comercial entre las partes previa al acto ilícito, lo que va a suponer la existencia de una relación o vinculación real entre quienes van a ocupar las posiciones de responsable del daño y víctima. Teniendo esto en cuenta, su utilidad resulta muchas veces incuestionable¹⁰⁴. Sería aquel caso en el que, dado que *ex art.* 4.3 Roma II los posibles hechos delictivos que pudieran ocurrir en el desarrollo de su relación contractual podrían regularse por la misma ley que regula su relación contractual, las partes seleccionan un ordenamiento jurídico distinto con el objetivo de evitar la regulación de sus obligaciones extracontractuales por una ley, la del contrato, que no les conviene (p.e.: evitar de la posibilidad de imposición de *punitive damages* contemplados en el Derecho americano

⁹⁸. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El régimen...", *loc. cit.*, par. 14.

⁹⁹. CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 872; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Primeras...", *loc. cit.*, nota núm. 72.

¹⁰⁰. Al respecto, véanse los trabajos generales sobre el Reglamento Roma II citados en este artículo.

¹⁰¹. FALLON, M., "Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", *ERPL*, 1999, pp. 45-68, espec. p. 55; AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 14.

¹⁰². GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 27; VINAIXA MIQUEL, M., "La unificación...", *loc. cit.*, pp. 17-18.

¹⁰³. KADNER GRAZIANO, T., "Freedom to choose applicable law in Tort: articles 14 and 4.3 of the Rome II Regulation", en AHERN, J./BINCHY, W. (edit.), *The Rome II Regulation on the applicable law to non contractual obligations*, 2009, pp. 113-132, espec. p. 116; AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 14, nota núm. 38.

¹⁰⁴. Véase, FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Primeras...", *loc. cit.*, par. 20.

regulador de su contrato)¹⁰⁵. O, al contrario, dado que la respuesta del art. 4.3 Roma II vinculando la ley aplicable a la responsabilidad no contractual a la ley del contrato no es segura al estar fundamentada en un concepto jurídico no determinado como es el de los vínculos más estrechos, a evaluar por el operador jurídico¹⁰⁶, lo que hace un eventual pacto de elección de ley es eliminar esta incertidumbre asociada a esta cláusula de corrección de carácter excepcional¹⁰⁷.

2. Las normas imperativas internas relativas a responsabilidad no contractual.

A) Situaciones objetivamente internas: identificación de los elementos relevantes.

El Reglamento Roma II está concebido para dar respuesta a aquellas situaciones que implican un conflicto de leyes, esto es, que contienen uno o más elementos ajenos a la vida social interna de un país respecto de las que, por lo tanto, son susceptibles de aplicarse varios sistemas jurídicos¹⁰⁸. Respecto de ellas, como acabamos de ver, el legislador de la UE introduce, a la hora de determinar la ley aplicable y al margen de aquellas reglas aplicables en defecto de pacto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad como posibilidad: de acuerdo con el art. 14.1 Roma II, "...las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan...".

Siendo esto así, con todo, no existen razones que impidan a víctima y responsable del daño seleccionar un ordenamiento jurídico extranjero también respecto de aquéllas otras situaciones que son objetivamente internas¹⁰⁹, esto es, obligaciones no contractuales cuyos elementos objetivos se hallan vinculados con un único ordenamiento y que las partes internacionalizan a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, el legislador entiende que detrás de esta voluntad de las partes internacionalizando la situación puede hallarse el intento de elusión de las normas imperativas internas del Estado donde se localizan todos los elementos objetivamente relevantes¹¹⁰. De ahí el art. 14.2 Roma II establezca que, cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquél cuya ley se elige, la elección de las partes a

¹⁰⁵. Véase, VON HEIN, J., "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", *RebelsZ.*, 2000, pp. 595-613, espec. p. 601; AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 14, que hace referencia a este autor.

¹⁰⁶. AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 14.

¹⁰⁷. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El régimen comunitario...", *loc. cit.*, par. 15; NORTH, P., "Choice in Choice of Law", en *Essays in Private International Law*, London, 1993, p. 190.

¹⁰⁸. Definición de situación privada internacional desde el punto de vista del Reglamento Roma II de acuerdo con la Comisión en el Proyecto original de este instrumento (COM (2003) 427 final, p. 7).

¹⁰⁹. ANCEL, B., "El Reglamento Roma II: apreciación de conjunto", *AEDIPr.*, 2007, pp. 607-624, espec. p. 621; LEIBLE, S., "El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II", *AEDIPr.*, 2007, pp. 219-239, espec. p. 234.

¹¹⁰. En el caso *Caterpillar Financial Services Copr. V. SNC Passion* (2004, EWHC 569; 2004, 2 Lloyd's Rep. 99), aunque referido al art. 3.3 Convenio de Roma, precepto paralelo al art. 14.2 Roma II, el Tribunal hace referencia a esta intención de las partes de elusión de las normas imperativas internas a través de una cláusula de elección de ley.

favor de una ley extranjera no va a impedir la aplicación de “...las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo”¹¹¹.

La operatividad del art. 14.2 Roma II se proyecta, como vemos, respecto de aquellas situaciones en las que, en el momento del hecho generador del daño, todos sus elementos pertinentes o relevantes se vinculen a un único Estado, tal como se halla descrito en el art. 25 Roma II¹¹².

En este sentido, y aunque el precepto condiciona la aplicación de “...las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo...” a esta circunstancia, lo cierto es que el legislador europeo no entra en la identificación de aquellos elementos que merecen la consideración de relevantes desde la óptica del Reglamento Roma II¹¹³. Por ello, y dada la ausencia de práctica suficiente en la que apoyarse, distintas opiniones han propuesto clasificar todos los puntos de conexión que el Reglamento Roma II emplea para conectar un supuesto con un territorio como elementos relevantes a efectos del art. 14.2 Roma II. Opción no obstante escasamente viable habida cuenta de que cualquier circunstancia fáctica imaginable puede ser considerada como conexión relevante al amparo del art. 4.3 Roma II, art. 10.4 Roma II, art. 11.4 Roma II o 12.2.c Roma II¹¹⁴. Mayor unanimidad existe, no obstante, en la valoración como relevantes de elementos tan significativos como la residencia habitual de responsable del daño, la residencia habitual de la víctima, la adquisición del producto o el territorio donde se encuentran las instalaciones contaminantes, así como el lugar del daño o el territorio donde ha tenido lugar el hecho generador del daño, que presumiblemente responden a esta consideración¹¹⁵, y en la menor relevancia e, incluso, directamente irrelevancia, por el contrario, de aspectos como la nacionalidad de las partes¹¹⁶.

Mención aparte merecen, con todo, elementos como la ley aplicable a una relación pre-existente¹¹⁷, o, más concretamente, la existencia de una cláusula de elección de foro. Respecto de esta última circunstancia, repárese en el art. 3.3 Convenio de Roma, que

¹¹¹. Véase HAY, P., “Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations...”, *loc. cit.*, p. 151, que llama la atención respecto de que este art. 14.2 Roma II es el paralelo al art. 3.3 Roma I y que éste, que prohíbe tener en cuenta las normas imperativas de otro Estado, contrasta con el art. 9.3 Roma I, que sí permite el juego de las normas materiales imperativas de terceros Estados.

¹¹². CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550.

¹¹³. BACH, I., “Freedom of choice”, en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 324-342, espec. p. 339; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 776; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 11.

¹¹⁴. BACH, I., “Freedom of choice...”, *loc. cit.*, p. 339.

¹¹⁵. En este sentido, DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 557; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 11.

¹¹⁶. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550. En otro sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 11.

¹¹⁷. Señalando su relevancia, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 11.

inspira este art. 14.2 Roma II¹¹⁸, y cuya redacción no es semejante: mientras que el art. 3.3 Convenio de Roma habla de la elección por las partes de una ley extranjera, “...acompañada o no de la de un Tribunal extranjero...”, el art. 14.2 Roma II no menciona el dato de “...acompañada o no de (la elección) de un Tribunal extranjero...”, como tampoco lo hace el vigente art. 3.3 Roma I (sí el Considerando núm. 15 Roma I), equivalente actual al anterior art. 3.3 Convenio de Roma. Ello no significa, no obstante, que a efectos del Reglamento Roma II, una situación en la que todos sus elementos pertinentes estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, pero respecto de la que las partes hayan elegido un determinado Tribunal para resolver sus controversias, se convierta en una situación típica de D.i.pr., esto es, en una situación en la que ya no haya que aplicar necesariamente “...las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo...”, eludiendo así las normas imperativas del estatuto delictual objetivo¹¹⁹.

Por un lado, porque, aunque es cierto que el art. 14.2 Roma II no hace referencia a las cláusulas de elección de foro, su interpretación debe realizarse en coherencia con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Considerando núm. 7 Roma II), y el art. 3.3 Convenio de Roma, del que parte, como vimos, entendía esta situación como objetivamente interna por hallarse los elementos pertinentes localizados en un solo país aun cuando la existencia o no de una cláusula de elección de foro. Por otro, porque el Considerando núm 15 Roma I, que hace referencia a este tipo de situaciones, dice que el art. 3.3 Roma I “...debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional...”, añadiendo en su parte final que “...la formulación del presente Reglamento se ajusta en la medida de lo posible al art. 14.3 Roma II...”¹²⁰. Y, finalmente, porque la mera existencia de una cláusula de sumisión expresa a Tribunal no puede convertir una situación interna en internacional, ya que la sumisión no cambia en modo alguno el hecho de que el supuesto de hecho relevante para el Derecho material se halla vinculado objetivamente con un único Estado, no existiendo motivos que para que el interés de las partes deba prevalecer en este caso¹²¹.

Siguiendo el art. 14.2 Roma II, exige el legislador europeo, además, que *todos* los elementos relevantes se hallen en un único Estado distinto al de la ley que las partes eligen¹²². El tema no es menor, ya que, si bien puede pensarse que la operatividad del art. 14.2 Roma II puede ser escasa y que no genera práctica cuantitativamente

¹¹⁸. Así, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 17; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 775.

¹¹⁹. Así, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550, que habla de un descuido del legislador sin consecuencias sustanciales; también, JUNKER, A., “Art. 14 Rome II”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., 2010, par. 40.

¹²⁰. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, pp. 775-776; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550.

¹²¹. LEIBLÉ, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 235; con dudas, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550.

¹²². CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550.

significativa¹²³, lo cierto es que sus exigencias favorecen la posibilidad de eludir la aplicación de "...las disposiciones de la ley de un país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo...": dado que el art. 14.2 Roma II exige que todos los elementos relevantes se ubiquen en un único Estado, bastaría con que las partes y/o el operador jurídico que tengan esta intención *encuentren* un elemento relevante localizado en un tercer Estado, lo que es sencillo¹²⁴. Se ha entendido que la solución podría pasar por aplicar teleológicamente el art. 14.2 Roma II limitando la exigencia de que *todos* los elementos relevantes se ubiquen en el mismo país, o bien aplicarlo análogamente si las normas imperativas de los países donde se localizan los distintos elementos relevantes resultan sustancialmente similares (por ejemplo, ordenamiento jurídico francés y ordenamiento jurídico luxemburgués), lo que, no obstante, no sólo choca con el tenor expreso del art. 14.2 Roma II, sino que esta situación ya estaría cubierta por el art. 14.3 Roma II, que habla, como veremos, de uno o más Estados miembros¹²⁵. Además, atender a una interpretación estricta del art. 14.2 Roma II favorece la autonomía de la voluntad, que, no olvidemos, constituye uno de los pilares del Reglamento Roma II¹²⁶.

Esta totalidad de los elementos relevantes debe ser considerada, en fin y de acuerdo con el art. 14.2 Roma II, "...en el momento en que ocurre el hecho generador del daño...", lo que excluiría la referencia al Estado donde se ha manifestado el daño tras el hecho generador, salvo que sea probable que ese daño se produzca en el momento¹²⁷. Con todo, y aunque, de acuerdo con ello, una internacionalización *ex post* no permitiría escaparse del art. 14.2 Roma II, resulta más adecuado proceder a una interpretación menos restrictiva de esta exigencia en la medida en que constituye un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes¹²⁸.

B) Identificación de las normas imperativas internas.

Las normas imperativas a las que se refiere el art. 14.2 Roma son las normas propias de un ordenamiento jurídico cuya imperatividad es sólo doméstica y no internacional.

En efecto, por lo que se afecta a las normas que las partes tratan de eludir, el art. 14.2 Roma II se refiere a ellas como "...las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo...", a diferencia de lo que hacía el art. 3.3 Convenio de Roma, precepto en el que se inspiró este art. 14.2 Roma II, que hablaba de este tipo de normas como "...disposiciones imperativas..."¹²⁹.

¹²³. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 557, en relación a un caso inglés *Caterpillar Financial Services Copr. V. SNC Passion* (2004, EWHC 569; 2004, 2 Lloyd's Rep. 99), relativo al precepto paralelo del art. 3.3 Convenio de Roma.

¹²⁴. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, pp. 339-340.

¹²⁵. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550.

¹²⁶. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 340.

¹²⁷. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 557; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551.

¹²⁸. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome II Regulation...", *loc. cit.*, par. 12.

¹²⁹. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 557. Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, punto III, que indica, en sede de obligaciones contractuales, que, por los problemas interpretativos que causó el empleo del término *normas imperativas* en el art. 3.3

A pesar de la terminología empleada en el art. 14.2 Roma II, el término *disposiciones o normas imperativas* como equivalente de "...disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo..." no es incorrecto¹³⁰. Dentro de ellas, no obstante, el legislador sólo puede referirse a las normas imperativas internas del Estado objetivamente conectado con la situación, esto es, aquéllas a las que necesariamente deben las partes ajustar su comportamiento en el ámbito doméstico y que son propias de su orden público interno y no internacional, toda vez que las normas materiales imperativas ya amparan su aplicación en el art. 16 Roma II (leyes de policía)¹³¹.

Es lo que decía la Comisión en la Propuesta de Reglamento Roma II (art. 10 Propuesta Roma II)¹³², que hablaba del concepto *disposición imperativa* en contraste con las leyes de policía, como equivalente a las normas de orden público interno de un Estado y que describe como aquellas normas que las partes no pueden eludir por acuerdo, en particular, las destinadas a proteger una parte débil¹³³.

C) Alcance de la *lex causae* elegida: la autonomía material.

El art. 14.2 Roma II condiciona, pues, la amplitud en la aplicación de la *lex causae* ex ejercicio de la autonomía de las voluntades de las partes a lo dispuesto en las normas imperativas internas. O, lo que es lo mismo, al entender que la elección de las partes a favor de una ley extranjera no va a impedir la aplicación de "...las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo...", el legislador no elimina por completo la eficacia del pacto de elección de ley, que podría conseguir de apostar por su eventual nulidad, sino que lo que hace es limitar su

Convenio de Roma, el actual art. 3.3 Roma I distingue entre "...normas que no pueden derogarse mediante acuerdo...", y que serían las propias de preceptos como los arts. 3.3, 3.4, 6 u 8 Roma I, frente a las "...leyes de policía..." del art. 9 Roma I.

¹³⁰. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 777.

¹³¹. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 339; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 8; ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621; VIRGÓS SORIANO, M., en ALBADALEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., tomo I, vol. 2, pp. 634-638; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 550. En el mismo sentido, PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 777, que pone como ejemplo de norma imperativa doméstica que afecta a la materia de responsabilidad no contractual la secc. 2 de la *Contract Terms Act 1977* inglesa, que establece que una persona no puede vía pacto excluir o restringir su responsabilidad por la muerte o daños personales resultantes de negligencia. El *Hambourg Group of Private International Law*, en "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations", *RebelsZ*, 2003, pp. 1-56, espec. pp. 37-38, aconsejó añadir el término "internas" al concepto de "normas imperativas" que en su momento empleó la Comisión en su Propuesta de Reglamento Roma II. Véase, no obstante, HAY, P., "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations...", *loc. cit.*, p. 150, que mezcla el objeto del art. 14.2 Roma II con el art. 16 Roma II y, con ello, el concepto de norma imperativa interna y norma material imperativa.

¹³². *Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II)* (COM/2003/0427 final - COD 2003/0168).

¹³³. Sobre ello, GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, pp. 134-135.

amplitud¹³⁴: en consecuencia, la regulación del caso se determinará a partir de la aplicación de las normas de *ius cogens* del Estado con el que el supuesto presenta conexiones objetivas, además de las disposiciones del ordenamiento jurídico seleccionado por la voluntad de las partes que no entren en contradicción con aquéllas¹³⁵.

Esta elección de la ley aplicable tiene eficacia, pues, sólo en el plano material y no en el conflictual, esto es, recortando el alcance la autonomía conflictual, la única autonomía de la voluntad que permite este precepto es la autonomía material¹³⁶, evitando la huida del ordenamiento jurídico del país naturalmente conectado con el caso y preservando el efecto útil de su normativa respecto de supuestos que repercuten exclusivamente en tal Estado¹³⁷. Y ello, con independencia de que la causa se plantee ante el Tribunal del foro o ante un Tribunal extranjero: las partes no pueden evitar el mandato del art. 14.2 Roma II seleccionando un Tribunal competente porque no son las normas imperativas internas del foro las que están en juego, sino aquéllas del ordenamiento jurídico donde se localizar los elementos relevantes de la relación y que resultarían aplicables si las partes no hubieran elegido ley¹³⁸.

Recuérdese, con carácter general, que aunque el Reglamento Roma II no entra en la regulación de la autonomía de corte material, esto es, en la elección de las partes de regulaciones no estatales, en la conformación de eventuales pactos materiales ni en las cláusulas de incorporación por referencia, todos estos comportamientos, como manifestaciones del ejercicio de una autonomía de corte material y no conflictual, deben estar sujetos a la *lex causae*, o, lo que es lo mismo, deben realizarse al amparo de la ley aplicable a la relación jurídica controvertida¹³⁹. De ahí que, ya al amparo del art. 14.2

¹³⁴. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 449; DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 557; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 12.

¹³⁵. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 779; LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, pp. 234-235.

¹³⁶. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 8; CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 17.

¹³⁷. CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II...”, *loc. cit.*, p. 876; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado (el Reglamento Roma II)*, Comares, Granada, 2008, p. 97; VINAIXA MIQUEL, M., “La unificación...”, *loc. cit.*, p. 17.

¹³⁸. ANCEL, B., “El Reglamento Roma II...”, *loc. cit.*, p. 621; BACH, I., “Freedom of choice...”, *loc. cit.*, p. 340.

¹³⁹. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 18; KADNER GRAZIANO, T., “Freedom to choose applicable law in Tort...”, *loc. cit.*, p. 119. Sobre el desarrollo de normas materiales por organizaciones privadas o de naturaleza extranacional en materia de obligaciones no contractuales, véase PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008, pp. 144-166. Véase, por ejemplo, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference - DCFR), Outline Edition*, Munchen, 2008, pp. 297-326, con su referencia a conjuntos de reglas extraestatales relativas a obligaciones no contractuales, gestión de negocios ajenos o enriquecimiento sin causa, cuando antes eran habituales sólo

Roma II, las partes puedan incorporar por referencia una ley extranjera, pero dentro de los límites del ordenamiento jurídico objetivamente conectado con el caso¹⁴⁰.

3. Las normas imperativas comunitarias: situaciones objetivamente comunitarias y las cláusulas de protección del Derecho comunitario.

A) Los intereses comunitarios.

Al igual que sucede respecto de las situaciones objetivamente internas, nada impide a víctima y responsable del daño seleccionar un ordenamiento jurídico de un tercer Estado en relación a aquellas situaciones que el legislador entiende como objetivamente comunitarias, esto es, cuando "...en el momento del hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros..." (art. 14.3 Roma II)¹⁴¹. Y también como antes, y dado que detrás de esta voluntad de las partes seleccionando la ley de un Estado no miembro puede estar el intento de conexión artificial buscando la elusión de las normas imperativas comunitarias, el legislador de la UE, al igual que hizo en el art. 3.4 Roma I¹⁴², establece de nuevo la cautela de que esta elección no va a impedir "...la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo..." (art. 14.3 Roma II)¹⁴³. Ya lo decía la Exposición de Motivos de la Propuesta Reglamento Roma II al entender que este precepto tiene el objetivo de "...impedir que las partes escapen a la aplicación de normas imperativas de Derecho comunitario mediante la elección de la ley de un tercer país...". No debe olvidarse que lo que busca el legislador de la UE a través de las normas incluidas en los distintos instrumentos comunitarios es garantizar la existencia de un estándar mínimo de protección a nivel comunitario en relación a todas aquellas situaciones que se hallan objetivamente vinculadas con la UE y que, como consecuencia de ello, ponen en juego los diferentes intereses públicos comunitarios, esto es, el respeto de un grado o nivel mínimo de protección en orden a la garantía final de salvaguarda del correcto funcionamiento del mercado interior.

en el ámbito contractual; o los *Principles of European Tort Law*, del *European Group of Tort Law*, en www.egtl.org.

¹⁴⁰. Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome II Regulation...", *loc. cit.*, par. 12.

¹⁴¹. ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, pp. 876-877.

¹⁴². PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 779; LEIBLE, S., "La Propuesta para un Reglamento 'Roma I': Algunas observaciones sobre artículos escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568, espec. pp. 553-555.

¹⁴³. O'BRIEN, J./SMITH, R., *Conflict of Laws*, Routledge, 1999, p. 330; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales...*, *op. cit.*, p. 98. Son las llamadas cláusulas de protección del Derecho comunitario o cláusulas de mercado interior; sobre ello, LEIBLE, S., "La Propuesta para un Reglamento 'Roma I'...", *loc. cit.*, pp. 553-556.

Siendo esto así, la UE, habida cuenta de la comunidad normativa que la preside, no sólo se comportaría como un Estado¹⁴⁴, tratando el supuesto como una situación comunitaria meramente interna, sino que respondería de este modo al objetivo del legislador de armonización comunitaria: no en vano las normas conflictuales o de aplicación espacial que delimitan los mercados son parte integrante de las medidas comunitarias de armonización al determinar el ámbito de aplicación de la norma, distinguiéndose así del Derecho de terceros Estados. De ahí la necesaria interpretación armónica desde la óptica de cada uno de los Estados miembros en orden a garantizar el objetivo de respuesta común¹⁴⁵.

B) El concepto de *Estados miembros* a efectos del art. 14.3 Roma II.

La aplicación del art. 14.3 Roma II no es sencilla y plantea una serie de problemas. Uno de ellos puede ser la expresión empleada en su tenor de "...Estados miembros..." a efectos de la localización de la situación. De acuerdo con el art. 1.4 Roma II, los Estados miembros a tener en cuenta deberían ser todos los Estados comunitarios excepto Dinamarca, lo que excluiría del concepto de "...Estados miembros..." a este último Estado, así como aquellos otros que no son comunitarios pero sí forman parte del Espacio Económico Europeo¹⁴⁶. Siendo esto así, las partes podrían seleccionar la ley de un tercer Estado cuando el caso presenta vínculos con Dinamarca o con un Estado parte del Espacio Económico Europeo, consiguiendo con ello la elusión de las disposiciones imperativas del Derecho comunitario o del ordenamiento jurídico del Estado del Espacio Económico Europeo que se trate. Por la misma razón, de elegir las partes tanto el Derecho danés como el Derecho de un Estado parte del Espacio Económico Europeo respecto de casos que presentasen un vínculo exclusivamente con Estados miembros en el sentido del art. 1.4 Roma II, se tendrían que aplicar en todo caso las disposiciones imperativas de Derecho comunitario tal como han sido transpuestas por la *lex fori*, y ello, aun cuando la existencia de las correspondientes transposiciones en Dinamarca y en los Estados parte del Espacio Económico Europeo¹⁴⁷.

Dado que la combinación del art. 14.3 Roma II con el art. 1.4 Roma II lleva a resultados poco convincentes¹⁴⁸, tal vez lo mejor sería atender a una interpretación teleológica del concepto de tercer Estado alejándola de la establecida en este último precepto: en este sentido, serían Estados terceros a efectos del art. 14.3 Roma II todos aquéllos que no fuesen Estados miembros, incluyéndose como tales tanto Dinamarca como los Estados

¹⁴⁴. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 9; AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis...", *loc. cit.*, p. 13.

¹⁴⁵. LEIBLE, S., "El alcance de la autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, pp. 235-236.

¹⁴⁶. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 341; LEIBLE, S., "El alcance de la autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, p. 237.

¹⁴⁷. LEIBLE, S., "El alcance de la autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, p. 237.

¹⁴⁸. Así lo entiende LEIBLE, S., "El alcance de la autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, p. 237, que califica además esta situación como surrealista; también, BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 341, que lo entiende como un error del legislador; o CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551.

parte del Espacio Económico Europeo¹⁴⁹. Ésta es la línea en que parece manifestarse el art. 1.4 Roma I, que establece dos definiciones de “...Estados miembros...”, una general, para la aplicación de la totalidad de las disposiciones del Reglamento Roma I; y otra, específica, tanto para el art. 7 Roma I (contratos de seguro), como, en lo que ahora interesa, para el art. 3.4 Roma I, que es el equivalente en el Reglamento Roma I al art. 14.3 Roma II: de acuerdo con su tenor, la expresión “...Estados miembros ...” del art. 3.4 Roma I designa a todos los Estados miembros de la UE, lo que incluiría también a Dinamarca¹⁵⁰. Esta analogía no serviría, no obstante, para incluir también a los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo¹⁵¹.

Vinculado con lo expuesto, debe repararse, finalmente, en lo siguiente. Tal como se indicó, el art. 14.3 Roma II resulta aplicable cuando, “...en el momento del hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros...”. Cuando todos los elementos de la relación se hallen en más de un Estado comunitario, la aplicación del art. 14.3 Roma II no plantearía problemas. Sin embargo, si todos esos elementos de la relación se hallan en su totalidad en un único Estado miembro, el art. 14.3 Roma II puede solaparse con el art. 14.2 Roma II, dado que ambos se refieren a las “...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...” de un único Estado¹⁵². Con todo, no puede hablarse de una aplicación concurrente de ambos preceptos toda vez que la ley del foro de acuerdo con el art. 14.3 Roma II no tiene por qué ser la misma de la ley del foro de aquel Estado donde se localicen todos los elementos relevantes de la situación del art. 14.2 Roma II; por ejemplo, por la existencia de una cláusula de elección de foro o porque el demandado cambió su domicilio después del hecho generador del daño. A pesar de que el art. 14.3 Roma II podría ser considerado una norma especial frente a la general del art. 14.2 Roma II, teniendo en cuenta el objetivo de armonía internacional de soluciones (Considerando núm. 6 Roma II), parece preferible la aplicación del art. 14.2 Roma II dado que ello permitiría a todos los Tribunales de los distintos Estados de la UE la aplicación de la misma ley con independencia del foro¹⁵³.

¹⁴⁹. Así, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; HEISS, H./LOACKER, L.D., “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse”, *JBI*, 2007, pp. 613-646, espec. p. 623; LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 237; BACH, I., “Freedom of choice...”, *loc. cit.*, p. 341.

¹⁵⁰. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 13; LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 238. Rechaza esta analogía, JUNKER, A., “Art. 14 Rome II”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., 2010, par. 43.

¹⁵¹. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 238, donde se lamenta de que el art. 1.4 Roma I no se extienda también a los Estados parte del Espacio Económico Europeo.

¹⁵². DE LIMA PINHEIRO, L., “Choice of law on non-contractual obligations...”, *loc. cit.*, espec. p. 14; JUNKER, A., “Art. 14 Rome II...”, *loc. cit.*, par. 51.

¹⁵³. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 552.

C) Normas incluidas en el ámbito de las cláusulas de protección del Derecho comunitario: identificación de las disposiciones del Derecho comunitario que no pueden excluirse mediante acuerdo.

Con todo, el problema más significativo que plantea el art. 14.3 Roma II tiene que ver con la identificación de las disposiciones del Derecho comunitario que no pueden excluirse mediante acuerdo mencionadas en este precepto.

En principio, y al igual que hace el art. 14.2 Roma II respecto de las situaciones objetivamente internas, el art. 14.3 Roma II hace referencia a las "...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...", lo que aludiría, no tanto a las normas de origen comunitario que reciban la calificación de ley de policía (normas materiales internacionalmente imperativas), cuya aplicabilidad ya estaría garantizada a través del art. 16 Roma II¹⁵⁴, sino a las normas de origen comunitario cuya imperatividad se halla ceñida al ámbito interno de cada Estado miembro¹⁵⁵.

Repárese, no obstante, en que la Propuesta de Reglamento Roma II no hacía distinciones en el carácter del Derecho comunitario, cuando el art. 10.3 Propuesta Roma II hablaba de que "...la elección por las partes de la ley de un tercer país no podrá afectar a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario, cuando, en el momento del nacimiento de la obligación, todos los restantes elementos de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros de la Comunidad Europea...". Parece así la Propuesta calificaba todo el Derecho comunitario como de ius cogens, olvidando aludir a las disposiciones del Derecho comunitario que no podían excluirse mediante acuerdo, omisión que impedía excluir por pacto la aplicación de las reglas no imperativas del Derecho comunitario. Este aspecto fue corregido en la redacción final de este precepto, el actual art. 14.3 Roma II, de modo que, si la disposición no es imperativa, se permite excluir su aplicación al igual que sucede con el Derecho nacional¹⁵⁶.

Ahora bien, y a diferencia de la situación anterior relativa a supuestos puramente internos, en la que la identificación de las normas imperativas internas a eludir resultaba menos complicada al hallarse todos los elementos objetivos del caso conectados con un único Estado, en la situación que ahora nos ocupa, la respuesta no es tan sencilla habida cuenta de su conexión con uno o una pluralidad de Estados comunitarios, y ello, a pesar de estar dentro de un ámbito material armonizado¹⁵⁷. De ahí que el legislador europeo mencione en el art. 14.3 Roma II a las normas de la *lex fori* como respuesta final, esto, es "...las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro...", dando a entender que se aplicarán las "...disposiciones del

¹⁵⁴. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 780. Véase, no obstante, HAY, P., "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations...", *loc. cit.*, p. 151, nota núm. 142, que entiende que las situaciones del art. 14.3 Roma II ya estarían cubiertas por el art. 16 Roma II porque las normas del foro implementando el Derecho comunitario ya es *lex fori*, confundiendo normas imperativas internas con internacionales.

¹⁵⁵. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551; PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 780.

¹⁵⁶. GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 135.

¹⁵⁷. Una visión crítica de este art. 14.3 Roma II puede leerse en ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621.

Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...” del Estado miembro cuyos Tribunales conocen del asunto¹⁵⁸.

Esta solución apelando a la *lex fori* ha sido defendida, además de por su sencillez, por razones de economía procesal dado el menor coste que supone su aplicación habida cuenta de la familiaridad del operador jurídico con su propia norma y las dificultades de operar con un Derecho extranjero¹⁵⁹. Habría que pensar, además, si compensa el coste de aplicar una ley que no sea la *lex fori* cuando los beneficios que se obtienen pueden no ser demasiados. Téngase en cuenta que existe un mínimo armonizado entre todas las leyes comunitarias en juego que hace que, aun con sus matices, una eventual respuesta del operador jurídico con base en una o en otra no se aparte excesivamente del resultado material buscado por el legislador europeo, más todavía cuando existen normas, como puede ser la *Directiva 85/347/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos*¹⁶⁰, que proponen una casi completa armonización, dejando poco margen al legislador interno a la hora de aportar diferencias cuando su transposición en la ley interna¹⁶¹.

No obstante, existen otras razones para su crítica: si lo que busca el Reglamento Roma II es la correcta administración de justicia a partir de la aplicación a las obligaciones no contractuales de la ley objetivamente más vinculada, lo cierto es que la ley del foro no tiene por qué ser la ley del Estado miembro en el que repercuten de modo sustancial los efectos del hecho generador de la responsabilidad no contractual¹⁶². En efecto, el legislador europeo obliga a los operadores jurídicos de los distintos Estados miembros *ex art. 14.3 Roma II* a aplicar las “...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...” del foro, aun cuando la situación controvertida se halle vinculada exclusivamente con otro Estado comunitario al verificarse aquí la totalidad de los elementos jurídicos relevantes; o, lo que es lo mismo, un operador jurídico francés, italiano o alemán, deberá aplicar las normas del foro, francesas, italianas o alemanas, “...tal como hayan entrado en vigor en el ordenamiento jurídico del foro...”, aun cuando el hecho generador de la responsabilidad no contractual se halle

¹⁵⁸. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551, que habla de este punto del art. 14.3 Roma II como una norma de conflicto que reclama la aplicación de la *lex fori*; LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 236, que pone el ejemplo de un supuesto hispano-alemán de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en relación con 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 11985 L 210/29).

¹⁵⁹. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 552; VON HEIN, J., “Die Kodifikation des europäischen IPR der ausservertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss? Zum geneigten Stand der Arbeiten an der Roma II-Verordnung”, *VersR*, 2007, p. 440, espec. p. 445; BACH, I., “Freedom of choice...”, *loc. cit.*, p. 341, que apoya esta solución de aplicar la *lex fori*.

¹⁶⁰. Véase *STJUE de 10 de enero de 2006*, As. C-402/03, *Skov oeg. v. Bilka Lavprisvarehus A.S.*

¹⁶¹. CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 552. En parecido sentido, en el ámbito de las obligaciones contractuales, LAGARDE, P./TENENBAUM, A., “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2008, pp. 727-780, espec. p. 737.

¹⁶². CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II...”, *loc. cit.*, p. 877; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario...”, *loc. cit.*, par. 17.

vinculado exclusivamente con un ordenamiento jurídico distinto, como podría ser el español, por ejemplo, por coincidir este territorio con el lugar del daño.

Si hablamos de un Reglamento, las consecuencias de lo expuesto no resultan demasiado gravosas: que un operador jurídico francés, italiano o alemán, aplique las normas del foro, francesas, italianas o alemanas, prioritariamente a las españolas, resulta menos relevante habida cuenta de que todas las "...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo..." reglamentarias son la misma norma en cada ordenamiento jurídico dado el carácter obligatorio y único de este instrumento para todos los Estados miembros¹⁶³. No sucede lo mismo si la normativa comunitaria a eludir deviene de una Directiva comunitaria, ya que es posible que esta Directiva se desarrolle de manera distinta en cada uno de los Estados miembros¹⁶⁴. Téngase en cuenta que el mandato del art. 14.3 Roma II sigue obligando al operador jurídico francés, italiano o alemán, a aplicar las normas del foro, francesas, italianas o alemanas, derivadas de la transposición de la Directiva, "...tal como se apliquen en el Estado miembro del foro..."¹⁶⁵. Eso significa que el legislador europeo otorga preferencia a las normas del foro francesas, italianas o alemanas, respecto de las españolas, y ello, y esto es lo significativo, aunque difieran esencialmente en el caso particular, y sin que el caso mantenga con el ordenamiento jurídico francés, italiano o alemán, conexión sustancial ninguna con el litigio, sino únicamente un vínculo jurisdiccional. El problema se agrava, además, de entender que no se ha tenido en cuenta la eventual autolimitación de las normas francesas, italianas o alemanas de transposición¹⁶⁶.

Todo ello no hace otra cosas que fomentar el *forum shopping*, por lo que tiene más sentido y en lugar de las "...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo..." de la *lex fori*, la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico objetivamente aplicable al caso¹⁶⁷, lo que resulta, además, más

¹⁶³. ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 877.

¹⁶⁴. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 341; ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621.

¹⁶⁵. La versión en español habla de la aplicación de las disposiciones comunitarias que no puedan excluirse mediante acuerdo "...en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro...". Sin embargo, la versión en inglés habla de "...where appropriate as implemented in the Member State of the forum...", que debería ser leído como *si es necesario*. El término "...in so far as is appropriate..." lo emplea asimismo el art. 17 Roma II, que se refiere a la toma en consideración de las normas de seguridad y comportamiento del territorio donde ha tenido lugar el hecho generador de la responsabilidad, confiriéndole el legislador un carácter no obligatorio a la labor del operador jurídico a la hora de tener en cuenta este tipo de normas. Sin embargo, la labor del operador jurídico en la aplicación del art. 14.3 Roma II es obligatoria a pesar de emplear este precepto también el término "...appropriate...". Sobre ello, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551.

¹⁶⁶. ANCEL, B., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 621.

¹⁶⁷. BRIÈRE, C., "Le règlement (CE) n° 864/2007...", *loc. cit.*, p. 59; DE LIMA PINHEIRO, L., "Choice of law on non-contractual obligations...", *loc. cit.*, p. 14; CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 877; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El régimen comunitario...", *loc. cit.*, par. 17; el *Hamburg Group of Private International Law*, en *Hambourg Group of Private International Law*, en "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations", *RabelsZ*, 2003, pp. 1-56, espec. pp. 37-38, aconsejó identificar las normas comunitarias imperativas con aquéllas que serían aplicables de

coherente con la sistemática del Reglamento Roma II: piénsese que, si las partes no hubiesen elegido la ley de un tercer Estado, se habría aplicado la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II, que conducirían a la ley objetivamente aplicable, pero al hacerlo, y aun cuando no se reconoce efecto positivo a dicha elección, se deja de aplicar la ley objetivamente aplicable para aplicar en su lugar la *lex fori*, lo que no tiene mucho sentido¹⁶⁸. La aplicación de la ley objetivamente aplicable en ausencia de elección de ley también debería resultar la respuesta más ajustada en aquellos casos en los que es un operador jurídico de un tercer Estado el que debe aplicar el art. 14 Roma II, por ejemplo, a través de un reenvío, no sólo por la coherencia con el sistema de la que hablábamos antes, también porque estaríamos atendiendo a la *lex fori* de un Estado no miembro¹⁶⁹.

D) La discutida necesidad de un precepto como el art. 14.3 Roma II.

Aunque bondad de la intención no se discute, se ha cuestionado la utilidad de un precepto como el referido, y ello, con base en la existencia de distintos cauces que, de acuerdo con ciertas opiniones, permitirían ya considerar la posibilidad de aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario en los casos que ahora nos ocupan.

Primero. Cabría la posibilidad ubicar estos casos en el ámbito de la ya existente norma dirigida a la prevención del fraude de ley nacional desde el momento en que el art. 14.3 Roma II sujeta la relación al hecho de que todos los elementos pertinentes de la situación se ubiquen en uno o varios Estados miembros y de que el Derecho comunitario es Derecho nacional¹⁷⁰. Es lo que sucedía con el art. 3.3 Convenio de Roma, que regulaba, como vimos, casos (contractuales) puramente internos, y del que se defendió su aplicación analógica a situaciones contractuales intracomunitarias¹⁷¹.

Segundo. Recuérdesse que el art. 27 Roma II dispone que "...el presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales...", de manera que, si el concreto instrumento comunitario

no elegir las partes la ley aplicable. Por su parte, véase BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, p. 341, que apoya la aplicación de la *lex fori*, entendiéndolo sólo desde un punto de vista dogmático la aplicación de la ley que sería aplicable de no existir elección de ley.

¹⁶⁸. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit.*, par. 9, ilustra la situación con el ejemplo de un litigio en Portugal relativo a un daño causado en territorio español cuando las partes habían elegido el Derecho de Nueva York: en ausencia de elección de ley, la ley aplicable sería la española (las normas imperativas españolas derivadas de la transposición del Directiva), mientras que, al haber pacto, la ley que va a resultar aplicable será la portuguesa (las normas imperativas portuguesas derivadas de la transposición del Directiva). También, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome II Regulation...", *loc. cit.*, par. 13.

¹⁶⁹. BACH, I., "Freedom of choice...", *loc. cit.*, pp. 341-342.

¹⁷⁰. GIL-NIEVAS, R., "El proceso negociador del Reglamento Roma II...", *loc. cit.*, p. 135; CHESHIRE, G.C./NORTH, P./FAWCETT, J.J., *Private international law*, *op. cit.*, p. 840.

¹⁷¹. Sobre ello, AGUILAR GRIEDER, H., "Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, octubre 2012, pp. 23-48, espec. p. 34; LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *Common Market Law Review*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, espec. pp. 181-182.

(Directiva, por ejemplo) prevé expresamente una norma de conflicto, cabría la posibilidad de aplicar preferentemente las disposiciones comunitarias allí incluidas.

Tercero. Podría considerarse asimismo que las reglas del Derecho comunitario ya deberían ser aplicadas por los operadores de los Estados miembros de acuerdo con sus términos, lo que haría dudar de la necesidad de un precepto como el art. 14.3 Roma II¹⁷². Así puede entenderse respecto de normas comunitarias que respondan a una calificación de ley de policía (normas de origen comunitario internacionalmente imperativas), cuya aplicación *ex* Reglamento Roma II se produciría, como vimos, a partir de un cauce propio y distinto del art. 14.3 Roma II como es el art. 16 Roma II¹⁷³. Y también, de atender a aquellas normas de origen comunitario que no pueden excluirse mediante acuerdo (imperatividad sólo interna), cuya aplicación puede devenir directamente de los propios instrumentos comunitarios aplicables por los operadores jurídicos de acuerdo con sus términos. Tal sería el caso de aquellos instrumentos comunitarios, como sucede con algunas Directivas, que contienen una norma dedicada expresamente a la delimitación de su ámbito de aplicación espacial, regulando precisamente aquellas situaciones en las que sus normas, esto es, las disposiciones del Derecho comunitario que no pueden excluirse mediante acuerdo, resultan aplicables y que incluyen también aquellas situaciones en las partes seleccionan una ley de un tercer Estado. Piénsese, por ejemplo, si bien en materia contractual, en una norma del estilo del art. 6.2 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*¹⁷⁴, según la cual los “...Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad...”. Y también sería el caso de aquellos instrumentos comunitarios que, aun ausente una norma dedicada expresamente a la delimitación de su ámbito de aplicación espacial, su alcance se deduce de su sistemática y de sus objetivos. Piénsese, también en el ámbito contractual, en el caso de la *Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*¹⁷⁵, que no contiene una norma *ad hoc* y cuyo ámbito de aplicación espacial fue diseñado a partir de la práctica jurisprudencial del TJUE¹⁷⁶: criterio del mercado afectado, concebido a partir del

¹⁷². DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 558.

¹⁷³. PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law...*, *op. cit.*, p. 780; DICKINSON, A., *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 559.

¹⁷⁴. DOCE, de 21 de abril de 1993.

¹⁷⁵. DOCE, de 31 de diciembre de 1986.

¹⁷⁶. STJCE de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar*, respecto de un supuesto de responsabilidad contractual en atención a un contrato de agencia. Sobre esta resolución, entre otros, MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Ley aplicable y protección de los agentes establecidos en la Comunidad”, *Revista Jurídica Española La Ley (Unión Europea)*, núm. 5298, 30 de abril de 2001, pp. 3-7; vol. IV, 2001, pp. 1379-1385; AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, pp. 67-80; FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de

ejercicio de una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y en aras a homogeneizar las condiciones de competencia en el mercado interior y evitar el juego de la competencia falseada.

E) La difícil coordinación del art. 14.3 Roma II con las reglas de delimitación espacial de los distintos instrumentos comunitarios.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que no puede desconocerse que el art. 14.3 Roma II, cuando busca la conciliación entre las normas de conflicto del Reglamento Roma II y la regulación material imperativa contenida básicamente en el Derecho derivado de la UE, lo hace conviviendo con aquellas normas incluidas en los distintos instrumentos comunitarios dedicadas a la delimitación de su alcance espacial. Por eso, al margen de eventuales normas de conflicto incluidas en los distintos instrumentos comunitarios reguladores de modo específico de las obligaciones extracontractuales y a las que el Reglamento Roma II, como vimos, concede preferencia *ex art. 27 Roma II*, el art. 14.3 Roma II podría tener su razón de ser especialmente respecto de la conciliación de la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Roma II con la regulación material imperativa contenida en el Derecho derivado de la UE en una doble situación. Por una parte, cuando el concreto instrumento comunitario no contiene una norma delimitando su ámbito de aplicación espacial; y, por otra, cuando contiene una norma delimitando su ámbito de aplicación espacial del estilo de una *norma con incidencia en la ley aplicable*, que extiende la aplicación de la normativa comunitaria a partir de la verificación de la vinculación estrecha de la situación con el territorio de la UE: el art. 14.3 Roma II podría ayudar al operador jurídico tanto a decidir cuándo debe aplicar en el espacio una normativa comunitaria en ausencia de norma *ad hoc*, como a perfilar el concepto de vinculación estrecha contenido en la *norma con incidencia en la ley aplicable* existente en la Directiva correspondiente y que ésta no especifica.

Sin embargo, no podemos desconocer la exigencia del art. 14.3 Roma II de ubicación de *todos* los elementos pertinentes de la situación en uno o más Estados miembros en orden a poder aplicar “...las disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...”¹⁷⁷. De perfilar la vinculación estrecha que exige la Directiva comunitaria para la aplicación de sus normas a partir de la ubicación de todos los elementos de la relación en la UE quedarían fuera de su ámbito (esto es, no podrían ser aplicadas sus disposiciones imperativas) aquellas relaciones no contractuales cuyos elementos pertinentes estuviesen vinculados tanto a Estados miembros de la UE como a

noviembre de 2000, As. C-381/98, Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279.

¹⁷⁷. Véase AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias...”, *loc. cit.*, p. 34, nota núm. 44, que indica, si bien en el ámbito de Roma I, que si el término *elementos pertinentes* de la situación jurídica equivale a *elementos relevantes*, el art. 3.4 Roma I (equivalente al art. 14.3 Roma II) podría incluir algunas situaciones privadas internacionales extracomunitarias, aquéllas en las que sus elementos no conectados con el territorio de la UE fuesen “...no relevantes...” (la autora las define como situaciones privadas relativamente intracomunitarias). Es de la opinión, en cambio, con la que estamos de acuerdo, de que *pertinentes* y *relevantes* deberían emplearse como términos equivalentes: en la cláusula del art. 3.3 Roma I se habla de elementos *pertinentes*, mientras que el Considerando 15 Reglamento Roma I, cuando se refiere a este precepto, emplea el término de *relevantes*.

terceros Estados (las extracomunitarias), las cuales, sin duda, de hallarse vinculadas como están con la UE y de poner en juego los intereses comunitarios que garantizan el correcto funcionamiento del mercado interior, también deberían quedar sometidas, de conformidad con la generalidad de las *normas con incidencia en la ley aplicable*, a “...las disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...” contenidas en las correspondientes Directivas europeas sectoriales.

Lo mismo sucedería de decidir la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo, en ausencia de norma *ad hoc* en el instrumento comunitario correspondiente, a partir de esta exigencia del art. 14.3 Roma II de ubicación de la totalidad de los elementos pertinentes en Estados de la UE: quedarían fuera situaciones que sí afectan al mercado interior, poniendo en juego su correcto funcionamiento y el objetivo de aplicación de las normas comunitarias a todas las situaciones que pusiesen en riesgo este objetivo. Es lo que habría sucedido, en materia contractual, en el caso Ingmar que, al tener la sede del empresario en los Estados Unidos, no sería considerada una situación ubicable en el art. 3.4 Roma I, cuando, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE avaló la aplicación de las normas comunitarias protectoras del agente ante la elección de las partes de la ley del Estado de California y a pesar de la sede extracomunitaria del principal¹⁷⁸.

La existencia de un art. 14.3 Roma II facilita, sin duda, la labor al operador jurídico a la hora de la aplicación de las “...disposiciones del Derecho comunitario... que no puedan excluirse mediante acuerdo...” ante la elección por responsable y víctima de la ley de un Estado no miembro. Sin embargo, no eliminaría, como vemos, la necesidad de acudir a la jurisprudencia del caso Ingmar, obligando a consultar la propia norma comunitaria para ver si explícita o implícitamente se declara aplicable al supuesto, en aquellos casos en los que sólo una parte de los elementos de la relación controvertida se localiza en la UE, lo que tampoco es garantía de seguridad jurídica¹⁷⁹.

El alto grado de imprevisibilidad de las respuestas jurídicas derivado de la indefinición que caracteriza a las normas de delimitación del ámbito de aplicación espacial de ciertos instrumentos comunitarios no lo resuelve, pues, un precepto como el art. 14.3 Roma II, cuya coordinación con este tipo de normas no es, por otro lado, sencilla¹⁸⁰. De ahí la necesidad de que el legislador europeo hubiese precisado en este mismo precepto o a través de otra norma del Reglamento cuándo se entiende que existe una vinculación estrecha con el territorio comunitario¹⁸¹.

¹⁷⁸. En este sentido, en sede de obligaciones contractuales, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento Roma I...”, *loc. cit.*, punto III; o AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias...”, *loc. cit.*, pp. 34-35.

¹⁷⁹. En este sentido, en sede de obligaciones contractuales, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento Roma I...”, *loc. cit.*, punto III.

¹⁸⁰. Véase, en general, sobre esta cuestión, BASEDOW, J., “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.

¹⁸¹. En este sentido, AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias...”, *loc. cit.*, p. 36, en el ámbito contractual, que propugna, además y para el Reglamento Roma I, la incorporación de un Anexo con una lista detallada de *normas con incidencia en la ley aplicable* contenidas en las Directivas europeas sectoriales.

En fin, toda esta problemática derivada de un precepto como el art. 14.3 Roma II tiene que ver con el hecho de que el legislador europeo haya decidido trasladar una solución conocida para las situaciones de tráfico privado interno (art. 3.3 Roma I; art. 14.2 Roma II) y adaptarla a las situaciones comunitarias, como si la UE, tal como dijimos antes, se comportase como un Estado. Y ello es complicado porque, si en el ámbito interno sí cabe la distinción entre normas imperativas internas e normas materiales internas que son internacionalmente imperativas (o leyes de policía), más difícil lo es en el ámbito del Derecho imperativo comunitario donde no existen unas normas comunitarias imperativas sólo para los casos puramente intracomunitarios y otras para los internacionales, esto es, lo relevante no es que todos los elementos se localicen en la UE, sino que se cumplan las condiciones de aplicación territorial que la propia norma comunitaria imperativa exige o que se deduzcan de su sentido y finalidad¹⁸², y ello es posible tanto en casos en los que todos los elementos se ubiquen físicamente en territorio comunitario, como en aquéllos en los que no sea así¹⁸³. Cuenta el operador jurídico, además, con la doctrina *Ingmar*, que sería suficiente para evitar la elusión de las normas comunitarias a través de una cláusula de elección de ley, valorando la conexión objetiva del supuesto con la UE y teniendo en cuenta el objetivo y finalidad de las normas comunitarias.

¹⁸². GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa...”, *loc. cit.*, par. 9; también, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, par. 13.

¹⁸³. MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Ley aplicable y protección de los agentes...”, *loc. cit.*, pp. 1379-1385; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 77-91, par. 13. Véase, al respecto, el caso de la *STJCE de 9 de noviembre de 2000*, as. C-381/98, *Ingmar*. También, CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations...*, *op. cit.*, p. 551, cuando estima que el operador jurídico del foro debe aplicar su normativa comunitaria aun cuando ninguno de los elementos relevantes se halle en su territorio.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, octubre 2012, pp. 23-48.
- AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007.
- AMORES CONRADI, M./TORRALBA MENDIOLA, E., “XI tesis sobre el estatuto delictual”, en www.reei.org, 2004, pp. 1-34.
- ANCEL, B., “El Reglamento Roma II: apreciación de conjunto”, *AEDIPr.*, 2007, pp. 607-624.
- BACH, I., “Freedom of choice”, en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 324-342.
- BACH, I., “Rules of safety and conduct”, en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 366-374.
- BALLARINO, T., “Il Regolamento Roma I. Forza di legge, effetti, contenuto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, núm. 1, marzo 2009, pp. 5-18.
- BASEDOW, J., “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.
- BONOMI, A., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en CASHIN RITAINE, E./BONOMI, A. (eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237.
- BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles Rome II”, *Journ. dr. int.*, 2008, pp. 31-74.
- BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, 2ª ed., 2008.
- BUCHER, A., “Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse”, en *Le nouveau droit international privé suisse*, Laussane, 1989, pp. 107-141.
- CALLIESS, G.P. (ed.), *Rome Regulations: commentary on the european rules of the conflict of laws*, 2011.
- CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II: reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 835-908.
- CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado (el Reglamento Roma II)*, Comares, Granada, 2008.

- CALVO CARAVACA, J.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, núm. 2, octubre 2009, pp. 52-133.
- CARELLA, G., *Autonomia della volontà ed scelta di legge nel Diritto internazionale privato*, Bari, 1999.
- CHESHIRE, G.C./NORTH, P./FAWCETT, J.J., *Private international law*, 14^a ed., 2008.
- Commentaire concernant la proposition pour une Convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Luxemburg, 1998, en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html>.
- CHONG, A., “The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts”, *Journ. Priv. Int. Law*, 2006, pp. 27-70.
- DE LIMA PINHEIRO, L., “Choice of law on non-contractual obligations between communitarization and globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II”, *Rev. dir. int. pr. proc.*, 2008, pp. 5-42.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, 1995.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, pp. 695-726.
- DICKINSON, A., *The Rome II Regulation: the law applicable to non contractual obligations*, Oxford, 2006 (suppl. 2010).
- DICKINSON, A., “Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, auf Wiedersehen, Adieu?”, *Journ. Priv. Int. Law*, 2007, pp. 53-88.
- FACH GÓMEZ, K., *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado (estudio de Derecho aplicable)*, Barcelona, 2002.
- FALLON, M., “The law applicable to specific torts in Europe”, en BASEDOW, J./BAUM, H./NISHITANI, Y. (ed.), *Japanese and European Private International Law in comparative perspective*, Tubinga, 2008, pp. 261-297.
- FALLON, M., “Proposition pour une convention européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *ERPL*, 1999, pp. 45-68.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, núm. 34, sep. 2003, pp. 907-929.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 6^a ed., Madrid, 2011.
- FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, Ingmar Gb Ltd c. Eaton

- Leonard Technologies Inc.)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279.
- FRANZINA, P., “Il Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, CALVO CARAVACA, J.L./CASTELLANOS RUIZ, E., (dir.), Madrid, 2008, pp. 299-370.
- FUCHS, A., “Overriding mandatory provisions”, en *Rome II Regulation*, HUBER, P., (ed.), Munich, 2011, pp. 352-365.
- FUCHS, A./MUIR-WATT, H./PATAUT, E. (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008, pp. 1-23.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, núm. 6811, sección doctrina, 31 octubre 2007, ref. D-232, pp. 1-41.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *The European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome I Regulation: much ado about nothing?”, *The European Legal Forum*, 2008, pp. 61-80.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993.
- GIL-NIEVAS, R., “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr.*, 2007, pp. 109-185.
- GLENN, H.P., “La guerre de l’amiante”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1991, pp. 41-60.
- Hambourg Group of Private International Law*, en “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations”, *RabelsZ*, 2003, pp. 1-56.
- HAY, P., “Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community’s “Rome II” Regulation”, *The European Legal Forum*, 2007, pp. 137-152.
- HEISS, H./LOACKER, L.D., “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse”, *JB*, 2007, pp. 613-646.
- JUENGER, F.K., “General course of Private International law”, *Recueil des cours* (1983) 1985, pp. 199-388.
- JUNKER, A., “Art. 14 Rome II”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., 2010, par. 40.
- JUNKER, A., “Art. 16 Rome II”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., 2010, par. 13.

- KADNER GRAZIANO, T., “Freedom to choose applicable law in Tort: articles 14 and 4.3 of the Rome II Regulation”, en AHERN, J./BINCHY, W. (edit.), *The Rome II Regulation on the applicable law to non contractual obligations*, 2009, pp. 113-132.
- KÉLADA, H., *Code Civil du Québec. Texte annoté*, Canada, 1999.
- KREUZER, K., *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten (Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte)*, Heidelberg, 1986.
- KUNDA, I., *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract conflict of laws. The Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007.
- LAGARDE, P./TENENBAUM, A., “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2008, pp. 727-780.
- LANDO, O., “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Common Market Law Review*, 1987, vol. 24, pp. 159-214.
- LANDO, O./NIELSEN, P.A., “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 1687-1725.
- LÉGIER, G., “Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *La semaine juridique. Edition générale*, 2007, pp. 13-32.
- LEIBLE, S., “El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr.*, 2007, pp. 219-239.
- LEIBLE, S., “La Propuesta para un Reglamento ‘Roma I’: Algunas observaciones sobre artículos escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568.
- MARQUÉS DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado (esboço de uma teoria general)*, Coimbra, 1991, pp. 993-1008.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Ley aplicable y protección de los agentes establecidos en la Comunidad”, *Revista Jurídica Española La Ley (Unión Europea)*, núm. 5298, 30 de abril de 2001, pp. 3-7; vol. IV, 2001, pp. 1379-1385.
- MUIR-WATT, H., “Rome II et les intérêts gouvernementaux: pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle”, en *Le Règlement Communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, CORNELOUP, S./JOUBERT, N. (ed.), 2008, p. 137.
- NORTH, P., “Choice in Choice of Law”, en *Essays in Private International Law*, London, 1993.
- NYGH, P.E., “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and tort”, *Rec. des cours*, 1995, pp. 269-400.
- O’BRIEN, J./SMITH, R., *Conflict of Laws*, Routledge, 1999.

- PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008.
- PLENDER, R./WILDERSPIN, M., *The European Private International Law of Obligations*, 2009.
- SCHWARTZE, A., “A european regime on products liability: article 5 Rome II Regulation”, *Nederlands Internationaal Privaarecht*, 2008, pp. 430-434.
- SCHWIMANN, M., *Grundriss des internationalen Privatrechts mit besonderer Berücksichtigung der IPRStaatsverträge*, Viena, 1982.
- STONE, P., “The Rome II Proposal on the Law Applicable to non-contractual obligations”, *The European Legal Forum*, 2004, pp. 213-229.
- STONE, P., “The Rome II Regulation on choice of law in Tort”, *Ankara Law Review*, vol. 4, 2007, pp. 95-130.
- SYMEONIDES, S.C., “Rome II and Tort Conflicts: a missed opportunity”, *Am. J. Comp. Law*, 2008, pp. 173-222.
- VINAIXA MIQUEL, M., “La unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II”, *Iustel. RGDE*, enero 2008, pp. 1-33.
- VIRGÓS SORIANO, M., en AA.VV., *Derecho internacional privado (parte especial)*, Madrid, 6ª ed., 1995.
- VIRGÓS SORIANO, M., en ALBADALEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., tomo I, vol. 2, pp. 634-638.
- VON OVERBECK, A.E., “Les règles de la loi federale suisse sur le droit international privé en matière d'actes illicites”, en *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, pp. 489-490.
- VON HEIN, J., “Rechtswalfreheit im Internationalen Deliktsrecht”, *RebelsZ.*, 2000, pp. 595-613.
- XU, D., *Le droit international privé de la responsabilité délictuelle*, Fribourg 1992.