

REFLEXIONES SOBRE EL PERFIL MODERNO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL DAÑO

KATERYNA LANHE-CHALA

Becaria MAE-AECI

1. INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad en los últimos años ha adquirido un estatus de moda en DIPr, pues apenas podemos encontrar alguna situación privada internacional en la que la voluntad humana esté ausente. El papel asignado a este principio por las normas de DIPr es cada vez mayor y en la actualidad este principio ha conquistado no solamente la materia de las relaciones contractuales internacionales, sino también otros sectores internacional-privatistas como el Derecho de familia, sucesiones¹, cosas o incluso el sector de la protección de los incapaces² y del reconocimiento de resoluciones extranjeras, etc. La intervención de la autonomía de la voluntad en estos sectores no siempre patrimoniales se explica por el protagonismo del principio de la voluntad individual propugnado antiguamente por Kant y hoy en día plasmado en su concepción moderna del papel relevante de la persona en el ámbi-

¹ Un ejemplo de esta plasmación se encuentra en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, que en sus artículos 5 y 6 se establece la posibilidad de que el causante designe su ley nacional o de su residencia habitual que rija su sucesión. El texto completo de dicho Convenio se puede encontrar en la página-web: <http://www.lexarxius.com/cin/cmc.htm>

² El artículo 15 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección de los adultos dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes: la ley de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto, la ley del Estado de la residencia habitual previa del adulto o la ley de un Estado en que estén situados los bienes del adulto en lo que se refiere a dichos bienes. Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen. Más detalladamente sobre este acuerdo BORRÁS, A., «Una nueva etapa en la protección internacional de adultos», en la página web. www.redadulitosmayores.com

to de las relaciones privadas. Quizá es una influencia del modelo de sociedad occidental receptora de un modelo de liberalismo ideológico y económico que otra vez nos hace pensar que somos nosotros, los individuos, los mejores jueces y dueños de su oficio. Sin embargo, este nuevo perfil del papel de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de su actuación técnico-normativa se ve más complejo sobre todo en los ámbitos materiales indicados. Pero a pesar de ello, la autonomía de la voluntad sigue extendiéndose a otros ámbitos no menos complejos y hoy en día nosotros podemos ser testigos de cómo se evoluciona y cobra más fuerza en estos ámbitos. Aquí me refiero al sector de las obligaciones derivadas del daño. Por tanto, mi única intención en este artículo es esbozar un marco analítico sencillo que sirva para entender el perfil de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones derivadas de daño en el DIPr.

Es bien sabido que tradicionalmente en este sector la autonomía de la voluntad no tenía una aceptación homogénea. Inicialmente las voces levantadas por la doctrina rechazaban la posibilidad de las partes de determinar la ley aplicable a su estatuto delictual³, aunque hoy en día esta posición drástica respecto al principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones, derivadas del daño está plenamente superada⁴ y lleva tiempo siendo defendida tanto en el Derecho comparado, como en la doctrina. La defensa creciente de la admisibilidad del principio de la voluntad en este sector se explica por el carácter dispositivo del Derecho material de la responsabilidad en la medida en que la víctima que ha sufrido el daño tiene pleno derecho a ejercer la acción privada de resarcimiento y este factor de libertad procesal ha de tomarse en cuenta también en el ámbito de determinación de las normas de conflicto a través de la aceptación de la autonomía de la voluntad⁵. A esta razón se pueden añadirse los beneficios ya manifestados en el sector contractual: la previsibilidad de la ley aplicable, consideración de los intereses de ambas partes y seguridad jurídica. En principio, parece lógico que las potenciales partes de una relación internacional-privatista someten su elección a la ley más adecuada a sus intereses, permitiendo maximizar las expectativas de las mismas, porque en consecuencia, las partes están en mejor situación. No obstante, dicha tesis no siempre puede jugar este papel tan favorable en el sector de las obligaciones derivadas del daño, por la mera razón de que normalmente es imposible la elección *ex ante* del Derecho aplicable entre las partes. Por un lado, las ventajas de la autonomía de la voluntad en el ámbito que nos interesa se encuentran en la economía procesal que puede ser lograda cuando las partes optan por la aplicación de la *lex fori* con lo cual agilizan considerablemente el proceso. Pero por otro lado, en el desarrollo de este artículo veremos que la *lex fori* no siempre representa un régimen benévolo para las partes. También el efecto indirecto del principio de la autonomía de la voluntad puede verse en el descenso de la judicialidad,

³ En contra de este principio se mostró L. RAAPE (vide *Internacionales Privatrecht*, t. I, quinta edición, Berlín 1961, p. 579), en el mismo sentido BOUREL, P. (vide *Les conflicts de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, pp. 18 y ss.).

⁴ El propio P. BOUREL en la actualidad admite la vigencia del principio de la voluntad para eludir la aplicación del derecho extranjero (vid. *Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l'environnement*, París, 1994, p.104).

⁵ Esta tesis mantiene FACH GÓMEZ, K., vide su obra: *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado. Estudio de Derecho aplicable*, Barcelona 2002, p. 220.

cuando las partes al llegar a un acuerdo en la materia de las relaciones derivadas del daño al final replantean la necesidad de litigar.

A consecuencia de todo lo expuesto muchos ordenamientos jurídicos recogen el principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones derivadas del daño en el ámbito de DIPr. Esta tendencia general se encuentra en los recientes proyectos y nuevas normas de DIPr tanto en los países de la Unión Europea, como en las últimas reformas de DIPr de los países de Europa Oriental y incluso del continente sudamericano. En este sentido se puede citar el artículo 132 de la Ley Suiza, el artículo 62 de la Ley de DIPr italiana⁶, el parágrafo 42 de la ley introductoria del EGBGD alemán, el artículo 6 de la ley neerlandesa, el artículo 32 de la Ley de DIPr venezolana de 6 de febrero de 1999, etc. También el principio de la autonomía de la voluntad ha encontrado su reflejo en la Proposición de Convenio de GEDIP, de 1998⁷.

Sin embargo, la vigencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño no es absoluta y muy a menudo se contempla como una alternativa frente a otras conexiones objetivas. Por lo tanto, como veremos a continuación, en el sector de las obligaciones derivadas de daño la autonomía de la voluntad está sujeta a una serie de limitaciones que podemos agrupar en 4 tipos:

- 1) limitaciones temporales;
- 2) limitaciones referidas a la forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad;
- 3) limitaciones respecto al derecho elegible;
- 4) limitaciones personales.

2. LÍMITE TEMPORAL

Vamos a comenzar por la primera limitación temporal de la autonomía de la voluntad. En esta medida teóricamente parece accesible el ejercicio de la autonomía de la voluntad tanto antes como después de la producción del hecho dañoso. En relación con la opción *ex ante*, no podemos encontrar su plasmación en los ordenamientos jurídicos vigentes. Frente a esta ausencia legislativa puede argumentarse que normalmente es imposible la aplicación *ex ante* entre las partes sobre el derecho aplicable, por la simple razón de que en el ámbito de las relaciones no contractuales es poco probable que el autor del daño y la víctima se conozcan previamente a la comisión del hecho dañoso y por lo tanto esta ausencia de relación interpersonal imposibilita la conclusión de un

⁶ Así, por ejemplo, la Ley italiana de DIPr de 31 de mayo de 1995 no incluye ninguna referencia expresa sobre el ejercicio de pactos en materia de las obligaciones derivadas del daño. No obstante, este silencio legislativo al respecto de este pacto se interpreta por la doctrina en el sentido de que no prohíbe tal elección, por lo que se debe considerar que es posible el ejercicio de la autonomía de la voluntad. En Italia esta tesis fue desarrollada por CARELLA, G., *Autonomía de la volontà ed scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, pp. 189-208; igualmente en este sentido MOSCONI, F., *Diritto internazionale privato e processuale, parte especial*, Turín 1997, p. 165; POCAR, F., «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», *Rev. Critique*, 1996, p. 60

⁷ Artículo 8 «liberté de choix»: «les parties peuvent choisir la loi applicable á l'obligation non contractuelle par une convention postérieure á la naissance du différend. Ce choix doit éter exprès. El ne peut par porter attiente aux droits des tiers».

acuerdo entre los sujetos. Desde otro punto de vista la propia naturaleza de las obligaciones derivadas del daño dificulta la contratación de tal acuerdo *ex ante*, ya que en la mayoría de los casos resulta dudoso que las partes puedan prever adecuadamente las consecuencias del hecho dañoso antes de que esté ocurra. Esta idea cobra más fuerza cuando las consecuencias del daño se manifiestan en diferentes países, en algunas ocasiones lejanos al lugar del hecho dañoso y totalmente imprevisibles para las partes. En cambio, a nivel doctrinal la posibilidad de conclusión de un acuerdo *ex ante* en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño ha encontrado sus defensores. Entre otros una síntesis de este planteamiento fue manifestada por Weiss y Laurent, sobre todo en materia de cuasi-contratos, no se ha rechazado como conexión secundaria por Beitzke⁸, e igualmente fue admitida por Lorenz en la doctrina alemana⁹. Esta realidad doctrinal no ha encontrado su plasmación en la práctica, porque en la mayoría de los casos en donde va a existir elección por las partes del derecho aplicable será en aquellos supuestos en que previamente al hecho dañoso, las partes implicadas en el conflicto, estuvieran vinculadas generalmente a través de un contrato de tal manera que en éste hayan establecido la ley aplicable a los posibles hechos delictivos que pudieran ocurrir en el desarrollo de una relación contractual. Ejemplo habitualmente citado para estos casos es el propuesto por P. North¹⁰, sobre un contrato de transporte entre una agencia de viajes y un cliente donde se hubiese pactado no solo el Derecho aplicable a la relación contractual entre las partes sino también el Derecho aplicable a una posible responsabilidad no contractual, e incluso se hubiese establecido una cláusula autónoma para esta última materia. Aquí es interesante averiguar si es posible someter el estatuto delictual a otra ley aplicable extranjera, es decir una ley que sea distinta de la ley aplicable al conjunto de la relación. A la vista del Convenio de Roma de 1980, que permite tal fraccionamiento¹¹, no parece inadecuado permitir lo mismo en el sector de las obligaciones derivadas del daño. Con ello las partes logran más seguridad en la medida en que una vez valoradas todas las ventajas de la relación contractual/no contractual, se elige la ley que sea más beneficiosa y favorable. La sentencia citada por varios autores que investigan el papel del principio de la autonomía de la voluntad en el sector no contractual, trata sobre un empresario alemán que pacta la sumisión de su relación contractual al derecho de California, lugar donde se halla su cliente. Sin embargo, temiendo la imposición de *punitive damages*, decide someter los hipotéticos aspectos no contractuales a otro ordenamiento distinto del californiano que no tiene prevista la imposición de *punitive damages*¹².

⁸ Vide BEITZKE, G., «Les obligations délictuelles en droit international privé», *Rec. des C.*, 1965-II (t. 115), pp. 63 y ss.

⁹ Vide LORENZ, W., «Die allgemeine Grundregel betreffend das auf die ausservertragliche Schadenshaftung anzuwendende Recht», en VON CAEMMERER, E., *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen international Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen 1983, pp. 129-136.

¹⁰ P. NORTH, «Choice in Choice of Law», en *Essays in Private International Law*, Londres, 1993, p. 190.

¹¹ En el artículo 3 del Convenio: «Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato»

¹² El ejemplo desarrollado por VON HEIN en la doctrina alemana y luego citado en las obras de FACH GOMÉZ, K. (*La contaminación transfronteriza*, p. 226), AMORES CONRADI, M., y TORRALBA MENDIOLA, E., en «XI Tesis sobre el estatuto delictual», *REEI* (2004), p. 14.

A diferencia del modelo del pacto *ex ante* de la producción del hecho dañoso, el ejercicio de la autonomía de la voluntad *ex post* goza de un reconocimiento legislativo y judicial. Por ejemplo, esta posibilidad está manifiestamente aceptada en el artículo 132 de la Ley suiza, el artículo 42 del EGBGB alemán¹³ y el artículo 71 tunecino¹⁴. También recientes codificaciones del DIPr. de los países del Este de Europa han recogido el principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones derivadas del daño. Por ejemplo, en este sentido el artículo 9 húngaro establece la posibilidad de que las partes desplacen la aplicación de la ley extranjera designada, acudiendo a las normas húngaras internacional privatistas que regulan la responsabilidad no contractual y someten su estatuto delictual a la *lex fori* a través del ejercicio de un pacto posterior al hecho dañoso. Igualmente el artículo 49.4 de la Ley ucraniana sobre el DIPr de 23 de junio de 2005 y el artículo 1219.3 del CC ruso¹⁵ invitan a la aceptación del juego de la autonomía de la voluntad en este sector, dejando a las partes la posibilidad elegir *lex fori* después de la producción del hecho dañoso. Este modelo restrictivo del juego de la autonomía de la voluntad en la práctica se utiliza con las meras razones de la economía jurisdiccional. Piénsese en la situación en que los costes asociados a la prueba de un Derecho extranjero sean superiores a los beneficios derivados de su aplicación para la parte interesada, entonces la diferencia entre lo que va a obtener la parte interesada conforme al Derecho extranjero y el Derecho del foro siempre va a inclinarla a acudir al derecho del foro. En consecuencia, a las partes implicadas en una relación no contractual les conviene dar preferencia a la *lex fori* a través del ejercicio de un pacto posterior al hecho dañoso. Ahora bien, aunque existe unanimidad legislativa referente a la opción *ex post* de la ley rectora del estatuto delictual que lleva siempre a la *lex fori* a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, al mismo tiempo los enfoques legislativos se desvían respecto al momento procesal en que las partes pueden ejercitar esta voluntad. Cuando la Ley tunecina del DIPr indica expresamente el último momento procesal para que las partes ejerzan dicho pacto, la Ley ucraniana establece una cláusula «*en cualquier momento posterior a la producción del hecho dañoso*», al mismo tiempo la Ley rusa «*después de la producción del hecho dañoso u otra consecuencia de que deriva el daño*». La opinión doctrinal propone en el resto de los casos remitirse a las normas procesales de cada sistema¹⁶. Este criterio de la elección *ex post* fue también establecido en el artículo 10 del Proyecto de Reglamento Roma II relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹⁷ donde la bondad del legislador ha ido más allá del único sometimiento a la *lex fori* «*las partes pueden convenir, mediante convenio posterior al nacimiento de su conflicto, someter la obligación extracontractual a la ley que elijan*». Aunque

¹³ Vide FACH GÓMEZ, K., «La nueva regulación de las obligaciones extracontractuales y del derecho de cosas en derecho internacional privado alemán», *REDI*, 1999 (1), especialmente p. 290.

¹⁴ *Rev. Critique*, 1999, especialmente p. 391.

¹⁵ La parte tercera del CC ruso denominada «El Derecho Internacional Privado» fue aprobada el día 26 de noviembre de 2001, el texto completo se puede consultarse en la página web: www.garweb.ru

¹⁶ En este sentido FACH GÓMEZ, K., «En Alemania, el límite temporal que para la autonomía de la voluntad unilateral establece el artículo 40.1 del CC no es aplicable al pacto bilateral *ex post*, para el que rigen los criterios generales contenidos en los artículos 128.2 y 283 de la ZPO germana», cfr. *La contaminación transronteriza...*, cit., esp., p. 227

¹⁷ Cito el texto disponible en la red de fecha 22 de julio de 2003.

esta elección no es admisible para la propiedad intelectual y es más, en la exposición de los motivos del Reglamento Roma II, el propio legislador no especifica dicha excepción, limitándose a la expresión de que para «*esta materia la autonomía de la voluntad no esta adoptada*». En adelante se irán desarrollando los otros aspectos de la autonomía de la voluntad acogidos por el Reglamento Roma II.

3. LIMITACIONES FORMALES

Atendiendo a la forma de ejercicio de la ley que rige la obligación derivada del daño podemos presumir que la última puede ser llevada a cabo expresa o tácitamente. En el sector de las relaciones contractuales internacionales, el destacado artículo 3.1 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que «*deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*». Similar disposición en que se ha pretendido conjugar certeza con flexibilidad se puede encontrar en el artículo 23 de Reglamento 44/2001¹⁸ que contiene la fórmula de carácter general «*por escrito o verbalmente con confirmación escrita*», junto a la aclaración añadida «*que proporcione un registro duradero del acuerdo*». En mi opinión estos preceptos deben entenderse como una consagración del principio de libertad de formas, siempre que pueda acreditarse de manera patente tanto la existencia del acuerdo, como los términos sustanciales del mismo. A diferencia de esta flexibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el sector contractual y competencia judicial internacional, el sector de las obligaciones externas al propio ámbito contractual no se caracteriza por un enfoque armónico respecto a la forma de ejercicio de la elección de la ley deseable. Mientras que algunos ordenamientos jurídicos guardan silencio sobre la forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁹ en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño, otros admiten ambas modalidades de ejercicio de la elección²⁰ y la mayoría tiende a la aceptación de la única modalidad expresa de este ejercicio. Así, por ejemplo, el Proyecto de Reglamento Roma II en el artículo 10.1 establece que dicha «*elección debe ser deliberada o resultar de manera clara de las circunstancias de la causa*», que podemos interpretar como una duplicidad del artículo 3 del Convenio de Roma I. Personalmente tengo dudas sobre la interpretación uniforme de la expresión «*de manera clara de las circunstancias de la causa*». Este precepto del Reglamento Roma II puede ser interpretado en el futuro como la admisión de una elección cierta, aunque fuera tácita. La frontera entre la voluntad tácita y voluntad puramente hipotética es muy frágil. En otro orden de las ideas mucho va a depender de la interpretación que van a atribuir a esta norma los diferentes textos europeos del futuro Reglamento Roma II. Y es más, tomando en cuenta la numerosa jurisprudencia de los tribunales de diferentes países europeos, podríamos suponer que la expresión «*de manera clara de las circunstancias de la causa*» puede dar pie a la aceptación de la idea del ejercicio de la autonomía

¹⁸ Vide Reglamento (CE) 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.

¹⁹ En este sentido pueden ser demostrativos las citadas leyes tunecina, suiza, rusa, ucraniana.

²⁰ La regulación acogida en la ley de DIPr austríaca de 1978 y de Liechtenstein de 1996.

de la voluntad tácita derivada de la conducta procesal de las partes, que permite excluir la ley objetivamente aplicable al estatuto delictual. Los precedentes de la jurisprudencia alemana refuerzan otra vez la evidencia de este posible conflicto. La tendencia que se había manifestado ante el comportamiento procesal de las partes a favor de la *lex fori*, no dudaba en aplicar las normas alemanas en materia de la responsabilidad derivada del daño, es decir si la otra parte en el proceso no se opone a la elección de un determinado derecho, este derecho será aplicable. Esta misma posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad tácita durante el proceso judicial se encuentra en el desarrollo del famoso caso del accidente *Amoco Cádiz*. Recorriendo brevemente los hechos de este caso, hay que señalar que en 1978 el buque (construido en España, cargado de petróleo de una empresa británica y perteneciente a una compañía liberiana, filial a su vez de una multinacional americana), causó enormes daños al fondo marítimo, afectando no solamente los recursos de la zona, sino a las islas anglo-normandas de soberanía británica. La mayoría de las víctimas han planteado *class actions* ante los tribunales norteamericanos, lugar de la naviera matriz de Standard Oil Corporation, en su sede de Chicago (Illinois), intentando con ello recibir la mayor cuantía indemnizatoria y eludir la aplicación del Convenio de Bruselas sobre daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Convenio del que es parte Francia), que implicaría la aplicación del derecho material francés. Después de un largo proceso de trece años, el caso ha sido resuelto a favor de la aplicación de la ley estadounidense, dado que dicha elección fue expresada en la solicitud de los demandantes de Côtes du Nord y otras víctimas del proceso no han manifestado ninguna objeción expresa. Este silencio por parte de los demandantes se interpreta como el ejercicio de una autonomía de la voluntad tácita²¹.

En contra de la admisión de la autonomía de la voluntad de forma tácita durante el proceso se ha manifestado la doctrina, en particular D. H. Tebbens²², que señaló que los tribunales no deben admitir la elección tácita, efectuada por las partes. El autor hace un hincapié especial en la idea de que esta elección debe ser hecha de una forma expresa, escrita y además ser comprobada basándose en la prueba de la correspondencia entre las partes. De la misma postura derivan el artículo 11.2 de la Ley Federal austríaca de DIPr de 1978 y también la ley de Liechtenstein de DIPr. de 1996, declarándose que no se tendrá en cuenta esta opción tácita una vez iniciado el proceso judicial, así como la Propuesta del Convenio del GEDIP. Con ello se pretende que la determinación de la ley aplicable esté rodeada de la máxima seguridad jurídica. En fin, para salir de esta confusión que plantea el principio de la autonomía de la voluntad tácita, hay que tomar en cuenta que en la mayoría de los casos no nos encontramos con la cuestión *per se* «¿es admisible la autonomía de la voluntad tácita en el proceso judicial en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño?», sino ante la cuestión de la imperatividad de las normas de conflicto y el régimen de la alegación y prueba de derecho extranjero.

²¹ Respecto a esta afirmación Kiss, A., «L'affaire de l'Amoco Cádiz: responsabilité pour une catastrophe écologique», *JDI*, 1985, pp. 587-594.

²² Vide «Netherlands Judicial Decisions involving questions of Private international Law», *NILR*, XLI, 1994: pp. 363-379, esp., p. 366.

4. LIMITACIONES EN CUANTO AL ORDENAMIENTO ELEGIBLE

Otra limitación no menos problemática del principio de la autonomía de la voluntad representa la cuestión del número de ordenamientos jurídicos entre los que las partes pueden elegir. En este sentido conviene destacar dos principales enfoques: *a)* los ordenamientos que limitan la elección de la ley aplicable a la prioridad de la *lex fori* y *b)* los que consideran que cualquier derecho elegido por las partes es apto para regir su estatuto delictual. Ya hemos destacado esta primera solución contemplada en la Ley suiza, igualmente en las leyes de DIPr de los países que pertenecían al mundo socialista. No vamos a levantar la polémica en torno a esta opción, lo único que conviene señalar es que dicha solución puede ser perjudicial para la parte débil de una relación internacional-privatista derivada del daño. Junto a esta idea puede añadirse que para someter su estatuto delictual a la *lex fori*, las partes deberían saber todas las ventajas y desventajas de la ley objetivamente aplicable y una vez valorados todos los pros y contras decidir finalmente a favor de la *lex fori*. No vale olvidar que muchas veces los gastos relacionados con la interpretación del derecho extranjero llevan a las partes a la elección de la *lex fori*, con lo cual se simplifica el proceso.

En relación con el segundo enfoque, nos encontramos con ordenamientos jurídicos mucho más permisivos como el artículo 42 alemán²³, el artículo 35 austríaco y el artículo 39 de Liechtenstein²⁴ que permiten a las partes elegir libremente la ley aplicable a su estatuto delictual. Esta libertad de elección que puede llevar a la aplicación de cualquier derecho estatal tampoco puede ser valorada como algo positivo. A mi juicio, a veces conviene poner unos límites a la hora de elegir el derecho aplicable y ello tanto no tanto para prevenir elecciones caprichosas que pueden dañar los intereses públicos (para su defensa sirven el «orden público» y otras normas imperativas del Estado), sino los intereses privados de las partes. Entre otros los defensores de esta idea son De Boer, T. M. que considera adecuada la inclusión de una *favor-inspired limitation* en materia de la autonomía de la voluntad no contractual²⁵, K. Fach Gómez, que propone optar por una postura intermedia: la de elección limitada entre varios derechos tasados²⁶.

Pues bien, finalmente conviene contemplar como el legislador europeo establece las limitaciones del principio de la autonomía de la voluntad en el ya citado Proyecto de Reglamento Roma II. Aquí otra vez nos encontramos con una copia de lo previsto en el artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Con los apartados 2 y 3 del artículo 10 el legislador persigue el objetivo de impedir que las partes escapen a la aplicación de las normas imperativas de derecho comunitario mediante la elección de la ley de otro país. Como señala la

²³ La única limitación que establece la norma del artículo 42 alemán es que la Ley elegida por las partes no debe afectar los derechos de terceros.

²⁴ Los artículos 35 austríaco y 39 de Liechtenstein señalan que solo se atenderá a las conexiones objetivas en materia no contractual cuando las partes no hayan llevado a cabo un pacto sobre la ley aplicable a la litis y éste no se pueda aceptar atendiendo a los criterios establecidos por la ley.

²⁵ Cfr. «Choice of law in contracts and torts in the Netherlands», *Hague-Zagreb-Chent Essays* 8. *International obligations. Choice of law. Provisional measures in arbitration*, Holanda 1991, p. 54.

²⁶ Cfr. *La contaminación transfronteriza...*, cit., p. 232.

exposición de motivos del Reglamento Roma II, bajo el concepto «disposición imperativa» se entienden las normas del orden público interno de un país, por lo tanto las partes no pueden eludir la aplicación de dichas normas mediante la conclusión de un contrato. En adelante nos encontramos con una precisión que hay que distinguir las normas del orden público interno de las normas de orden público en materia internacional y que son dos conceptos diferentes.

Ahora bien, contemplando la disposición del apartado 3 del artículo 3 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), llegamos a la conclusión que de igual manera en el artículo 10.3 del Reglamento Roma II el legislador comunitario ha buscado plasmar las conclusiones a las que llegó el TJCE en el caso *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000²⁷, caso que trata exclusivamente de las relaciones contractuales. En definitiva, todo ello otra vez pone de manifiesto que el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones derivadas del daño no debe tener un perfil distinto que en el ámbito de las relaciones contractuales, al fin y al cabo los objetivos que persigue este principio son los mismos en ambos sectores. Tal posicionamiento viene señalado por M. Amores Conradi y E. Torralda Mendiola²⁸ en la *Propuesta alternativa sobre la ley aplicable a las obligaciones derivadas de daño* que proponen someter la forma y límites de la autonomía de la voluntad a los artículos 3, 5, 6, 8, 9 y 11 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) o preceptos equivalentes del instrumento de Derecho Internacional o comunitario que en el futuro lo sustituya²⁹. Por esta razón los autores ven inútil la introducción de la repetitiva norma del artículo 10.2 del Reglamento Roma II, porque «se atiende a la naturaleza inequívocamente contractual». Estoy totalmente de acuerdo con ellos.

²⁷ El litigio surge al hilo de las relaciones establecidas entre *Ingmar GB Ltd.*, sociedad con domicilio en el Reino Unido, y *Eaton Leonard Technologies Inc.*, sociedad con domicilio en California (EEUU) cuando celebran un contrato en el año 1989 por el que *Ingmar GB Ltd.* se constituye como agente comercial de la segunda para el Reino Unido. Entre otras condiciones, las partes pactan la competencia de la ley del Estado de California, como el derecho rector de sus relaciones. En el año 1996, fecha cuando el contrato llega a su término, *Ingmar* demanda ante la *High Court of Justice* el pago de una comisión así como una reparación del perjuicio causado por la ruptura de relación con el principal, la sociedad *Eaton*. La *High Court of Justice* declinó el recurso, alegando que según el contrato las partes eligieron la ley aplicable de California. Tuvo lugar la apelación ante la *Court of Appeal* que posteriormente suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que se sustenta en los términos de determinar en qué medida son de aplicación las normas de la ley del Estado de California que las partes han establecido para regular el fondo de su contrato. En definitiva, la S TJCE de 9 de noviembre de 2000 permite sostener que la elección de la ley a favor de un Derecho menos protector (la ley de California) del intermediario que desenvuelve las actividades propias de su cargo en la Comunidad, no será operativa en lo que respeta a las normas de protección incorporadas por las legislaciones nacionales y por mandato de la directiva 86/653/CEE que se imponen sobre la *lex contractus*. De no ser así, la aplicación de las normas del Estado de California, se obstaculizaría el cumplimiento de los fines de la normativa comunitaria.

²⁸ Vide AMORES CONRADI, M. A., y TORRALBA MENDIOLA, E., «XI Tesis sobre el estatuto...», *cit.*, esp., p. 34.

²⁹ El debate sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actuación puede consultarse en el Libro verde en la página web.: <http://www.upm.es/servicios/ceyde/htdocs/enero.html>

5. LIMITACIONES SUBJETIVAS

Presentadas ya tres limitaciones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones derivadas del daño conviene aclarar la última: restricción en el sustrato personal y responder a la cuestión de si un pacto entre las partes implicadas en una relación derivada del daño afecta a los terceros y igualmente atender a las consecuencias que puede llevar este pacto. En relación con ordenamientos jurídicos como el alemán, austriaco y de Liechtenstein, nos encontramos con la disposición de que los derechos de los terceros no se verán afectados por el acuerdo entre partes. El Reglamento Roma II otra vez bebe de la fuente de su homólogo Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, acogiendo en el artículo 10.1 el mismo criterio de no dañar los derechos de terceros. Sería interesante poner este artículo en relación con el artículo 14 del mismo Reglamento, que permite a la víctima ejercer la acción directa contra el asegurador del responsable. La víctima puede fundar sus pretensiones en la ley que rige su estatuto delictual o bien en la ley aplicable al contrato de seguro. Por lo dispuesto, podría ser interpretado que la libertad conflictual dejada a las partes puede decidir, en consecuencia, la posibilidad de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, quien se verá afectado por esta elección ajena de su voluntad que le puede conducir a la aplicación de un ordenamiento totalmente desfavorable. Sin embargo, la propia exposición de motivos del Reglamento Roma II establece que «*el ejemplo clásico (del concepto «derechos de terceros») es la obligación del asegurador de reembolsar los daños y perjuicios debidos por el asegurado*». De esta manera el asegurador entendido como un tercero, nunca podrá verse perjudicado en su posición por la elección realizada por las partes, lo que se ve en la imposibilidad de planear una acción directa contra él. Aunque las partes opten por un Ordenamiento que contempla tal posibilidad, la ley objetivamente aplicable no reconoce tal acción. En el fondo de lo dispuesto, podemos suponer dos posibilidades, la primera se refiere a la situación en que las partes eligen una ley totalmente desfavorable para el asegurador, porque ésta establece un límite mayor de responsabilidad que la ley objetivamente aplicable. Y la segunda cuando las partes al revés en su pacto determinan la ley que para el asegurador resulta propicia, porque no contempla la acción directa o más bien porque reduce de una manera significativa el límite de la responsabilidad del asegurador. Basándose en la exposición de motivos del propio Reglamento parece que el legislador comunitario al establecer la cláusula «*no afecta derechos de terceros*» descarta esta segunda posibilidad que podría ser favorable para el sector asegurador europeo. Sería interesante comprobar la propia naturaleza de esta cláusula, contestando a la cuestión de si es una salvaguardia para los terceros en la medida en que les protege de la ley no beneficiosa o viceversa, es una posibilidad de acogerse al pacto que les resulta propicio. En materia contractual, por ejemplo, la misma cláusula se interpreta como la prohibición de llevar a cabo los acuerdos en perjuicio de terceros³⁰.

³⁰ En este sentido, el artículo 1257 del CC español y sobre este precepto, vid. Díez PICAZO, L., «Artículo 1257», *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid 1993, esp. pp. 433- 436; de igual manera el artículo 308 del CC ruso y su interpretación realizada por Сади́ков, О. Н., que puede consultarse también en el Comentario al artículo 1219 del CC ruso, en la página web. www.labex.ru

6. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, pienso que la intervención del principio de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño en principio debe ser aceptada. Sin embargo, sería interesante armonizar el juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito. Todo lo dispuesto, revela que los límites de este derecho de opción son bastante diversos y muchas veces las normas que otorgan a las partes el derecho a la opción son confusas o no excesivamente claras. La naturaleza que tiene el principio de la autonomía de la voluntad se limita a una conexión accesoria. Sin embargo, este principio es siempre conveniente para las partes que pueden elegir libremente la ley que rige su estatuto delictual, siempre y cuando ésta no conduzca a la *lex fori*. Pues cuando la autonomía de la voluntad conduce a la *lex fori*, se trata de otro tipo de conveniencia, la simplificación del proceso internacional que sobre todo tiende a defender los intereses públicos y simplificar el funcionamiento de la administración de justicia. Quizá por ello, y basándose en una serie de problemas técnicos (imperatividad de la norma de conflicto, problemas de averiguación del Derecho extranjero), la tendencia a la aplicación de la *lex fori* es general y constatable en la mayoría de las codificaciones de DIPr. Por otro lado, como tuvimos ocasión de analizar las normas contenidas en el Proyecto de Reglamento Roma II van en otra dirección que está ausente en muchos ordenamientos jurídicos de DIPr. Por lo tanto, sería interesante averiguar, si los tribunales serían capaces de admitir el juego de la autonomía de la voluntad a favor del derecho extranjero elegido por las partes y también responder a la cuestión de hasta qué punto puede llegar la admisión del pacto entre las partes, tomando en cuenta una serie de límites del principio de la autonomía de la voluntad. Cuestión que dejamos pendiente para el futuro y para la respuesta de la próxima práctica judicial del TJCE.

