

Elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual: ¿cambio de orientación en el modelo conflictual?*

Choice of applicable law and tort:
change of bias in the conflict model?

*Marta Requejo Isidro***

RESUMEN. La expresión *cambio de paradigma* se ha utilizado específicamente para referirse a la norma de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Al objeto de determinar si estamos verdaderamente ante un cambio de modelo, el presente artículo analiza en primer término y desde una perspectiva general el rol de la autonomía de la voluntad en los conflictos de leyes; en segundo lugar estudia el diseño del punto de conexión basado en la elección de ley en el reglamento comunitario Roma II.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad. Responsabilidad extracontractual. Derecho internacional privado. Legislación.

* El presente trabajo se ha realizado con financiación de las 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, Xunta de Galicia (Proyecto de Investigación ref. INCITE09PXIB202096PR), así como del Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyecto de Investigación ref. DER2010-17048, subprograma JURI) y del FEDER.

** Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Santiago de Compostela.

ABSTRACT. It has been suggested that the Regulation (EC) nr. 864/2007, of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007, on the law applicable to non-contractual obligations, may imply a shift in the conflict of law rules paradigm. In order to determine if we are truly facing a change of the traditional model, this paper analyses the role of choice of law in conflict of laws from a general perspective, and in the so-called Rome II Regulation.

KEY WORDS: Freedom of choice. Torts. Private international law. Legislation.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos que caracterizan hoy al derecho internacional privado (DIPr) es el amplio espacio abierto a la elección, por los sujetos implicados, del régimen jurídico regulador de su relación privada. La aceptación de la autonomía de la voluntad en el marco de los conflictos de leyes no es un fenómeno contemporáneo, aunque ha tardado tiempo en abrirse camino. La visión de los problemas jurídicos-privados internacionales desde una perspectiva centrada en el Estado, predominante a lo largo de siglos, determinó el rechazo a la elección de ley por las partes: la decisión sobre la ley aplicable se concebía como ejercicio de poder estatal; los particulares no podían colocarse en un plano superior por la vía de una elección del derecho aplicable.¹ Así, durante años las soluciones a los llamados aún hoy conflictos de leyes (*conflict de lois, conflict of laws*) se han explicado en términos de relaciones entre Estados.

Como autores de los regímenes jurídicos entre los que hay que seleccionar uno a fin de reglamentar la constitución, el desarrollo, la extinción de la relación proyectada entre sujetos privados, o solucionar sus controversias, sobre los Estados pesa la decisión relativa al ámbito de aplicación de cada norma. La finalidad primera de las reglas de conflicto ha sido delimitar la aplicación del derecho sustantivo del foro, y reglas conflictuales clásicas, como la *lex loci delicti*, se explicaban bien en estos términos.² El giro hacia una comprensión en la que el individuo es protagonista, y sus intereses la razón misma de ser de las soluciones de DIPr, se produce sobre todo a lo largo del siglo XX: paulatinamente, hasta desembocar en la

¹ BASEDOW, J., "Recent Development of the Conflict of Laws", en *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 3-18, esp. pp. 14-15; LEHMANN, M., "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381.

² FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999, n.º 3; VV. AA., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 4.ª ed. revisada, pp. 292-293.

autonomía de la voluntad tanto en el marco del proceso con elemento extranjero como en el de la determinación de la ley aplicable; primero en el ámbito de los contratos internacionales y luego en la práctica totalidad de las relaciones privadas.

La autonomía se presenta así como resultado de la evolución de la disciplina, de sus soluciones y sus métodos. Y, aunque hay importantes diferencias por materias y regímenes (autónomo, convencional, comunitario), se habla de un nuevo paradigma.³ La expresión cambio de paradigma se ha utilizado específicamente en relación con la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y el reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II.⁴ Desde un cierto escepticismo y el rechazo hacia un uso abusivo del lenguaje nos resulta inevitable preguntarnos hasta qué punto estamos ante una nueva dimensión del DIPr: de ahí este estudio.

2.

EL ROL DE LA ELECCIÓN DE LEY EN EL CONFLICTO DE LEYES

2.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INTERESES MATERIALES

La admisión de cierto poder autorregulador de las partes en las relaciones dotadas de elementos de heterogeneidad se remonta muy atrás:⁵ el primer dominio en que la autonomía se arroga algún cometido en la solución de los conflictos de leyes es el de las sucesiones. Ya en el marco contractual es típico aludir a DUMOULIN en el siglo XVI, aunque cada vez está más extendida la opinión que reduce la aportación de este autor.⁶ A finales del siglo XIX y en los comienzos del XX la autonomía aparece y desaparece de los trabajos legislativos para la codificación del DIPr en diferentes países de Europa, mientras se abre camino en los tribunales y es el centro de enconados debates académicos.

³ LEHMANN, o. cit., p. 425. Otros autores aluden a ello sin emplear la expresión específica: BUREAU, D., "L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois", en *Mélanges en Hommage à F. Terré*, Dalloz, París, 1999, pp. 285-305, esp. n.ºs 2-5.

⁴ Así se titula la tesis doctoral de DE SOUSA GONÇALVES, A. S., *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma*, defendida con éxito el 2 de marzo de 2012.

⁵ FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, cap. I, sobre la *professio iuris* en la historia desde el mundo antiguo, con la vista puesta en el ámbito sucesorio, pero en un estudio de alcance necesariamente más amplio.

⁶ Por todos, FONTANELLAS MORELL, n.º 54.

En la segunda mitad del siglo XX la autonomía de la voluntad se presenta como un dato adquirido: incluso fuera del contexto contractual se afirma que se halla *beyond all question*.⁷ Ahora bien, cuando se busca su fundamento aparecen grandes divergencias,⁸ y a cada toma de postura corresponde una diferente convicción sobre el alcance de la voluntad de las partes en el DIPr. De la mano de la doctrina francesa se han distinguido varias concepciones sobre la elección de ley: una, subjetivista, defiende que la designación del derecho aplicable solo depende de lo que quieran las partes —de forma que cuando estas no se han expresado hay que indagar su voluntad hipotética—. Más extremos, los subjetivistas radicales sostienen que la elección de una ley por las partes no implica que se sometan a ella, sino la incorporación a su contrato. Frente a ellos, la concepción objetiva entiende la elección de ley como localización: el operador jurídico determina la ley aplicable atendiendo a la voluntad de las partes en tal sentido. Finalmente, los objetivistas radicales reducen la autonomía a simple facultad de renuncia a las normas disponibles previstas por un ordenamiento jurídico, designado por una norma de conflicto preexistente a la manifestación de voluntad.⁹

Se ha superado, en todo caso, la idea de la autonomía en DIPr como solución residual cuya razón de ser radica en la dificultad de formular una norma de conflicto satisfactoria —la autonomía sería sucedánea de una imposible localización objetiva¹⁰ o resultado de la imposibilidad de decidir entre dos puntos de conexión objetivos a los que se reconoce idéntico valor—.¹¹ El recurso a la elección de ley como punto de conexión supone la inflexión del principio de proximidad, hasta llegar a su abandono, como eje vertebrador de la norma de

⁷ KREUZER, K., “Tort Liability in General”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 45-72, esp. p. 53.

⁸ Siguiendo a BUREAU, o. cit., n.º 23-29, la búsqueda del fundamento de la autonomía comienza en una distinción básica: como fin en sí misma —manifestación de la libertad individual que el ordenamiento debe asegurar— o como medio para alcanzar otra cosa. Los instrumentos que recogen la autonomía suelen ser poco explícitos acerca del porqué de su inclusión. En materia extracontractual el reglamento Roma II ofrece en el considerando 31 del Preámbulo una parca explicación (respetar la autonomía de la voluntad de las partes y reforzar la seguridad jurídica) que no conviene: parte de la autonomía como dato dado, cuando la voluntad en el ámbito extracontractual había sido tradicionalmente excluida. También la referencia a la certeza es rebatible: toda elección de ley previa a un litigio se presta a ser objeto de discusión una vez que se desencadena la controversia. Especialmente crítico DE BOER, Th. M., “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2007, pp. 19-29, esp. p. 22.

⁹ BATIFFOL, H., “Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats”, *Choix d’articles rassemblés par ses amis*, LGDP, 1976, pp. 249-263; ANCEL, B., y LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.ª ed., Dalloz, París, 2006, n.º 11 (n.º 8); n.º 35 (n.º 2-4); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado”, en *Libro homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 137-153, esp. p. 142, habla de la naturaleza “primaria o derivada” de la autonomía.

¹⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit., p. 143. Evoca la idea JACQUET, J. M., “Le principe d’autonomie entre consolidation et évolution”, en *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, París, 2008, pp. 727-745, esp. p. 734. BOUZA VIDAL, N., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31-91, n.º 22, a propósito de la conexión objetiva del artículo 4 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

¹¹ BUREAU, o. cit., n.º 22.

conflicto.¹² También pasa a segundo plano la indiferencia al resultado material, característica que habitualmente se predica de este tipo normativo; por ello no sorprende que se hable en este contexto de una materialización de la norma de conflicto, o de una norma de carácter sustancial, orientada a satisfacer el interés de las partes.¹³ Incluso hay quien aprecia un método de reglamentación “autónomo y distinto de los demás métodos utilizados por el Derecho internacional privado”, en la frontera entre criterio de conexión internacional privatista y fuente de reglamentación directa; finalmente hay quien, rechazando la compatibilidad de un doble significado y función (conflictual y material), alude a una norma material de DIPr.¹⁴

Existen importantes consecuencias ligadas a cada opción, ya que estas se traducen en el alcance de la facultad de elección: abierta o no a seleccionar leyes no estatales; solo ordenamientos estatales, vinculados, escasamente vinculados o sin vinculación alguna con el supuesto en cuestión; al inicio, o en cualquier momento de la vida de la relación jurídica; modificable o no tras una primera concreción; abarcando necesariamente la totalidad del negocio, o solo parte o partes de él por decisión de la(s) parte(s); sujeta a los límites imperativos y de orden público de la *lex causae*, de leyes de terceros Estados, o solo de la ley del foro.¹⁵ Para cada concreción positiva de la autonomía de la voluntad conflictual, la asociación de unos u otros de estos rasgos son pistas acerca de qué tipo de norma es.¹⁶

2.2. OTRA LECTURA FUNCIONAL DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL

Argumento típico en los escritos que buscan justificar la autonomía de la voluntad conflictual es el de la coherencia con el derecho sustantivo y la libre disposición en la materia. En el contexto de los contratos internacionales, la dotación (¿reconocimiento?)¹⁷ de poder de autorregulación a las partes se identifica intuitivamente con el que poseen en el derecho interno. También encontramos esta justificación para el ámbito de la responsabilidad

¹² JACQUET, o. cit., pássim, y notas siguientes.

¹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit., p. 140: “En realidad, todo reconocimiento de la autonomía de la voluntad implica la asunción de una orientación normativa a la satisfacción de concretos intereses, por lo que puede afirmarse que se trata de la solución materialmente orientada por excelencia”.

¹⁴ Véase BUREAU, o. cit., n.º 28; resumiendo las distintas posturas, BOUZA VIDAL, o. cit., n.º 18, pp. 20, 22-25.

¹⁵ LEHMANN, o. cit., pp. 426-428. BERTOLI, P., “Choice of Law by the Parties in in the Rome II Regulation”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pp. 696-716, esp. pp. 704-705, en relación en particular con el *dépeçage* y su significado en términos de carácter normativo (y no localizador) de la autonomía conflictual.

¹⁶ Suponiendo que efectivamente el legislador haya dado respuestas expresas a estas cuestiones. En sentido inverso, será el alcance presumido a la autonomía de la voluntad en un sistema dado el que posibilitará resolver interrogantes como la aplicabilidad de las normas imperativas de la ley elegida, si cabe la elección de derecho no estatal, el problema de la elección de ley cuyo efecto es la invalidez del contrato, la admisibilidad del *dépeçage*, así como de cláusulas que “congelan” el derecho aplicable. Véase LEHMANN, o. cit., pp. 425-428.

¹⁷ *Supra*, nota 8.

extracontractual en boca de diferentes autores, incluso como única razón de ser: “*freedom of choice in conflicts laws can only be explained by linking it to freedom of disposition in substantive law*”;¹⁸ el damnificado tiene casi siempre la posibilidad de elegir entre reclamar o no hacerlo, y las partes pueden transigir.

Una explicación exclusivamente basada en el derecho civil resulta insuficiente, y no solo en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad. Presentar las soluciones de DIPr como traducciones o emanaciones de lo que sucede en derecho material, sin más, no es nunca satisfactorio.¹⁹ Tratándose de la autonomía de la voluntad, el poder autorregulador de las partes en las relaciones transfronterizas presenta por supuesto parentesco con el que se les otorga en el derecho sustantivo: la mayoría de los Estados otorgan un peso importante a las intenciones de las partes y producen reglas tendentes a ayudarlas a la hora de dar forma, modificar o cumplir con su acuerdo; el objetivo de un gran número de normas es apoyar a las partes a estructurar sus relaciones de forma autónoma. Ahora bien, existe una diferencia notable entre la libertad contractual en el derecho civil y la autonomía de la voluntad en DIPr, y es que bajo la segunda las partes están autorizadas a deseleccionar incluso las normas imperativas de un ordenamiento.²⁰

En materia de responsabilidad civil el valor del argumento de la disponibilidad de las reglas sustantivas, en entredicho conforme a lo indicado en el párrafo precedente, encuentra además otros obstáculos. En gran medida, el poder de disposición de la víctima está ligado a una finalidad de la responsabilidad civil, que es la de compensarla. Ahora bien, la institución de la responsabilidad civil estuvo dotada en origen de una función regulatoria; apareció como “*the instrument, the sole instrument, to redress what we call nowadays market failures*”,²¹ y esta función no se ha perdido del todo ni en igual medida en todas partes.²² Ello no es irrelevante para el DIPr, por cuanto pone en cuestión la idea de homogeneidad o indiferencia al resultado de la aplicación de la norma de conflicto en la materia (en otras palabras, la hipótesis de partida de la igualdad entre todas las leyes potencialmente aplicables).

¹⁸ DE BOER, o. cit., pp. 20, 22. Mucho antes, LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1986-I, pp. 9-238, esp. n.º 95.

¹⁹ BUREAU, o. cit., n.º 5: “[...] ne paraissant traduire sur le terrain conflictuel que certaines évolutions du droit civil interne, répondant de surcroît aux nécessités propres de la matière [...]”.

²⁰ LEHMANN, o. cit., p. 416.

²¹ ZENO-ZENCOVICH, V., “E-commerce from a private law perspective”, en *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 275-281, esp. p. 278.

²² Véase SEIPP, D. J., “The distinction between Crime and Tort in the Early Common Law”, 76 *Boston University Law Review* 59; WELLS, M. L., “A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, 70 *Louisiana Law Review* 557, o S. KUMAR, “One Size Fits All? An analysis of the Civil, Criminal, and Regulatory Justifications for Punitive Damages”, 13 *Journal of Consumer & Commercial Law* 46.

Actualmente, frente a la afirmación de la finalidad compensatoria de la responsabilidad civil, se abre camino la que le reconoce una pluralidad de utilidades. Se predica del derecho privado en general y de la responsabilidad civil en particular una función regulatoria.²³ Así, por ejemplo, en el marco de la violación de los derechos de la personalidad, el objetivo de la responsabilidad civil no es tanto el de compensar o restaurar al estado de cosas anterior como el de proveer satisfacción y asegurar un arreglo duradero del conflicto; en los supuestos de daños a intereses comerciales y económicos la responsabilidad civil busca, al lado de la compensación, objetivos de prevención y disuasión; en el contexto de los daños al medio ambiente se trata de crear incentivos hacia la prevención de riesgos a quienes los generan. Todo ello permite afirmar que la responsabilidad civil desempeña una función regulatoria, adicional a la compensatoria.²⁴ La corrección de los “fallos de mercado” se opera actualmente a través de una intervención legislativa en distintos grados, que puede concretarse directamente en la sustitución de los instrumentos de derecho privado por otros públicos o en una reglamentación muy detallada de los primeros, con lo que se difumina la frontera entre lo privado y lo público, y vuelve a jugar la responsabilidad civil un rol típicamente atribuido a medidas penales o administrativas. Un ejemplo muy claro en el derecho español es el artículo 123 de nuestra LGSS, y el DIPr español reconoce la utilidad regulatoria de la responsabilidad civil de manera evidente en el auto del Tribunal Supremo (TS) de 13 de noviembre de 2001, cuando otorga el reconocimiento de una decisión americana con condena a daños punitivos.²⁵

Siendo esto así, es preciso volver a considerar el papel de la autonomía de la voluntad conflictual en esta materia; también, si es oportuno dejar en manos de las partes la elección del derecho aplicable a toda cuestión relevante.

²³ WAI, R., “Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: the Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209, 232, 235, 253. Este artículo, así como el titulado “Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society”, 46 *Harvard International Law Journal* 471, expresan la convicción del autor acerca de una utilidad regulatoria también para el DIPr: véase *infra*, bajo 3.3.1, alguna manifestación vía autonomía de la voluntad.

²⁴ En diferentes grados según el ordenamiento consultado y la materia de que se trate. Para España pone en entredicho esta función DEL OLMO, P., “Tort and Regulatory Law in Spain”, en *Tort and Regulatory Law*, Springer, 2007, pp. 251-293. Véase en cambio RUDA, A., *El daño ecológico puro, la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, cap. II, y el texto *supra*.

²⁵ Véanse los argumentos del fundamento jurídico n.º 9. El auto singulariza a España en el contexto europeo, si bien ya otros países han aceptado que la dificultad del reconocimiento no radica en la contrariedad entre el orden público del foro y la función punitiva de los *punitive damages*, sino en la desproporción de la cantidad: REQUEJO ISIDRO, M., “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen from Abroad?”, en MEURKENS, L., y NORDIN, E., *The Power of Punitive Damages (Is Europe Missing Out?)*, Intersentia, 2012, pp. 311-335, esp. pp. 325-329. Es interesante recordar también la evolución del reglamento Roma II en relación con la excepción de orden público, que va desde la directa cita de los daños punitivos como contrarios al orden público comunitario y termina en el texto actual: *ibidem*, pp. 318-319.

En una perspectiva que adopta, al menos al nivel del lenguaje, tópicos del análisis económico del derecho, la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de los contratos ha encontrado explicación desde la concepción de la ley como producto y la idea de un mercado de productos legislativos. Se habla de reglas neutras, de carácter facilitativo u homogéneo y de reglas que comportan elementos intervencionistas, o derecho regulatorio, que se adjetiva de heterogéneo. Solo el segundo es apto para generar procesos competitivos entre ordenamientos, de forma análoga a lo que sucede en el mercado de los productos típicos.²⁶ Buena parte del derecho privado estaría formado por reglas de tipo homogéneo y como tal estaría sustraído a la mecánica de la competición. Ejemplo paradigmático sería el de los contratos, donde “las preferencias de todos los operadores convergen a favor de la reducción de los costes de las reglas jurídicas”, y “el contenido sustantivo de las reglas sería indiferente”, lo que precisamente habría posibilitado el florecimiento del principio de la autonomía de la voluntad en el DIPr.²⁷

El derecho de la responsabilidad civil, sin embargo, es un espacio del derecho privado que no consiste solo en normas neutras, simplemente “facilitativas”; hasta hay quien lo ha clasificado directamente en la categoría de las áreas jurídicas “intervencionistas” o “regulatorias”.²⁸ A partir de estas observaciones es lógico concluir que estamos en un ámbito en el que la elección de ley, en general, no tiene sitio;²⁹ o bien, de forma más matizada, en el que admitirla requiere una especial cautela que se traducirá en términos de una cuidadosa delimitación objetiva y subjetiva del poder de autorregulación. Frente a estas posturas cabe todavía una tercera: aquella en la cual la autonomía adquiere un significado distinto. Recurriendo de nuevo al lenguaje de la competencia entre ordenamientos, a la comprensión de las leyes como productos y a la diversidad como escenario para la competencia, se ha afirmado:

Une perception nouvelle de la fonction de la loi d'autonomie, que l'on associe désormais directement au processus compétitif. La liberté des parties aurait donc une justification essentiellement politique, puisque participant directement, par la concurrence qu'elle déclenche, à la discipline des législateurs.

²⁶ MUIR-WATT, H., “Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois en droit privé”, en *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 615-633, esp. n.º 9, siguiendo a A. OGUS, “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* 405,

²⁷ *Ibidem*, n.º 9, 12.

²⁸ OGUS, o. cit., 412-13.

²⁹ *Infra*, nota 80.

Y también:

À cet égard, la place accrue du choix des parties dans le règlement du conflit de lois traduit l'ouverture des vannes de la compétition, facilitant désormais l'arbitrage des auteurs privés ou regulatory arbitrage.³⁰

La norma de conflicto que consagra la autonomía experimenta una “transformación funcional”, para convertirse ella misma de instrumento de justicia conmutativa en instrumento para la regulación económica; se pone como ejemplo el artículo 7 del reglamento Roma II.³¹

En esta última perspectiva los límites a la autonomía de la voluntad son límites al juego de la competencia: se cifran en los riesgos que para la coherencia o la efectividad de una política legislativa determinada generaría la movilidad de los actores privados, si les permite escapar de la autoridad de las leyes con excesiva facilidad. Por este motivo se encarnan en la exigencia por el legislador de cierto grado de integración en su territorio para poder beneficiarse de la ley vigente en él y en la presentación de un conjunto de cuestiones como indisolubles entre sí, de forma que solo se prestan al juego de la competencia si se toman en bloque.³²

2.3. EXCURSO: AUTONOMÍA E INTEGRACIÓN EUROPEA

Más allá de los intentos de fundamentación de la autonomía de la voluntad en DIPr, en el contexto de la Unión Europea (UE) se impone una evidencia: la voluntad como punto de conexión es un útil en la tarea, impregnada de voluntarismo, de desarrollo y consolidación del espacio único libre de obstáculos.³³ Es difícil no ver la autonomía de la voluntad como desembocadura lógica de la idea de mercado interior donde la movilidad de las personas, en cuanto agentes económicos, es un hecho. Por una parte, a la hora de determinar si una norma de derecho material constituye una traba a la libertad de movimientos, el hecho de que aquella haya sido elegida por las partes apunta en sentido negativo:

³⁰ MUIR WATT, o. cit., n.º 17-19. En particular en el marco contractual, CLAVEL, S., “The Regulatory Function of Law Rules Applying to Contracts for Services in the European Union”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62-87, esp. pp. 68-70.

³¹ *Infra*, nota 61.

³² MUIR WATT, o. cit., n.º 19-21.

³³ WELLER, M. Ph., “Les rattachements dans les conflits de lois”, en *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?* P. Lang, 2012, pp. 327-334, esp. pp. 331-332, alude a la materialización de las normas de conflicto europeas incorporando los valores y los objetivos de política sustantiva de la propia UE.

It may be submitted that, as far as parties to the contract enjoy freedom of choice with respect to the applicable law, a substantive law provision cannot be regarded as constituting a restriction to free movement, as parties are able to rule out the possibly restrictive rules through the choice of another law [...].³⁴

Por otro lado, desde el momento en que los sujetos pueden desplazarse superando las fronteras geográficas, provocando de ese modo la inaplicación de determinadas leyes y la aplicación de otras, la autonomía de la voluntad conflictual se impone como consecuencia natural; la elección de las partes es “la expresión metafórica de la movilidad de los actores del mercado”,³⁵ especialmente ajustada a un espacio donde van desapareciendo las barreras a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, bienes y servicios. Pero, a diferencia de lo que sucede en materia contractual, la responsabilidad civil es menos dúctil; la libre disposición del derecho material es cuestionable, no existe el mismo grado de “fungibilidad” entre los ordenamientos, ni están tan claramente marcados los límites de lo que es solo intereses privados y dónde las reglas privadas sirven a intereses públicos.

3.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL REGLAMENTO ROMA II

3.1. INTRODUCCIÓN

En el reglamento Roma II la autonomía aparece bajo la forma de una norma de conflicto, como conexión primaria (y no sustitutiva de una “mala localización”)³⁶ que ubica la relación jurídica bajo el imperio del sistema jurídico elegido, comprendidas sus normas imperativas. No refleja la facultad de renunciar a las normas disponibles previstas por el ordenamiento jurídico designado por una norma preexistente a la voluntad de las partes, sino que aporta el marco regulador global de la relación privada; el hecho de que la elección pueda ser antes del hecho, y no solo cuando ya se ha desencadenado y se conoce la ley aplicable, es un dato definitivo para esta conclusión.³⁷

³⁴ TISON, M., “Unravelling the General Good Exception”, en *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 322-381, esp. p. 372.

³⁵ MUIR WATT, o. cit., n.º 17; CLAVEL, o. cit., p. 69.

³⁶ O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, París, 2003, n.º 282.

³⁷ LOQUIN, E., “La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 35-53, esp. 50-51.

La admisión de un poder de autorregulación de las partes como punto de conexión en materia extracontractual no era evidente. Por el contrario, contaba tradicionalmente con resistencias doctrinales claras: indicaba Niboyet en 1927 que, salvo en materia de contratos, la autonomía de la voluntad no ha jugado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en ningún momento de la historia del derecho internacional.³⁸ Cuarenta años más tarde sigue preguntándose P. Bourel si cabe imaginar “*matières plus étrangères à l’idée d’autonomie de la volonté que les delits et les quasi-contrats*”.³⁹

A la luz de lo anterior es tentador ver en la elección de ley en materia de responsabilidad extracontractual un “cambio de paradigma”.⁴⁰ Y, sin embargo, el Roma II presenta una gran similitud con el precedente en materia contractual, el reglamento Roma I,⁴¹ y encuentra numerosos antecedentes en los sistemas autónomos. La autonomía de la voluntad preexistía, aunque en general con un alcance limitado, en un buen número de Estados miembros de la UE: en el artículo 42 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBG)* tras 1999 (y ya antes, en la jurisprudencia);⁴² el artículo 35 de la Ley de Derecho Internacional Privado austríaca; el artículo 6 de la ley de 11 de abril de 2001 de los Países Bajos; el artículo 54 de la ley de 27 de marzo de 2002 de Estonia; el artículo 101 de la *Loi de Droit International Privé (LDIP)* belga, de 16 de julio de 2004; el artículo 113.1 de la ley de 17 de mayo de 2005 de Bulgaria, o el artículo 1.43, sección 3, del Código Civil de Lituania. En Francia se alude a la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de abril de 1988, *Robo*, aunque se ha discutido si nos hallamos ante una elección de ley en sentido estricto.⁴³ Incluso para Inglaterra señala la doctrina que “the common law opened the door to such a possibility [la de que las partes pudieran elegir la ley aplicable a una obligación extracontractual]”, en el asunto *Boys v. Chaplin*, de 1971, y que “legislation which seemed to call this into question was subjected to some assertively sensible interpretation in favor of allowing the parties to choose”.⁴⁴

³⁸ NIBOYET, J. P., “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1927-I, pp. 1-116, esp. p. 5.

³⁹ BOUREL, P., *Les conflits de lois en matière d’obligations extracontractuelles*, LGDJ, París, 1961, p. 18.

⁴⁰ *Supra*, nota 4.

⁴¹ Reglamento (CE) n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁴² Por ejemplo, Bundesgerichtshof (BGH), 17 de marzo de 1981, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax)*, 1982, pp. 13-14.

⁴³ *Revue Critique de Droit International Privé*, 1989, p. 68, n. BATIFFOL, H., La decisión muestra lo que se conoce como *accord procédural sur la loi applicable*, que supone descartar la ley extranjera aplicable en beneficio de la ley del foro una vez que el litigio ha nacido, a condición de que la materia sea disponible. Sobre el *accord procédural*, su fundamento, las diferencias y similitudes respecto a un verdadero acuerdo de elección de ley (*accord de fond*), véase FAUVERQUE-COSSON, B., “L’accord procédural à l’épreuve du temps”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 263-284.

⁴⁴ BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, n.º 2.19, y 2.36 a 2.45, 10.52-10.53. En Inglaterra cabe en todo caso la elección indirecta de la ley inglesa por la vía de no alegar ni probar el derecho extranjero, que es considerado como un hecho.

Fuera de Europa la autonomía conflictual en materia de obligaciones extracontractuales puede verse en el artículo 132 de la Loi Suisse de Droit International Privé (LSDIP), ya en 1987; en el artículo 1219, sección 3, del Código Civil de Rusia; en el artículo 21 de la ley japonesa sobre las reglas generales de aplicación de las leyes, o en el artículo 39.1 de la LDIP de Liechtenstein. Así las cosas, la verdadera excepción se encontraría al otro lado del Atlántico.⁴⁵

Determinar si la apertura a la voluntad en el reglamento Roma II representa o no un cambio, sea grande o pequeño, depende del alcance y la configuración de la norma en que se consagra el poder de autorregulación de los implicados.

3.2. EL ARTÍCULO 14: LAS PARTES

3.2.1. Extensión subjetiva

En el reglamento Roma II las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan, mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. Ahora bien, la autonomía de la voluntad no es absoluta desde el punto de vista subjetivo. El considerando 31 de Roma II señala la necesidad de “proteger a las partes más débiles” e impone algunas cautelas a la elección de ley: la posibilidad de acuerdo previo solo cabe entre partes que desarrollen una actividad comercial. El texto definitivo del artículo 14 se aleja de las primeras aproximaciones de la Comisión al tema: en ellas no se hacía referencia al momento de la elección; en cambio, se contemplaban dos disposiciones a favor específicamente de consumidores y trabajadores, que no perderían la protección ofrecida por la ley aplicable en defecto de elección;⁴⁶ tales reglas desaparecieron muy pronto.⁴⁷

La propuesta de 22 de julio de 2003⁴⁸ solo preveía la elección posterior al hecho dañoso; la extensión a un momento anterior se produjo en la posición del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2005,⁴⁹ y a partir de ahí el debate se centra en quiénes pueden acogerse a esta posibilidad. La propia posición del Parlamento recuerda al artículo 8 del Roma I, al

⁴⁵ SYMEONIDES, S. C., “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, copia electrónica en <<http://ssrn.com/abstract=:1697372>> (luego publicado en la *Neederlands Internationaal Privaatrecht*), bajo 6.2. Sobre el abandono de la *lex loci delicti* y la atracción de la ley del foro en la gran mayoría de los Estados, F. MONÉGER, “*The Last Ten* ou les derniers États des États-Unis d’Amérique fidèles à la *lex loci delicti*”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 575-588.

⁴⁶ *Staff Working Paper* de 1999, artículo 6, y borrador de propuesta de 2002.

⁴⁷ De hecho no figura en la comunicación que lo difunde, con fecha de 10 de diciembre de 1999. Véase DG JAI D(99)495.

⁴⁸ COM(2003) 427 final.

⁴⁹ P6_TCI-COD(2003)0168.

condicionar la viabilidad de la elección a que la ley elegida asegure al empleado un nivel de protección, determinado por la ley que habría sido objetivamente aplicable. Sin embargo, no es esta la versión final del Roma II, que tampoco ha acogido otra redacción en la línea de la sumisión en el reglamento Bruselas I: que la elección de ley anterior al hecho dañoso sea válida en la medida en que resulte beneficiosa a la parte débil.⁵⁰ En cambio, se ha preferido articular la protección de la parte débil en torno al momento de la opción, excluyendo la elección de ley anterior al hecho generador del daño entre partes que no desarrollan, todas ellas, actividades comerciales. La fórmula tal vez se explica en que la posición de las partes en los acuerdos *ex ante* es cualitativamente diferente al caso de los acuerdos *ex post*, ya que se ignora quién será víctima y quién autor, y la naturaleza y la gravedad del daño, lo que facilita que la parte “fuerte” se aproveche de la otra.⁵¹ La doctrina ha criticado tanto la divergencia metodológica respecto a otros reglamentos como el criterio que marca la diferencia entre unos y otros sujetos.⁵²

3.2.2. Los poderes de las partes

El margen de actuación abierto a la voluntad en el artículo 14 de Roma II resulta bastante amplio. Los poderes efectivos otorgados a las partes se determinan a través de varios datos: la restricción en lo que afecte a los terceros, el margen de maniobra de los electores y el abanico de aspectos de la responsabilidad civil a los que se aplicará la ley elegida, conforme el artículo 15.

Por lo que respecta a los terceros, dice el artículo 14 que la elección no perjudicará sus derechos. En realidad, la fórmula veta el colocar a los terceros en una posición menos ventajosa que la que tendrían en defecto de elección, con independencia de que tales ventajas sean calificables o no de derechos.⁵³ Es ejemplo típico el del asegurador; del artículo 15 se desprende que hay otros terceros potencialmente afectados. De acuerdo con el precepto, corresponde a la ley aplicable identificar a estos terceros: la letra *a* incluye en su ámbito “la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos”, algo que no solo interesa al autor del ilícito, sino a quien deberá responder en su lugar, en

⁵⁰ Reglamento (CE) n.º 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. Véase DE BOER, o. cit., p. 28, o I. BACH, “Art. 14”, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011, n.º 30.

⁵¹ SYMEONIDES, o. cit., p. 541. Pero en realidad la observación es de alcance general, con independencia de la cualidad de las partes.

⁵² Para lo primero, DE BOER, o. cit., p. 28. Para lo segundo, se ha señalado que privar a partes no profesionales de toda posibilidad de acuerdo previo al daño “may be unduly paternalistic”: BRIGGS, o. cit., n.º 10.73.

⁵³ De otro modo no se explica el ejemplo del asegurador, que no es titular de derechos en sentido propio, sino de una obligación; de lo que se trata es de no hacer esta obligación más gravosa, y no de proteger un derecho.

su caso.⁵⁴ La ley aplicable a la responsabilidad, eventualmente elegida por las partes, decide también (artículo 15 f) “las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente”, distintas de la víctima directa (los perjudicados “de rebote”). No parece razonable dejar en manos de las partes a través de una elección de ley, ya no cuáles son los derechos y obligaciones de terceros, sino la cuestión inicial de quiénes son esos terceros (padres, hijos, esposos); la referencia del artículo 14 sirve a salvar la cuestión.

En otro orden de cosas, el reglamento Roma II limita la extensión de la elección, como sucede en el reglamento Roma I: no se permite optar por un sistema jurídico no estatal. Pero además el Roma II no contempla expresamente ni el ulterior cambio de ley ni el *dépeçage*. En realidad, la primera ausencia es con toda probabilidad intrascendente: cuando es posible la opción por una ley aplicable antes y después del hecho, el cambio de ley elegida debe caber, sin más, por coherencia; la posición de los terceros está salvada en todo caso. Por esto mismo debe admitirse el cambio en la elección también cuando está reservada a un momento posterior al hecho que causa el daño.⁵⁵

A simple vista la regulación del *dépeçage* es más difícil de salvar, por cuanto tal posibilidad desaparece del texto después de haber estado expresamente prevista en el artículo 4.4 de la posición del Parlamento, relativo a la determinación objetiva de la ley aplicable, y por tanto como facultad atribuida al juez de someter diferentes aspectos de la responsabilidad extracontractual a análisis separados; no había en principio razones por las cuales no pudiera mantenerse en el marco del artículo 3 (elección de ley).⁵⁶ Aunque sobre este último punto no hay acuerdo,⁵⁷ lo que sí cabe apuntar es que la exclusión del fraccionamiento no suele relacionarse con la oportunidad de admitir la *optio iuris*, sino con los riesgos de fragmentación (*splitting up*) del régimen jurídico de una misma relación, y de inadaptación entre los distintos sistemas concurrentes.⁵⁸

Finalmente, el Roma II contempla la posibilidad de que el “conflicto de leyes”, presupuesto de su propia aplicación (artículo 1), sea creado por la simple voluntad de las partes (artículo 14.2).

⁵⁴ Véase también la letra g.

⁵⁵ Admite la posibilidad de cambio incluso en el marco del proceso BERTOLI, o. cit., p. 707, por coherencia con lo dispuesto en el considerando 25 del Reglamento en relación con el artículo 7.

⁵⁶ BOGDAN, M., “General Aspects of the Future Regulation”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 33-44, esp. p. 38.

⁵⁷ VON HEIN, J., “Art. 14”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 35.

⁵⁸ KREUZER, o. cit., p. 68.

3.3. EXTENSIÓN OBJETIVA

3.3.1. *Ilícitos bajo el artículo 14*

La elección de ley prevista por el artículo 14 cubre todas las obligaciones extracontractuales en el ámbito material del reglamento, salvo que este disponga lo contrario. Lo que esto significa es que la elección de ley es posible para las obligaciones derivadas de ilícitos en materia de medio ambiente, así como las relacionadas con los daños causados por una acción colectiva, y no lo están las que nazcan de actos de competencia desleal, de infracciones de la competencia o de derechos de propiedad intelectual.

La afirmación anterior es engañosa; el desacuerdo sobre el ámbito de aplicación del artículo 14 es notorio, y resulta uno de los aspectos más debatidos de la norma. En directa relación con la condena de las soluciones que el reglamento ha acogido se encuentra una discusión abierta acerca de los ilícitos para los que es oportuno elegir la ley aplicable, y ello a pesar del tenor del texto. Siguiendo este, la voluntad de las partes opera en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente: lo que ha motivado la crítica de la doctrina.⁵⁹ También se ha cuestionado la opción que el artículo 7 pone en manos de la víctima en casos de disociación de los lugares de hecho y daño. A tenor de la propia Comisión:

Respecto a los objetivos más generales de la Unión en cuanto al medio ambiente, no se trata sólo de respetar las legítimas expectativas de la víctima, sino de establecer una política legislativa que contribuya a aumentar el nivel de protección del medio ambiente en general, tanto más cuanto el autor del daño medioambiental, contrariamente a otros delitos, obtiene en general un beneficio económico de su actividad perjudicial. La aplicación únicamente de la ley del lugar del hecho dañoso podría, en efecto, incitar a un operador a instalarse en la frontera para introducir productos nocivos en un río, contando con la normativa menos estricta del país vecino. Tal solución sería contraria a la filosofía subyacente del derecho material europeo del medio ambiente y su principio *the polluter pays*. Por eso el artículo 7 autoriza a la persona perjudicada a fundar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.⁶⁰

Esta reflexión ha permitido hablar de una autonomía de la voluntad como instrumento de regulación económica, al servicio de “*objectifs de régulation étatique*”,⁶¹ porque:

⁵⁹ BOSKOVIC, O., “The Law Applicable to Violations of the Environment. Regulatory Strategies”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 188-204, esp. pp. 198-199. En cambio, J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice of Law”, 82 *Tulane Law Review* 1663, 1699-1700, lo valora: la elección de ley permite realizar legítimas expectativas procesales (eligiendo una ley respecto a la cual el foro autorice recursos), y facilita las transacciones en casos de *mass torts*.

⁶⁰ COM (2003) 427 final.

⁶¹ JOUBERT, N., “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 55-84, esp. n.º 22.

Si la victime est favorisée, c'est dans une large mesure en qualité de procureur privé [...] incité à agir en responsabilité contre le responsable à la place des autorités publiques afin de faciliter la réalisation d'une politique sociale ou économique, telle précisément la protection de l'environnement.⁶²

La explicación no alcanza a convencer a todos: se alega con razón que desde el momento en que la opción corresponde a la víctima y no al juez, es verosímil que se concrete en la ley que mejor satisfaga sus intereses singulares; la víctima puede elegir leyes por motivos que nada tengan que ver con una protección óptima del medio ambiente.⁶³ A nuestro juicio esto, que es cierto, no elimina el hecho de que la filosofía subyacente al artículo 7 quiera ser la que recoge el párrafo reproducido, pero obliga a encontrar otra explicación al canal (la voluntad de la víctima) utilizado para materializarla. Una posible: el operador que desarrolla actividad contaminante transfronteriza tiene incentivos para adaptarla a niveles de protección del medio ambiente elevados porque no puede anticipar cuál será el ordenamiento elegido por la víctima; el riesgo es inevitable.⁶⁴ Ahora bien, tal objetivo, evidentemente, se pierde si se permite la entrada del artículo 14: si la víctima renuncia a la opción que se le ofrece y la sustituye por una elección entre las partes, a favor de una de las dos leyes previstas en el artículo 7, o de otra.

Una valoración similar al artículo 7 en cuanto a la opción de la víctima ha merecido el artículo 6.3.b del reglamento: en el caso de actos restrictivos de la competencia cuyos efectos se despliegan en más de un mercado nacional, el demandante ante los tribunales del domicilio del demandado “puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia”. La promoción del interés general y el restablecimiento del funcionamiento del mercado en condiciones de libre competencia pueden verse en entredicho por el ejercicio de esta opción, que deja en manos de una ley ajena al mercado afectado la calificación del carácter anticompetitivo del acto, y sus consecuencias civiles. Ello se agrava en los supuestos de varios demandados domiciliados en

⁶² 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*, Litec, 2008, pp. 129-140, esp. n.º 9. También BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (*Rome II*)”, *J. Dr. Int.*, 2008, pp. 31-74, esp. n.º 37.

⁶³ JOUBERT, O. cit., n.º 23; VON HEIN, J., “Art. 7”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 8.

⁶⁴ GUINCHARD, E., y LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law - the Black Sheep in Rome II's Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context”, 11 *Environmental Law Review* 161, 169-170: “It is submitted here that not only is foreseeability no longer a condition, but unforeseeability is the objective (through the choice offered to the victim)”.

distintos Estados miembros, a los que quepa reunir ante la jurisdicción de uno a elección del demandante, en virtud de las reglas de competencia judicial aplicables.⁶⁵

La admisión de la elección de ley tampoco ha sido aceptada de buen grado en lo que afecta al artículo 9, relativo a la responsabilidad extracontractual (y solo a ella)⁶⁶ ligada a las acciones industriales. Bien es cierto que son escasas las probabilidades de recurso a la elección —posterior al hecho: ni trabajadores ni sindicatos desarrollan actividades comerciales— en los casos contemplados por el precepto.⁶⁷ Sin embargo, el argumento no elimina el error del principio, de alcance múltiple. Por una parte, los intereses sociales y económicos afectados por las acciones superan el de las partes implicadas, por lo que convendría repensar la autonomía conflictual en la materia. Por otro lado, el derecho a la acción colectiva posee una dimensión constitucional en Europa, pero su delimitación es diferente según cuál sea el Estado considerado; la responsabilidad civil se erige en un límite al ejercicio del derecho; confiar a fuentes (ordenamientos) distintas la configuración de uno y otra puede dar lugar a incoherencias. Finalmente, en el caso de acción industrial colectiva es prácticamente inevitable que la elección de ley afecte a todos los implicados, aun cuando solo algunos hayan elegido la ley aplicable.⁶⁸

Por lo que se refiere a los supuestos en que la autonomía está expresamente excluida, hay críticas por exceso y por defecto. En materia de competencia desleal se rechaza la ausencia de autonomía en relación con los actos que solo tengan efectos sobre los intereses de un competidor particular; aunque la cuestión no es pacífica, hay autores que afirman que en ese caso la remisión al artículo 4 desde el artículo 6.2 también da entrada al artículo 14.⁶⁹ Lo que se desprende del texto es, no obstante, lo contrario; la restricción podría responder al hecho de que en esta materia la protección del interés particular posee repercusión necesaria en la esfera pública.

Finalmente, en relación con el artículo 8 se discute la miopía del argumento que apela al carácter territorial de los derechos concernidos para negar la elección de ley, incluso para las obligaciones resarcitorias derivadas de la infracción.⁷⁰ Conviene recordar, sin embargo,

⁶⁵ PIRONON, V., “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 111-128, esp. n.º 35.

⁶⁶ Y no a la acción en sí misma.

⁶⁷ Véase no obstante DORSSEMONT, F., y VAN HOEK, A. H., “Collective Action in Labour Conflicts Under the Rome II Regulation”, en *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Intersentia, 2010, pp. 213-242, esp. p. 246, a propósito de Holanda, donde incluso en algún caso se ha producido la extensión de ley elegida en el contrato de trabajo.

⁶⁸ JOUBERT, o. cit., n.º 39. DORSSEMONT y VAN HOEK, o. cit., pp. 246-248.

⁶⁹ DE BOER, o. cit., p. 24, siguiendo a K. KREUZER. Otros son PIRONON, o. cit., n.º 33; JOUBERT, o. cit., n.º 19.

⁷⁰ Por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P., “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 375-406, esp. n.º 20-24.

que la exclusión de la autonomía de la voluntad fue una postura ampliamente aceptada durante las negociaciones por dos motivos: la amplitud del ámbito de la ley aplicable y la implicación de intereses públicos. En este sentido es oportuno indicar que en muchas ocasiones las *policies* que inspiran la regulación de la propiedad intelectual y la represión de los actos contrarios a la competencia son las mismas; y que en este segundo ámbito el Roma II ha excluido la elección de ley.⁷¹

3.3.2. Las leyes de policía

En el Reglamento Roma II se recoge la aplicación de las normas materiales imperativas de la ley del foro en el artículo 16.⁷² A diferencia de versiones previas, como el artículo 12.1 de la Propuesta de la Comisión de 2003, o la posición del Parlamento de 6 de julio de 2005, artículo 14, no existe un párrafo en la línea del artículo 9.3 de Roma I. Se produce simultáneamente el rechazo a la toma en consideración de disposiciones de ordenamientos a los que cabe presumir interés en la materia —como mínimo, el del lugar del hecho dañoso y, si hay disociación entre hecho y daño, el correspondiente a donde se produzca este último—, y una ampliación de la libertad de autorregulación, cuyo alcance crece de forma singular: tanto más cuanto que en general (aunque con trabas si intervienen tipos específicos de partes débiles) será posible la elección de foro, ya sea en el marco del reglamento Bruselas I, ya, en su defecto, de las reglas residuales de competencia que todavía existen en los ordenamientos autónomos.

La polarización del control de la autonomía de la voluntad en la ley del foro en casos internacionales se ha explicado en materia contractual en la intención de evitar un “exceso de regulación”: algo que es tan deseable en el ámbito contractual como en el extracontractual.⁷³ Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad civil es fácil concebir ordenamientos distintos al del foro cuyas reglas de intervención contemplen situaciones transfronterizas a las que se aplicarían naturalmente, de no mediar elección de las partes. El Roma II ofrece solo un canal de entrada a estas políticas estatales, a través de su artículo 17. Para algún autor el precepto da cobertura a reglas de derecho público que rigen el comportamiento de los particulares

⁷¹ BARIATTI, S., “The Law Applicable to the Infringement of Intellectual Property Rights under the Rome II Regulation”, en *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 63 y ss., esp. p. 72. VON HEIN, J., “Something...”, o. cit., p. 1694, señala la presencia de “important public goals”.

⁷² El artículo 14.3 es redundante: las normas materiales imperativas de origen comunitario poseen esta cualidad en cualquier Estado miembro, por lo que serán aplicables como derecho del foro vía artículo 16. No incluimos en el apartado la referencia al orden público, que es necesariamente el del foro.

⁷³ Y sin embargo el Reglamento Roma I mantiene la regla que da entrada a las normas materiales imperativas de terceros Estados.

dirigiéndose a ellos directamente, por oposición a aquellas otras “de derecho privado que determinan el régimen de la responsabilidad y cuyo destinatario es el juez”; una categoría de reglas lo bastante amplia como para “englober l’ensemble des règles de police qui visent à réaliser une finalité économique ou sociales en pensant sur les comportements individuels”.⁷⁴ Para otros autores el artículo 17 encuentra su razón de ser en la protección de las expectativas legítimas de las partes y en la procura de un equilibrio entre ellas, tal como indica el considerando 34 del propio reglamento.⁷⁵

4. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos presentado un conjunto de datos sobre el reglamento Roma II en relación con un aspecto concreto: la libertad a la hora de establecer el ordenamiento aplicable a una obligación extracontractual. Tradicionalmente excluida de este ámbito, la autonomía de la voluntad conflictual venía abriéndose camino en los sistemas autónomos de manera limitada: en cuanto al momento de llevar a cabo la elección, a los ordenamientos susceptibles de ser elegidos, a la forma de elegir. En este sentido el reglamento Roma II suma a lo que ya ofrecían numerosos ordenamientos estatales.⁷⁶ Pero, ¿hay algo más?

Por el momento en que fue redactado el reglamento podía haberse alineado, en lo que a la autonomía de la voluntad se refiere, con una de estas dos tendencias: la que ahonda en la libertad de las partes, manifestándose como norma de conflicto materialmente orientada, o incluso como norma material de DIPr, o la que restringe la libertad de las partes, haciéndose eco de la función regulatoria del derecho de la responsabilidad civil, orientada a obtener un resultado al servicio de intereses de carácter general a través del derecho privado.⁷⁷ El planteamiento de partida confeso del reglamento en cuanto a cuál es la finalidad de la responsabilidad civil descarta la segunda opción. De los trabajos previos al reglamento, y de este mismo, se desprende con claridad la convicción sobre una predominante finalidad compensatoria de la responsabilidad civil. Así se expresaba la propuesta en relación con la

⁷⁴ MUIR WATT, “Rome II...”, o. cit., n.º 16-17.

⁷⁵ VON HEIN, J., “Art. 17”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011, n.º 2.

⁷⁶ *Supra*, sección 3.1.

⁷⁷ *Supra*, secciones 2, 2.1 y 2.2.

norma de conflicto aplicable en defecto de elección,⁷⁸ y lo corroboraban la rúbrica y el tenor del artículo 24, al declarar contrarios al orden público los daños no compensatorios (si bien la evolución posterior del texto hasta alcanzar la redacción actual ha mitigado el rechazo a reconocer funciones diferentes a la de indemnización). Precisamente por esto el reglamento ha merecido una severa crítica general:

The role left by this instrument to party autonomy, a throwback to a private, facilitative concept of tort law, will enable private actors to frustrate regulatory objectives, and as such deserves severe criticism.⁷⁹

Ahora bien, en realidad el legislador comunitario no ha relegado del todo otras posibles funciones de la responsabilidad civil: la especialización (ilícitos por materias) responde a ellas, y en este marco incluso se encomienda a la elección de ley una misión regulatoria, en el artículo 7. Se encuentra aquí un rasgo original del reglamento —aunque sea aislado y puntual—, en virtud del cual resulta más proporcionada la crítica singular, centrada en el hecho de mantener la posibilidad de elección de las partes en sede de medio ambiente y de acción colectiva.⁸⁰

A primera vista, tampoco la autonomía de la voluntad del reglamento Roma II es un tipo de norma de conflicto diferente a la que existe en materia de contratos. El instrumento sigue con fidelidad el precedente en materia contractual: el artículo 14 presenta notorias similitudes con el artículo 3 de Roma I, tanto en lo que permite como en cuanto a los límites en que lo permite. En el reglamento Roma II hay restricciones tendentes a evitar elecciones impuestas a una parte por la otra, así como los efectos perjudiciales de la opción para un tercero. Tanto el Roma I como el II autorizan la elección de cualquier ordenamiento, siempre que sea estatal. Si el Roma II no contempla ni la alteración ulterior de la ley originalmente

⁷⁸ COM(2003) 427 final, comentario al art. 3.

⁷⁹ MUIR-WATT, H., y CAFAGGI, F., “Introduction”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. xxix; y en “Rome II et les *intérêts gouvernementaux...*”, nota al pie n.º 3.

⁸⁰ Y en otros supuestos que no se individualizan en el texto, como son las violaciones graves de derechos humanos por corporaciones; el DIPr, tal y como resulta del Reglamento, no es apto para desempeñar un rol regulatorio sobre las conductas de las corporaciones y multinacionales. Véase VAN DEN ECKHOUT, V., “Corporate Human Rights Violations and Private International Law. The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Procedure in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?”, en <http://ssrn.com/abstract=:196441>, esp. bajo III.B.1ª. Bajo la exclusión del artículo 1 relativa a los *acta iure imperii*, cabe entender “any wrongful acts committed by soldiers or contractors beyond the proper conduct of warfare”, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE en el asunto C- 292/05, *Lechouritou*, a propósito del Convenio de Bruselas; I. BACH, “Art. 1”, en HUBER, P., (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011, n.º 13. Es verosímil que entre en el supuesto el caso de los ilícitos y la responsabilidad civil de los *private military contractors*. En cambio, resulta mucho más difícil defender que caen en la exclusión otros casos en los que las violaciones a derechos humanos son el resultado de actividades de empresas cuya vinculación con el poder público no es inmediata; se añade que en un buen número de supuestos el origen de los daños personales está en daños al medio ambiente, incluidos en el ámbito material del Reglamento.

elegida ni la posibilidad de *dépeçage*, la primera ausencia es salvable y la segunda se explica en consideraciones que nada tienen que ver con trabas a la voluntad (aunque de hecho las crean). Hay, además, quienes opinan que el *dépeçage* sí es posible.

Existen, no obstante, algunos rasgos diferenciales en el reglamento Roma II: elementos que podrían apuntar a un cambio de orientación sobre el método, haciendo de la autonomía de la voluntad cada vez más una norma material. Uno de estos rasgos es la forma de ceñir la elección cuando interviene una parte “débil”: el reglamento no se apoya en el contenido de las leyes potencialmente aplicables, sino que impone un requisito temporal, con miras a reducir (no eliminar)⁸¹ la oportunidad de que la parte “débil” sea presionada por la otra. La elección puede traducirse así en que deban ser aplicadas disposiciones que dejan sin amparo a uno de los implicados (solo supeditadas a ulteriores correctivos por la vía de leyes de policía). Y una vez hecha la elección no cabrá cuestionarla por este motivo, so pena de eliminar una de las ventajas del diseño del Roma II: restringir las causas por las cuales cabe cuestionar la validez de la elección, y por tanto la litigiosidad en torno a un aspecto previo al fondo del asunto.⁸²

El segundo rasgo innovador es la reserva de leyes de policía, que son solo las del foro. Esto implica una importante ampliación de la autonomía conflictual, sobre todo porque no hay prácticamente obstáculos al elegir la jurisdicción competente. Aunque la exclusión de las normas materiales de terceros Estados no es total, se ha seleccionado a priori el ordenamiento que podrá intervenir, y solo en forma atenuada, por este título.

Como conclusión de lo anterior cabe decir que el reglamento Roma II ha escogido un sistema híbrido en cuanto al método, en lo que a la elección de ley se refiere. Todavía demasiado pronto para aceptar que es un cambio de paradigma, es aceptable la más modesta expresión *progresión en el modelo*.

5.

EPÍLOGO. LA PRAXIS: FRUSTRACIÓN DE LA ELECCIÓN

La relativa juventud del reglamento Roma II explica la escasez de supuestos de aplicación en la práctica al día de hoy. Por este motivo a la pregunta sobre cómo funciona el artículo 14 solo cabe responder con especulaciones doctrinales, que son de signos opuestos:

⁸¹ BOSKOVIC, *La réparation...*, o. cit., n.º 270, alerta de la posibilidad de abuso de una parte sobre la otra incluso en las elecciones *ex post*.

⁸² *Supra*, nota 8.

se habla de *dead letter* y de *central role*.⁸³ La ubicación sistemática del precepto se relaciona con “las dudas que suscita la frecuencia de estos acuerdos”,⁸⁴ lo que, unido al hecho de que en numerosos supuestos el encuentro de las partes será accidental, ha llevado a decir que la autonomía de la voluntad carece de vocación de principio en este ámbito.⁸⁵

Ciertamente, la posición del artículo 14 no se corresponde con su concepción como primera regla del sistema, y es apta para confundir a jueces y prácticos poco avezados en el manejo del instrumento en particular, o del DIPr en general. Por otra parte, una elección ex ante de las partes es difícil por las propias circunstancias que originan habitualmente la responsabilidad extracontractual; pero incluso entre partes que se conozcan ex ante, una opción en tal momento es improbable por la sencilla razón de todo lo que no saben: ignoran quién será víctima, quién autor y la naturaleza y la gravedad del daño.

Ahora bien, si por razón de la propia naturaleza de las cosas cabe imaginar que serán más comunes los acuerdos ex post que los ex ante, lo cierto es que también esta idea es ilusoria: desde el momento en que cada una de las leyes potencialmente aplicables favorezca intereses opuestos, es difícil que una de las partes pase por aquella que no la beneficia (si bien no cabe descartar que terminen eligiendo de común acuerdo un solo ordenamiento por motivos de otro orden: así, la ley del foro, por razón de la dificultad de prueba de otro ordenamiento, o por ventajas que se asocian a la aplicación de esta ley, como el acceso a los recursos).⁸⁶ En fin, la convicción de que las partes van a elegir la ley aplicable en muy pocas ocasiones, de forma que el análisis acerca de la norma solo tiene por objeto provocar el debate académico, aparece en algún autor.⁸⁷ Menos escéptico, algún otro señala que, aunque esa sea la realidad actual, dejará de serlo en poco tiempo y pasará a ser habitual la inclusión de cláusulas de elección de foro que alcancen a la responsabilidad civil.⁸⁸

Más allá de los pronósticos sobre potenciales comportamientos de las partes surge otra pregunta: la de la operatividad real del artículo 14. Por razones evidentes, una elección ex ante se producirá ante todo en el marco de una relación contractual, por la vía de la extensión de la *lex contractus* al resto de las relaciones inter partes.⁸⁹ La solución será, por consi-

⁸³ GRAZIANO, T. K., “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort- Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 112-132, esp. pp. 115-116.

⁸⁴ VON HEIN, “Art. 14”, o. cit., n.º 3.

⁸⁵ MUIR-WATT, “Rome II...”, o. cit., n.º 2.

⁸⁶ La STJCE, asunto 21/76, *Minas de potasio*, es un buen ejemplo indicado por GRAZIANO, o. cit., p. 115.

⁸⁷ DE BOER, o. cit., p. 23, 29.

⁸⁸ SYMEONIDES, o. cit., p. 548.

⁸⁹ En principio toda cláusula de elección de la ley para el contrato es apta para operar la elección para posibles obligaciones extracontractuales. El artículo 14.1 plantea no obstante dos obstáculos: la elección debe ser expresa o resultar de forma cierta de las circunstancias del caso; y el acuerdo ha debido ser negociado libremente, lo que algunos entienden como “de forma individual”. Véase BERTOLI, o. cit., p. 710, con más referencias.

guiente, la misma que se alcanzaría ex artículo 4.3; aunque la facultad de elección ex ante se puede ejercitar para excluir precisamente la ley aplicable al contrato, parece menos probable. Señala la doctrina que no habrá solapamiento con la cláusula de escape en los proyectos complejos que combinan contratos en los que no participan todas las partes implicadas: entre sujetos que no se hallan directamente vinculados entre sí tiene sentido que se elija una ley para una posible responsabilidad extracontractual del conjunto.⁹⁰ Lo que está por verse es si a la misma ley no se llegaría igualmente a partir de la cláusula de escape, descartando la vinculación de cada contrato a favor de una conexión con el país con que el asunto, globalmente considerado, presente los vínculos más estrechos.

Del acuerdo ex post se ha dicho que:

[It] should be an attractive option in almost all cases in which the objective connecting factors set out in the Rome II Regulation would lead to the application of a foreign law.⁹¹

Que la elección posterior al hecho que genera el daño recaiga comúnmente sobre la ley del foro no sorprende: su tenor se establece de forma rápida y fiable y fácilmente, lo que reduce la duración y el coste de los litigios; responde en este sentido a una necesidad práctica real, la de evitar las complicaciones ligadas a la aplicación de un derecho extranjero.⁹² Hay, sin embargo, reticencias a ver los casos de aplicación de la ley del foro como supuestos de verdadera elección entre las partes. La exigencia de que la elección resulte “de manera inequívoca de las circunstancias del caso” impide entender que un silencio de las partes a propósito de la cuestión de la ley aplicable, del que derive precisamente la aplicación de la ley del foro, pueda entenderse como elección tácita.⁹³ La razón de fondo de esta postura se comparte: se trata de que no se tome por elección de ley lo que no es sino desconocimiento de las normas de DIPr por las partes. Ahora bien, ello desembocará en privar de valor positivo (en el sentido de valor de elección tácita de la ley del foro) al silencio de las partes, por cuanto supone imponer al juez una verificación compleja que no es verosímil que lleve a cabo en la práctica: en un supuesto en el que demandante y demandando basen sin más sus respectivos argu-

⁹⁰ GRAZIANO, o. cit., pp. 117-118.

⁹¹ *Ibidem*, p. 116. Una elección *ex ante* de la ley del foro no parece probable, salvo que se pacte también una sujeción expresa a determinada jurisdicción.

⁹² Si se verifica esta previsión, su resultado no será satisfactorio para quienes defienden el valor de la competencia entre ordenamientos: anula el valor ligado a la llamada *competencia entre ordenamientos* por cuanto supone una elección que no está basada en el contenido de las soluciones normativas, sino en su implementación práctica.

⁹³ GRAZIANO, o. cit., p. 120. Una opinión distinta (y con muchos visos de prevalecer en la práctica española) es la de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n.º 864/2007, *Roma II*, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 299, 2009, pp. 95-109, esp. pp. 107-108.

mentos en disposiciones del derecho sustantivo vigente en el foro, el juez deberá comprobar que los litigantes son, cada uno de ellos, conscientes de que se encuentran ante un supuesto dotado de un elemento de heterogeneidad relevante, sobre el cual se proyecta un entramado de normas conflictuales antes de alcanzar las materiales; de que la *professio iuris* es posible y de que su comportamiento se corresponde con ella.⁹⁴ Solo después, ante una respuesta afirmativa, el juez procederá a determinar si la suma de los comportamientos de las partes produce un resultado coherente y equivale a una voluntad común de que se aplique dicha ley.

En fin, que la elección de un ordenamiento extranjero llegue a buen puerto dependerá del régimen de tratamiento del derecho extranjero en el proceso. La norma de conflicto del reglamento Roma II servirá ante todo para resolver una controversia; especialmente será así en el caso de una elección *ex post*. Es una obviedad que las partes tienen interés en cuál sea el resultado del litigio; que esto depende en gran medida de cuál sea la ley aplicable y cómo se aplique, y que si las partes han llegado a un acuerdo sobre este punto es porque han depositado su confianza en un ordenamiento en particular para lograr el resultado deseado. En el camino de la elaboración del reglamento se ha llegado a incluir la obligación del juez de establecer de oficio el contenido del ordenamiento extranjero aplicable;⁹⁵ la cláusula de revisión del artículo 30 es mucho más modesta. Al día de hoy las dudas sobre que llegue a aplicarse en España un derecho extranjero elegido por las partes, *ex Roma II*, son muchas. Nuestra doctrina ha prestado mucha atención a la cuestión de las consecuencias de la falta de prueba o imposibilidad de la prueba del derecho extranjero, pero hay otras que en la práctica resultan igualmente desconcertantes: por ejemplo, la ausencia de plazos para la obtención de pruebas, o acerca de la necesidad de probar el derecho extranjero que ya ha sido probado en un supuesto análogo anterior. Otra de las dudas en materia de alegación y prueba del derecho extranjero se ha planteado en torno a la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo sobre el contenido y el alcance del derecho extranjero, algo que cabe desde el momento en que la ley extranjera sea tratada como una cuestión de hecho. El riesgo de falseamiento del contenido del derecho extranjero, y con él el de la norma de conflicto, es evidente; que en esta se consagre la autonomía de la voluntad no cambia lo indeseable del resultado.

⁹⁴ En definitiva, la conciencia de la dimensión internacional del problema.

⁹⁵ Véase Parlamento Europeo, en la posición adoptada en segunda lectura 18 de enero de 2007, P6_TA(2007)0006, considerando 37.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado”, en *Libro Homenaje a J. A. Carrillo Salcedo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 137-153.
- ANCEL, B.; LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5.ª ed., Dalloz, París, 2006.
- BACH, I., “Art. 1”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011.
- “Art. 14”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation*, Sellier, 2011.
- BARIATTI, S., “The Law Applicable to the Infringement of Intellectual Property Rights under the Rome II Regulation”, en *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 63-38.
- BASEDOW, J., “Recent Development of the Conflict of Laws”, en *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, 2008, pp. 3-18.
- BATIFFOL, H., “Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats”, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDP, 1976, pp. 249-263.
- BATIFFOL, B., “Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 19 de abril de 1988”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1989, p. 68.
- BERTOLI, P. “Choice of Law by the Parties in in the Rome II Regulation”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, pp. 696-716.
- BOGDAN, M., “General Aspects of the Future Regulation”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 33-44.
- BOSKOVIC, O., “The Law Applicable to Violations of the Environment. Regulatory Strategies”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 188-204.
- *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, París, 2003.
- BOUREL, P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, LGDJ, París, 1961.
- BOUZA VIDAL, N., “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31-91.

- BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Journal du Droit International*, 2008, pp. 31-74.
- BRIGGS, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BUREAU, D., “L’influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois”, en *Mélanges en Hommage à F. Terré*, Dalloz, París, 1999, pp. 285-305.
- CLAVEL, S., “The Regulatory Function of Law Rules Applying to Contracts for Services in the European Union”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62-87.
- DE BOER, Th. M., “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, 2007, pp. 19-29.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 375-406.
- DE SOUSA GONÇALVES, A. S., *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado. A mudança de paradigma*, tesis doctoral, inédita, defendida el 2 de marzo de 2012.
- DEL OLMO, P. “Tort and Regulatory Law in Spain”, en *Tort and Regulatory Law*, Springer, 2007, pp. 251-293.
- DORSEMONT, F., y VAN HOEK, A. H., “Collective Action in Labour Conflicts Under the Rome II Regulation”, en *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe: Striking the Balance*, Intersentia, 2010, pp. 213-242.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n.º 864/2007, Roma II, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 299, 2009, pp. 95-109.
- FAUVERQUE-COSSON, B., “L’accord procédural à l’épreuve du temps”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, 2005, pp. 263-284.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999.
- FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GRAZIANO, T. K., “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort- Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 112-132.
- GUINCHARD, E., LAMONT-BLACK, S., “Environmental Law - the Black Sheep in Rome II’s Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law

- Applicable to Non-Contractual Obligations in Context”, 11 *Environmental Law Review* 161.
- JACQUET, J.M., “Le principe d’autonomie entre consolidation et évolution”, en *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 727-745.
- JOUBERT, J., “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 55-84.
- KREUZER, K., “Tort Liability in General”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padua, 2006, pp. 45-72.
- KUMAR, S., “One Size Fits All? An analysis of the Civil, Criminal, and Regulatory Justifications for Punitive Damages”, 13 *Journal of Consumer & Commercial Law* 46.
- LAGARDE, P. “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1986-I, pp. 9-238
- LEHMANN, M., “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381.
- LOQUIN, E., “La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 35-53.
- MONÉGER, F., “The Last Ten ou les derniers États des États-Unis d’Amérique fidèles à la *lex loci delicti*”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005.
- MUIR-WATT, H., “Concurrence d’ordres juridiques et conflits de lois en droit privé”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 615-633
- “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*, Litec, 2008, pp. 129-140.
- MUIR-WATT, H., CAFAGGI, F., “Introduction”, en *The Regulatory Function of Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009.
- NIBOYET, J. P., “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, 1927-I, pp. 1-116.
- OGUS, A., “Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* 405.

- PIRONON, V., “Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, pp. 111-128.
- REQUEJO ISIDRO, M., “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen from Abroad?”, en L. MEURKENS y E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages (Is Europe Missing Out?)*, Intersentia, 2012, pp. 311-335.
- RUDA, A., *El daño ecológico puro, la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- SEIPP, D. J., “The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law”, 76 *Boston University Law Review* 59.
- SYMEONIDES, S. C., “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, copia electrónica en <http://ssrn.com/abstract=1697372> (y Neederlands Internationaal Privaatrecht).
- TISON, M., “Unravelling the General Good Exception”, en *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 322-381.
- VAN DEN EECKHOUT, V. “Corporate Human Rights Violations and Private International Law. The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Procedure in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?”, en <http://ssrn.com/abstract=1964441>.
- VON HEIN, J., “Art. 7”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Art. 14”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Art. 17”, en *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.
- “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice of Law”, 82 *Tulane Law Review* 1663.
- VV. AA., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.ª ed. revisada, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid.
- WAI, R., “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: the Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209.

- “Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society”, 46 *Harvard International Law Journal* 471.
- WELLER, M. Ph., “Les rattachements dans les conflits de lois”, en *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, P. Lang, 2012, pp. 327-334.
- WELLS, M. L., “A Common Lawyer’s Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, 70 *Louisiana Law Review* 557.
- ZENO-ZENCOVICH, V., “E-commerce from a private law perspective”, en *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 275-281.