

Responsabilidad del fabricante por sus productos, contrato de seguro y acción directa: panorámica breve de la práctica española de Derecho internacional privado

Product liability, insurance contract and direct action: brief tour above Spanish practice on Private International Law

JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ*

Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España
javier.maseda@usc.es | <https://orcid.org/0000-0002-0601-8119>



Recibido: 20/04/2024 | Aceptado: 18/05/2024 | Publicado: 22/05/2024

Resumen. En el ámbito de la responsabilidad por productos, este trabajo tiene por objeto la identificación de los problemas de Derecho internacional privado que se plantean en la práctica española relativa a las reclamaciones por los daños provocados por el empleo en distintas intervenciones quirúrgicas de naturaleza oftalmológica de un producto sanitario de la marca Ala Octa, fabricado por la empresa Alamedics GmbH AG y que resultó tóxico. Por un lado, y en tanto que las víctimas accionaron directamente contra Allianz Versicherungs AG en su calidad de compañía de seguros de Alamedics GmbH AG, los problemas relativos al régimen de la acción directa, dependiente de la ley rectora de un contrato de seguro regulado por el Reglamento Roma I y de la ley rectora del daño, cuya determinación corresponde al Reglamento Roma II. Por otro, los problemas derivados del juego (imperfecto) de las normas de conflicto, especial y general, del Reglamento Roma II. Y, finalmente, el desconocimiento de las cláusulas de compatibilidad que regulan la convivencia del Reglamento Roma II con el (ignorado) Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos.

Palabras clave. Responsabilidad por productos; Roma II; Convenio de La Haya de 1973; Contratos de seguro; Roma I; acción directa contra el asegurador; práctica española.

* Profesor Titular de Universidad de Derecho Internacional Privado (Derecho Común), Universidad de Santiago de Compostela.

Abstract. In the field of product liability, this paper analyzes the Spanish practice of Private International Law in response to claims for damages caused by the use in different surgical (ophthalmological) interventions of a toxic medical product of the brand Ala Octa, manufactured by the company Alamedics GmbH AG. On the one hand, and due to the direct action against Allianz Versicherungs AG as the insurer of Alamedics GmbH AG as the person liable, the direct action rules, linked to an insurance contract regulated by the Rome I Regulation and to the law of the damage decided ex Rome II Regulation. On the other hand, the (imperfect) use of the special and general choice of law rules of the Rome II Regulation. And, finally, the (ignored) relationship with the 1973 The Hague Convention on the law applicable to product liability.

Keywords. Product liability; Rome II; 1973 The Hague Convention; Insurance contracts; Rome I; Direct action against the insurer; Spanish practice.

1. Introducción

Distintas son las reclamaciones que llegan a jueces y Tribunales españoles como consecuencia de los daños producidos por el carácter defectuoso de un producto: víctima de un vehículo de motor defectuoso, daños derivados de un accidente aéreo provocado por un equipo defectuoso o por los vicios en cualquiera de los componentes de la nave, o daños a un consumidor tras la adquisición de un producto (electrodomésticos, productos cosméticos...). Son supuestos de responsabilidad del fabricante de productos acabados o de sus componentes, de productores de productos naturales, de proveedores de productos, reparadores, almacenistas o cualquier otro interviniente en la cadena de producción o distribución de un producto. Dentro de estas reclamaciones, son varias las demandas originadas por los daños sufridos por las víctimas de un producto farmacéutico de componente defectuoso (medicamentos y distintos fármacos), fabricados en laboratorios por empresas farmacéuticas y distribuidos en distintos países para farmacias, hospitales o cualquier otro establecimiento: la persona perjudicada decide accionar directamente contra la compañía aseguradora de los daños, vinculada contractualmente a través de un contrato de seguro con la empresa responsable de la fabricación del medicamento¹. Es lo que sucedió en el Derecho español a raíz del empleo en distintas intervenciones quirúrgicas de naturaleza oftalmológica de un producto sanitario de la marca Ala Octa (perfluorooctano), fabricado por la empresa Alamedics GmbH AG y que resultó tóxico, provocando en los pacientes efectos adversos como necrosis de retina, ceguera, disminución de la agudeza visual, atrofia del nervio óptico, inflamación o vasculitis: en

¹ Véase la práctica referida en este trabajo y en la bibliografía citada.

estos casos, las víctimas accionaron directamente contra Allianz Versicherungs AG en su calidad de compañía de seguros de Alamedics GmbH AG.

Lo que vamos a hacer en este trabajo es analizar la problemática de Derecho internacional privado que se plantea en toda esta práctica jurisprudencial española que resuelve las reclamaciones de las víctimas de este medicamento tóxico. Por un lado, y en tanto que el ejercicio de la acción directa resulta dependiente de una doble ley rectora, exponiendo los problemas que muestra esta práctica a la hora de la identificación de la ley rectora del contrato de seguro en aplicación del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17/06/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)², así como de la ley rectora del daño, decidida ahora por el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11/07/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)³. Por otro, y vinculado con lo anterior, las dificultades de los órganos jurisdiccionales españoles para moverse dentro de cada instrumento comunitario, en concreto, el juego de la regla especial frente a la regla general del Reglamento Roma II. Y, finalmente, su desconocimiento respecto de la convivencia del Reglamento Roma II con un régimen de aplicación preferente, con respuestas también diferentes de ley aplicable, como es el Convenio de La Haya de 2/10/1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos⁴. Muestra todo ello de las dificultades de los operadores jurídicos españoles a la hora de enfrentarse a una normativa intrínsecamente compleja como es el Derecho internacional privado, esta vez, y si bien perfectamente trasladable a otras materias, en sede de responsabilidad por productos, acción directa y contrato de seguro, en orden a contribuir con su identificación a una más ajustada puesta en práctica en el futuro.

2. Los supuestos típicos

Los hechos que dan lugar a las resoluciones que comentamos en este trabajo responden, con sus lógicas variantes, a un patrón común. Sirva de muestra ilustrativa la SAP Madrid de 01/12/2022⁵. En el año 2015, una persona con problemas de desprendimiento de retina en ambos ojos es sometida en el Hospital Reina Sofía de Córdoba a una serie de las intervenciones quirúrgicas para su mejora. El Hospital emplea en estas operaciones un producto sanitario de la marca Ala Octa (perfluorooctano), fabricado por la compañía farmacéutica y de laboratorio alemana Alamedics GmbH AG, ahora inoperativa y asegurada en aquellos momentos por la compañía de seguros también alemana Allianz Versicherungs AG. El medicamento, que fue retirado por la Agencia Española de Medicamentos tras la alerta sanitaria de 26/06/2015, era defectuoso por su toxicidad, conduciendo al paciente,

² DOCE 04/07/2008.

³ DOCE L 199/40, 31/07/2007.

⁴ BOE 25/01/1989.

⁵ JUR 2023\136650.

en este caso, a una situación de ceguera total irreversible bilateral. Posteriormente, y vistos los hechos, la víctima interpuso demanda contra Allianz Versicherungs AG, en su calidad de aseguradora de Alamedics GmbH AG, reclamando el pago de una importante cantidad de dinero en concepto de indemnización por los daños sufridos. Allianz considera que la reclamación no se sostiene: a su entender, de acuerdo con la cláusula 32 de las Condiciones Generales del contrato de seguro firmado con Alamedics, el Derecho aplicable es el Derecho alemán y esta normativa no admite el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en el ámbito de un seguro voluntario de responsabilidad civil como es el caso. No piensan así el juez de instancia ni la Audiencia Provincial (AP), que rechazan que el perjudicado carezca de acción directa contra la aseguradora: se amparan en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que les conduce a la aplicación de la ley española y, con ello, a un art. 76 Ley de Contrato de Seguro (LCS) que permite al perjudicado ejercitar la acción directa contra la aseguradora del responsable.

Parecidas circunstancias dieron lugar a la STPI Madrid de 21/06/2021⁶, que atiende a una demanda también contra la aseguradora alemana Allianz Versicherungsaktiengesellschaft, reclamando una cantidad de dinero en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados a la parte actora (en este caso, daño catastrófico en el nervio óptico del ojo derecho, con pérdida total de visión) a raíz del empleo en cuatro intervenciones quirúrgicas por desprendimiento de retina, ahora en la clínica oftalmológica Begitek en Gipuzkoa, del mismo producto sanitario, Ala Octa, fabricado asimismo por la empresa alemana Alamedics GmbH & Co. KG. El juzgado, que estimó parcialmente la demanda, aplicó la ley española a partir del Reglamento Roma II y, con ello, la acción directa del perjudicado o de sus herederos contra la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar conforme al art. 76 LCS, frente a la pretensión de la aseguradora, que apela al clausulado del contrato de seguro que recoge un pacto de elección de ley a favor de un Derecho alemán que no admite el ejercicio de la acción directa. Lo mismo puede verse en la SAP Madrid de 10/12/2019⁷, a raíz de una intervención a que fue sometido el actor con el mismo producto y que le produjo la pérdida total de la visión del ojo (amaurosis), recurrida más tarde en casación, siendo inadmitido por ATS de 27/04/2022⁸; la SAP Madrid de 07/05/2020⁹, tras demanda por daños por la pérdida de agudeza visual en el ojo izquierdo; la SAP Salamanca de 21/06/2021¹⁰; la SAP Madrid de 14/03/2022¹¹, por la ceguera total en ojo derecho tras intervención a la que fue sometido el actor utilizando el mismo medicamento tóxico; o, en fin, la SAP Madrid de 25/03/2022¹²,

⁶ JUR 2022\236253.

⁷ AC 2020\426.

⁸ JUR 2022\145074.

⁹ JUR 2020\176435.

¹⁰ JUR 2021\282200.

¹¹ JUR 2022\170701.

¹² JUR 2022\246188.

por la pérdida total de la visión del ojo derecho, reclamando ahora la víctima tanto por los daños físicos producidos por el perfluorooctano, como por la depresión leve y estrés postraumático sufridos.

3. En torno a la ley aplicable al contrato de seguro

3.1. Habitual ejercicio de la autonomía de la voluntad entre fabricante del producto y compañía de seguros

No se cuestiona en las resoluciones comentadas el régimen determinante de la ley aplicable a los contratos de seguro, regulado en la actualidad por el Reglamento Roma I y cuya normativa resulta aplicable respecto de los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009. No sucedía lo mismo en el pasado, bajo el régimen anterior del Convenio de Roma de 19/06/1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: este Convenio se aplicaba a los reaseguros y a los contratos de seguro que tuviesen por objeto riesgos localizados en terceros Estados (art. 1.3 y 1.4 CR 1980); las normas de conflicto de las Directivas europeas de seguro se ocupaban de los riesgos localizados dentro de los Estados miembros, incluidos los Estados del Espacio Económico Europeo (EEE) y cubiertos por empresas de estos Estados; y las normas del D.I.Pr. doméstico regulaban los contratos de seguro relativos a riesgos localizados dentro de la Comunidad Europea pero cubiertos por empresas extracomunitarias, en tanto que ubicados fuera del ámbito de aplicación del régimen convencional y de las Directivas (Garcimartín, 2008, par. II.1). Lo que hace el Reglamento Roma I es eliminar esta dispersión normativa al establecer un régimen aplicable a todos los contratos de seguros (art. 7 Roma I), facilitando así, y aun siendo cierto que las respuestas que ya había no se modificaron sustancialmente, la labor de los órganos jurisdiccionales a la hora de seleccionar la ley aplicable a este tipo de contratos.

Ya en aplicación del Reglamento Roma I, puede verse como tampoco cuestionan las resoluciones comentadas la ley aplicable a los contratos de seguros suscritos. No lo hace la STPI Madrid de 21/06/2021, que asume, sin plantearse su bondad, la aplicación de la ley alemana como *lex contractus* en tanto que ordenamiento jurídico elegido por asegurador y asegurado (cláusula 32 de su contrato de seguro). Tampoco, en parecidos términos, la SAP Madrid de 10/12/2019, la SAP Salamanca de 21/06/2021, la SAP Madrid de 25/03/2022, o la SAP Madrid de 01/12/2022, que asumen la misma realidad contractual de un contrato de seguro con un pacto de elección de ley que no se pone en duda.

Es verdad que la elección de la ley alemana no debería plantear problemas respecto de los contratos de seguros suscritos entre Allianz Versicherungs AG y Alamedics GmbH AG. La autonomía de la voluntad juega sin particulares restricciones en los contratos de seguro relativos a grandes riesgos en tanto la ausencia de una parte del contrato que necesite especial protección frente a la otra (Blanco-Morales, 2006, p. 810): de acuerdo con el art. 7.2 Roma I, este tipo de contratos de seguro se halla sometido, con independencia

de la localización del riesgo, a la ley libremente elegida por las partes (art. 3 Roma I). No obstante, los contratos de seguro que ahora nos ocupan no son de grandes riesgos. No se ajustan, en ausencia de definición en el Reglamento Roma I, a lo dispuesto en la Directiva 73/239/CEE, con modificaciones por Directiva 2009/138/CE, que incluye como grandes riesgos los seguros relativos a vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, además de contratos de seguro de crédito o de caución, siempre que el tomador del seguro ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal¹³.

De los datos que se extraen de las resoluciones comentadas, los contratos suscritos entre Allianz Versicherungs AG y Alamedics GmbH AG se ubican más bien en el ámbito de los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un Estado miembro, incluido Dinamarca. Al igual que antes, nada impide que los contratos con estas características se sometan a la ley escogida por las partes, si bien ahora sólo dentro del abanico limitado de posibilidades que se relacionan en el art. 7.3.1 Roma I. De su lectura, cabe la posibilidad de elegir la ley alemana, que entraría, y desde el momento en que la ley del país del establecimiento del asegurador no se encuentra en la relación expuesta (Francq, 2009, p. 60), no por ser Alemania la sede de Allianz Versicherungs AG, sino a título de ley del país donde el tomador del seguro tiene su residencia habitual, que también sería Alemania en tanto que sede de Alamedics GmbH AG. Teniendo en la práctica un alcance más reducido en la medida en que muchos de los supuestos del art. 7.3.1 Roma I conducen realmente a la ley de un mismo Estado, la limitación de la autonomía de la voluntad tiene que ver, en este caso, con la intención del legislador de no provocar un menoscabo en la posición del tomador (Blanco-Morales, 2006, p. 810), reequilibrando su situación respecto de un asegurador que no puede seleccionar su propia ley. De cubrir los contratos de seguros entre Allianz Versicherungs AG y Alamedics GmbH AG no sólo los riesgos ubicados en Estados miembros, también aquéllos que puedan producirse en terceros Estados, volveríamos al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad del art. 3 Roma I, con lo que nada impediría la elección de la ley alemana: además de a los contratos de reaseguro, el régimen general del Reglamento Roma I se extiende, asimismo, a los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un tercer Estado, esto es, y en lo que ahora interesa, al régimen de autonomía no limitada del art. 3 Roma I (Garcimartín, 2008, par. VII; Francq, 2009, p. 60).

¹³ La Directiva 73/239/CEE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, con modificaciones por Directiva 2009/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), se encarga de definir qué es un gran riesgo (Merrett, 2009, p. 54). Sobre este concepto en la práctica española, por ejemplo, SAP Madrid de 13/07/2002 (AC 2003\880); o SAP Baleares de 16/10/2003 (AC 2004\421).

3.2. Ley aplicable al contrato de seguro en defecto de pacto: diversidad

La elección de la ley alemana en los contratos de seguros entre Allianz Versicherungs AG y Alamedics GmbH AG tiene como objetivo la aplicación de aquel ordenamiento jurídico que más se ajuste a los intereses de asegurador y tomador del seguro, entre ellos, la posibilidad no recogida en el Derecho alemán de ejercicio de la acción directa por parte del perjudicado¹⁴. En ausencia de pacto, se incrementan los ordenamientos jurídicos potencialmente aplicables y, con ello, el riesgo de respuestas que no satisfagan los intereses de las partes: en tanto que el juego de la acción directa se vincula, como veremos, a la ley del daño y a la ley del contrato de seguro, la elección de una ley como la alemana que no la contempla (o lo hace bajo determinadas condiciones: existencia de un reconocimiento de deuda por parte del asegurado o un título ejecutivo) refuerza la posición del asegurador. Y es que, del mismo modo que el juego de la autonomía de la voluntad distingue los contratos de seguros que cubren riesgos situados en Estados miembros del resto de contratos de seguro (Lagarde y Tenenbaum, 2008, p. 767), las respuestas del legislador europeo también son distintas en lo que se refiere al régimen de ley aplicable en defecto de pacto en atención a esta misma localización del riesgo dentro o fuera de la UE, con la consiguiente (y criticable) diferente protección al tomador del seguro.

Compartiendo régimen con los contratos relativos a grandes riesgos, que ahora no interesan, los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un tercer Estado (y los contratos de reaseguro), se hallan sometidos, en defecto de pacto, y salvo que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con la ley de otro país, a la ley del Estado en el que el asegurador tenga su residencia habitual. Mientras que, en ausencia de pacto y esta vez sin el juego de la ley más estrechamente vinculada, los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un Estado miembro, incluido Dinamarca, se regulan por la ley del Estado miembro en el que el riesgo este situado en el momento de celebración del contrato. La localización del riesgo, como concepto técnico-jurídico que es, y no fáctico, corresponde a la Directiva 2009/138/CE, que así lo determina respecto de los seguros de vida, sobre bienes inmuebles y/o su contenido, sobre vehículos de cualquier tipo, o sobre riesgos en viajes o de vacaciones, y con una regla final de no enmarcarse el seguro entre en los expuestos en la relación anterior (art. 13 Directiva).

¹⁴ El art. 115 de la *Versicherungsvertragsgesetz* alemana de 23/11/2007 contempla la acción directa para seguros obligatorios de responsabilidad civil y, para seguros voluntarios, de haberse abierto un procedimiento de insolvencia contra los bienes del tomador del seguro o de desconocerse el paradero del tomador del seguro.

Los contratos relativos a grandes riesgos se hallan sometidos, en defecto de pacto, a la ley del Estado en el que el asegurador tenga su residencia habitual¹⁵, lo que facilita la ubicación de todos sus contratos, desde la óptica del asegurador y en ausencia de vínculos más estrechos, en un régimen común (Merrett, 2009, p. 58). Siguen así los contratos de seguro de grandes riesgos el régimen general del Reglamento Roma I. Del art. 3 Roma I, al que ya se remite expresamente el art. 7.2 Roma I, siendo el resto de las conexiones similar a las propias del art. 4.2 (no del art. 4.1 Roma I, que incluye ciertos tipos contractuales¹⁶) y del art. 4.3 Roma I: no sólo la cláusula de escape basada en la más estrecha vinculación, también haber recurrido a una ley de la residencia habitual del asegurador a la que se también se hubiera llegado a partir del asegurador como parte del contrato que realiza la prestación característica del art. 4.2 Roma I (Garcimartín, 2008, par. VII)¹⁷. Régimen general del Reglamento Roma I que se extiende asimismo a los contratos de reaseguro y los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un tercer Estado, esto es, a los arts. 3 y 4 (o art. 6, de intervenir consumidores) Roma I (Iriarte y Casado, 2013, p. 51; Pillich, 2012, pp. 205-209)¹⁸, lo que implica también aquí el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y, en su defecto, la ley de la residencia habitual del asegurador, bien como prestador de servicios (art. 4.1 Roma I), bien como prestador característico (art. 4.2 Roma I), siempre salvo ley más estrechamente vinculada (art. 4.3 Roma I) (Garcimartín, 2008, par. VII; Francq, 2009, p. 60).

Respecto de los contratos de seguro cuyo objeto sean riesgos localizados en un Estado miembro, la elección de la ley alemana evita la aplicación de la ley de situación del riesgo. Más, si el contrato de seguro cubre riesgos localizados en distintos Estados miembros, existiendo una regla en el art. 7.5 Roma I que los separa en distintos contratos, referido cada uno al Estado de localización respectiva del riesgo (Merrett, 2009, p. 58): fraccionamiento obligatorio del régimen del contrato en ausencia de autonomía de la voluntad que lo evite (Lagarde y Tenenbaum, 2008, p. 771)¹⁹. Este fraccionamiento también existirá respecto del contrato de seguro que cubre riesgos localizados en distintos Estados, pero miembros y terceros Estados (Considerando 33 Roma I): la aplicación del art. 7 Roma I para los relativos a Estados miembros y de los arts. 3 y 4 Roma I para los relativos a

¹⁵ Aunque sometidos los contratos de seguros de grandes riesgos al régimen general del Reglamento, su inclusión en el art. 7 Roma I facilita su sujeción a los límites que el art. 7.4 Roma I establece para los seguros obligatorios (Garcimartín, 2008, par. VII). Véase la SAP Madrid de 4/04/2001 (JUR 2001/187069), relativa a un contrato de seguro de daños para un yate matriculado en España, suscrito entre una empresa con domicilio en Madrid, que es la propietaria del yate, y un asegurador con sede en Inglaterra: en ausencia de elección de ley, y salvo ley más estrechamente vinculada, se hubiera aplicado la ley inglesa como ley de residencia habitual del asegurador (y con independencia de que el riesgo asegurado se localizase en España al ser un yate de matrícula española).

¹⁶ Lagarde y Tenenbaum (2008, p. 773) entendían que los contratos de seguro por grandes riesgos deberían haber sido incluidos en la lista de contratos específicos del art. 4.1 Roma I.

¹⁷ Criticando la figura del asegurador como prestador característico (Seatzu, 2003, pp. 102-105).

¹⁸ No se aplica respecto de los grandes riesgos el art. 6 Roma I; así, Merrett (2009, p. 58).

¹⁹ Respecto del fraccionamiento del contrato de seguro con riesgos localizados en distintos Estados, miembros y terceros Estados, ver Merrett (2009, p. 54) y Caamiña (2009, p. 46).

terceros Estados puede conducir a leyes diferentes, sólo unificable su régimen de elegir una ley válida de acuerdo tanto con el art. 7 Roma (autonomía limitada) como con el art. 3 Roma I (autonomía libre), que sólo podría ser de entre el abanico de seleccionables que relaciona el art. 7.3 Roma I. La elección de ley entre Allianz Versicherungs AG y Alamedics GmbH AG facilita así la relación que vincula a asegurador y tomador del seguro en todos estos supuestos

Finalmente, un apunte más, relativo al régimen de los seguros obligatorios. Téngase en cuenta que, además de los contratos de seguros por grandes riesgos (art. 7.2 Roma I), aquéllos diferentes que cubran riesgos localizados en Estados miembros (art. 7.3 Roma I) se hallan sometidos al régimen de los seguros obligatorios del art. 7.4 Roma I: con la intención de proteger a la víctima (asegurado o tercero) (Fallon, 1993, p. 113; Seatzu, 2003, p. 199), cuando un Estado miembro imponga la obligación de seguro obligatorio para llevar a cabo ciertas actividades, podrá establecer que el contrato de seguro se regirá por la ley de ese Estado miembro, lo que supone no sólo limitar el alcance de los arts. 7.2 y 7.3 Roma I (Garcimartín, 2008, par. VII), también el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

4. En torno a la ley aplicable a la responsabilidad por productos

4.1. Asunción del Reglamento Roma II como régimen aplicable

En tanto que distintos aspectos de los supuestos controvertidos giran en torno a la responsabilidad no contractual generada por el daño causado, atienden las resoluciones comentadas al Reglamento Roma II como régimen aplicable. Llegan muchas veces a este instrumento, no obstante, sin entrar a justificar su aplicación, como sucede en la SAP Madrid de 25/03/2022. Otras, las menos, después de un ejercicio de calificación de los hechos. A veces más preciso, tal como puede observarse en la SAP Madrid de 14/03/2022 o la STPI Madrid de 21/06/2021, cuando estima "...dado que (el actor) carecía en el momento de los hechos de vínculo contractual tanto con Alamedics como con Allianz, la responsabilidad exigible solo puede ser de naturaleza extracontractual. Esto determina la aplicación del Reglamento (CE) 864/2007 (Roma II) ..." (Cuenca, 2023, par. 11); o en la SAP Madrid de 07/5/2020, al ser "...indudable que es el caso puesto que estamos ante la reclamación de una responsabilidad que no deriva, ni se ha producido en el marco contractual, o (...) de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra...". Y otras, más confuso, como puede verse en la SAP Madrid de 01/12/2022, cuando dice que "...la aseguradora alega que la sentencia apelada integra inadecuadamente el Reglamento (...) Roma II, sin embargo, el mismo, como dispone su art. 1.1, es de aplicación en caso de reclamación de responsabilidad extracontractual civil y mercantil en que exista un conflicto de leyes, como es aquí el caso puesto que estamos ante la reclamación de una responsabilidad nacida en el marco de un contrato, o en términos de las SSTJCE C-189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00, de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra...".

En cualquier caso, en lo que respecta a la posición de la víctima del daño respecto del asegurador o del asegurado, no es cuestionable la naturaleza extracontractual de los daños que fundamentan las reclamaciones ante la jurisdicción española que estamos viendo. De acuerdo con el Reglamento Roma II y los elementos extraídos de la jurisprudencia del TJUE en lo que a su interpretación autónoma de la materia *delictual o cuasidelictual* se refiere, la materia *extracontractual* aparece definida en contraste con la materia *contractual*²⁰: comprende toda acción dirigida a reclamar la responsabilidad de un sujeto y llamada a reparar un daño (indemnización o cesación), a solicitar la exoneración de responsabilidad, o en prevención, ya sea responsabilidad por culpa u objetiva, ya derivada de un acto u omisión, y que no pueda entenderse como contractual, esto es, cuando la responsabilidad no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra²¹. No hay duda, pues, de que los daños reclamados por las víctimas a la aseguradora y derivados del carácter defectuoso del producto fabricado por la parte asegurada tienen naturaleza extracontractual.

4.2. Confusión entre regla general y regla especial: art. 4 Roma II frente al art. 5 Roma II

En la práctica mayoría de los casos que estamos viendo, y en aplicación del Reglamento Roma II, los órganos jurisdiccionales españoles llegan a la ley española como el ordenamiento jurídico aplicable a la responsabilidad no contractual generada por el daño causado, tal como sucede, por ejemplo, en la SAP Madrid de 01/12/2022 o la STPI Madrid de 21/06/2021. Ahora bien, si bien estamos de acuerdo en la aplicación de la ley española como *lex causae*, resulta un poco confuso, a nuestro entender, el camino que lleva a mucha de esta jurisprudencia hasta el Derecho español. Sirva el caso de la SAP Madrid de 07/05/2020 o de la SAP Madrid de 01/12/2022. Se apoya ésta última para ello, en primer lugar, en el art. 4.1 Roma II (FD 3º), cuando dice que “...en particular, es aplicable...” este precepto, lo que le conduce, como supuesto de obligaciones extracontractuales en caso lesiones personales y en ausencia de elección expresa o tácita de ley del art. 14 Roma II, a la ley española como lugar donde se ha producido la lesión como daño directo. Pero seguidamente introduce el art. 5 Roma II, que es el artículo que regula específicamente la ley aplicable a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en los términos de “...por su parte, establece el art. 5.1 (...), lo que también lleva a concluir que la ley aplicable es la española...” (FD 3º).

No estamos seguros de que la AP de Madrid tenga claras en esta resolución las relaciones entre el art. 4 y 5 Roma II, que parece mezclar (Maseda, 2023, p. 620; Torralba, 2023). Como regla general, el art. 4 Roma II sólo se aplica subsidiariamente, esto es, en

²⁰ STJCE 27/09/1988, As. C- 189/87, “Kalfelis”; STJCE 11/07/2002, As. C-96/00, “Gabriel”; o STJCE 1/10/2002, As. C- 167/00, “Henkel”.

²¹ STJCE 17/06/1992, As. C-26/91, “Handte”; STJCE 20/01/2005, As. C- 27/02, “Engler”.

ausencia de regla especial (De Miguel, 2009, par. 12; Garcimartín, 2023, pp. 414-415; Machnikowski, 2019, ap. 35). Y no es éste el caso en tanto que aquí existe una regla especial relativa a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos como es el art. 5 Roma II (Garcimartín, 2023, p. 421). Que en el caso de la SAP Madrid de 01/12/2022 (o de la STPI Madrid de 21/06/2021...) conduzca asimismo a la ley española, como ley del país en el cual coinciden la residencia habitual de la persona perjudicada y el lugar de comercialización del producto (art. 5.1.a Roma II), no es razón para no respetar con mayor claridad el juego jerárquico de las normas de conflicto de Roma II (Maseda, 2023, p. 620)²². Cuando el legislador ofrece una regla especial, lo hace por la inconveniencia que puede generar la proyección de las conexiones de la regla general sobre una materia concreta. Es lo que sucede con el criterio del lugar de comisión del ilícito propio de la regla general del art. 4 Roma II respecto del ámbito de la responsabilidad por productos en tanto que puede conducir a la aplicación de ordenamientos alejados del principio de proximidad (Garcimartín, 2023, p. 421; Vinaixa, 2008, p. 24). Primero, porque puede reclamar la aplicación de una ley cuya conexión con el caso sea marginal, como sería el caso de un ciudadano español residente en Madrid que sufre un daño en el curso de un viaje turístico al extranjero por un producto defectuoso fabricado en España y adquirido también aquí. Y, segundo, por las dificultades que puede plantear la concreción del *locus*, como sería ahora el caso de daños producidos a la víctima por un medicamento que ingiere en el curso de un viaje por varios Estados (Garcimartín, 2023, p. 421). Las conexiones del art. 5 Roma II atienden precisamente a la particularidad de la responsabilidad por productos, combinando distintas conexiones para garantizar el equilibrio entre los intereses del fabricante responsable del daño, vinculados a la previsibilidad de la conexión, y aquéllos de la víctima, vinculados esta vez a sus expectativas y en atención al *favor laesi* (Garcimartín, 2023, pp. 421-422; Fernández y Sánchez, 2022, p. 763). De ahí que haber llegado en el caso de la SAP Madrid de 01/12/2022 (o de la STPI Madrid de 21/06/2021...) a la ley española vía art. 5 Roma II proporcione más seguridad que haberlo hecho también vía art. 4 Roma II, sobre todo desde la óptica de la posición del perjudicado.

Con todo, la regla especial no elimina por completo el juego de la regla general: el art. 5 Roma II se comporta como una excepción sólo al *locus damni* del art. 4.1 Roma II, no a la posible aplicación preferente vía art. 4.2 Roma II de la residencia habitual común de las partes (el art. 5 Roma II habla de "...sin perjuicio del art. 4.2...") (Symeonides, 2008, p. 207; Hay, 2007, p. 145). No es el caso en el supuesto de la SAP Madrid de 01/12/2022, en la que no sólo sí se aplicó un punto del art. 4 Roma II no aplicable (el art. 4.1 Roma II), sino que, si bien es cierto que no coincide la residencia de la víctima del producto defectuoso con aquélla del responsable del daño, dejó de valorarse el epígrafe del art. 4 Roma II sí aplicable (el art. 4.2 Roma II). Como conexión de cierre del sistema, y siguiendo el mismo esquema que el art. 4.3 Roma II, debe considerarse la posibilidad de la existencia de una

²² Así, al hilo de la STPI Madrid de 21/06/2021, Cuenca (2023, par. 20).

ley más estrechamente vinculada con el supuesto litigioso, tal como estima el art. 5.2 Roma II, que pueda conducir a una ley distinta de la reclamada por el art. 5.1 Roma II (del art. 4.1 Roma II, en la actuación de la AP de Madrid)²³. Tampoco aparece esta cuestión en la referida SAP Madrid de 01/12/2022, que ni siquiera menciona esta posibilidad, aunque es cierto que su elevación, más que en manos del órgano jurisdiccional, se sitúa en la posición de la parte interesada (Calvo y Carrascosa, 2009, p. 896): en este caso sólo podría ser Allianz, en un intento de búsqueda de la aplicación del Derecho alemán como ley aplicable a la responsabilidad no contractual que amparase por esta vía la imposibilidad de una acción directa no contemplada en este ordenamiento jurídico; lógicamente, el actor no consideró esta posibilidad porque como víctima sí le favorecía la aplicación de la ley española.

Aunque de manera confusa, la SAP Madrid de 01/12/2022 al menos hace referencia al art. 5 Roma II. Otras resoluciones, en cambio, tal como sucede con la STPI Madrid de 21/06/2021 o la SAP Madrid de 14/03/2022, ignoran completamente la existencia de una regla especial regulando la responsabilidad por productos, limitándose a aplicar la regla general del art. 4 Roma II (Cuenca, 2023, par. 16). A favor de la resolución de 1ª instancia, al menos, y aunque tampoco consideraron la posibilidad de residencia habitual común de actor y demandada del (en la lógica del juez de primera instancia) art. 4.2 Roma II (Cuenca, 2023, par. 16), sí hicieron referencia al juego de una cláusula de escape que otras, como la referida la SAP Madrid de 01/12/2022, no hicieron, esta vez, para descartar la existencia de una ley más estrechamente vinculada: "...se trata de la *lex loci damni* referida en el Considerando 18 de la norma, que en este caso no puede ser obviada por ninguna de las circunstancias o cláusulas "de escape" que contempla el propio artículo..." (FD 3º)²⁴.

Más precisa, sin embargo, la SAP Salamanca de 21/06/2021 o la SAP Madrid de 10/12/2019, que sí tiene en cuenta el carácter especial del art. 5 Roma II, cuando aplica la "...la normativa española sobre responsabilidad de productos defectuosos..." a partir del art. 5 Roma II "...por ser la residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, y dado que el producto (...) se comercializó en España y el perjudicado tiene su residencia habitual en España..." (FD 3º). O la SAP Madrid de 25/03/2022, cuando dice "...siendo la ley aplicable a la obligación extracontractual, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento que regula la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos...", remitiéndose a las conexiones allí establecidas, si bien sin determinar cuál de las conexiones resulta finalmente operativa (FD 6º) (Cuenca, 2023, par. 27).

²³ A diferencia del resto de reglas especiales (medio ambiente, propiedad intelectual...), en responsabilidad por productos sí juega la cláusula de cierre (Vinaixa, 2008, p. 22).

²⁴ Véase Cuenca (2023, par. 24), que no aprecia vínculos más estrechos en el caso de la STPI Madrid de 21/06/2021 que puedan conducir, existiendo vínculos con el Derecho español, a otra ley (en el caso, la alemana), ausente relación contractual previa entre víctima y asegurador, sin ver tampoco eventual conexión accesoria con el contrato de tratamiento médico con el hospital o con el contrato de seguro entre la empresa y la aseguradora.

4.3. Ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad del art. 14 Roma II

Recuérdese que el Reglamento Roma II permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad a partir de un art. 14 Roma II que estima que "...las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan, mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien (...) mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño...". En la eventualidad de una cláusula de elección de ley, llegaríamos a la aplicación de este artículo no sólo de ser el Reglamento Roma II el régimen aplicable, también, como veremos más tarde, cuando lo sea el CH 1973, en tanto que cuestión no prevista en el Convenio respecto de la cual podría considerarse el recurso a las soluciones del instrumento comunitario (Corneloup, 2008, pp. 100 y 104; Palao, 2015, p. 345). Aunque situado posteriormente a la respuesta general del art. 4 Roma II y a la especial del art. 5 Roma II, no es este art. 14 Roma II una norma de conflicto excepcional ni especial, operando realmente como la regla primera y principal del Reglamento Roma II²⁵. Con todo, y siguiendo aquella dinámica que refleja la escasa aplicación de este art. 14 Roma II en la práctica (Fallon, 1999, p. 55; Garcimartín, 2007a, par. 27; Amores y Torralba, 2004, p. 14), en ninguno de los casos examinados se llegó a la selección de la ley aplicable al daño causado por el producto defectuoso a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Así sucedió, por ejemplo, en la STPI Madrid de 21/06/2021, que ni siquiera hace referencia a esta posibilidad, aunque sólo fuese para descartarla, posiblemente por la ausencia elementos que hiciesen pensar en ello (Cuenca, 2023, par. 16).

No es, en cualquier caso, algo que extrañe. No tanto por la especialidad de la materia: la responsabilidad por productos no forma parte de aquellas materias excluidas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como sí lo son las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción del Derecho de la competencia²⁶ y aquéllas otras derivadas de la infracción de la propiedad intelectual e industrial²⁷. La mención expresa que hace el

²⁵ Franzina (2008, pp. 354-355), que habla de un dato puramente formal que no tiene consecuencias sustanciales.

²⁶ La idea del legislador es asegurar que toda conducta con repercusión en un mercado nacional determinado quede siempre sujeta al ordenamiento jurídico de tal mercado (protección del interés del Estado en preservar la organización jurídica de su mercado respecto de todos los actos que generan obligaciones extracontractuales que produzcan allí sus efectos sustanciales), aspecto no garantizado de permitir el juego de la autonomía de la voluntad (Garcimartín, 2007a, par. 22; Calvo y Carrascosa, 2009, p. 874). No obstante, el art. 6 de la Ley de Países Bajos sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales de 2001, por el contrario, sí admite el juego de la autonomía de la voluntad en esta materia.

²⁷ Evitar las incoherencias que derivarían de separar la ley aplicable a la existencia del propio derecho, aspecto siempre sujeto al principio de territorialidad (el derecho no existe en la *lex loci protectionis*), y su protección extracontractual (indemnización de su infracción porque el derecho sí existe en la ley del daño elegida): al someter todos estos aspectos a la *lex loci protectionis*, que es lo que hace el art. 8 Roma II, se garantiza la coherencia en la respuesta del operador jurídico (Garcimartín, 2007a, par. 22; Calvo y Carrascosa, 2009, pp. 874-875). En cambio, y aunque con límites, ciertos ordenamientos domésticos sí admiten el juego de la autonomía de la voluntad en esta sede, como sucede con el art. 122 Ley suiza D.I.Pr. 1987.

legislador comunitario excluyendo estas materias supone, *a sensu contrario*, la admisión de la autonomía de la voluntad en aquellas otras materias que, al igual que sucede con el Derecho de la competencia y la propiedad intelectual e industrial, reciben un tratamiento también especial, como es el caso, en lo que ahora interesa, de la responsabilidad por productos (Calvo y Carrascosa, 2009, p. 874; Garcimartín, 2007a, par. 22; Vinaixa, 2008, p. 16). Que no hallemos en ninguno de los casos examinados muestra de una elección de la ley aplicable a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad entre Allianz y las víctimas tiene que ver, más bien, con el hecho de que el vínculo entre responsable del daño y la víctima, a diferencia de en materia de responsabilidad contractual, se enmarca dentro de una relación que no deviene asumida libremente por las partes o por una frente a la otra, esto es, en los casos de responsabilidad por productos, como en materia de responsabilidad extracontractual en general, no existe un conocimiento entre autor del daño y víctima adquirente del producto defectuoso previo a la comisión del hecho ilícito. De ahí que no sea frecuente que las partes tengan la oportunidad de elegir *ex ante* la ley aplicable a un daño extracontractual *futuro*²⁸. Y tampoco *ex post*, desde el momento en que será difícil que, una vez sucedidos los hechos generadores del daño, los intereses de víctima y responsable del daño confluyan en la misma ley y, si lo hacen, son altas las probabilidades de no llegar a litigio propiamente dicho (Garcimartín, 2007a, par. 27; Vinaixa, 2008, pp. 17-18; Zilioli, 1995, p. 185).

Que no sea probable el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sede no contractual no significa que no pueda ser de utilidad en muchas ocasiones para responsable del daño y víctima del producto defectuoso. Aunque menos relevante en la práctica española que nos ocupa, donde en todos los casos ya se llega a la aplicación de la ley española como *lex causae* a través del régimen aplicable en defecto de pacto, permitir la elección de ley *ex post* posibilitaría la ubicación de la controversia en los términos de la *lex fori* de ser ésta la normativa mejor conocida por responsable del daño y víctima, lo que redundaría en un menor coste procesal (Kadner, 2009, p. 116; Nygh, 1995, p. 351; Amores y Torralba, 2004, p. 14, nota núm. 38). Serían supuestos donde la ley aplicable en defecto de pacto condujese a un ordenamiento extranjero, interesándole a las partes la aplicación de la *lex fori* en tanto que los costes asociados a la prueba de esa ley extranjera sean superiores a los beneficios derivados de su aplicación²⁹. Partimos de casos de Tribunales españoles, competentes con base en el domicilio del demandado del art. 4 R. 1215, que no aplican la ley española como ley de fondo en tanto que no es en España, sino en otro Estado, donde coinciden la residencia habitual de la persona perjudicada y el lugar de comercialización del producto (art. 5.1.a Roma II). Un pacto de esta naturaleza se concluiría una vez manifestado el daño y generalmente durante la celebración del proceso (Palao, 2015, p. 346).

²⁸ Poniendo esto de manifiesto, Fernández (2003, par. 17). Por su parte, Bourel (1961, p. 18) cuestiona el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia no contractual.

²⁹ Fernández (2003, par. 17), que habla de la diferencia entre lo que la parte interesada va a obtener conforme a la ley extranjera y conforme a la *lex fori*.

Más problemas, en cambio, respecto de la posibilidad de una elección de ley *ex ante*. Que el art. 14 Roma II exija para su operatividad la existencia de una relación o vinculación previa entre quienes van a ocupar las posiciones de responsable del daño y víctima (“...cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial...”) limita enormemente los supuestos, más teniendo en cuenta que el perjudicado por el producto defectuoso suele ser un consumidor, lo que impide de partida la negociación (Stone, 2007, p. 116; Garcimartín, 2007a, par. 27; Kadner, 2009, par. V.3). Con todo, no puede olvidarse que el art. 5 Roma II se aplica respecto de cualquier daño causado por productos defectuosos, con independencia de la condición de consumidor o profesional de la víctima (Garcimartín, 2007a, par. 41). Por eso, de no ser el adquirente del producto un consumidor, no debería desconocerse la utilidad de un pacto de elección de ley *ex ante*³⁰. Piénsese en un contrato que vincula a los sujetos, empresa fabricante americana y adquirente europeo del producto, sometido a un ordenamiento jurídico como es el americano. De la lectura del art. 5.2 Roma II, y como conexión de cierre, no sólo se desprende la aplicación de aquella ley, distinta de las conexiones del art. 5.1 Roma II, con la que “...el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos...”, también que este “...vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como, por ejemplo, un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión...” (Palao, 2015, p. 350). Siendo esto así, los hechos delictivos que pudieran ocurrir en el desarrollo de su relación contractual podrían regularse finalmente, en nuestro ejemplo, por la ley americana. De ser así, y con el objetivo de evitar cualquier posibilidad de imposición de *punitive damages* contemplados en el Derecho americano, opuesta sobre todo a los intereses de quien resulte parte responsable del daño, las partes pueden optar por someter la posible responsabilidad extracontractual a una ley distinta a través de un pacto de elección de ley *ex ante*³¹. O viceversa: que esta vez sí las partes quieran someter los posibles hechos delictivos que pudieran ocurrir en el desarrollo de su relación contractual a la misma ley que regula esta última relación. La vía para hacerlo es un pacto de elección de ley *ex ante*³², eliminando de este modo la incertidumbre asociada a una cláusula de corrección de carácter excepcional como es el art. 5.2 Roma II (De Miguel, 2009, par. 15; Amores y Torralba, 2004, p. 14). Sería el caso de un fabricante que vende

³⁰ Véase Fernández (2003, par. 20); también, respuesta del Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht a la consulta pública sobre el Anteproyecto Roma II, en http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/contributions_fr.htm, p. 38. Cuestionando los pactos *ex ante* (Von Bar, 1997, p. 377).

³¹ Véase Von Hein (2000, p. 601) y Amores y Torralba (2004, p. 14) que hacen referencia a este autor. Aunque anterior al Reglamento Roma II, véase la STS de 13/01/2015 (RJ 2015/612), relativa al accidente aéreo del Tupolev y del Boeing, en cuanto caso que remite a la aplicación de las leyes americanas de New Jersey y Arizona, si bien no se daban las condiciones que exigía el Derecho norteamericano para la imposición de los daños punitivos; sobre ello, Lorente (2021, pp. 25-44).

³² Véase Amores y Torralba (2004, p. 14, nota núm. 38; North, 1993, p. 190). También, respuesta del Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht a la consulta pública sobre el Anteproyecto Roma II, en http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/contributions_fr.htm, p. 38.

un producto a una posible (futura) víctima, incluyendo en el contrato de compraventa una cláusula de sumisión a un concreto ordenamiento jurídico en orden a regular tanto eventuales cuestiones contractuales como aquéllas que puedan derivar del daño causado por el propio producto (Torralba, 2016, p. 265).

4.4. Confusión entre régimen general comunitario y régimen especial convencional: el Convenio de La Haya de 1973 sobre responsabilidad por productos

No puede desconocerse que, en el ordenamiento jurídico español y en el ámbito de la responsabilidad por productos, convive el Reglamento Roma II con el Convenio de La Haya de 02/10/1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, que nos vincula desde el 1/02/1989 y cuyo alcance es universal. De ahí que llame la atención que, en la totalidad de las resoluciones de instancia o de las Audiencias Provinciales apuntadas, los órganos jurisdiccionales españoles no hayan hecho mención del CH 1973, o que tampoco lo haya hecho el Tribunal Supremo en su ATS de 27/04/2022, que en su remisión a los argumentos de la AP recogidos en la sentencia recurrida parece aceptar también la aplicación del art. 5 Roma II sin reparar en la preferencia del CH 1973 (Cuenca, 2023, par. 30). Lo cierto es que la existencia de una pluralidad de regímenes aplicables en el ámbito de la responsabilidad por productos, con respuestas diferentes de ley aplicable, exige al órgano jurisdiccional español la puesta en práctica de la regla de compatibilidad del art. 28 Roma II en orden a determinar el régimen de aplicación preferente. Una consulta que le debería conducir, de acuerdo con el art. 28.1 Roma II, a la aplicación preferente del CH 1973 (De Miguel, 2009, par. 25; Garcimartín, 2023, p. 423 y pp. 436-437; Palao, 2015, p. 343)³³. Primero, porque es un Convenio anterior a la adopción del Reglamento: de ser posterior, el régimen preferencial varía, trasladada la competencia para negociar futuros Convenios desde los Estados soberanos al legislador europeo (De Miguel, 2009, par. 4 y 5)³⁴. Segundo, porque está concluido con terceros Estados (Noruega, Serbia, Montenegro...): los concluidos sólo entre Estados miembros dejan de aplicarse, atendiendo al art. 28.2 Roma II (Garcimartín, 2007a, par. 21)³⁵. Y, finalmente, porque su normativa es continente

³³ Dado que todavía no estaba en vigor para los Tribunales españoles el Reglamento Roma II, no pudo verse esta aplicación preferente en el caso del accidente aéreo del Tupolev y del Boeing, donde víctimas o familiares demandaron a compañías americanas fabricantes de los productos que presuntamente son causa del accidente (defectuoso equipo de instrucciones de seguridad), de la STS de 13/01/2015 (RJ 2015/612), donde se aplicó ex CH 1973 y en ausencia de conexiones previas, la ley del Estado de Arizona y Nueva Jersey, residencia habitual de los fabricantes. El CH 1973 resulta asimismo el régimen aplicable al caso de accidente aéreo de Spanair ocurrido en Madrid en agosto de 2008 debido al posible mal funcionamiento de alguno de los componentes de una aeronave diseñada y fabricada por la empresa McDonnell Douglas en su sede principal de Long Beach, California (absorbida por The Boeing Company, siendo Seattle su sede principal en aquel momento; ahora en Chicago).

³⁴ Véase Dictamen del TJCE 1/03, de 7/02/2006 (RJ 2006, p. I-1145).

³⁵ Véase Cuenca (2023, par. 12) cuando, apelando a cierta doctrina alemana, justifica la no aplicación preferente del CH 1973 por el hecho de que no estén afectados los intereses de estos terceros países, calificándolo, en este caso, de mero formalismo, lo que significaría, al hilo de la STPI Madrid de 21/06/2021, la aplicación del Reglamento Roma II por ser un supuesto transnacional entre España y Alemania.

de normas de conflicto en el ámbito extracontractual (Stone, 2007, p. 101; Brière, 2005, pp. 677-694). De acuerdo con ello, las normas de este CH 1973 desplazarían no sólo al régimen general del art. 10.9 C.c., también al art. 5 Roma II: sólo en lo no previsto en el Convenio podría considerarse acudir a las soluciones contempladas en el Reglamento Roma II, lo que condicionaría aspectos tales como el tratamiento de una eventual cláusula de elección de ley, no contemplada en el CH 1973 y que sí podría ser regulada por el art. 14 Roma II a pesar de la vigencia preferencial del régimen convencional³⁶.

En consecuencia, y dado que no estamos ante ninguna de las cuestiones no reguladas por el CH 1973, en lo que ahora interesa, un eventual ejercicio de una autonomía de la voluntad que no se plantea en las resoluciones comentadas, los órganos jurisdiccionales españoles deberían haber determinado la ley aplicable a la responsabilidad por productos a partir de las reglas del CH 1973 y no a las propias del Reglamento Roma II. Y no lo hicieron, tal como se observa en la SAP Madrid de 01/12/2022, que no sólo aplica erróneamente la regla correspondiente del Reglamento Roma II (art. 4 Roma II en vez de su art. 5 Roma II), también se equivoca de régimen aplicable al no contemplar la vigencia preferente del CH 1973 (Maseda, 2023, p. 621; Torralba, 2023): no porque aplique mal la cláusula de compatibilidad, sino porque parece ignorar la mera existencia de un Convenio del que no hace mención alguna, tal vez porque asuma por inercia la aplicación preferencial de un régimen como el comunitario. Tampoco parece ver esta preferencia la SAP Salamanca de 21/06/2021, en un caso que también implica a Alamedics y Allianz; la SAP Madrid de 10/12/2019 o la STPI Madrid de 21/06/2021, que recurren directamente al Reglamento Roma II sin haber determinado la relación entre ambos instrumentos jurídicos (Cuenca, 2023, par. 14).

Ninguno de los supuestos analizados que ocuparon a la práctica española son casos excluidos del ámbito material de CH 1973, imposibilitando así el recurso al art. 5 Roma II (Fernández y Sánchez, 2022, p. 763)³⁷. Entendiendo por producto tanto los naturales como los industriales, así como los muebles y los inmuebles (art. 2 CH 1973),

³⁶ Así, Corneloup (2008, pp. 100 y 104) y Palao (2015, p. 345) que incluyen en sede del Reglamento Roma II, por no tratarlas el CH 1973, aspectos como libertad de elección de la ley rectora del ilícito. Véase, aunque es práctica extranjera, la Sent. Trib. RB. Rotterdam de 15/10/1993 (S6S 1994 80; NIPR 1995 nr. 240), respecto un caso de daños por un combustible que había suministrado el demandado, con domicilio en los Países Bajos, y entregado el actor, sito en Hong Kong, a otra compañía, que también demandó: el Tribunal entendió que las partes habían optado implícitamente por el Derecho holandés, al fundamentar sus escritos en esta normativa, afirmando que el CH 1973 no ponía obstáculo a la elección de ley por las partes.

³⁷ Aunque en un caso de daños por accidente de circulación por carretera, véase la STJUE de 10/12/2015, As. C-350/14, "Lazar", donde el Tribunal italiano de Trieste, en tanto que Italia no firmó el CH 1971, aplicó el art. 4 Roma II, mientras que, de haberlo resuelto un juez español y estando España sí vinculada por este Convenio, hubiera aplicado el mismo art. 4 Roma II a pesar del carácter preferente del régimen convencional (art. 28.1 Roma II), pero sólo porque el art. 2.6 CH 1971 excluye de su ámbito de aplicación las reclamaciones frente a los "...Fondos públicos de garantía automovilística..." al caracterizarlas como una materia de Derecho público, por tanto, no civil; así, Jiménez (2016, par. II.3 y 4) o Maseda (2016, pp. 1-20).

recuérdese que los sujetos cuya responsabilidad se puede exigir vía Convenio son los fabricantes de productos acabados o de componentes, los productores de productos naturales, los proveedores de productos, así como "...otras personas...", entre los que se incluyen reparadores, almacenistas y aquéllos que intervienen en la cadena comercial de preparación y distribución del producto (art. 3 CH 1973). Los casos analizados (SAP Madrid de 10/12/2019, SAP Madrid de 01/12/2022, STPI Madrid de 21/06/2021...) se refieren a productos sanitarios (medicamentos oftalmológicos, como el perfluoroctano...), defectuosos (la toxicidad del medicamento así lo indica), elaborados por empresas farmacéuticas y de laboratorio como Alamedics GmbH AG y causa específica de un daño derivado de las peculiaridades (características) del producto, bien por su uso directo, bien por recibirlo a través de un tratamiento médico (daños en el sistema ocular): como cosa mueble, forme parte de otra cosa mueble o bien de una cosa inmueble, no plantea dudas el carácter de *producto* de un medicamento (Clarkson y Hill, 2011, p. 272). Otra cosa hubiese sido de tratarse de casos que afecten a la relación directa entre el adquirente de un producto y la persona responsable que le transfiere ese producto, como, por ejemplo, la víctima de un producto farmacéutico respecto de la farmacia donde lo adquirió o la víctima de un vehículo de motor defectuoso respecto del concesionario donde se adquirió, sí excluidos del ámbito del CH 1973 y regulados, ahora sí, por el art. 5 Roma II. O de casos donde la propiedad o el disfrute de un producto hubiere sido transferido a la persona que sufra el daño por aquél a quien se imputa la responsabilidad, también excluidos (art. 1 CH 1973), o que afecten a las materias primas agrícolas sin transformar (España hizo reserva del art. 16 CH 1973)³⁸. Ninguno de los supuestos de base de las sentencias comentadas tiene que ver con las exclusiones expuestas. Con todo, y al margen de que el Convenio regule también los aspectos contractuales de la responsabilidad por productos (Reese, 1974, p. 253), lo cierto es que su ámbito de aplicación material resulta muy similar al propio del art. 5 Roma II, con lo que en la práctica se solapan muchas veces, reduciéndose exponencialmente los casos a los que, en vigencia del CH 1973, se les aplique el art. 5 Roma II (Palao, 2015, pp. 343-344).

La poco acertada actuación de los órganos jurisdiccionales españoles en cuanto a la selección del régimen aplicable no es inocua: potencial aplicación de un ordenamiento jurídico que no hubiera reclamado la normativa preferente y potenciales distintas respuestas materiales, más o menos favorecedoras de los intereses del responsable del daño o del

³⁸ Sobre el ámbito material del CH 1973 y art. 5 Roma II, véase Stone (2007, pp. 118-120), Fernández y Sánchez (2022, p. 763), Torralba (2016, pp. 270-271). Véase la STS de 13/01/2015 (RJ 2015/612), en aplicación del CH 1973 a un caso anterior a la vigencia del Reglamento Roma II de daños derivados de la colisión sobre Alemania de dos aviones, un Tupolev de Moscú a Barcelona y un Boeing de Bérgamo a Bruselas, estimando que la responsabilidad recogida no es sólo la derivada de los defectos o vicios del producto, también los que provienen de su descripción inexacta o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo (en el caso, el TCAS, *traffic alert and collision avoidance system*, sistema de alerta de tráfico y aviso de colisión fabricado por dos empresas americanas con sede en Nueva Jersey y Arizona).

adquirente del producto defectuoso (Torralba, 2023). Téngase en cuenta que, aunque el art. 5 Roma II está inspirado en las reglas del CH 1973 (De Miguel, 2009, par. 25)³⁹, sus respuestas son muchas veces diferentes, reflejo de la ausencia de coordinación entre legisladores (Illmer, 2011, pp. 140-142). De ahí que no justifique el comportamiento de los órganos jurisdiccionales españoles ignorando el CH 1973 que, en algunos de los casos, como sucede con la SAP Madrid de 01/12/2022 o la STPI Madrid de 21/06/2021 posiblemente también se hubiese llegado a la aplicación de la ley española a partir de las reglas del CH 1973: tal vez no por el art. 5 CH 1973, de no coincidir la residencia habitual de la persona directamente perjudicada ni con el Estado donde se ubica el establecimiento principal del presunto responsable ni con el Estado donde la víctima adquirió el producto⁴⁰, sino, e inoperante la cláusula de comercialización del art. 7 CH 1973, por su art. 4 CH 1973, al coincidir el Estado en cuyo territorio se haya producido el daño (España) con aquél de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada (España) (Torralba, 2023). Aun cuando las reglas más claras del art. 5 Roma II a la hora de la determinación de la ley aplicable, de aplicación más sencilla frente a la mayor complejidad de las propuestas por el CH 1973, establece el art. 28.1 Roma II la aplicación preferente del CH 1973 y así deberían haberlo considerado los Tribunales españoles.

Es cierto que, ante los mismos supuestos, los órganos jurisdiccionales de muchos Estados miembros no hubieran aplicado el CH 1973, sino el art. 5 Roma II, en tanto que, en su ejercicio de potestad soberana y a diferencia de España, ejercieron en su momento el derecho a no vincularse por el régimen convencional: posibles distintas respuestas de ley aplicable a la responsabilidad por productos en tanto que son distintas las fuentes, en un escenario en el que, como decimos, no todos los Estados miembros son parte del CH 1973 (sí lo serían España, Francia o Países Bajos, mientras que no firmaron el CH 1973 Estados europeos como Alemania, Polonia o Suecia)⁴¹. No obstante, y al igual que antes, que la preferencia por el CH 1973 no ayude al objetivo del Reglamento Roma II de unificar las soluciones en el ámbito europeo, y que, con ello, se ponga en cuestión el objetivo de realización del mercado interior, no puede justificarse el comportamiento erróneo de los Tribunales españoles en la selección del régimen aplicable que reflejan las resoluciones comentadas⁴². Y ello, al margen de que la convivencia menos traumática entre Reglamento Roma II y el CH 1973 facilite en ciertos casos llegar a la misma respuesta

³⁹ No prosperaron las propuestas que, en orden a asegurar la uniformidad, buscaban que normas de conflicto del Reglamento Roma II fuesen iguales a las del CH 1973; sobre ello, Huber y Illmer (2007, pp. 46-47).

⁴⁰ Véase la SAP Barcelona de 7/05/2012 (JUR 2012/259415), aplicando el CH 1973 a un caso de daños derivados del accidente aéreo del Tupolev y del Boeing provocado por un equipo defectuoso, que rechaza la pretensión de una de las partes de aplicación de la ley rusa ex art. 5 CH 1973, siendo Rusia lugar de residencia de las víctimas y de la adquisición del pasaje aéreo, en tanto que no implicaba, lógicamente, la adquisición de ninguno de los componentes del avión; así, STS de 13/01/2015 (RJ 2015/612).

⁴¹ Véase relación de Estados parte del CH 1973 en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=84>.

⁴² No es de la misma opinión Cuenca (2023, par. 12), apelando al valor de una unificación jurídica.

de ley aplicable dada la mayor comunidad de sus reglas con aquéllas del art. 5 Roma II, mucho más complejo en otros casos de convivencia más extrema como, por ejemplo, con el CH 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, cuyas especialísimas respuestas poco tienen que ver con las reglas generales aplicables vía Roma II (art. 4 Roma II) (Brière, 2005, p. 683; Fernández y Sánchez, 2022, p. 761).

No respetan, pues, las resoluciones comentadas, las exigencias del art. 28.1 Roma II, a cuyo cumplimiento están obligados los órganos jurisdiccionales españoles aun cuando no pueda negarse que el respeto a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros, base de la aplicación de estos Convenios anteriores (Garcimartín, 2007a, par. 20), abre la vía para un posible *forum shopping*, de menor recorrido de haber firmado todos los Estados miembros el CH 1973⁴³. De ahí las propuestas de inversión de la regla de compatibilidad o, de manera más radical, las recomendaciones de denuncia de este tipo de Convenios, que es una posibilidad ya contemplada en el art. 29.2 Roma II (Stone, 2007, p. 102; Garcimartín, 2007a, par. 20) y en la que, hasta que España la considere, no puede apoyarse el operador jurídico español para no tener en cuenta el mandato del art. 28.1 Roma II de aplicación preferente del CH 1973.

5. En torno al régimen de la acción directa

5.1. El CH 1973 como régimen preferente y aplicación final del art. 18 Roma II

Son distintas las conclusiones que pueden extraerse de las resoluciones comentadas respecto del régimen de una acción directa que los órganos jurisdiccionales españoles someten a la conexión doble y alternativa de un art. 18 Roma II que, en consonancia con disposiciones nacionales como el art. 141 de la Ley Suiza de D.I.Pr., el art. 40.4 EGBGB alemán, o el art. 106 del Código Belga de D.I.Pr., entiende que "...la persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro..." (Jiménez, 2007, p. 288; Altenkirch, 2011, p. 377; Iriarte y Casado, 2013, p. 50)⁴⁴.

En ausencia de vínculo contractual en la relación entre asegurador y perjudicado que justifique atender al Reglamento Roma I, que no contiene previsión alguna relativa al ejercicio de la acción directa (tampoco su antecedente, el CR 1980)⁴⁵, aciertan los

⁴³ *Forum shopping* en el ámbito de la responsabilidad por productos, véase De Miguel (2009, par. 4), Brière (2005, p. 687) o Palao (2015, p. 344). Y en el ámbito de los accidentes de circulación, Nagy (2010, pp. 93-108).

⁴⁴ Muchos Convenios internacionales recogen asimismo la acción directa, como sucede con el art. 6 del Convenio de París de 29/07/1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear; el art. 9 del Convenio internacional de Londres de 23/03/2001 sobre responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos para combustible de buques (BUNKERS 2001); o el art. 16 del Convenio de Roma de 7/10/1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras.

⁴⁵ Llama la atención esta ausencia cuando el ámbito de los seguros de responsabilidad civil va más

órganos jurisdiccionales españoles cuando en todas las sentencias llegan a la aplicación del art. 18 Roma II para regular el régimen de esta acción. El camino, no obstante, no es el correcto: deberían haber considerado la posibilidad de regulación de la acción directa en el CH 1973, que es, como vimos antes, el régimen preferentemente aplicable. No podemos decir que nos llame la atención: si los Tribunales españoles tienden a ignorar el mandato del art. 28 Roma II, no extraña que también extiendan este comportamiento cuando se enfrentan a la cuestión de la acción directa, actuando más por inercia que por reflexión. Con todo, y en el caso de la responsabilidad por productos, la trascendencia de esta errónea forma de actuar es menor: los órganos jurisdiccionales españoles llegarían asimismo al art. 18 Roma II aun cuando la aplicación preferente del CH 1973. Y es que, a pesar de esta preferencia, la ausencia en la normativa convencional de regla relativa al juego de la acción directa justificaría poder recurrir a la regla sí existente del Reglamento Roma II: recuérdese, tal como vimos antes, que existe un consenso importante a la hora de poder recurrir a las soluciones del Reglamento Roma II en todas aquellas cuestiones no previstas en el CH 1973, tales como la subrogación (art. 19 Roma II), el ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 14 Roma II) o, en lo que ahora interesa, la acción directa contra el asegurador del responsable del art. 18 Roma II (Corneloup, 2008, pp. 100 y 104; Palao, 2015, p. 345).

Ahora bien, que en el ámbito del CH 1973 se llegue en todo caso a la aplicación del art. 18 Roma II no justifica el comportamiento equivocado de la jurisprudencia española en tanto que, respecto de otros Convenios, ignorar el régimen preferente sí resulta trascendente. Sirva el caso del Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, que, como régimen anterior que es, continente de normas de conflicto y concluido con terceros Estados, también debe aplicarse preferentemente al Reglamento Roma II (art. 28.1 Roma II). Frente a resoluciones como la STS de 01/2/2021⁴⁶ o SAP Tarragona de 09/09/2020⁴⁷, que aplican preferentemente el CH 1971, mucha de la práctica española no tiene en cuenta correctamente la regla de compatibilidad, tal como sucede en la SAP Pontevedra de 06/11/2012⁴⁸ o la SAP Barcelona de 19/06/2020⁴⁹, lo que hubiera supuesto, en lo que ahora interesa, la aplicación del art. 18 Roma II en vez del art. 9 CH 1971, como normativa que, ahora sí y a diferencia del CH 1973, regula el régimen de la acción directa. Ignorar en este caso el art. 9 CH 1973 para aplicar por inercia

allá del exclusivamente extracontractual, como es el caso de los seguros de responsabilidad civil de ciertos colectivos profesionales (médicos, arquitectos, abogados...), en tanto que cubren supuestos en que el asegurado es responsable civilmente por un incumplimiento propiamente contractual. De ahí las propuestas de condicionar la admisibilidad de la acción directa tanto a la ley reguladora del seguro, como a la ley reguladora del contrato del que surge la obligación del asegurado. Sobre ello, Iriarte y Casado (2013, pp. 50-51), Altenkirch (2011, p. 380) o Jiménez (2016, pp. 289-290).

⁴⁶ RJ 2021\376

⁴⁷ ECLI: ES:APT:2020:1277A

⁴⁸ AC 2012\2237

⁴⁹ JUR 2020\231981

el art. 18 Roma II no es cuestión menor dadas las diferencias entre ambas regulaciones. Mientras que el art. 18 Roma se pronuncia en los términos expuestos, el art. 9 CH 1971 estima que "...las personas perjudicadas tendrán derecho a actuar directamente contra el asegurador del responsable, si ese derecho les es reconocido por la ley aplicable conforme a lo dispuesto en los arts. 3, 4 o 5. Si la ley del Estado en que estuviere matriculado el vehículo, aplicable conforme a los arts. 4 o 5, no reconociera este derecho, podría no obstante ser ejercitado siempre que estuviere admitido por la ley interna del Estado en cuyo territorio hubiere ocurrido el accidente. Si ninguna de estas leyes reconociera este derecho, podría ejercitarse en el caso de estar admitido por la ley del contrato de seguro...".

5.2. *Lex contractus* y ley del daño: no vinculación exclusiva de la acción directa al régimen del contrato de seguro

En ausencia de tratamiento en el CH 1973, las resoluciones comentadas aplican correctamente un art. 18 Roma II que, de acuerdo con su tenor y siguiendo el modelo del art. 9 CH 1971, permite al perjudicado ampararse para el ejercicio de la acción directa en la ley reguladora del contrato de seguro o en la ley aplicable a la responsabilidad no contractual: en consecuencia, cabría la acción directa del perjudicado en la medida en que sea admitida por cualquiera de estas dos normativas estatales, siendo suficiente con que se halle contemplada en una de ellas (Dickinson, 2008, p. 610; Altenkirch, 2011, p. 374; Iriarte y Casado, 2013, p. 50). En este sentido, y tal como entiende la AP en SAP Madrid de 01/12/2022 (FD 3º), no tiene razón la aseguradora, por tanto, cuando invoca la ley alemana como *lex contractus*, que no admite la acción directa en tanto no exista un reconocimiento de deuda por parte del asegurado (o un título ejecutivo), lo que no ocurre en el caso⁵⁰, frente a un perjudicado que recurre a la ley española como ley reguladora de la responsabilidad no contractual como una de las alternativas que le ofrece el art. 18 Roma II y que sí la admite (art. 76 LCS) (Maseda, 2023, p. 620; Torralba, 2023). O la STPI Madrid de 21/06/2021 (FD 3º), cuando, apoyándose en la ley española como una de las alternativas del art. 18 Roma II, dice que "...la aseguradora demandada ostenta legitimación pasiva, conforme a la legislación española, para soportar la acción ejercitada...".

Responden así a las alegaciones de las aseguradoras, que pretenden vincular el ejercicio de la acción directa exclusivamente en sede contractual, como ilustra, como muestra y por todas, la SAP Madrid de 10/12/2019: la aseguradora "...alega la errónea interpretación del Convenio (sic) Roma II y de la póliza seguros suscritos entre la parte apelante, y su asegurada (...) pues si bien la parte apelante entiende que el régimen

⁵⁰ A diferencia de otras codificaciones, que hemos visto que vinculan la acción directa al régimen contractual y al extracontractual, otras, como el art. 109 de la Ley rumana de Derecho internacional privado, remiten sólo a la ley del contrato a la hora de regular el régimen de la acción directa. En la jurisprudencia anterior al Reglamento Roma II, pueden encontrarse respuestas, como la seguida en la Sent. Cour Cass. francesa de 21/04/1971 (*Rev. cr. dr. int. pr.*, 1972, p. 302, con nota de Lagarde, P.), que se decantan esta vez sólo por la ley reguladora de la responsabilidad no contractual.

jurídico al que se somete la responsabilidad civil derivada del presunto producto defectuoso suministrado por la entidad Alamedics, es la legislación española, la acción directa deberá integrarse por las cláusulas y contenido del contrato de seguro entre el causante de daño y su aseguradora, entendiendo la parte apelante, que al estar sometido el contrato de seguro al derecho alemán, en base a la cláusula recogida en el contrato de seguro, en cuanto que delimita el objeto del contrato, y por lo tanto, de acuerdo con la interpretación que hace la parte apelante, y de la cláusula 32 de las condiciones generales, por la remisión al derecho alemán, el perjudicado no tiene acción directa contra la entidad aseguradora, en tanto no exista un reconocimiento de deuda por el asegurado, o un título ejecutivo...” (FD 3º).

Es cierto que, desde la óptica del asegurador, la previsibilidad y el cálculo de los riesgos resulta más garantizada en el ámbito del aseguramiento de la responsabilidad civil contractual en tanto que la relación jurídica se halla determinada *a priori*, mientras que la responsabilidad civil no contractual está condicionada al lugar de producción del daño (Jiménez, 2009, p. 741). No obstante, el régimen de la acción directa del Reglamento Roma II no descansa exclusivamente, tal como vemos, en sede contractual. Con independencia de las excepciones objetivas que la aseguradora pueda oponer frente al perjudicado (cláusulas definitorias del riesgo asegurado, cobertura del seguro...), no sólo no es oponible el pacto a terceros, tampoco participó la víctima del daño en la elaboración de una cláusula de elección de ley en tanto que pactada exclusivamente entre asegurador y asegurado (Cuenca, 2023, par. 22): la cláusula 32 del contrato de seguro no se encuentra dentro de las cláusulas que delimitan del riesgo asegurado, encargándose exclusivamente de determinar la ley aplicable a la relación entre Allianz y Alamedics, y no a concretar el riesgo objeto del contrato (riesgos cubiertos, cuantía, plazo de cobertura, ámbito espacial...). Es lo que indica, por ejemplo, la SAP Madrid de 10/12/1019 (FD 3º), al señalar que “...no cabe entender aplicable las condiciones generales, que solo pueden tener efecto entre el asegurador y asegurado, pero que en modo alguno puede tener efectos frente a terceros, en cuanto supone una limitación del perjudicado, contraria al régimen jurídico aplicable de acuerdo con el propio Reglamento...” (en parecidos términos, SAP Salamanca de 21/06/2021).

Por tanto, y aunque la ley del contrato debe ser tenida en cuenta para resolver ciertas cuestiones previas importantes (existencia y validez del contrato, extensión de los riesgos, cobertura...) (Fernández y Sánchez, 2022, p. 769), cabe la acción directa, aunque no lo permita la *lex contractus*, cuando sí lo hace la ley aplicable a la responsabilidad no contractual. Es ésta la línea que siguen, en el ámbito de la responsabilidad por productos y como estamos viendo, la SAP Madrid de 10/12/2019, la SAP Madrid de 07/05/2020, la SAP Salamanca de 21/06/2021, la SAP Madrid de 14/03/2022 o el ATS de 27/04/2022..., del mismo modo que lo hacen otras resoluciones, como la SAP Barcelona de 23/09/2020⁵¹,

⁵¹ JUR 2020\312879

esta vez en materia de transporte de mercancías por carretera. También, ahora en materia de accidentes aéreos, la STJUE de 09/09/2015, “Prüller-Frey”, invocando la ley española como ley del daño por un accidente ocurrido en Cádiz, aunque la ley alemana aplicable al contrato de seguro no admitía la acción directa: “la ley aplicable al contrato de seguro de que se trata no puede obstaculizar que se ejercite una acción directa, en su caso, sobre la base de la ley aplicable a la obligación extracontractual” (ap. 42 a 44).

5.3. Prevalencia de la norma comunitaria sobre la cláusula contractual: argumento inestable

En cualquier caso, debe ser el mandato del art. 18 Roma II, que vincula el devenir de la acción directa también a la ley reguladora del daño y no sólo a la *lex contractus*, el argumento que sostenga las respuestas de los órganos jurisdiccionales españoles a la hora de admisión o inadmisión, tal como muestra la SAP Madrid de 10/12/2019, la SAP Salamanca de 21/06/2021 o, más expresamente, el ATS de 27/04/2022, cuando resuelve que “...es el art. 18 (...) Roma II (el) que resuelve “desde la ley aplicable” cuál es el régimen al que se somete la acción directa contra el asegurador y de qué posibilidades disfruta el perjudicado...” (FD 3º). Y no, tal como entiende la STPI Madrid de 21/06/2021, la SAP Madrid de 07/05/2020, o la SAP Madrid de 01/12/22 para justificar que no sea el Derecho alemán quien determine en exclusiva el régimen de la acción directa, al hecho de que la cláusula contractual de sumisión a la ley alemana no puede prevalecer sobre las normas de conflicto establecidas en la normativa del Derecho de la Unión Europea, que son imperativas, y en especial, las previstas en sus Reglamentos, que son vinculantes, producen efecto directo y son de aplicación en las relaciones entre particulares (Torralba, 2023). O, lo que es lo mismo, es el mandato del art. 18 Roma II, en tanto que precepto incluido en el instrumento que resulta finalmente aplicable, el que ampara la pretensión del perjudicado, y no que prevalezca la normativa del Derecho de la Unión sobre la cláusula de elección de ley: la normativa europea seguiría prevaleciendo también en caso de que el art. 18 Roma II se remitiese exclusivamente a la *lex contractus* para regular el régimen de la acción directa.

Asimismo, y aunque la remisión al art. 18 Roma II sí haya sido un argumento efectivamente empleado por el juez de primera instancia o la AP de Madrid en estos casos, que no lo hayan utilizado en primer término y hayan recurrido directamente al bloque de argumentos referido o sólo a la ley aplicable al daño a través de la norma de conflicto general, genera más confusión que seguridad. Es lo que hace la STPI Madrid de 21/06/2021 cuando justifica la acción directa de la víctima en el hecho de que esté contemplada en una ley española a la que se llega por el art. 4 Roma II (“...es por tanto la ley española la que se ha de aplicar al supuesto de autos. Y la ley española regula el ejercicio de acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...”), introduciendo sólo después el art. 18 Roma II como argumento de refuerzo y no de base (“...la acción directa viene igualmente prevista por

el art. 18 del referido Reglamento...”), lo que no es correcto (también así, SAP Madrid de 14/03/2022) (Cuenca, 2023, par. 21). En parecidos términos actúa la AP en la SAP Madrid de 01/12/22, o la SAP Madrid de 25/03/2022, cuando dice, refiriéndose tanto al art. 5 como al art. 18 Roma II, que “...por diversas vías llegamos a conocer que es la ley española la que debe aplicarse a este supuesto, legislación que reconoce el ejercicio de la acción directa en el campo del seguro de responsabilidad civil...”. Asimismo, la SAP de Madrid de 07/05/2020, la cual, tras determinar la aplicación de la ley española al daño, se pronuncia en los términos de “...pero es que además y, en cualquier caso, la acción directa frente a la entidad aseguradora no solo resulta de la ley española sino del propio Reglamento (...) en su art. 18...”. De ahí la importancia de la remisión directa al art. 18 Roma II que realiza el Tribunal Supremo español en el ATS de 27/04/2022, si bien es cierto que sin demasiada apoyatura argumentativa.

5.4. El favor laesi: la protección de la víctima del daño derivado del producto defectuoso

5.4.1. POSICIÓN DEL ASEGURADOR: EN RELACIÓN CON LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SEGURO

Está claro que el art. 18 Roma II se inclina a favor de la víctima del daño (Dickinson, 2008, p. 610; Jiménez, 2007, p. 293): le permite optar por la ley que resulte más favorable a sus intereses en función no solo de la posibilidad de admisión de la acción directa, también de su régimen y condiciones para su ejercicio, como plazos de prescripción o caducidad, legitimación o excepciones oponibles por el asegurador (Jiménez, 2007, p. 294; Iriarte y Casado, 2013, p. 52). Desde esta óptica, la acción directa está llamada a fortalecer la posición del perjudicado o víctima del daño (y no la del asegurador), así como su derecho a la indemnización (Iriarte y Casado, 2013, p. 50).

Frente a ello, la posición del asegurador es más delicada (Garcimartín, 2007a, par. 27; Fernández, 2003, par. 21; Malatesta, 2006, p. 61)⁵². No por el hecho de que el art. 18 Roma II vincule la posibilidad de la acción directa a la ley reguladora del contrato de seguro: su aplicación no debería plantear problemas de seguridad jurídica en tanto que la aseguradora debe conocer la ley reguladora del contrato que ha suscrito, esto es, si contempla la eventualidad de una acción directa del perjudicado contra la compañía de seguros (Dickinson, 2008, p. 610; Altenkirch, 2011, p. 376). Ya sea esta ley reguladora seleccionada a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo aplicable al contrato de seguro la ley elegida expresa o tácitamente por las partes (art. 3 y 7 Roma I), ya identificada por las normas de conflicto aplicables en defecto de pacto (art. 7 Roma I). Es lo que sucede en el caso con Allianz, donde la ley alemana no lo hace. En cualquier caso, las alternativas del art. 18 Roma II se limitan a la regulación de la admisibilidad de la acción directa, condiciones para su ejercicio y excepciones oponibles, ya que las

⁵² También, Altenkirch (2011, p. 376), que no está de acuerdo con lo dispuesto en el Informe de la Propuesta de Reglamento Roma II respecto del supuesto “...equilibrio de intereses...” del que habla.

obligaciones del asegurador, los límites hasta los que se halla obligado, las situaciones que lo obligan y las condiciones necesarias para que surja su obligación, son cuestiones sujetas, en todo caso, al ordenamiento jurídico regulador del contrato de seguro⁵³.

5.4.2. POSICIÓN DEL ASEGURADOR: EN RELACIÓN CON LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD NO CONTRACTUAL; EN ESPECIAL, EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Más problemas, en cambio, cuando el art. 18 Roma II vincula la acción directa a lo dispuesto en la ley reguladora de la responsabilidad no contractual, que es un aspecto que preocupó mucho al sector de las compañías aseguradoras (Fernández, 2003, par. 21). No tanto cuando esta ley se determina por el art. 5 Roma II (o art. 4 Roma II, aplicado erróneamente en la jurisprudencia analizada), aplicable en defecto de pacto, como son los casos que nos ocupan: aunque la acción directa está llamada a fortalecer la posición del perjudicado y su derecho a la indemnización, la identificación objetiva de la ley aplicable a la responsabilidad no contractual no pone en riesgo la seguridad jurídica para aseguradora. O, lo que es lo mismo, Allianz puede prever razonablemente que su posición como aseguradora de una compañía como Alamedics que actúa con terceros (la víctima) se vea alterada por la aplicación a ciertos aspectos de esta relación de la ley (española) reguladora del daño asegurado por Allianz e infringido por la asegurada a ese tercero.

Cosa distinta sería, aunque no es ninguno de los casos que sustentan las resoluciones comentadas, que la ley reguladora de la responsabilidad no contractual viniese determinada a través del art. 14 Roma II, regulador del ejercicio de la autonomía de la voluntad de responsable del daño y víctima, en tanto que permite someter la acción directa a una *optio legis* ajena totalmente a la voluntad del asegurador y, con ello, a la aplicación de un ordenamiento jurídico claramente imprevisible (Fernández, 2003, par. 21). Piénsese en un posible límite mayor de responsabilidad contemplado en el ordenamiento jurídico elegido en comparación con el menor límite establecido en la ley que sería aplicable de forma objetiva, o en la presencia de acción directa en la ley seleccionada por voluntad de responsable del daño y víctima frente a su ausencia en la ley objetivamente aplicable.

De estar en esta situación, el riesgo a la seguridad jurídica que esta libertad conflictual representa justificaría la extensión a la figura del asegurador de la cláusula de salvaguardia del art. 14.1 *in fine* Roma II, que condiciona la elección de ley por responsable del daño y víctima a la ausencia de perjuicio a "...los derechos de terceros..." (Dickinson, 2008, p. 556; Garcimartín, 2007, p. 82; Plender y Wilderspin, 2009, p. 775; von Hein, 2011, p. 588; Kadner, 2009, par. V.4; Bach, 2011, p. 338). Esta disposición permitirá al asegurador, como tercero, ampararse en la ley objetivamente aplicable a la responsabilidad no contractual en aquellos casos en los que la ley elegida *ex ante* o *ex post* al hecho generador del daño por

⁵³ Véase Informe de la Propuesta de Reglamento Roma II, p. 27. En estos términos, Calvo y Carrascosa (2009, p. 903), Dickinson (2008, pp. 611-614), Jiménez (2007, p. 294), Stone (2007, p. 129), Boskovic (2003, p. 188) y Altenkirch (2011, p. 375).

voluntad de responsable del daño y víctima (art. 14 Roma II) contemple la acción directa y no lo haga la ley objetivamente aplicable (von Hein, 2011, p. 549; Fernández, 2003, par. 21; Jiménez, 2007, p. 294; Leible, 2007, p. 234). O cuando la ley elegida establezca un límite mayor de responsabilidad que el determinado por la ley objetivamente aplicable (Fernández, 2003, par. 21; Jiménez, 2007, pp. 294-295), asumiendo el asegurador la indemnización en el límite establecido por la ley objetivamente aplicable y obligando a la persona responsable del daño a hacerse cargo de la diferencia a la hora del pago de esta indemnización a la víctima (Kadner, 2009, par. V.4; Bach, 2011, p. 338). Del mismo modo, no debería impedir al asegurador favorecerse de las consecuencias más favorables que sí puede reportarle la elección de ley seleccionada por voluntad de responsable del daño y víctima, como apelar al ordenamiento jurídico elegido que no contemple la acción directa o que determine un límite de responsabilidad menor que el contemplado por la ley objetivamente aplicable (von Hein, 2011, p. 549; Fernández, 2003, par. 21)⁵⁴.

Se produciría así un fraccionamiento normativo: en tanto que elección válida, las relaciones entre responsable del daño y perjudicado se someterían a la ley elegida, que excluiría de su ámbito de aplicación solo la cuestión relativa a la acción directa, mientras que la posición del tercero asegurador debería valorarse de acuerdo con la ley objetivamente aplicable a la obligación extracontractual (Jiménez, 2007, p. 295). Y todo ello, excepto consentimiento del asegurador, en cuyo caso perdería la condición de tercero y, con ello, la posibilidad de invocar el art. 14.1 *in fine* Roma II para oponerse a la elección de ley (Jiménez, 2007, p. 295; Kadner, 2009, par. V.4). O, si bien complicada en la práctica dadas las dificultades de seleccionar un ordenamiento jurídico que se ajuste a las necesidades de perjudicado, responsable del daño y asegurador, eventual participación del asegurador en la elección de ley, que se produciría, dado que el art. 14 Roma II habla de "...partes..." (Jiménez, 2007, p. 295)⁵⁵, de incluir en este concepto a las partes procesales y considerar como tal al asegurador en cuanto obligado solidario con el responsable del daño a pagar la indemnización debida: piénsese en la práctica de demandar conjuntamente al responsable del daño y al asegurador y en la posibilidad de celebrar un pacto de elección de ley conjunto posterior al hecho generador del daño; o, de demandar sólo a la persona del asegurador, elección de ley entre el perjudicado y el asegurador, siempre que la ley seleccionada no se empleara en perjuicio del asegurado responsable del daño⁵⁶.

⁵⁴ Más dudas, Altenkirch (2011, p. 379).

⁵⁵ Más dudas, Gruber (2011, p. 590).

⁵⁶ Sobre esta posibilidad de participación del asegurador en la elección del Derecho aplicable, Jiménez (2007, pp. 295-296 y nota núm. 24).

6. Conclusiones

El tratamiento de la problemática de Derecho internacional privado que se observa en toda esta práctica jurisprudencial española resolviendo las demandas de las víctimas por los daños derivados de un producto tóxico vuelve a ser muestra de las dificultades de muchos jueces y Tribunales españoles cuando se enfrentan a las reglas propias una disciplina tan compleja como ésta. Son distintos los problemas identificados en este trabajo. Ante la concurrencia de más de un régimen aplicable al caso (doméstico, comunitario y convencional), las dificultades a la hora de la puesta en práctica de las cláusulas de compatibilidad del art. 28 Roma II en orden a la selección del régimen aplicable preferente, muchas veces ignoradas: Roma II vs CH 1973; la toma en consideración de una única normativa, preferentemente, la reguladora de la ley del daño, a la hora de regular la figura de la acción directa frente al asegurador, cuando es doble la remisión que hace el art. 18 Roma II (contractual ex Roma I: ley del contrato de seguro; y extracontractual ex Roma II: ley del daño); o, una vez identificado el régimen aplicable, el juego inadecuado de la regla especial frente a la regla general (art. 4 Roma II vs art. 5 Roma II). Aunque la práctica española se encuentra cada vez más acostumbrada al manejo de los instrumentos propios del Derecho internacional privado, también en el ámbito de la responsabilidad por productos, acción directa y contrato de seguro, la identificación de los problemas que su puesta en práctica plantea constituye el primer paso para su más correcta aplicación en el futuro.

Acerca del artículo

Notas de conflicto de interés. El autor declara no tener ningún conflicto de interés en relación con la publicación de este artículo.

Contribución en el trabajo. El autor asumió todos los roles establecidos en *Contributor Roles Taxonomy* (CRediT).

Financiación. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad *Generación del Conocimiento, 2022*, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado “La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español” (Referencia PID2022-138909NB-I00) IPs.: M^a Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez.

Referencias

- Altenkirch, M. (2011). Art. 18 Rome II. En P. Huber (Ed.), *Rome II Regulation* (pp. 374-384). Sellier.
- Amores Conradi, M. y Torralba Mendiola, E. (2004). XI tesis del estatuto delictual. *REEI*, (8). <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/xi-tesis-sobre-estatuto-delictual>
- Bach, I. (2011). Art. 14 Rome II. En P. Huber (Ed.), *Rome II Regulation* (pp. 324-342). Sellier.
- Blanco-Morales Limones, P. (2006). Contrato internacional de seguro. En A. L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González (Dir.), *Curso de contratación internacional* (2ª ed.) (pp. 803-818). Colex.
- Boskovic, O. (2003). *La réparation du préjudice en droit international privé*. LGDJ.
- Bourel, P. (1961). *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. LGDJ.
- Brière, C. (2005). Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement "Rome II" et les conventions internationales. *Journal du droit international (Clunet)*, (3), 677-694.
- Caamiña Domínguez, C.M. (2009). Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), 30-51. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/77>
- Calvo Caravaca, J. L. y Carrascosa González, J. (2009). El Reglamento Roma II: reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (712), 835-908.
- Clarkson, C. M. V. y Hill, J. (2011). *The Conflict of Laws* (4ª ed.). Oxford University Press.
- Corneloup, S. (2008). La responsabilité du fait des produits. En S. Corneloup y N. Joubert (Dir.), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (pp. 85-106). Litec.
- Cuenca Pinkert, D. (2023). Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 936-947. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7573>
- De Miguel Asensio, P. A. (2009). El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. *Revista Española de Seguros*, (140), 695-726.
- Dickinson, A. (2008). *The Rome II Regulation (the law applicable to non-contractual obligations)*. Oxford University Press.
- Fallon, M. (1993). The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Insurance: Some Peculiarities. En F. Reichert-Facilides y H. U. Jessurun d'Oliveira (Eds.), *International Insurance Contract Law* (pp. 113-136). Deventer, Kluwer Law, and Taxation.
- Fallon, M. (1999). Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. *European Review of Private Law*, 7(1), 45-68.
- Fernández Masiá, E. (2003). Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). *Actualidad Civil*, 3(34), 907-929.

- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. (2022). *Derecho internacional privado* (12ª ed.). Civitas; Thomson Reuters.
- Francoq, S. (2009). Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles. *Journal du Droit International (Clunet)*, 136(1), 41-69.
- Franzina, P. (2008). Il Regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. En J. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (Dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (pp. 299-370). Colex.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2007). The Rome II Regulation: on the way towards a European Private International Law Code. *The European Legal Forum*, (3), 77-136.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2007a). La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). *Diario La Ley*, (6811), 1-41.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2008). El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980? *Diario La Ley*, (6957), 1-23.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2023). *Derecho internacional privado* (7ª ed.). Civitas.
- Gruber, U. P. (2011). Art. 18. En G. P. Callies (Ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws* (pp. 586-592). Wolters Kluwer.
- Hay, P. (2007). Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community’s “Rome II” Regulation. *The European Legal Forum*, (4), 137-196.
- Huber, P. y Illmer, M. (2007). A commentary on article 5 of the Rome II Regulation. *Yearbook of Private International Law*, (9), 31-47.
- Illmer, P. (2011). Article 5. Product liability. En P. Huber (Ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary* (pp. 113-142). Sellier.
- Iriarte Ángel, J. L. y Casado Abarquero, M. (2013). La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario. *Cuadernos de la Fundación*, (195). Fundación Mapfre.
- Jiménez Blanco, P. (2007). El régimen de las acciones directas en el reglamento de Roma II. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (7) 287-313.
- Jiménez Blanco, P. (2016). Accidentes de circulación: lugar del daño y consecuencias indirectas. *La Ley, Unión Europea*, (35), 1-13.
- Kadner Graziano, T. (2009). Freedom to choose applicable law in Tort: articles 14 and 4.3 of the Rome II Regulation. En J. Ahern y W. Binchy (Eds.), *The Rome II Regulation on the applicable law to non-contractual obligations* (pp. 113-132). Martinus Nijhoff.
- Lagarde, P y Tenenbaum, A. (2008). De la convention de Rome au règlement Rome I. *Revue Critique de Droit International Privé*, 79(4), 727-780.
- Leible, S. (2007). El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (7), 219-239.

- Lorente Martínez, I. (2021). La responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. Ley aplicable y perspectiva del Tribunal Supremo español. *Revista CEFLegal*, (225), 25-44.
- Machnikowski, P. (2019). Art. 5 Roma II. En U. Magnus y P. Mankowski (Eds.), *European Commentaries on Private International Law ECPII*. Otto Schmidt.
- Malatesta, A. (2006). La legge applicabile agli incidenti stradali nella proposta di regolamento (CE) Roma II. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 42(1), 47-66.
- Maseda Rodríguez, J. (2016). Accidentes de circulación por carretera y art. 4.1 Reglamento Roma II: daños indirectos y víctimas indirectas. *Revista Jurídica UANDES*, (35), 1-20.
- Maseda Rodríguez, J. (2023). Nota a SAP Madrid de 01 de diciembre de 2022. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 620-623.
- Merrett, L. (2009). Choice of law in Insurance Contracts Under the Rome I Regulation. *Journal of Private International Law*, 5(1), 49-67. <https://doi.org/10.1080/17536235.2009.11424351>
- Nagy, C. I. (2010). The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping – How so? *Journal of Private International Law*, 6(1), 93-108.
- North, P. (1993). Choice in Choice of Law. En *Essays in Private International Law*. Oxford University Press.
- Nygh, P. E. (1995). The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort. *Recueil des Cours*, 251, 269-400.
- Palao Moreno, G. (2015). La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea. *Derecho PUCP*, (74), 333-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.015>
- Pilich, M. (2012). Law Applicable to Insurance Contracts in the Light of the Rome I Regulation. *Studia Iuridica*, 54, 197-220. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1894947>
- Plender, R. y Wilderspin, M. (2009). *The European Private International Law of Obligations*. Sweet and Maxwell.
- Reese, W. (1974). Explanatory Report. En *Convention on the Law Applicable to Products Liability, Actes et documents de la Douzième session (1972)* (Vol. 3). Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.
- Seatzu, F. (2003). *Insurance in Private International Law. A European Perspective*. Bloomsbury.
- Stone, P. (2007). The Rome II Regulation on choice of law in Tort. *Ankara Law Review*, 4(2), 95-130.
- Symeonides, S. C. (2008). Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*, 56(1), 173-222.
- Torralba Mendiola, E. (2016). El proyecto de Reglamento Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos. *Revista Jurídica UAM*, (13), 253-272.

- Torralba Mendiola, E. (2023, 3 de julio). La admisibilidad del ejercicio de la acción directa: ¿ley aplicable al contrato o ley aplicable al daño?" [página web]. *Gómez-Acebo & Pombo* <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-admisibilidad-del-ejercicio-de-la-accion-directa-ley-aplicable-al-contrato-o-ley-aplicable-al-dano/>
- Vinaixa Miquel, M. (2008). La unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II. *Revista General de Derecho Europeo*, (15), 1-33.
- von Bar, C. (1997). Environmental Damage in Private International Law, *Recueil des Cours*, 268, p. 377.
- von Hein, J. (2011). Art. 14. En G. P. Calliess (Ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws* (pp. 535-552). Wolters Kluwer.
- von Hein, J. (2000). Rechtswalfreiheit im Internationalen Deliktsrecht. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, (H. 3), 595-613.
- Zilioli, C. (1995). Choice of law. En C. von Bar (Ed.), *Internationales Umwelthaftungsrecht. Band I: Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationalen Umwelthaftungsrechts* (pp. 177-194).

Normas jurídicas citadas

- Alemania. Código Civil [Bürgerliches Gesetzbuch (EGBGB)].
- Bélgica. (16 de julio de 2004). Loi portant le Code de droit international privé.
- Confederación Suiza. (18 de diciembre de 1987). Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).
- Consejo de las Comunidades Europeas. (24 de julio de 1973). Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, con modificaciones por Directiva 2009/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio.
- Convenio de La Haya. (2 de octubre de 1973). Sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos.
- Convenio de La Haya. (4 de mayo de 1971). Sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera".
- Convenio de Londres. (13 de noviembre de 1972). Sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias.
- Convenio de París. (29 de julio de 1960). Sobre responsabilidad civil en materia nuclear.
- Convenio de Roma. (19 de junio de 1980). Sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Convenio de Roma. (7 de octubre de 1952). Sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras.
- España. (23 de marzo de 2001). Instrumento de ratificación del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos para combustible de buques (BUNKERS 2001). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-2982>

España. Código Civil.

Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo. (11 de julio de 2007). Relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)

Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo. (17 de junio de 2008). Sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”)

Jurisprudencia citada

Francia. Cour de Cassation, 21 de abril de 1971, 69-13.351 (*Revue Critique Droit International Privé*, 1972, p. 302).

Tribunal de Justicia de la CE, 27 de septiembre de 1988, As. C-189/87, “Kalfelis”.

Tribunal de Justicia de la CE, 26 de marzo de 1992, As. C-261/90, “Reicher”.

Tribunal de Justicia de la CE, 17 de junio de 1992, As. C-26/91, “Handte”.

Sentencia RB. Rotterdam, 15 de octubre de 1993 (S6S 1994 80; NIPR 1995 nr. 240).

Tribunal de Justicia de la CE, 27 de octubre de 1998, As. C-51/97, “Réunion”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 4 de abril de 2001 (JUR/2001/187069).

Tribunal de Justicia de la CE, 11 de julio de 2002, As. C-96/00, “Gabriel”.

Audiencia Provincial de Madrid, 13 de julio de 2002 (AC 2003\880).

Tribunal de Justicia de la CE, 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00, “Tacconi”.

Tribunal de Justicia de la CE, 1 de octubre de 2002, As. C-167/00, “Henkel”.

Audiencia Provincial de Baleares, 16 de octubre de 2003 (AC 2004\421).

Tribunal de Justicia de la CE, 20 de enero de 2005, As. C-27/02, “Engler”.

Audiencia Provincial de Barcelona, 7 de mayo de 2012 (JUR\2012\259415).

Audiencia Provincial de Pontevedra, 6 de noviembre de 2012 (AC 2012\2237).

Tribunal Supremo, 13 de enero de 2015 (RJ 2015\612).

Tribunal de Justicia de la UE, 9 de septiembre de 2015, As. 240/14, “Prüller-Frey”.

Tribunal de Justicia de la UE, 10 de diciembre de 2015, As. C-350/14, “Lazar”.

Audiencia Provincial de Madrid, 10 de diciembre de 2019 (AC 2020\426).

Audiencia Provincial de Madrid, 7 de mayo de 2020 (JUR 2020\176435).

Audiencia Provincial de Barcelona, 19 de junio de 2020 (JUR 2020\231981).

Audiencia Provincial de Tarragona, 9 de septiembre de 2020 (ECLI: ES:APT:2020:1277A).

Audiencia Provincial de Barcelona, 23 de septiembre de 2020 (JUR 2020\312879).

Tribunal Supremo español, 1 de febrero de 2021 (RJ 2021\376).

Audiencia Provincial de Madrid, 21 de junio de 2021 (JUR 2022\236253).

Audiencia Provincial de Salamanca, 21 de junio de 2021 (JUR 2021\282200).

Audiencia Provincial de Madrid, 14 de marzo de 2022 (JUR 2022\170701).

Audiencia Provincial de Madrid, 25 de marzo de 2022 (JUR 2022\246188).

Auto del Tribunal Supremo, 27 de abril de 2022 (JUR 2022\145074).

Audiencia Provincial de Madrid, 1 de diciembre de 2022 (JUR 2023\136650).

Abreviaturas

ATS:	Auto del Tribunal Supremo español
EEE:	Espacio Económico Europeo
FD:	Fundamento de Derecho
D.I.Pr.:	Derecho Internacional Privado
LCS:	Ley de Contrato de Seguro
SAP:	Sentencia de Audiencia Provincial
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo español.
STPI:	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
CH 1973:	Convenio de La Haya de 2/10/1973