

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XVI



Iprolex
2016

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesor Dr. Ángel Espiniella Menéndez
Departamento de Derecho privado y de la Empresa
Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo
Valentín Andrés Álvarez s/n
33001 Oviedo (España)
Teléfono: (985) 104873
espiniella@uniovi.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa
ISSN: 1578-3138
Depósito Legal: M-30684-2000
Impreso en España

SUMARIO

	Pág.
Alegría BORRÁS	
30 AÑOS DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA: SU SIGNIFICADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	35-41
Sixto SÁNCHEZ LORENZO	
ESPAÑA Y EUROPA, TREINTA AÑOS PARA UNA NUEVA MENTALIDAD JURÍDICA	43-49
 <i>ESTUDIOS</i>	
Jürgen BASEDOW	
COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	53-77
Christian HEINZE	
LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN Y LA EJECUCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE JURISDICCIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE CDC	79-101
Roberto BARATTA	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA	103-126
Pietro FRANZINA	
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS VULNERABLES: UN LLAMAMIENTO A LA ACCIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA	127-145
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	
LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	147-197

José María ESPINAR VICENTE y José Ignacio PAREDES PÉREZ ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUMISIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (LO 7/2015)	199–247
---	---------

Manuel PENADÉS FONTS EL EFFET UTILE DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBI- CIÓN DE RÉVISION AU FOND EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	249–278
--	---------

VARIA

Laura GARCÍA GUTIÉRREZ LA TUTELA CAUTELAR EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	281–299
---	---------

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN LA NUEVA LEY 29/2015 DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL	301–321
--	---------

Carmen PARRA RODRÍGUEZ EL MAPA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ESPAÑOL TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDI- CA INTERNACIONAL	323–346
---	---------

Cecilia ROSENDE VILLAR LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES Y SUS ÚLTIMAS RE- FORMAS LEGISLATIVAS EUROPEA Y ESPAÑOLA	347–374
--	---------

Aurelio LOPEZ–TARRUELLA MARTINEZ LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA COMPETEN- CIA JUDICIAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ME- NOR TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 26/2015	375–393
--	---------

Carmen VAQUERO LÓPEZ NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESTATAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE ADULTOS Y DE MENORES	395–414
--	---------

Antonia DURÁN AYAGO ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE PRO- TECCIÓN DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN IN- TERNACIONAL	415–462
---	---------

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA CLÁUSULA DE ESCAPE DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA	463-503
José Miguel SÁNCHEZ BARTOLOMÉ	
LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE <i>FORUM NON CONVENIENS</i> EN EE UU ANTE DEMANDAS POR ACCIDENTES AÉREOS	505-534
Briseida Sofía JIMÉNEZ GÓMEZ	
LA NUEVA LEY DE PATENTES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE GARANTÍAS INTERNACIONALES	535-563
Magdalena PFEIFFER	
LA SOLUCIÓN SALOMÓNICA EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES APLICABLES PARA LA CUESTIÓN PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHECO	565-588

FOROS INTERNACIONALES

Unión Europea

Manuel MEDINA ORTEGA	
LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO	591-609
Unai BELINTXON MARTIN	
DUMPING SOCIAL, DESARMONIZACIÓN SOCIO-LABORAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA DES-UNIÓN EUROPEA	611-642
Caterina FRATEA	
LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SUS REFLEJOS SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EN EUROPA	643-669
Josep Maria JULIÀ INSENSER	
LA DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DEL REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO	671-678
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2015- MAYO 2016 ...	679-698

***Conferencia de La Haya de Derecho
Internacional privado***

Francisco–Javier FORCADA–MIRANDA COMPLEJIDAD, CARENCIAS Y NECESIDADES DE LA SUSTRACCIÓN INTER- NACIONAL DE MENORES EN EL SIGLO XXI Y UN NUEVO MARCO LE- GAL EN ESPAÑA	699–743
--	---------

Unidroit

Nuria BOUZA VIDAL UNIDROIT: DESARROLLOS RECIENTES Y NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO PARA EL TRIENIO 2017–2019	745–756
---	---------

AMÉRICA LATINA

Inez LOPES EL RECONOCIMIENTO TRANSNACIONAL DEL MATRIMONIO ENTRE PER- SONAS DEL MISMO SEXO O DE LA PAREJA HOMOSEXUAL Y LOS RE- CIENTES DESARROLLOS EN BRASIL Y EN EL MERCOSUR	759–792
---	---------

Rosa MIQUEL SALA LOS CONTRATOS DE SEGURO EN EL PROYECTO DE LEY MODELO OHA- DAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿UN MODELO A SE- GUIR PARA EL REGLAMENTO ROMA I?	793–820
--	---------

Juan Carlos GUERRERO VALLE LA LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MÉ- XICO, COINCIDENCIAS, DESENCUENTROS Y CONCLUSIONES	821–834
--	---------

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA LA CONVENIENCIA DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA CENTROAMERICA	835–856
---	---------

Daniel Miguel ROJAS TAMAYO LAS DEFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOM- BIANO: PRINCIPIOS INAPROPIADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EFICACIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS	857–885
---	---------

María Virginia AGUILAR LA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, SU CONCOR-	
--	--

DANCIA Y ADICIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE FAMILIA. EL CASO DE MÉXICO	887-898
---	---------

TEXTOS LEGALES

Advertencia	899
-------------------	-----

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) n° 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)	901
Reglamento (UE) n° 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo	901
Observaciones de Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	901
Reglamento (UE) n° 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)	903

DIRECTIVAS

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes	904
Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE	904
Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo	904
Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas	904

ACUERDOS

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, de 14 marzo 2016. DO L 78 de 24.3.2016	904
--	-----

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva	905
Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito	905

Recepción: 1.4.2016
Aceptación: 7.6.2016

LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA CLÁUSULA DE ESCAPE DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera. 1. El Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971. 2. Importancia de la ley aplicable en materia de daños derivados de accidentes de tráfico. III. Interpretación de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II en la jurisprudencia inglesa. 1. El asunto *Winrow v. Hemphill*: A) Hechos relevantes del caso; B) La *lex loci damni* como regla general; C) Excepción a la norma general: Residencia habitual común de las partes: a) Dificultades para determinar la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño; b) Residencia habitual y doctrina del TJUE; c) Interpretación de la *High Court*; D) Ley del país con el que el hecho dañoso presenta los “vínculos manifiestamente más estrechos”: a) Planteamiento: Previsibilidad *versus* flexibilidad; b) Conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración; c) Regulación de la totalidad del hecho dañoso por la ley designada (no admisión del *depeçage*); d) Inaplicación de la cláusula de escape. 2. El asunto *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others*: A) Hechos relevantes del caso; B) País donde se produce el daño y *lex loci damni*; C) La excepción de la residencia habitual común de las partes; D) Argumentos de la *High Court* para aplicar la cláusula de escape. IV. Valoración final.

RESUMEN: En los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos, el Reglamento Roma II establece en su art. 4.3º una cláusula de escape que permite aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos*, desplazando, así, a la *lex loci damni* o a la ley designada por la residencia habitual común de las partes. El objeto de este trabajo es analizar las circunstancias que permiten identificar el país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso a la luz de dos recientes sentencias de la England and Wales High Court. En ausencia de interpretación de este precepto por parte del TJUE, los asuntos *Winrow v. Hemphill* y *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others* examinan en detalle la cláusula de escape y clarifican una de las cuestiones básicas establecidas en el Reglamento Roma II. En

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

ambos casos, la High Court pone de manifiesto la naturaleza excepcional del principio de los vínculos manifiestamente más estrechos y concluye que el art. 4.3 constituye un gran obstáculo para las partes que pretendan activar la cláusula de escape con el fin de desplazar la ley aplicable en virtud del art. 4.1 ó 4.2°.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II – OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES – LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE TRÁFICO – CLÁUSULA DE ESCAPE – VÍNCULOS MANIFIESTAMENTE MÁS ESTRECHOS – RESIDENCIA HABITUAL COMÚN — *LEX LOCI DAMNI*.

ABSTRACT: *Applicable Law to Liability Arising From Cross-border Traffic Accidents: the Escape Clause in Article 4.3 of Rome II Regulation in the Light of the English High Court Decisions*

In determining the applicable law to non-contractual liability arising from cross-border traffic accidents, Rome II Regulation, article 4.3, provides for an 'escape clause' which allows to apply the law of the country to which the tort/delict is manifestly more closely connected, displacing that indicated in paragraphs 1 (lex loci damni) or 2 (law of the common habitual residence of the parties when the damage occurs). The purpose of this paper is to analyze the factors showing a manifestly closer connection of the tort with a country in the light of two decisions recently rendered by the England and Wales High Court. In absence of interpretation of this provision by the European Court of Justice, the judgment Winrow v. Hemphill with Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others are one of few discussing the escape clause of article 4.3 in such detail and provide a welcome clarification of the principles applicable to one of the central provisions of Rome II. In both cases the Court emphasises the exceptional nature of the "manifestly more closely connected principle" and concludes that article 4.3 places a high hurdle in the path of a party seeking to displace the law indicated by article 4.1 or 4.2.

KEYWORD: *ROME II REGULATION – NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS – LAW APPLICABLE TO TRAFFIC ACCIDENTS – ESCAPE CLAUSE – MANIFESTLY MORE CLOSELY CONNECTED – COMMON HABITUAL RESIDENCE – LEX LOCI DAMNI.*

I. Introducción

El Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹ tiene como objetivo la armonización de las normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones extracontractuales, favoreciendo la previsibilidad del derecho aplicable, reforzando la previsión de las soluciones y la seguridad jurídica y atenuando los problemas que plantean las situaciones de *forum shopping*². El Reglamento Roma II (RR II) establece normas generales para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito³ y normas específicas para ciertas obligaciones⁴. Sin embargo, no incluye una norma

¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 (Roma II) DO L 199 de 31.07.2007 (en adelante, RR II).

² *Vid.* Considerandos 4, 6, 14 y 16 RR II.

³ *Ibid.*, art. 4.

⁴ *Ibid.* arts. 5 ss.

de conflicto especial para identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos. Por otra parte, no resulta habitual que las partes preparen un acuerdo que rijan la posible responsabilidad extracontractual que surja de sus relaciones cotidianas por lo que rara vez harán uso de la libertad de elección prevista en el RR II⁵. Consecuentemente, en estos casos, habrá que acudir a la norma general prevista en el art. 4⁶, pues tanto en la Propuesta de Reglamento⁷ cuanto en sus Considerandos queda patente que el legislador considera suficiente esta norma general para regular ese tipo de supuestos⁸.

El art. 4 RR II establece como norma general la aplicación de la ley del país donde se produce el daño (*lex loci damni*), con independencia

“... del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

En este sentido, conviene precisar que en los accidentes de circulación el lugar del daño será aquél en el que se produzca la colisión o accidente. Se trata de una norma de conflicto de leyes tradicional en el Derecho internacional privado basada en la conexión territorial y sobre la base de la responsabilidad objetiva que se predica neutral, pues no favorece ni al causante del daño ni a la víctima sino que trata de buscar un justo equilibrio entre los intereses de las partes en litigio⁹.

⁵ *Ibid.* art. 14. *Vid.* T. Kadner Graziano, “Freedom to choose the 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 Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–114.

⁶ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 712, 2009, p. 838; P. A. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, n° 140, 2009, párrafo 26.

⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), COM (2003) 427 final, de 22.07.2003 (en adelante, la Propuesta de Reglamento).

⁸ Considerando 33 RR II y la Propuesta de Reglamento, p. 12, ap. 1: *Norma general*.

⁹ P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 20; E. Fernández Masía, “Primeras consideraciones sobre el anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, n 34, septiembre, 2003, p. 911; F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho conflictual en Europa: El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, n° 6811, 2007, p. 9; T. Kadner Graziano, “Le nouveau droit International privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, n° 3, p. 457; y J. von Hein, “Chapter II Torts/Delicts” en G. P. Calliess (ed) *Rome Regulations, commentary on the European rules of the Conflicts of Laws*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, p. 402.

Sin embargo, esta regla general presenta dos correcciones o, dicho de otro modo, una excepción y una cláusula de escape. La excepción entrará en juego en aquellos supuestos en los que la persona causante del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en el mismo país en el momento de producirse el daño, aplicándose la ley de dicho país que prevalecerá sobre la norma de la *lex loci damni*¹⁰. La segunda corrección, que actúa como cláusula de escape, prevé la posibilidad de aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos* siempre que se trate de un país distinto a los antes mencionados, desplazando, así, la ley designada en virtud de la norma de la *lex loci damni* y de la residencia habitual común de las partes¹¹. Esta cláusula de escape, que responde al principio de proximidad entre el Derecho aplicable y la situación que se pretende regular, introduce cierta flexibilidad a la hora de determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales considerando cada caso de manera individualizada¹².

Ahora bien, ¿cómo ha de ser interpretada la cláusula de escape y, en particular, el concepto “vínculos manifiestamente más estrechos” al que se refiere el RR II? Sin lugar a dudas, se trata de justificar la aplicación de la ley de un país porque presenta mayor conexión con el hecho dañoso que la designada por la norma de la *lex loci damni* o de la residencia habitual común de las partes. Para ello, el art. 4 se remite al examen del “conjunto de circunstancias” si bien no especifica cuáles son las que han de tomarse en consideración por el tribunal para precisar si el hecho dañoso presenta *vínculos manifiestamente más estrechos* con otro país.

En este sentido, el RR II señala, a título ilustrativo, que “Un 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”, si bien, teniendo en cuenta la redacción condicional del verbo “podría” utilizada por el legislador, habrá que considerar que esta presunción no es determinante y que da un margen de apreciación

¹⁰ Art. 4.2º RR II.

¹¹ *Ibid.*, art. 4.3º. La aplicación del principio de los “vínculos más estrechos” como criterio flexibilizador al ámbito del derecho de daños fue propuesta por J.H.C. Morris en su trabajo, “The Proper Law of a Tort”, *Harvard L. Rev.*, vol. 63, April 1951, nº 6, pp. 881 ss.

¹² C. Brière, “Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Rev. trim. LexisNexis JurisClasseur*, nº 1, 2008, p. 52, citando el proceso de flexibilización de las reglas de derecho internacional privado puesto de manifiesto por J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, L, 2000, pp. 214 ss; y E. Fernández Masía, “Primeras consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 919.

al tribunal para decidir, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, cuando se dan los vínculos manifiestamente más estrechos con otro país¹³.

Así pues, la cláusula de escape prevista en el art. 4.3º RR II prevé una conexión accesoria que permite evitar la aplicación de la *lex loci damni* cuando el lugar donde se produce el daño es un lugar imprevisible para las partes. Sin embargo, esta cláusula de escape tiene carácter excepcional por la incertidumbre que introduce respecto a la ley aplicable y de ahí el alcance restrictivo que ha de darse a la misma. Precisamente, el término “manifiestamente” incluido en el texto corrobora el carácter excepcional de esta disposición que no podrá invocarse de forma generalizada y cuya aplicación ha de basarse en hechos objetivos más que en intenciones subjetivas o en las expectativas de las partes¹⁴. Por este motivo resulta esencial conocer su alcance y delimitación para que los interesados puedan solicitar su aplicación y los tribunales activarla.

Empero, hasta la fecha el TJUE aún no se ha manifestado acerca del concepto “vínculos manifiestamente más estrechos”, situación que puede favorecer el conflicto *inter partes* y su interpretación por parte de los tribunales nacionales. Tampoco ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter contractual o extracontractual de la relación conductor–pasajero, si bien es cierto que en los transportes de favor no resulta habitual la regulación del mismo mediante la redacción de un contrato por las partes por lo que en estos supuestos la relación conductor–pasajero tendrá que calificarse como extracontractual¹⁵. Por este motivo, la consideración de la relación (contractual) preexistente entre las partes directamente vinculada con el hecho dañoso como vínculo manifiestamente más estrecho a la hora de determinar la ley aplicable resulta compleja.

¹³ C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, *Journ. Pr. Int’l L.*, vol. 8, nº 3, 2012, p. 538; y F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁴ *Vid.* Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*; y Considerando 18 RR II. En la doctrina, *vid.*, por todos, C. Brière, “Le règlement ...”, *loc. cit.*, p. 53; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 1179; P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 23; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 341, párrafo 4.85; y *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 15 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, párrafo 35–032, que consideran que el art. 4.3º se aplicará únicamente cuando exista una “*clear preponderance of factors*” que conduzcan hacia otro país distinto al señalado en los párrafos primero y segundo del art. 4.

¹⁵ Respecto a la problemática de la calificación de la relación conductor–pasajero y sus consecuencias, *vid.* A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 510-512 y 529; *id.*, “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, p. 730.

En fin, en el análisis de esta norma no se puede obviar la interpretación de este mismo concepto llevada a cabo a la luz de la aplicación del Reglamento Roma I¹⁶ en aras a la coherencia que las disposiciones y la aplicación material del RR II han de garantizar con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁷.

Por todo ello, en ausencia de doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia, las decisiones de los tribunales nacionales pueden ser de gran ayuda a la hora de delimitar los contornos en la aplicación de la referida cláusula. En este sentido, la reciente jurisprudencia inglesa y, en particular, las decisiones de la *High Court of England and Wales* en los asuntos *Winrow v. Hemphill*¹⁸ y *Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others*¹⁹, que son objeto de estudio y análisis en este trabajo, pueden aportar luz a este debate.

II. Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera

1. El Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971

La ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera viene regulada por el Convenio de La Haya de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera²⁰. En el momento actual, trece países de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, aplican el mencionado Convenio²¹. El resto de Estados de la Unión Europea aplicarán el RR II a los accidentes de circulación²² que dispone:

“El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales”²³.

¹⁶ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.07.2008).

¹⁷ Considerando 7 RR II.

¹⁸ *Winrow v. Hemphill* [2014] EWHC 3164 (Queen's Bench Division) (en adelante, la High Court).

¹⁹ *Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others* [2015] EWHC 3421 (Queen's Bench Division).

²⁰ Convenio de 4 mayo 1971. *Vid.* <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=81> (en adelante, el Convenio de La Haya de 1971).

²¹ A saber, Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, y República Checa. Convenio que fue ratificado por España mediante instrumento de 4 septiembre 1987 y que se aplica junto a otros países no miembros de la Unión Europea.

²² En este sentido, conviene recordar que Dinamarca no participa en el RR II.

²³ Art. 28 RR II.

Por su parte, el Convenio establece:

“El presente Convenio no afectará a lo dispuesto por otros Convenios en los que sean o puedan ser parte en el futuro los Estados contratantes y que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera”²⁴.

Esto significa que el Convenio constituye un instrumento específico en esta materia y tiene un alcance general²⁵ prevaleciendo sobre el RR II. Consecuentemente, los Estados miembros de la Unión Europea parte del Convenio no aplicarán el RR II para determinar la ley aplicable a los accidentes de tráfico por tratarse de una obligación internacional asumida antes de la aplicación del Reglamento²⁶, mientras que el resto de Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos el Reino Unido, que no son parte del Convenio aplicarán el RR II.

Sin embargo, la coexistencia de estos dos instrumentos en el seno de la Unión Europea puede conducir al *forum shopping* por parte del demandante que tratará de obtener la aplicación de la ley más favorable a sus intereses seleccionando el foro en función del instrumento que un Estado aplique, ya sea el Convenio o el RR II²⁷. Además, la aplicación del Convenio por los tribunales españoles ha generado diversos problemas –dificultades técnicas para el reconocimiento del derecho de otros países signatarios, aplicación del Convenio para determinar la jurisdicción de los tribunales, o las cuestiones de litispendencia–²⁸. Por este motivo, y a la vista de las soluciones que aporta el RR II, un sector doctrinal defiende vivamente que los Estados miembros parte del Convenio de La Haya de 1971 denuncien el mismo con el fin de simplificar el panorama normativo y aplicar de manera generalizada el RR II a estas cuestiones, lo que favorecería una mejor adaptación de la norma comunitaria a cada caso concreto aplicando la

²⁴ Art. 15 Convenio de La Haya de 1971.

²⁵ El art. 1, párrafo primero del Convenio de La Haya de 1971 dispone: “El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto”.

²⁶ P.A. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 26. En relación a la jerarquía normativa entre el RR II y el Convenio de La Haya de 1971, *vid.*, por todos, M. Fallon, “La relación del Reglamento “Roma II” con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 190–194.

²⁷ A. Borrás, “La relation des textes de référence avec les textes internationaux”, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs.), *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé ?*, Paris, Dalloz, 2009, p. 152; A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación ...”, *loc. cit.*, p. 527; *id.*, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizas*, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, p. 22.

²⁸ J.A. Badillo Arias, “El elemento extranjero en los accidentes de circulación. Funciones del consorcio de compensación de seguros y ofesauto”, en <http://fundacioninade.org/personas-rh-positivo/jose-antonio-badillo-arias>, pp. 18–20.

cláusula de escape y pondría fin a algunas soluciones complejas que dispone el Convenio²⁹.

Dicho esto, de cara a una futura aplicación del RR II en España, la interpretación de la cláusula de escape objeto de análisis puede resultar muy útil y apropiada porque permite flexibilizar la norma general y determinar la ley del país que presenta un vínculo manifiestamente más estrecho con el hecho dañoso, es decir, la ley que corresponde al centro de gravedad del supuesto de hecho.

2. Importancia de la ley aplicable en materia de daños derivados de accidentes de tráfico

El debate acerca de la ley aplicable a los daños derivados de accidentes de tráfico se plantea desde una doble vertiente: de una parte, por la necesidad de identificar la ley que presenta mayor proximidad con el hecho dañoso que ha de regular y, de otra, por el diferente tratamiento que los ordenamientos jurídicos nacionales otorgan a la calificación, naturaleza y cuantificación de las indemnizaciones que corresponden a la víctima de un accidente de tráfico debido a la ausencia de armonización material en esta materia. En este contexto, las partes en el proceso tratarán de buscar la aplicación de la ley que resulte más favorable a sus intereses económicos y en esta tarea encontrarán serias dificultades a la hora de acreditar ante el tribunal la aplicación de la cláusula de escape prevista en el art. 4.3º RR II³⁰.

Podría afirmarse que, frente a la aplicación de la cláusula de escape, la norma general prevista en el art. 4 favorece a la parte demandada pero esto no es algo novedoso pues ya en su Propuesta de Reglamento la Comisión señalaba que la norma general trataba de "... encontrar un equilibrio razonable entre los divergentes intereses de las partes ..." y, por lo tanto, no seguía como norma básica el principio de favorecer a la víctima concediéndole el derecho a elegir la ley que le sea más favorable³¹. En definitiva, las consecuencias de la aplicación de una u otra ley no deben subestimarse pues la *lex causae* será la que regule el fondo del asunto y sus normas materiales las que determinen y regulen aspectos tan impor-

²⁹ P. De Miguel Asensio, "El régimen comunitario ...", *loc. cit.*, párrafo 26; A. Espiniella Menéndez, "Accidentes de circulación ...", *loc. cit.*, p. 528; *id.*, *Las reclamaciones derivadas...*, *op. cit.*, pp. 24 y 82; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2015, p. 600; y L. Garau Juaneda, "La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 503–504.

³⁰ C. Brière, "Le règlement ...", *loc. cit.*, pp. 45, 55; T. Kadner Graziano, "Le nouveau droit ...", *loc. cit.*, p. 459.

³¹ *Vid.* Propuesta de Reglamento, p. 12, ap. 1: *Norma general*.

tantes como “la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada”³², cuestiones que, como ya he señalado, presentan diferencias sustanciales entre los derechos de los Estados miembros.

III. Interpretación de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II en la jurisprudencia inglesa

1. *El asunto Winrow v. Hemphill*

En el asunto *Winrow* se planteaba ante la *High Court* la cuantificación y valoración de los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas por la víctima de un accidente de tráfico ocurrido en Alemania, donde residían tanto la parte actora cuanto la demandada en el momento de producirse el daño, y se dilucidaba si la evaluación de los daños debía regirse por la ley alemana –ley designada por la norma general de la *lex loci damni* y por la excepción de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente– o por la ley inglesa, tal y como pretendía la parte actora activando la cláusula de escape, teniendo en cuenta que las leyes inglesas cuantifican los daños e indemnizaciones en materia de accidentes de tráfico de forma más generosa que otras legislaciones como la alemana. Con esta Decisión el Tribunal contribuye a clarificar el alcance y aplicación de la norma general y la excepción previstas en el art. 4 RR II y pone de manifiesto las dificultades técnicas que presenta la interpretación y aplicación de la cláusula de escape con el fin de desplazar la ley designada por la norma general.

A) Hechos relevantes del caso

El supuesto de hecho que dio lugar a esta Sentencia tiene su origen en un accidente ocurrido en Alemania. Los hechos objetivos que no fueron objeto de controversia entre las partes pueden resumirse del siguiente modo: el 16 noviembre 2009 la Señora Winrow (demandante en el proceso) viajaba como pasajera en el asiento trasero de un vehículo conducido por la Sra. Hemphill (demandada principal en el proceso) cuando, como consecuencia de la negligencia de la conductora, Sra. Hemphill, el vehículo sufrió un choque frontal con otro vehículo conducido por un nacional alemán.

En el momento de producirse el accidente las circunstancias del caso eran las siguientes. En relación a la demandante: La Sra. Winrow ostentaba la nacionali-

³² *Vid.* art. 15.c) RR II.

dad británica y residía en Alemania desde enero de 2001 donde se había desplazado como consecuencia del destino de su esposo miembro del *HM Armed Service*; durante su estancia en Alemania residió junto a su esposo y tres de sus hijos en una base militar británica; tres de sus hijos estaban escolarizados en Alemania; además, había trabajado a tiempo completo en una Agencia gubernamental del Reino Unido (*Service Children's Education*) en Alemania; finalmente, la Sra. Winrow y su esposo regresaron a vivir a Inglaterra en junio de 2011, dieciocho meses después del accidente. Por lo que respecta a la demandada, Sra. Hemphill: ella también ostentaba la nacionalidad británica en el momento de producirse el accidente; era la esposa de un militar que prestaba sus servicios en el ejército alemán; llevaba residiendo en Alemania un periodo entre 18 y 24 meses antes de producirse el accidente; finalmente regresó a Inglaterra después del accidente. Por último, en relación a la otra parte demandada, la compañía *Ageas Insurance Limited* aseguradora del vehículo siniestrado, se trataba de una compañía registrada en Inglaterra y Wales.

Como consecuencia de la colisión, la Sra. Winrow sufrió daños de los que, inicialmente, fue tratada en Alemania si bien alegaba que se trataba de daños continuados porque necesitó asistencia médica incluso después de trasladarse a vivir a Inglaterra donde estaba sufriendo la mayoría de los perjuicios económicos derivados del accidente y donde ya residía en el momento de iniciarse el proceso judicial. Los daños y las secuelas a los que se refería la demandante en su reclamación eran de carácter físico, moral y económico y consistían en una hernia discal, dolor continuado en la pierna derecha, neuralgias y depresión, así como los gastos y perjuicios económicos ocasionados por los cuidados y asistencia médica recibida y los ingresos dejados de obtener³³.

B) La *lex loci damni* como regla general

Con el fin de evitar que los tribunales tengan la tentación de iniciar su argumentación tratando de buscar la vinculación más estrecha del hecho dañoso con un determinado país, es decir, aplicando la cláusula de escape, el Reglamento Roma II asigna a las normas de los apartados primero y segundo del art. 4 carácter de normas vinculantes y no de simples presunciones en relación al apartado tercero. De ahí que el legislador incluyese el término “manifiestamente más estrechos” con el fin de destacar el nexo con la ley designada por la cláusula de escape³⁴. Por lo tanto, el RR II parte de la regla general (*lex loci damni*), añade

³³ *Winrow, cit.*, ap. 3.

³⁴ *Vid.* Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*. Por su parte, el Considerando 18 RR II reza: “La norma general deberá ser la *lex loci damni*”.

una excepción (residencia habitual común de las partes) y cierra con una cláusula de escape (vínculos manifiestamente más estrechos). Con esta conexión la norma limita los casos de daños a distancia y los daños indirectos o derivados³⁵. No obstante, algunos autores atribuyen un carácter subsidiario a la regla de la *lex loci damni* y consideran que esta será de aplicación únicamente en la medida en que no pueda justificarse el principio de los vínculos manifiestamente más estrechos o el de la residencia habitual común³⁶.

De este modo, la determinación de la ley aplicable gira en torno al concepto “lugar en el que se produzca el daño”, con independencia de las consecuencias indirectas que puedan producirse en otros países³⁷ y la interpretación que ha de darse al art. 4.1º en armonía con el Considerando 17 del RR II ha de ser que el país en el que se han producido las lesiones de la víctima coincidirá con el país en el que se ha producido el daño (accidente) aún cuando aparezcan secuelas con posterioridad cuando la víctima se encuentre residiendo en otro país. En el asunto *Winrow* el accidente se había producido en Alemania por lo que la aplicación de la norma general conduciría al Tribunal a aplicar la ley alemana siempre y cuando no fuese aplicable la excepción de la residencia habitual común de las partes o el juego de la cláusula de escape.

C) Excepción a la norma general: Residencia habitual común de las partes

Con independencia del país donde se produce el hecho dañoso, la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada prevalece sobre la *lex loci damni* con el fin de atenuar la rigidez de la norma general³⁸. Esta cuestión ha generado un gran debate en la doctrina donde un sector considera que la residencia habitual no siempre tendrá más peso específico que el lugar donde se produce el daño³⁹; otros, sin embargo, defienden que las partes se encontrarán más familiarizadas con la ley de la residencia habitual

³⁵ P. De Miguel Asensio, “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 21; y F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 11.

³⁶ *Vid.*, por todos, A. Briggs, *The Conflict of Laws* 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 281; F.J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada regla general en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 242–243; R. Gil-Nievas, “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, p. 138; y J. von Hein, “Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 461–508, esp. p. 478.

³⁷ *Vid.* art. 4.1º *in fine* RR II.

³⁸ M. A. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, “XI Tesis sobre el estatuto delictual”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, diciembre 2004, p. 10.

³⁹ F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 10.

de su país que con la ley del lugar donde se produce el accidente que puede ser casual⁴⁰.

a) Dificultades para determinar la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño

Para identificar la residencia habitual común el Tribunal en su examen debe tomar en consideración todas las circunstancias que permitan valorar por qué ambas partes han decidido establecerse o habitar en un determinado país y sus vínculos con el mismo. Con carácter previo, la identificación de la persona cuya responsabilidad se alega también puede plantear conflictos de interpretación en algunos supuestos. Así, en el asunto *Winrow* aparecía un elemento añadido o complementario que podría ser relevante a estos efectos, me refiero a la compañía *Ageas Insurance Ltd*, aseguradora del vehículo siniestrado, que también aparecía como demandada en el proceso (*second Defendant*), una compañía registrada en Inglaterra y Wales y, por lo tanto, con residencia habitual en Inglaterra de conformidad con el RR II⁴¹. A mayor abundamiento, el vehículo siniestrado se encontraba registrado en Inglaterra. En este sentido, procede examinar si la compañía aseguradora (al considerarse obligada a responder de forma solidaria con la demandada principal, o subsidiaria, frente a las indemnizaciones solicitadas en el proceso) podría tener encaje dentro del concepto “parte cuya responsabilidad se alega” y si ello podría afectar a la consideración de la residencia habitual común de las partes.

Pues bien ¿cuándo se puede considerar que una persona tiene su residencia habitual en un determinado país? El RR II al referirse a las personas físicas incorpora un concepto autónomo de residencia habitual aplicable únicamente a las que ejerzan una actividad profesional⁴². Ahora bien, ¿qué sucede cuando no esté ejerciendo su actividad profesional?

En mi opinión, no parece factible extrapolar esta interpretación al resto de situaciones en las que intervenga una persona física. Si nos remitimos a otros instrumentos de Derecho internacional privado la situación no es diferente, así, el Reglamento sobre sucesiones internacionales establece como nexo general para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable la “residencia

⁴⁰ J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, p. 416.

⁴¹ El art. 23.1º RR II dispone: “A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central”.

⁴² *Vid.* art. 23.2º RR II que considera el establecimiento principal de dicha persona como residencia habitual en esos casos.

habitual” del causante en el momento del fallecimiento pero no facilita ninguna definición al respecto⁴³.

Por su parte, los Reglamentos Bruselas I *bis*⁴⁴, Bruselas II *bis*⁴⁵, Roma I⁴⁶, y Roma III⁴⁷, también utilizan como punto de conexión la residencia habitual mas no la definen.

Tampoco existe una noción uniforme de “residencia habitual” en Derecho comparado debido a que las definiciones nacionales difieren unas de otras.

En definitiva, no se trata de una tarea fácil y los tribunales habrán de afrontar situaciones en las que la complejidad de los hechos impidan probar con claridad la residencia habitual de las partes. Pensemos en aquellos supuestos de residencia habitual disociada (profesional y familiar); o de residencia habitual alternativa en diferentes Estados; o de residencia habitual no continuada; o de residencia habitual que no alcance un período mínimo de tiempo; o, sencillamente, de inexistencia de residencia habitual en un determinado país. En esos casos, considero que la excepción de la norma de la residencia habitual común no sería de aplicación y decaería en favor de la cláusula de escape siempre que existan vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

b) Residencia habitual y doctrina del TJUE

Por todo ello, este concepto ha de interpretarse de forma autónoma y uniforme conforme a la jurisprudencia del TJUE. Analicemos ahora las aportaciones que ha hecho hasta la fecha en esta materia. Con carácter general, ha definido la residencia habitual como el lugar en el que el interesado ha fijado el centro perma-

⁴³ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.07.2012). *Vid.* art. 3 del Reglamento donde no se incluye entre las definiciones el concepto de “residencia habitual”.

⁴⁴ *Vid.* arts. 15.3º, 19.3º y 72 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO L 351, de 20.12.2012).

⁴⁵ *Vid.* arts. 3.1º.a), 8.1º, 9, 10 y 12.3º Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003).

⁴⁶ *Vid.* arts. 4.1º.a), b), d), e) y f); 5.1º; 5.2º; 6.1º; 7.2º y 11, párrafos 2, 3 y 4 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.07.2008).

⁴⁷ *Vid.* arts. 5, 7, 8 y 14 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.12.2010).

nente o habitual de sus intereses con carácter estable, para lo cual habrá que tomar en consideración todos los elementos constitutivos que concurren en cada *cas d'espèce*⁴⁸. En este sentido, ha señalado que para concluir si una persona habita en un determinado Estado miembro:

“... se ha de efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona (...) así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro...”⁴⁹.

En el contexto de las leyes de seguridad social, ha definido el concepto de residencia habitual como el lugar “... en el que los interesados residen habitualmente y donde se encuentra también el centro habitual de sus intereses ...”. En esta interpretación, considera el TJUE que

“... procede tener en cuenta, en particular, la situación familiar del trabajador, los motivos que le han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, deducida de todas las circunstancias ...”⁵⁰.

En materia matrimonial y de responsabilidad parental también encontramos algunos precedentes jurisprudenciales. Así, el TJUE manifestó que para determinar la residencia habitual del menor:

“Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar...”⁵¹

y, por lo tanto, el concepto de residencia habitual “... debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”⁵².

En otra decisión sobre la misma materia indicaba que dado que

⁴⁸ STJCE 15 septiembre 1994, *Magdalena Fernández / Comisión*, C-452/93 P, Rec. 1994, p. I-4295, ap. 22.

⁴⁹ STJCE 17 julio 2008, *Kozłowski*, C-66/08, Rec. 2008, p. I-6041, ap. 48.

⁵⁰ SSTJCE 25 febrero 1999, *Swaddling*, C-90/97, Rec. 1999, p. I-01075, ap. 29; y de 11 noviembre 2004, *Adanez-Vega*, C-372/02, Rec. 2004, p. I-10761, ap. 37.

⁵¹ STJCE 2 abril 2009, *A*, C-523/07, Rec. 2009, p. I-02805, ap. 38. En esta Sentencia el TJUE analizaba el concepto de “residencia habitual” en relación al art. 8, ap. 1, del Reglamento n° 2201/2003, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁵² *Ibid.*, ap. 44.

“...el Reglamento (2201/2003) no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual”. Del uso del adjetivo «habitual» solo puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia”⁵³.

Destaca, además, el Tribunal que el concepto de “residencia habitual”

“...debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”⁵⁴.

Y finalmente que

“Se debe poner de relieve al respecto que para distinguir la residencia habitual de una mera presencia temporal, la referida residencia debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente. El Reglamento no prevé sin embargo una duración mínima. En efecto, para el traslado de la residencia habitual al Estado miembro de acogida importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable. Así pues, la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”⁵⁵.

Ahora bien, el TJUE también ha advertido que su jurisprudencia sobre el concepto de residencia habitual en un ámbito del Derecho de la Unión Europea no puede extrapolarse a otros ámbitos⁵⁶ por lo que en materia de accidentes de tráfico esta jurisprudencia tampoco será determinante.

c) Interpretación de la *High Court*

En su decisión, observa la *High Court* que en el Derecho inglés el concepto de residencia habitual ha sido objeto de interpretación en otras áreas de conocimiento jurídicas como, por ejemplo, el derecho de familia donde se ha afirmado que se trata de una cuestión de hecho y no de voluntades, es decir, la residencia habitual no se adquiere simplemente por el propósito o deseo de una persona si no concurren los requisitos de permanencia y estabilidad para que devenga en habitual⁵⁷. Pero, en otros casos, la jurisprudencia inglesa ha considerado oportuno abandonar su propio criterio en favor del test sobre el concepto de “residencia habitual” establecido por el TJUE⁵⁸ –test que como ha quedado patente no

⁵³ STJUE 22 diciembre 2010: *Mercredi / Chaffe*, C-497/10 PPU, Rec. 2010, p. I-14309, ap. 44.

⁵⁴ *Ibid.*, ap. 47.

⁵⁵ *Ibid.*, ap. 51.

⁵⁶ STJCE, A, C-523/07, *cit.*, ap. 36.

⁵⁷ *Winrow, cit.*, ap. 40, donde la *High Court* cita el asunto *In Re LC (Children)* [2014] 2 WLR 124 en su párrafo 59, para afirmar que la residencia habitual “... it is not a matter of intention...”.

⁵⁸ *Winrow, cit.*, ap. 40, citando la remisión de Lord Wilson en el asunto *In Re LC (Children)* a las conclusiones en el asunto *A / A (Children: Habitual Residence)* [2014] AC 1 donde se proponía el

siempre resulta de fácil aplicación al no existir una noción uniforme y común—, así, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, aludiendo a la Sentencia *Mercredi v. Chaffe* antes citada⁵⁹. Pues bien, la ausencia de un concepto común también en la jurisprudencia inglesa hacía necesario el análisis de los argumentos defendidos por las partes en el proceso a la luz de la doctrina del TJUE.

La actora, citando tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia inglesa sostenía que el mero hecho de residir en un determinado país no es suficiente, por el contrario, la duración y la voluntad de la persona son cuestiones relevantes a estos efectos. En definitiva, que la residencia habitual será el lugar donde la persona haya establecido su residencia permanente o su centro habitual de intereses considerando para ello todos los hechos relevantes del caso⁶⁰. A mayor abundamiento, la firme voluntad de una persona de residir en un determinado país y de permanecer allí en el futuro, ya sea con carácter temporal o duradero, y su decisión adoptada de forma voluntaria constituyen indicios relevantes que han de estimarse y sopesarse para determinar su residencia habitual⁶¹. En cierto modo, trataba de destacar la relevancia de aspectos subjetivos tales como los deseos o las intenciones del interesado de (no) permanecer en un determinado país, en este caso, Alemania. Con su argumentación, la demandante, pretendía evitar la aplicación de la ley alemana activando la cláusula de escape y, para ello, tenía que demostrar que de las circunstancias del caso se infería que el daño presentaba vínculos manifiestamente más estrechos —entre ellos, curiosamente, la residencia habitual común— con Inglaterra. Alegaba, pues, que tanto la víctima cuanto la causante del daño no residían de manera voluntaria en Alemania ni tenían vocación de permanecer en dicho país que, por otra parte, habían abandonado poco después de producirse el accidente trasladándose a Inglaterra donde ya tenían su residencia habitual en el momento de iniciarse el proceso judicial.

La *High Court*, sin embargo, entiende que la determinación de la residencia habitual de las partes no depende de los deseos o la voluntad de las mismas sino de hechos objetivos, tal y como se desprende del test sobre el concepto de “resi-

abandono del test sobre el concepto de la residencia habitual establecido por Lord Scarman en el asunto *R v. Barnet London Borough Council ex p Shah* [1983] 2 AC 309, en favor del establecido por el TJUE en el asunto *Mercredi / Chaffe*.

⁵⁹ STJCE, *Mercredi / Chaffe*, cit., ap. 47.

⁶⁰ *Winrow*, cit., apartado 12, citando el asunto *M v. M* [2007] EWHC 2047, en su párrafo 27.

⁶¹ La parte demandante se remitía a la doctrina inglesa para fundamentar sus argumentos. *Vid.*, al respecto, *Dicey, Morris and Collins ...*, op. cit., párrafo 6–123; A. Dickinson, *The Rome II...*, op. cit., párrafo 3.51; y *Cheshire, North and Fawcett, Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 185–186.

dencia habitual” establecido por el TJUE⁶². Y así, tras examinar los hechos objetivos consideró que estos identificaban a Alemania como el lugar de residencia habitual común de la persona responsable y de la perjudicada, país en el que habían residido antes, durante y después de producirse el accidente. En particular, y por lo que respecta a la demandante, el Tribunal estimó que su residencia en Alemania, *ex ante* y *ex post* al momento de producirse el accidente no era algo circunstancial sino que abarcaba un periodo considerable, en concreto diez años; que durante este periodo tanto su marido como tres de sus hijos también habían residido allí, donde estos últimos habían sido escolarizados en una escuela gestionada y dirigida por el ejército en Alemania; que durante ese periodo no había constancia de que la familia hubiese tenido una casa en Inglaterra, hecho que podría revelar su voluntad de establecerse en Alemania y desarrollar allí su vida a pesar de que fuese a raíz del destino de su marido en el ejército en dicho país; que la situación de la Sra. Winrow y su familia no era extraordinaria o inusual; que además, todas esas circunstancias y el hecho de encontrarse allí siguiendo a su marido destinado en Alemania no convertían su estancia ese país en involuntaria y, finalmente, que el hecho de que la familia tuviese la intención de regresar a Inglaterra cuando su marido finalizase su trabajo en el ejército no afectaba a las circunstancias existentes en el momento de producirse el accidente⁶³.

Por todo ello, afirma que la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente se encontraba en Alemania y no en Inglaterra. Consecuentemente, de conformidad con el art. 4 RR II, el momento temporal relevante es el de la producción del daño y, por tanto, la residencia habitual común antes o después del mismo carece de relevancia a estos efectos⁶⁴ por lo que la aplicación de la ley alemana no podía ser desplazada por tratarse de la ley del país de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el daño. Para concluir, la *High Court* considera que la residencia habitual que ha de tomarse en consideración a estos efectos es la del demandante (víctima) y demandado principal (persona cuya responsabilidad se alega), no teniendo consecuencias prácticas el hecho de que la compañía aseguradora del vehículo siniestrado, *Ageas Insurance Ltd*, registrada en Inglaterra y Gales, apareciese como codemandada o *second Defendant* en el proceso principal⁶⁵. Sin embargo, sí

⁶² *Winrow, cit.*, ap. 40, “... *whises, views, intentions and decisions* ...” son los términos utilizados por Lord Wilson en el asunto *In Re LC (Children), cit.*, a los que se remite el Tribunal en su decisión.

⁶³ *Winrow, cit.*, ap. 41.

⁶⁴ J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada ...”, *loc. cit.*, p. 248.

⁶⁵ *Winrow, cit.*, aps. 25 y 39. Para justificar esta afirmación la *High Court* se remitía a su jurisprudencia en el asunto *Jacobs v. Motor Insurers Bureau* [2010] EWHC 231 (QB), ap. 42, donde afirmaba que con el fin de determinar la residencia habitual común de las partes, al socaire del art. 4.2º RR II, la per-

podría tener consecuencias en la aplicación de la regla de los “vínculos manifiestamente más estrechos”. En este sentido, la residencia habitual de la compañía aseguradora y el registro del vehículo en Inglaterra podría garantizar cierta proximidad del hecho dañoso con ese país, si bien la cobertura del seguro válida para el territorio alemán favorecería la conexión con este último teniendo en cuenta que el responsable del daño y el asegurador al contratar el seguro para ese ámbito territorial ya eran conscientes de los riesgos de su actividad en ese Estado, es decir, que ese hecho generaba una previsibilidad en las partes al asegurar la responsabilidad objetiva en el territorio alemán⁶⁶.

D) Ley del país con el que el hecho dañoso presenta los “vínculos manifiestamente más estrechos”

a) Planteamiento: previsibilidad *versus* flexibilidad

La cláusula de escape concede al tribunal cierta flexibilidad para que en determinados casos pueda dejar inaplicada la regla general en favor de la ley que corresponda al *centro de gravedad del supuesto*. Como algún autor ha señalado, la importancia de esta cláusula no se discute porque puede contribuir a mejorar la aplicación de una norma y a corregir conexiones que puedan conducir a un ordenamiento imprevisible para las partes, si bien el *quid* de la cuestión radica en saber en qué medida podrá contribuir a resolver las deficiencias que plantea la norma general⁶⁷. Frente a las soluciones de la *lex loci damni* o el principio de la

sona responsable era aquella cuya conducta había causado el daño y no la compañía aseguradora del vehículo siniestrado, en este caso el MIB como organismo de compensación ante la imposibilidad de identificar la compañía aseguradora del vehículo causante del accidente, de conformidad con la regulación 13 del *Motor Vehicles (Compulsory Insurance) (Information Centre and Compensation Body) Regulations 2003*. Recordemos que los hechos que dieron lugar a este proceso fueron los siguientes: El Sr. Jacobs, de nacionalidad británica y con residencia habitual en Inglaterra, sufrió graves heridas en un accidente de tráfico ocurrido en España (Fuengirola). Mientras se encontraba dentro de su vehículo estacionado en el aparcamiento de un centro comercial el vehículo del Sr. Jacobs fue golpeado por otro vehículo conducido por el Sr. Winfred R. Willem Bartsch, nacional alemán con residencia habitual en España. Como el vehículo no se encontraba asegurado, la demanda fue presentada contra el *Motors Insurers Bureau (MI)* en su calidad de Consorcio de compensación u organismo de indemnización. Cf. en la doctrina, F. J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 10, quien considera que la residencia habitual se predica de la persona que sufre el daño y aquella cuya responsabilidad se alega pero no del causante del daño que puede ser distinto.

⁶⁶ A. Espiniella Menéndez, “Accidentes de circulación ...”, *loc. cit.*, pp. 524–525; P. Jiménez Blanco, “El régimen de las acciones indirectas en el Reglamento de Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 296–297.

⁶⁷ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 594–595; S.C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 197 y 203.

residencia habitual común de las partes, que aportan previsibilidad y seguridad jurídica en relación a la ley aplicable, la cláusula de escape puede introducir incertidumbre⁶⁸ si consideramos que antes del accidente de tráfico no se pueden vaticinar o adivinar las conexiones que el hecho dañoso puede presentar con un determinado país. Ahora bien, no es menos cierto que los otros criterios de conexión pueden conducir a una localización fortuita mientras que la cláusula de escape garantiza una mayor proximidad entre la ley aplicable y la situación que regula, atenúa la rigidez de la norma general y supone menores costes de transacción conflictuales para las partes en litigio⁶⁹.

En cierto modo, la cláusula de escape se opone al objetivo general del RR II por lo que su aplicación debe tener carácter excepcional⁷⁰, incorporando tres condiciones para su posible aplicación. En primer lugar, que el hecho dañoso presente vínculos “manifiestamente” más estrechos (no simplemente estrechos) con otro país cuya ley se pretende aplicar; en segundo lugar, que se trate de un país diferente al designado por los puntos de conexión previstos en los apartados primero o segundo de la norma general y, finalmente, que la vinculación más estrecha se perciba claramente, si bien este término solamente aparece en algunas versiones lingüísticas del RR II como, por ejemplo, en la inglesa (*where it is clear from all the circumstances*) pero, no así, en la versión española por lo que esta condición ha de ser aplicada con cierta cautela⁷¹.

⁶⁸ R. Fentiman, “The Significant of Close Connection”, en J. Ahern and W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 92–94.

⁶⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 1178; K. Fach Gómez, “Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: Tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo”, en http://www.academia.edu/953032/Obligaciones_extracontractuales_en_DIPr._Tendencias_actuales_y_perspectivas_de_futuro_en_el_%C3%A1mbito_europeo, p. 329; E. Treppoz, “Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Bulletin CEDIDAC*, n° 48, février 2008, p. 5.

⁷⁰ Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*.

⁷¹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 1179; por su parte, J. Garcimartín Alférez, “Un apunte sobre la llamada ...”, *loc. cit.*, p. 249, considera que ha de interpretarse como si estuviese introducido en la versión española, pues el adjetivo “claro” está en perfecta sintonía con el adverbio “manifiestamente” que incorpora la norma. A propósito de la discordancia entre las versiones de una norma en las distintas lenguas oficiales, *vid.* la doctrina del TJUE que considera que con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica ha de evitarse la aplicación de una interpretación literal de la norma y optar por una interpretación que combine tanto el método sistemático cuanto el teleológico, garantizando, así, una interpretación uniforme “... en función de la sistemática general y de la finalidad de la norma de la que forma parte”. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del TJUE de 13 julio 1989, *Morten Henriksen*, 173/88, Rec. 1989, p. 2763, apartado 11; de fecha 7 diciembre 1995, *Rockfon A/S*, C-449/93, Rec. 1995, p. I-4291, apartado 28, que cita, a su vez, la Sentencia de 27 octubre

Ahora bien, la cláusula de escape ¿se aplicará siempre que se cumplan las mencionadas condiciones o será preciso, además, justificar que la norma general que sería de aplicación presenta una conexión débil con el hecho dañoso? Si se aplica la cláusula de escape cuando la regla general presenta una conexión importante con el hecho dañoso los objetivos del RR II –previsibilidad, seguridad jurídica y uniformidad– podrían verse afectados pero, de no hacerse así, la cláusula de escape podría devenir de difícil o imposible aplicación por lo que coincidiendo con el sector doctrinal que defiende la aplicación de la cláusula de escape aún cuando exista una conexión importante con la regla general⁷².

No obstante, como he señalado al inicio de este trabajo, el TJUE aún no se ha manifestado en relación a este concepto a pesar de que pudo hacerlo en el asunto *Florin Lazar*⁷³, si bien de manera colateral, a la luz de una cuestión prejudicial planteada en relación a la interpretación del art. 4, ap. 1, RR II en el marco de un litigio en materia de responsabilidad por accidentes de circulación por carretera. Sí que se pronunció, sin embargo, sobre el lugar en el que se produce el daño en un accidente de tráfico y las consecuencias indirectas sufridas por los familiares de la víctima que residen en un país distinto de aquél en el que se produce el daño⁷⁴, cuestión que puede ser de ayuda como más adelante indicaré.

Por el contrario, el Abogado General en sus Conclusiones tuvo ocasión de referirse al concepto “vínculos manifiestamente más estrechos”, indicando que

“... la norma enunciada en el art. 4, ap. 1, del RR II puede excluirse, en virtud del art. 4, ap. 3, del mismo Reglamento, cuando conduzca a resultados no razonables, en favor de la ley del país con el que la situación de que se trate presente una conexión manifiestamente más estrecha”;

Además, advertía que cuando las partes litigantes no tengan su residencia habitual común en el mismo país la “... cláusula de escape permite (...) aplicar la ley del país que se considere el centro de gravedad de la situación controvertida” y señalaba:

“Dicha cláusula debería desplegar toda su utilidad cuando, por ejemplo, resulte que, a diferencia de lo que sucede en el litigio principal, la residencia de la víctima inmediata del acciden-

1997, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 14; y de fecha 27 enero 2005, *Junk*, C-188/03, Rec. 2005, p. I-885, apartado 33.

⁷² *Vid.*, por todos, C. S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation...”, *loc. cit.*, pp. 541-542; P. R. Beauont and P. E. Mc Eleavy, *Private International Law AE Anton*, W Green, 3rd edn, 2011, p. 647; A. Dickinson, *The Rome II Regulation...*, *op. cit.*, p. 343; R. Fentiman, *International Commercial Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 610; Jafferli, R.: Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, nº 5, 2008, nº 21; y S. C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts ...”, *loc. cit.*, p. 198.

⁷³ STJUE 10 diciembre 2015, as. C-350/14: *Florin Lazar*, Rec. (aún no publicada).

⁷⁴ *Ibid.*, aps. 23 ss.

te, la residencia del presunto responsable o cualquier otra circunstancia del acaecimiento del accidente son ajenas al país donde se produjo el accidente y están vinculadas con otro país⁷⁵.

Finalmente, en relación al conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración, el Abogado General alude al Considerando 33 del RR II y subraya que

“... se invita al juez a tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, en particular en el cálculo de los daños sufridos por personas no residentes en el país del lugar del accidente mortal, las diferencias de nivel de vida y los gastos efectivamente sufridos o soportados por las víctimas en su país de residencia⁷⁶”.

Actualmente existe una petición de decisión prejudicial pendiente ante el TJUE, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, donde el Tribunal puede aportar alguna luz a este debate si finalmente se pronuncia de forma expresa sobre este concepto aún cuando no se plantea en el marco de un proceso surgido a raíz de un accidente de tráfico⁷⁷.

b) Conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración

Para considerar la aplicación de la cláusula de escape, una de las dificultades que debía superar el Tribunal era definir el conjunto de circunstancias que han de tomarse en consideración para identificar los vínculos manifiestamente más estrechos del hecho dañoso con otro país. Al afrontar esta materia se suscitan diversas cuestiones que han de ser objeto de estudio: en primer lugar, ¿han de examinarse todas las circunstancias relevantes o únicamente las acaecidas en el país donde tuvo lugar el accidente?; por otra parte, ¿se trata de las circunstancias existentes en el momento de producirse el daño o también pueden incluirse las que han surgido con posterioridad al mismo como consecuencia del hecho dañoso, a saber, las lesiones y daños económicos o morales derivados del accidente?. Como el RR II no define estas circunstancias su identificación puede plantear controversias si bien es cierto que en la Propuesta de Reglamento la Comisión ya advertía que los posibles daños indirectos no son relevantes para determinar la ley aplicable e indicaba que en los supuestos de accidentes de tráfico el lugar del

⁷⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 10 septiembre 2015 en el asunto *Florin Lazar, cit.*, apartado 81.

⁷⁶ *Ibid.*, ap. 82.

⁷⁷ Cuestión prejudicial presentada por el Oberster Gerichtshof – Austria, de fecha 27 abril 2015 (DO C 221 de 06.07.2015). El tenor literal de una de las cuestiones planteadas es el siguiente: ¿Existe un vínculo manifiestamente más estrecho (art. 4, apartado 3, RR II) con el Derecho del Estado en que la empresa demandada tiene su domicilio social cuando sus condiciones de contratación disponen que los contratos celebrados por la empresa se someten al Derecho de dicho Estado?.

daño directo es el de la colisión, es decir, el accidente. Además, se refería a la jurisprudencia del TJUE en el marco de la interpretación del Convenio de Bruselas, para reafirmar que los perjuicios (financieros o morales) que se produzcan en otro país no se considerarían daños directos⁷⁸.

En principio, y a la luz del párrafo primero del art. 4, las “*consecuencias indirectas del hecho en cuestión*” no serán relevantes para determinar la ley aplicable. Ahora bien, el hecho de que queden excluidas en el párrafo primero del art. 4 ¿significa que también deben descartarse del conjunto de circunstancias que se pueden tomar en consideración para examinar si existe un país que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso?. Por otra parte, mientras el art. 4.1º RR II distingue claramente entre el daño, el hecho generador del daño y las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, el 4.3º alude únicamente al hecho dañoso sin referirse de manera expresa a las consecuencias del daño por lo que únicamente las circunstancias que presenten una vinculación estrecha con el daño podrían ser tomadas en consideración en la aplicación de la cláusula de escape.

Sin duda, esta cuestión requiere un análisis más profundo al amparo del RR II en su conjunto pues no se puede olvidar que cuando se trata de accidentes de tráfico donde el accidente se produce en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima, con el fin de calcular los daños relativos a lesiones personales:

“... el órgano jurisdiccional que conozca del caso debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión (...) en particular, las pérdidas y los costes efectivos de la convalecencia y atención médica”⁷⁹.

Y, entonces, el Tribunal ha de tomar en consideración esta “invitación” a la luz del principio del tratamiento de los casos individuales de forma adecuada al que también se refiere el RR II a la hora de aplicar la cláusula de escape⁸⁰.

En mi opinión, el término “todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión” no establece límites en su interpretación semántica por lo que han de considerarse incluidas el conjunto de circunstancias presentes, pasa-

⁷⁸ *Vid.*, en este sentido, la distinción entre el lugar donde se produce el hecho dañoso y el lugar del perjuicio patrimonial sufrido por la víctima elaborada por el STJ 19 septiembre 1995, as. C-364/93: *Marinari v. Lloyd's Bank*, Rec. 1995, p. I-02719, que niega valor como criterio de conexión a los lugares donde se producen consecuencias indirectas como daños morales o perjuicios financieros.

⁷⁹ Considerando 33 RR II.

⁸⁰ Considerando 14 RR II. *Vid.* A. Espiniella Menéndez, *Las reclamaciones derivadas...*, *op. cit.*, pp. 76-77.

das y futuras, ya sean directas o indirectas⁸¹, pues de otro modo la cláusula de escape vería limitada sus funciones para dejar inaplicada la norma general con el fin de otorgar un tratamiento adecuado a los casos individuales corriendo el riesgo de devenir ineficaz⁸². Además, en este cometido el tribunal podrá activar la cláusula de escape aún cuando no haya sido solicitado por las partes y, de haberlo sido, no debe limitarse a considerar únicamente las circunstancias alegadas a instancia de parte⁸³. Pues bien, circunstancias objetivas tales como la residencia habitual de las partes, su nacionalidad común, sus relaciones familiares o de amistad, el foro competente, los daños económicos o morales infringidos, o cualesquiera otras relacionadas con el accidente podrían ser consideradas relevantes con la finalidad de hacer operativa la cláusula de escape⁸⁴, en contraposición a las circunstancias subjetivas tales como las legítimas expectativas de las partes que podrían limitar la previsibilidad que pretende el RR II favoreciendo el *forum Shopping*⁸⁵.

Esto significa que cuando todas o una parte de las circunstancias de hecho tengan lugar en un país diferente al del accidente, éstas también han de tomarse en consideración porque el centro de gravedad de la situación ha podido desplazarse y así, en el asunto *Winrow*, la demandante como parte sobre la que recaía la carga de la prueba consideraba que formaban parte de estas circunstancias los gastos médicos y hospitalarios ocasionados en Inglaterra como consecuencia de las secuelas causadas por el accidente de tráfico acaecido en Alemania. Por otra parte, conviene precisar que el mencionado Considerando 33 del RR II impone como condición que el accidente se haya producido “...en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima”. En ese caso, ¿hemos de tomar en consideración la residencia habitual de la víctima en el momento de producirse el accidente, es decir, Alemania, o en el momento de iniciarse el proceso judicial, en este caso Inglaterra? Sin duda, aparece aquí un posible conflicto entre la re-

⁸¹ La versión inglesa del Considerando 33 RR II reza así: “*all the relevant actual circumstances of the specific victim*”, mientras que la versión francesa señala: “*toutes les circonstances de fait pertinentes concernant ladite victime*”.

⁸² C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The operation...”, *loc. cit.*, p. 542.

⁸³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “El Reglamento Roma II...”, *loc. cit.*, p. 896; y A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, pp. 341–342.

⁸⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, el catálogo de circunstancias que propone el profesor A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, p. 342 y que eran citadas por la parte actora en su argumentación. Resultan, igualmente, de interés los factores que proponía el Parlamento Europeo en su Posición adoptada en primera lectura de 6 julio 2005 con vistas a la adopción del RR II (DO C 157 E de 6.07.2006). p. 371, art. 4.3. En la doctrina, *vid.* J.J. Fawcett y J.M. Carruthers, *Cheshire North and Fawcett ...*, *op. cit.*, pp. 800–803; y R. Fentiman, *International Commercial ...*, *op. cit.*, pp. 608–609.

⁸⁵ *Vid.* C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The Operation...”, *loc. cit.*, pp. 536, 537 y 542.

dacción del Considerando 33 y el art. 4 RR II sobre el que el Tribunal también se pronuncia, tal y como indicaré más adelante.

Tras reconocer las diferentes interpretaciones existentes en esta materia, de una parte, las que limitan estas circunstancias a las estrictamente relacionadas con el hecho dañoso y, de otra, las que consideran también aquellas relacionadas con las consecuencias del daño, la *High Court* en su sentencia hace una interpretación flexible del conjunto de circunstancias al que se refiere el RR II. En mi opinión, se trata de una interpretación valiente y atrevida pues incluye no solo las circunstancias conectadas con el hecho dañoso sino, también, con las consecuencias indirectas de ese hecho. En este sentido, resulta evidente que en el momento del accidente ambas partes tenían su residencia habitual en Alemania y la secuencia lógica hubiese sido que la parte demandante sufriese los daños en dicho país, como así fue. Sin embargo, no hay que olvidar que en el momento de la valoración de esos daños por la *High Court* ambas partes se encontraban residiendo en Inglaterra donde la reclamante seguía sufriendo los daños (continuados en el tiempo) derivados del accidente.

Para fundamentar su decisión, la *High Court* desarrolla una serie de argumentos jurídicos y doctrinales en apoyo de su tesis a favor de la consideración de las circunstancias conectadas con las consecuencias del daño⁸⁶. En primer lugar, se remite por analogía a lo dispuesto en la legislación inglesa, en particular, en la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* que dispone:

“The factors that may be taken into account as connecting a tort or delict with a country for the purposes of this section include, in particular, factors relating to the parties, to any of the events which constitute the tort or delict in question or to any of the circumstances or consequences of those events”⁸⁷.

Si bien la redacción de la *Section 12* de la mencionada norma difiere notablemente del contenido del art. 4.3º RR II, la *High Court* alude a la misma y recuerda algunos precedentes en esta materia, por ejemplo, en el asunto *Harding v. Wealands*⁸⁸ donde aplicando la *1995 Act* el Tribunal llegó a la conclusión de que

⁸⁶ *Winrow, cit.*, ap. 48.

⁸⁷ *Vid.* Section 12 (2) de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/42/contents> (en adelante, la *1995 Act*).

⁸⁸ *Harding v. Wealands* [2004] EWCA Civ 1735, [2005] 1 WLR, y [2006] UKHL 32. Este litigio en el que se sustanciaba la reclamación de daños por responsabilidad extracontractual tiene su origen en un accidente de tráfico ocurrido en New South Wales (Australia) con un vehículo conducido por la Sra Wealands, de nacionalidad australiana y residencia habitual en Inglaterra, en el que viajaba el Sr. Harding, de nacionalidad británica, que quedó tetrapléjico como consecuencia de los daños sufridos en el mencionado accidente. Posteriormente el Sr. Harding fue repatriado a Inglaterra donde continuó con su tratamiento de rehabilitación. El vehículo se encontraba asegurado por la compañía australiana *NRMA*.

las consecuencias del accidente, en ese caso el coste económico causado por las lesiones, eran un elemento importante a tener en cuenta a la hora de valorar la aplicación de la ley de un determinado país con el fin de dilucidar el cálculo de los daños sufridos por la víctima y, así, con el fin de decidir si dejaba inaplicable la ley del lugar donde ocurrió el accidente tomaba en consideración las consecuencias que iban a producirse en Inglaterra⁸⁹. A mayor abundamiento, en el asunto *Stylianou v. Suncorp*⁹⁰, la *High Court* ya tuvo ocasión de valorar la aplicación de la cláusula de escape del art. 4.3º RR II y adoptó un criterio similar considerando que, aún cuando esta norma no incluye expresamente las consecuencias del daño como una circunstancia relevante para considerar la inaplicación de la regla general, los vínculos de la parte demandante con Inglaterra constituían una conexión importante al objeto de determinar la aplicación de la cláusula de escape⁹¹.

A continuación, la *High Court* se refiere a la aceptación de esta línea interpretativa por parte de un sector doctrinal, citando dos obras que son un referente en Derecho inglés, a saber, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*⁹² y el Tratado del Prof. Dickinson, *The Rome II Regulation*⁹³, y que abogan a favor del reconocimiento de las consecuencias del hecho dañoso como circunstancias que se han de tener en cuenta a la hora de apreciar la aplicación de la cláusula de escape, ya sean de carácter directo o indirecto. El Tribunal expone que, contrariamente a lo que sucede en los párrafos primero y segundo del art. 4 que exigen una conexión con un determinado país en el momento de producirse el daño, el párrafo tercero del art. 4 no incorpora una limitación temporal a la hora de tomar en consideración las consecuencias o secuelas del hecho dañoso. De esta manera, los vínculos de las consecuencias del hecho dañoso con un determinado país han de ser considerados como circunstancias relevantes con el fin de aplicar la cláusula de escape con independencia del momento en que éstas se produzcan⁹⁴.

⁸⁹ *Harding, cit.*, ap. 34.

⁹⁰ *Stylianou v. Toyoshima and Suncorp Metway Insurance Ltd* [2013] EWHC 2188 (Queen's Bench Division). El supuesto de hecho que dio lugar al litigio en el que se inscribe esta sentencia es un supuesto de daños derivados de un accidente de tráfico donde la demandante (Sra. Stylianou) de nacionalidad británica quedó tetrapléjica como consecuencia de los daños sufridos en un accidente de tráfico ocurrido cuando se encontraba de vacaciones en Australia y viajaba como pasajera en el vehículo siniestrado conducido por el demandado principal (Sr. Toyoshima), un ciudadano de nacionalidad japonesa y con residencia habitual en Japón; el vehículo había sido asegurado por la compañía Suncorp (*second Defendant* en el proceso) registrada en Queensland (Australia).

⁹¹ *Stylianou, cit.*, ap. 83. En la Sentencia, Sir Robert Nelson manifestaba que el término "todas las circunstancias" se refería también a las consecuencias del hecho dañoso, incluyendo las lesiones y los daños derivados del hecho dañoso.

⁹² *Dicey, Morris and Collins...*, *op. cit.*, párrafo 35-032.

⁹³ A. Dickinson, *The Rome II...*, *op. cit.*, párrafo 4.86, p. 341.

⁹⁴ *Winrow, cit.*, aps. 49, 50 y 51.

Como ya señalaba la Comisión en su Propuesta de Reglamento, la aplicación de la cláusula de escape “introduce una determinada incertidumbre en cuanto a la ley aplicable”⁹⁵. Pues bien, esta inseguridad queda patente en la decisión de la *High Court* de tomar en consideración todas las circunstancias relacionadas con el hecho dañoso y ponderar su importancia en función del momento en que el tribunal valora las mismas⁹⁶. Pero, por otra parte, ese planteamiento permite flexibilizar la interpretación de la norma y ampliar el conjunto de circunstancias a tomar en consideración. ¿Cuáles son estas circunstancias? En primer lugar, la *High Court* valora la nacionalidad común de las partes en el momento de producirse el accidente, tal y como ya había hecho el Tribunal en el asunto *Harding* donde la nacionalidad británica de las partes fue considerada relevante para vincular el hecho dañoso con la ley inglesa⁹⁷.

En este contexto, la residencia habitual también puede constituir un factor determinante para precisar los vínculos más estrechos con un concreto país, si bien el Tribunal reconoce que en este asunto resultaba harto difícil justificar la residencia habitual en Inglaterra de la parte actora pues, a la vista de los hechos, quedaba probado que su residencia en Alemania antes y después del producirse el accidente no respondía a una cuestión temporal (*The claimant was not a short-term visitor to Germany*, son los términos en que se expresa el Tribunal)⁹⁸.

Asimismo, las pérdidas económicas sufridas y los costes económicos ocasionados por su convalecencia y la atención médica recibida son circunstancias que pueden ser tomadas en consideración para evaluar la indemnización solicitada por la víctima de un accidente de tráfico cuando éste se haya producido en un país diferente al de su residencia habitual⁹⁹. Ahora bien, el Tribunal reconoce las dificultades para concluir donde se han producido la mayor parte de los daños y pérdidas económicas sufridas por la víctima, bien en Alemania o en Inglaterra, teniendo que valorar y ponderar cada una de ellas de manera individual¹⁰⁰. Precisamente, en materia de compensación por daños, tal y como señalado antes, puede plantearse un conflicto en la interpretación del Considerando 33 y el art. 4 del RR II. Pues bien la *High Court* trata de resolver esta aparente colisión afirmando que el considerando 33 no crea una norma sustantiva que pueda modifi-

⁹⁵ Propuesta de Reglamento, p. 13, ap. 3: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*.

⁹⁶ *Winrow*, cit., ap. 52.

⁹⁷ *Harding*, cit., ap. 12. En este caso, en una reclamación por daños a consecuencia de un accidente de tráfico ante la Court of Appeal donde se aplicaba la *Section 12* de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, Lord Justice Wallace consideró relevante la nacionalidad del demandante para determinar la ley aplicable.

⁹⁸ *Winrow*, cit., ap. 56.

⁹⁹ *Vid.* Considerando 33 en concordancia con el art. 15 RR II.

¹⁰⁰ *Winrow*, cit., aps. 57 y 59

car la interpretación del art. 4 RR II (*the recital cannot override the terms of Article 4*), y que la aplicación de la cláusula de escape ha de ser aplicada de forma excepcional favoreciendo, en cualquier caso, la aplicación de la norma general¹⁰¹. De este modo, ante la presencia de normas presuntamente contradictorias, el Tribunal acoge una interpretación armonizadora que le permita tomar en consideración, ponderar y valorar no solo los gastos en los que ha incurrido la víctima del accidente por los cuidados recibidos en el país donde se produjo el hecho dañoso, Alemania, sino, igualmente, todos aquellos ocasionados en el país de su residencia habitual actual, es decir Inglaterra, en la medida en que la ley aplicable determinada de conformidad con el art. 4 RR II lo admita¹⁰².

Por otra parte, el lugar donde el vehículo siniestrado se encontraba asegurado y registrado, en este caso en Inglaterra, es otra circunstancia que puede coadyuvar en la búsqueda del país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso, aunque el Tribunal a la hora de ponderar estos hechos considera que no presentan puntos de conexión fuertes¹⁰³.

En fin, el foro ante el que se plantea el litigio ha de ser una circunstancia a valorar teniendo en cuenta que la correlación *forum-ius* fomenta una solución más rápida y eficaz de los conflictos y puede reducir significativamente sus costes. El Tribunal, sin embargo, interpreta que no se trata de un punto de conexión sólido, contrariamente a lo afirmado en el asunto *Stylianou*¹⁰⁴, ni tampoco un elemento de conexión determinante pues como dispone el RR II la designación de la ley se hará "...con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio"¹⁰⁵.

En conclusión, tomadas en consideración las circunstancias arriba mencionadas y debidamente examinadas y ponderadas, la *High Court* confirma que la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º RR II constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda la aplicación de la cláusula de escape en detrimento de la ley designada por el art. 4 en sus párrafos primero y segundo. Y a la vista del conjunto de circunstancias examinadas, motiva la ex-

¹⁰¹ *Winrow, cit.*, ap. 58, donde la *High Court* se remite al asunto *Stylianou, cit.*, en su ap. 78.

¹⁰² Se ajusta, de este modo, a la doctrina del TJUE que al referirse a los considerandos de los Reglamentos observa que éstos pueden aclarar la interpretación que ha de darse a una norma jurídica pero no constituyen en sí mismos tal norma. *Vid.*, al respecto, SSTJUE 13 julio 1989, as. 215/88: *Casa Fleischhandels-GmbH*, Rec. 1989, ap. 31; 24 noviembre 2005, as. C-136/04: *Deutsches Milch-Kontor GMBH*, Rec. 2005, ap. 32; y de 28 julio 2011, as. C-427/09: *Generics (UK) Ltd.*, Rec. 2011, ap. 31.

¹⁰³ *Winrow, cit.*, ap. 60, citando el asunto *Harding, cit.*, ap. 18.

¹⁰⁴ *Stylianou, cit.*, aps. 63 y 64.

¹⁰⁵ *Winrow, cit.*, ap. 61. *Vid.*, Considerando 6 RR II. Algunos autores son escéptico respecto a esta opción ya que comprometería el objetivo de previsibilidad previsto en el Reglamento. *Vid.*, por todos, J. von Hein, "Chapter II Torts...", *loc. cit.*, p. 424.

clusión de esta conexión accesoria concluyendo que en el asunto *Winrow* no es factible deducir que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra, tal y como pretendía la parte actora. Por consiguiente, la ley alemana era aplicable a la obligación extracontractual derivada del accidente de tráfico que tuvo lugar en Alemania (*lex loci damni*), ley con arreglo a la cual el tribunal inglés competente tendrá que determinar los daños y la indemnización solicitada por la víctima en este proceso¹⁰⁶ incluyendo la totalidad de los daños directos e indirectos, es decir, tanto los sufridos en Alemania cuanto en Inglaterra.

Por último, llama poderosamente la atención la ausencia de cualquier referencia por parte de la *High Court* a la posible “relación preexistente entre las partes” que el RR II establece como presunción para justificar los vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. Sin duda alguna el margen de apreciación del que goza el Tribunal a la hora de considerar esta presunción que no es determinante subyace en el fondo de esta cuestión. También es cierto que el RR II menciona un solo ejemplo, a saber, la existencia de un contrato previo entre las partes que esté “...estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión”, mientras que en la Propuesta de Reglamento se refería a otros casos como la ruptura de negociaciones, la anulación de un contrato o una relación de familia¹⁰⁷. Pues bien, considerando que el texto del art. 4.3º RR II favorece una interpretación laxa de estos indicios por parte de los tribunales cabe preguntarse si también la relación previa entre las partes puede constituir una relación preexistente al objeto de aplicar la cláusula de escape. En el caso *Winrow* la relación preexistente entre dos nacionales británicas residentes en Alemania podría coadyuvar a la justificación de un vínculo manifiestamente más estrecho con Inglaterra, siempre que esa relación de amistad estuviese en el origen del viaje que desencadenó el accidente de tráfico. Sin embargo, dado que el RR II no lo menciona expresamente podría parecer que una mera relación de hecho no debe ser considerada en la aplicación de la cláusula de escape. No debería, sin embargo desecharse esta posibilidad si tenemos en cuenta que la redacción del 4.3º concede cierta flexibilidad y discrecionalidad al tribunal a la hora de interpretar el mencionado precepto. Ahora bien, esa flexibilidad ha de matizarse pues en ningún caso se podrá tomar en consideración una relación preexistente que no se encuentre vinculada con el hecho dañoso¹⁰⁸. Además, será el tribunal el que considere si se trata de una circunstancia pertinente que merece ser tomada en con-

¹⁰⁶ *Winrow*, *cit.*, ap. 63.

¹⁰⁷ Propuesta de Reglamento, ap. 3.: *Cláusula de excepción general y conexión accesoria*, pp. 13 y 14.

¹⁰⁸ A. Dickinson, *The Rome II ...op. cit.*, párrafo 4.94, pp. 346-347; J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, p. 427.

sideración para aplicar la cláusula de escape¹⁰⁹ y, obviamente, en el asunto *Winrow* no fue así.

c) Regulación de la totalidad del hecho dañoso por la ley designada (no admisión del *depeçage*)

Una cuestión no exenta de polémica que también se planteaba en el asunto *Winrow* era si la aplicación de la ley designada por el RR II resulta aplicable a la totalidad de los daños o si, por el contrario, hay que distinguir entre la ley aplicable a la responsabilidad y a la indemnización. En esta materia no existe unanimidad en la doctrina y, así, algunos autores consideran un defecto que la norma no permita determinar la ley aplicable dependiendo de cada aspecto del caso porque convierte la cláusula de escape en una herramienta demasiado rígida que impide tratar los casos individuales de forma adecuada¹¹⁰; otros, por el contrario, estiman que no es aceptable que algún aspecto (*specific issue*) de la reclamación pueda desgajarse del proceso principal y quedar sujeto a una ley diferente porque esa aproximación podría plantear problemas y poner en peligro la seguridad jurídica y flexibilidad que hace el sistema más coherente y fácil de aplicar¹¹¹.

En la jurisprudencia inglesa esta cuestión había sido objeto de análisis en el asunto *Harding* donde se planteaba si los daños por lesiones personales causados por una conducción negligente debían calcularse de conformidad con la ley aplicable designada por la *1995 Act* o se trataba de una cuestión de procedimiento a determinar con arreglo a la *lex fori*, en ese caso el Derecho inglés. Y en ese supuesto, la *Court of Appeal* señaló que

“... the identification is of factors that connect the tort with the respective countries, not the issue or issues with the respective countries”¹¹².

¹⁰⁹ C. Brière, “Le règlement ...”, *loc. cit.*, p. 53; F.J. Garcimartín Alférez, “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 12.

¹¹⁰ Entre los defensores del *depeçage*, *Vid.* C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, “The Operation...”, *loc. cit.*, p. 543; X.E. Kramer, “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2008, pp. 414, 422 y 423; A Mills, “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en J Ahern and W Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual-Obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 144–145; S.C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc. cit.*, pp. 184 y 200–201.

¹¹¹ En contra del *depeçage*, *vid.* por todos, A. Briggs, *The Conflict...*, *op. cit.*, p. 283; A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, pp. 334–335; P. J. Kozyris, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ ‘Missed Opportunity’”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 471 y 477.

¹¹² *Harding*, *cit.*, ap. 12 donde se citaba, a su vez, el asunto *Roerig v. Valiant Trawlers Ltd.*, [2002] EWCA Civ 21, párrafo 12 (i), referido a un asunto planteado ante los tribunales ingleses en el que la demandante, la Sra. Roerig, de nacionalidad holandesa interponía una acción por responsabilidad en su

De este modo, venía a rechazar el *depeçage* tal y como hace el RR II al considerar que ambos aspectos quedan sujetos a la ley aplicable a la obligación extracontractual¹¹³. En este punto, conviene hacer una breve mención al texto del borrador del Parlamento Europeo sobre el Reglamento¹¹⁴ en el que se admitía el *depeçage* en caso de daños físicos causados por accidentes de circulación por carretera, permitiendo que diferentes leyes pudiesen regir distintos aspectos del mismo hecho dañoso, de una parte, la determinación de la responsabilidad –que se regía por la ley del lugar donde se hubiese producido el accidente– y, de otra, la determinación de las modalidades de indemnización de los daños y perjuicios y su cuantificación –sujeta a la ley del lugar del domicilio actual de la víctima¹¹⁵.

En esta tesitura, la *High Court* afirma que la ley aplicable no puede variar dependiendo del momento en que se encuentre el proceso pues ello implicaría incertidumbre y la posibilidad de accionar lo que denomina el “*applicable law shopping*”; además, ha de ser la misma ley la que rijan todo el proceso incluyendo tanto la delimitación de la responsabilidad cuanto la evaluación de la indemnización derivada de la misma. En este sentido, la interpretación del párrafo tercero del art. 4 ha de conducir a la identificación del país más estrechamente vinculado con el hecho dañoso y no con una cuestión o problema en particular como, por ejemplo, los daños derivados del mismo¹¹⁶.

Tampoco comparte el planteamiento de la demandante que proponía que cuando la responsabilidad ya ha sido atribuida y la cuestión a dilucidar se limita a la evaluación de daños y su correspondiente indemnización el centro de gravedad del hecho dañoso puede variar, permitiendo una diferente valoración o ponderación de las circunstancias a considerar dependiendo de las cuestiones a determinar o del momento procesal en que se encuentre el asunto. Frente a esta tesis, el Tribunal argumenta que no se trata de probar la vinculación más estrecha con el derecho a la indemnización sino con el hecho dañoso, cuestión esta que ya había sido confirmada por la jurisprudencia inglesa en los asuntos *Jacobs*¹¹⁷ y *Fortress Value*¹¹⁸, para concluir que el centro de gravedad mencionado

nombre y en el de sus hijos también de nacionalidad holandesa por los daños sufridos como dependientes (*loss of dependency*) de un nacional holandés fallecido a consecuencia de un accidente acaecido en un barco de arrastre registrado en Inglaterra contra la compañía titular del barco registrada en Inglaterra.

¹¹³ R. Gwynne, Rome II Regulation, en <http://search.proquest.com/docview/906337401?pq-orig site=gscholar>, p. 16.

¹¹⁴ *Vid.* Dictamen del Parlamento Europeo de 6 julio 2005 (DO C 157 E de 6.7.2006, p. 371, art. 4.º).

¹¹⁵ J. von Hein, “Chapter II Torts...”, *loc. cit.*, pp. 414–415 y 423.

¹¹⁶ *Winrow, cit.*, ap. 44, donde cita el asunto *Harding v. Wealands* [2005] 1 WLR 1539, párrafo 12.

¹¹⁷ En el asunto *Jacobs v Motor Insurers Bureau, cit.*, Justice Owen señalaba en el párrafo 46 que, frente a la tesis de la actora que pretendía activar la cláusula de escape alegando que el derecho de compensación esgrimido frente al Órgano de compensación presentaba los vínculos manifiestamente más

por la Comisión en su Propuesta de Reglamento se refiere al centro de gravedad del hecho dañoso y no de los daños y las pérdidas causadas por el hecho dañoso, en definitiva, de las consecuencias del hecho en cuestión¹¹⁹.

d) Inaplicación de la cláusula de escape

Por todo ello, la *High Court* concluye que las circunstancias que conectan el caso con Inglaterra no son de suficiente entidad para dejar inaplicada la regla general o la excepción prevista en el art. 4 y estima que el término “vínculos manifiestamente más estrechos” pretende dotar de seguridad jurídica por lo que la apreciación de que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país ha de quedar probada a partir de todas las circunstancias del caso, cuestión no exenta de dificultades por la propia naturaleza de “cláusula de escape” que el RR II otorga a esta norma. En definitiva, el carácter excepcional de la misma constituye el principal obstáculo para su aplicación¹²⁰. Tal y como afirma el Profesor Briggs, el recurso a la cláusula de escape no será algo habitual (*will be rare*) siendo más factible que esta excepción juegue frente al criterio de la *lex loci damni* porque el país donde se produce el daño puede que no sea el mismo en el que se ha producido el hecho dañoso o donde se encuentra el centro de gravedad de la situación. Por el contrario, desactivar el criterio de la residencia habitual común será más difícil y solamente podrá producirse en aquellos supuestos en los que se trate de una coincidencia no planificada¹²¹, precisamente el argumento esgrimido por la actora en su demanda.

En nuestro país algún autor se ha referido a la inviabilidad práctica de la puesta en funcionamiento de esta cláusula por las condiciones que, de forma acumulativa, exige la norma: presencia de vínculos manifiestamente más estrechos con un país y ausencia de vínculos significativos con el país de la *lex loci damni* o de la residencia habitual común¹²², pero, en mi opinión, es factible su aplicación y en esa tarea la identificación primero y la ponderación después de las circunstancias pertinentes por parte del tribunal competente resultará determinante. En este sentido, considero que pueden coexistir los vínculos tanto de la *lex loci*

estrechos con Inglaterra, “...the question under Art 4(3) is not whether the right to compensation is manifestly more connected to England and Wales, but whether the tort/delict has such a connection”.

¹¹⁸ En relación al “centro de gravedad”, en el asunto *Fortress Value Recovery Fund LLC and others v. Blue Skye Special Opportunities Fund LP and others* [2013] EWHC 14 (Comm), párrafo 47, Justice Flaux observaba que en la aplicación del art. 4.3º RR II el centro de gravedad “... refers to the centre of gravity of the tort”.

¹¹⁹ Winrow, *cit.*, ap. 45.

¹²⁰ Winrow, *cit.*, ap. 63.

¹²¹ A. Briggs, *The conflict...*, *op. cit.*, p. 283.

¹²² E. Fernández Masía, “Primeras consideraciones ...”, *loc. cit.*, pp. 919–920.

damni cuanto de la residencia habitual común pues lo determinante no será eso sino la existencia de otro país que presente los vínculos más estrechos con el hecho dañoso. En el asunto *Winrow* existían circunstancias suficientes e importantes que podrían haber justificado la vinculación más estrecha del hecho dañoso con Inglaterra. Sin embargo, la *High Court* tras llevar a cabo una exégesis detallada y concienzuda de las circunstancias concurrentes no lo consideró así.

Cabe pensar, por otra parte, como sostienen algunos autores que el art. 4.3° solamente podrá aplicarse cuando las partes tengan su residencia habitual en distintos estados ya que, de otro modo, operaría el 4.2°¹²³. A mi juicio, esto no siempre será así, pues a veces los vínculos más estrechos podrían llevar a aplicar la ley del lugar donde se produce el daño aún cuando exista residencia habitual común¹²⁴. Así podría haber sucedido en el asunto *Winrow* si del análisis de las circunstancias pertinentes el tribunal hubiese considerado que el país que presentaba los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso era Inglaterra y hubiese dejado inaplicada la ley (coincidente en este caso) del país de la residencia habitual común y del lugar donde se produjo el daño, es decir la ley alemana. En fin, la interpretación del término "... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2..." , plantea otra cuestión no menos importante: el cumplimiento de esta condición de forma individual o cumulativa. Precisamente el asunto *Marshall* que será objeto de examen más adelante planteaba esta cuestión por lo que me remito a ese apartado.

2. *El asunto Marshall v. The Motor Insurers' Bureau & Others*

A) Hechos relevantes del caso

El 19 agosto 2012, el Sr. Pickard, nacional británico con residencia habitual en Inglaterra, conducía un vehículo Ford fiesta con remolque por la autopista A86 en Thiais en la periferia al sur de París llevando como pasajero al Sr. Marshall, también de nacionalidad británica y con residencia habitual en Inglaterra. Ambos se encontraban en Francia desde el 14 junio 2012 por motivos laborales y el día en que tuvo lugar el accidente regresaban a su país. El mencionado vehículo se encontraba registrado en el Reino Unido y estaba asegurado por la compañía *Royal & Sun Alliance (RSA)*. A causa de una avería, el vehículo se detuvo en el arcén y el Sr. Pickard requirió la presencia del vehículo de asistencia en carretera que se encontraba registrado en Francia y asegurado por la compañía *Generali France Assurances (Generali)*. Mientras se procedía a la repara-

¹²³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 1179.

¹²⁴ P. De Miguel Asensio, "El régimen comunitario ...", *loc. cit.*, párrafo 23.

ción, un vehículo Peugeot 106, registrado en Francia y sin seguro de accidentes, que era conducido por la Sra. Bivard, de nacionalidad francesa y con residencia habitual en Francia, colisionó con los Sres. Pickard y Marshall y con la parte posterior del remolque. En la mencionada colisión se vieron implicados tanto el vehículo conducido por la Sra. Bivard cuanto el vehículo de las víctimas, Sres. Marshall y Pickard, y el vehículo de asistencia en carretera. A consecuencia del choque el Sr. Pickard sufrió fracturas en la extremidad inferior derecha y otras lesiones en el cuello y en la cabeza, mientras que el Sr. Marshall falleció a consecuencia de las múltiples lesiones sufridas. El accidente dio lugar a dos acciones judiciales ante los tribunales ingleses: la primera en la que la Sra. Marshall (viuda del Sr. Mashall, fallecido en el accidente de tráfico) demandaba como primer demandado a la Oficina aseguradora de accidentes, el *Motor Insurers' Bureau (MIB)*, entidad encargada de garantizar las compensaciones por la responsabilidad de los organismos de compensación de otros Estados del Espacio Económico Europeo a las personas lesionadas o fallecidas a causa de accidentes provocados por vehículos no asegurados o asegurados incorrectamente¹²⁵ (el organismo de compensación responsable en Francia es el *Fonds de Garantie*); como segundo demandado al Sr. Pickard y a la *RSA* (compañía aseguradora de su vehículo) y, como tercera demandada, a la compañía *Generali* (compañía aseguradora del vehículo de asistencia en carretera). La segunda acción fue interpuesta por el Sr. Pickard contra la Oficina aseguradora de accidentes, el *Motor Insurers' Bureau (MIB)* como primer demandado.

B) País donde se produce el daño y *lex loci damni*

En la primera acción planteada, la Sra. Marshall reclamaba al Sr. Pickard la indemnización pertinente por la muerte de su esposo en el accidente de tráfico. El Tribunal, como cuestión previa debía dilucidar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual para lo cual debía aplicar el RR II. En este sentido, la segunda demandada, la compañía *RSA* aseguradora del vehículo del Sr. Pickard en el que viajaba con el Sr. Marshall, consideraba que el daño directo había tenido lugar en Inglaterra por ser este el lugar donde la Sra. Marshall había sufrido

¹²⁵ El *Motor Insurers' Bureau (MIB)* es el Organismo designado de conformidad con el Derecho inglés, la *2003 Regulation*, que fue promulgada para incorporar las disposiciones de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 mayo 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) (DO L 181 de 20.07.2000), texto consolidado en la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 263 de 7.10.2009).

su *loss of dependency*¹²⁶, es decir, donde había sufrido los daños consistentes en la pérdida de medios de existencia que le había causado la muerte de su esposo, para lo cual traía a colación la doctrina de la *Court of Appeal* en el asunto *Brownlie*¹²⁷.

Por el contrario, el Tribunal considera que el daño directo se localiza en Francia, lugar del accidente, apartándose del razonamiento de Lady Justice Arden en el asunto *Brownlie* y acogiendo la tesis del Abogado General en el asunto *Lazar*¹²⁸ donde afirmaba que la expresión “país donde se produce el daño” contenida en el art. 4.1º hace referencia al lugar del daño directo y, en este caso, al de la colisión mortal porque todos los daños tienen un mismo origen. Así:

“...la aplicación de la ley del lugar donde se produce el accidente impide, en concreto, que los hechos sometidos a la apreciación judicial puedan dividirse en distintas partes regidas por leyes diferentes en función del lugar de residencia de las víctimas”¹²⁹.

En el mismo sentido se manifestaban la demandante Mrs. Marshall, el primer demandado, la Oficina aseguradora de accidentes *Motor Insurers' Bureau (MIB)*, y la tercera demandada, la compañía *Generali*.

C) La excepción de la residencia habitual común de las partes

Teniendo en cuenta el carácter de normas vinculantes y no simples presunciones de los aps. 1 y 2 del art. 4 RR II, la *High Court* considera que no debe aplicar con carácter previo la excepción de la residencia habitual común frente a la norma general de la *lex loci damni* así como tampoco la cláusula de escape. Sin embargo, ambas han de ser tomadas en consideración al objeto de determinar la ley aplicable.

La *RSA*, segunda demandada junto al Sr. Pickard como aseguradora de su vehículo, tras haber visto rechazados por el Tribunal sus argumentos para considerar aplicable la ley inglesa en virtud de la *lex loci damni*, estimaba ahora que

¹²⁶ *The Fatal Accidents Act 1976 (Dependency Claim)* establece una acción para que los parientes cercanos dependientes del fallecido puedan solicitar una compensación por la privación que han sufrido de su apoyo y servicios. *Vid.* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/contents>.

¹²⁷ *Brownlie v. Four Seasons Holding Incorporated* [2015] EWCA Civ 665, párrafos 85–87. Este asunto tiene su origen en una acción judicial planteada ante los tribunales ingleses de conformidad con la *Fatal Accidents Act 1976* por Lady Brownlie, nacional británica con residencia habitual en Inglaterra, como consecuencia de las lesiones físicas que padeció y de las pérdidas sufridas como dependiente (*loss as a dependent*) de su marido, Sir Ian Brownlie, con nacionalidad británica y residencia habitual en Inglaterra, fallecido en un trágico accidente de automóvil ocurrido en Egipto el 3 enero 2010 durante el transcurso de una excursión organizada por el “Chief Concierge” del Four Seasons Hotel Cairo.

¹²⁸ *Marshall, cit.*, ap. 12.

¹²⁹ Conclusiones del Abogado General en el Asunto *Lazar, cit.*, ap. 74.

esa misma ley podía ser la indicada por ser Inglaterra el lugar en el que la persona cuya responsabilidad se alegaba (en este caso el Sr. Pickard y la compañía *RSA*) y la persona perjudicada (la Sra. Marshall) tenían su residencia habitual común en el momento de producirse el accidente. Por el contrario, la actora Sra. Marshall y las otras dos demandadas (el Organismo de compensación *MIB* y la entidad aseguradora *Generali*) entendían que el art. 4.2º como excepción a la norma general de la *lex loci damni* solamente podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la acción se plantee exclusivamente entre dos partes por la referencia en singular que contiene la redacción del precepto “la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada...”¹³⁰ y, evidentemente, no era el caso pues en el asunto Marshall concurrían varios demandados.

La *High Court*, sin embargo, considera que no puede sustentarse este razonamiento que permitiría excluir la aplicación del art. 4.2º en aquellos supuestos en los que se viesen involucrados varios reclamantes, al contrario, entiende que la excepción ha de basarse en las legítimas expectativas de las partes y por lo tanto no debe ser considerada en referencia a una parte en singular. Asimismo, este precepto no puede interpretarse en el sentido de considerar una sola parte demandante–demandada porque eso representaría una limitación a la aplicación de la mencionada excepción en el sentido que hace el Derecho inglés, olvidando que se trata de un Reglamento de la Unión Europea cuyas disposiciones han de interpretarse de forma autónoma¹³¹.

De este modo, la aplicación de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente conducía al tribunal a la aplicación de la ley inglesa en perjuicio de la ley francesa como *lex loci damni*.

D) Argumentos de la *High Court* para aplicar la cláusula de escape

A partir de ahí, el Tribunal debía examinar la posibilidad de aplicar la cláusula de escape y, de nuevo, como ya sucediese en el asunto *Winrow*, tenía que afrontar la interpretación del concepto “... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2...”.

Pues bien, además de la dificultad que plantea la identificación de las circunstancias a tomar en consideración para certificar los vínculos más estrechos con otro país el Tribunal también se planteaba la compleja relación entre el ap. 3 del art. 4 con los aps. 1 y 2 del mencionado precepto debido a la redacción cierta-

¹³⁰ Vid. art. 4.2º RR II, que en su versión inglesa señala: “*However where the person ...*”

¹³¹ *Marshall, cit.*, apartado 17.

mente ambigua del apartado tercero¹³². La doctrina, mayoritariamente, considera que la interpretación de este precepto debe favorecer la posibilidad de que pueda invocarse la cláusula de escape para dejar inaplicada la ley de la residencia habitual común de las partes en favor de la *lex loci damni* ya que se trata de una cláusula de excepción general y la vinculación ha de ser con un país distinto del designado por cualesquiera de los apartados primero o segundo¹³³. Con ello se favorece la flexibilidad en la aplicación de esta norma tal y como se desprende del Considerando 14 RR II.

Por consiguiente, se planteaba el Tribunal si el cumplimiento de esa condición ha de hacerse de manera cumulativa, es decir, que la ley designada sea una ley diferente a la francesa y a la inglesa o, por el contrario, bastaría con que se cumpla de forma individual y el resultado pueda ser cualesquiera de esas leyes, la inglesa o la francesa, por ser la más estrechamente vinculada con el hecho dañoso.

El uso de la conjunción disyuntiva –o– en el texto no debería dejar lugar a dudas ya que plantea opciones alternativas y, en ese caso, bastaría con que fuese una ley diferente a la francesa (*lex loci damni*), por ejemplo, la inglesa, pero en ese caso ya habríamos llegado a esa conclusión a través de la aplicación de la residencia habitual común; o, *sensu contrario*, diferente a la inglesa (residencia habitual común), por ejemplo, la francesa, solución a la que también se habría llegado a través de la *lex loci damni*. Sin embargo, este último supuesto tiene sentido porque si bien la ley francesa habría quedado inaplicada por el principio de la residencia habitual común de las partes podría ser la ley aplicable no por la regla general sino por la cláusula de escape y esta era la argumentación del Tribunal en el asunto *Marshal*¹³⁴.

Finalmente, la *High Court* acoge sus reflexiones ya expresadas en el asunto *Winrow* y confirma que la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º RR II constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda la aplicación de la cláusula de escape en detrimento de la ley designada por el art. 4 en sus párrafos primero y segundo¹³⁵, siendo necesario identificar la ley que corres-

¹³² Resulta interesante comparar la manifiesta contradicción entre la redacción del Considerando 18 del Reglamento donde se refiere a la interpretación del art. 4.3º del Reglamento como una "... cláusula de escape respecto al art. 4 aps. 1 y 2..." y el texto del propio art. 4.3º que menciona los "... vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2...".

¹³³ *Vid.*, por todos, C.S. Adesina Okoli y G. Omoshemime Arishe, "The Operation...", *loc. cit.*, p. 542; A. Dickinson, *The Rome II ...*, *op. cit.*, p. 343, párrafo 4.89; y J. von Hein, "Of Older Siblings...", *loc. cit.*, p. 483.

¹³⁴ *Marshall*, *cit.*, ap. 19.

¹³⁵ *Winrow*, *cit.*, ap. 63.

ponde al centro de gravedad del supuesto de hecho. Además, es consciente de que se encuentra obligada a tomar en consideración todas las circunstancias del caso con el fin de determinar si procede la aplicación de la cláusula de escape y, así, tras enumerar y analizar las circunstancias de hecho que concurrían en este asunto, confirma que el hecho dañoso presentaba vínculos manifiestamente más estrechos con Francia fundamentando su decisión en los siguientes hechos probados: a) los Señores Marshall y Pickard fueron atropellados en una autopista francesa, por un vehículo francés registrado en Francia y conducido por la Sra. Bivard, de nacionalidad francesa con residencia habitual en Francia; además, las acciones legales iniciadas por los Sres. Marshall (en este caso su viuda) y Pickard contra la Sra. Bivard y su compañía aseguradora (en este caso el *Fonds de Garantie* por tratarse de un vehículo no asegurado) se rigen por la ley francesa; b) la colisión del Sr. Bivard con los Sres. Marshall y Pickard fue la causa del accidente y de las lesiones sufridas por ambos; y, c) las acciones que puedan interponer la viuda del Sr. Marshall y el Sr. Pickard contra la compañía *Generali* como aseguradora del vehículo de asistencia en carretera también estarán sujetas a las leyes francesas¹³⁶.

Por todo ello, concluye que la ley francesa será la ley aplicable a las reclamaciones por la responsabilidad derivada del accidente de tráfico ocurrido en Francia. En definitiva, la *High Court* aplica la cláusula de escape que conduce a la aplicación de la ley francesa dejando sin efecto la ley designada en virtud de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente (ley inglesa). La consecuencia práctica es que en este caso la aplicación de la cláusula de escape conduce a la aplicación de misma ley que la designada por la *lex loci damni* pero también es cierto que de no haber sido activada la cláusula de escape habría jugado la aplicación de la excepción del art. 4.2º dejando inaplicada la *lex loci damni* en favor de la ley (inglesa) de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente.

IV. Valoración final

Para identificar la ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos, el RR II establece en su art. 4.3º una cláusula de escape que permite aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos* desplazando, así, a la *lex loci damni* o a la ley designada por la residencia habitual

¹³⁶ *Marshall, cit.*, aps. 20 a 23.

común de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada en el momento de producirse el accidente.

La aplicación de la cláusula de escape ha planteado algunos problemas prácticos debido a la ausencia de interpretación de los “*vínculos manifiestamente más estrechos*” por parte del TJUE. En su defecto, los tribunales nacionales tienen que aplicar este concepto bajo su propio criterio interpretativo lo que puede favorecer el conflicto *inter partes* y el *forum shopping*. La *High Court of England and Wales* ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia en los asuntos *Winrow v Hemphill* y *Marshall v. The Motor Insurers’ Bureau & Others*, llegando a soluciones divergentes en ambos casos y, así, mientras en el asunto *Winrow* rechazaba la aplicación de la cláusula de escape en favor de la *lex loci damni*, en el asunto *Marshall* aceptaba la misma y consideraba la aplicación de la ley así designada en detrimento de la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente. Ambas sentencias han sido objeto de análisis en el presente trabajo y las conclusiones que se pueden extraer son las siguientes:

En primer lugar, al aplicar el art. 4 RR II el tribunal no debe iniciar su argumentación tratando de buscar la vinculación más estrecha del hecho dañoso con un determinado país forzando, así, la utilización de la cláusula de escape, debido al carácter de normas vinculantes que el RR II otorga a la *lex loci damni* y a la excepción de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el accidente. Empero, el Tribunal no puede dejar de considerar todas las circunstancias del caso para concluir cual es la ley aplicable y si procede o no la aplicación de la cláusula de escape.

A partir de ahí, queda patente el carácter excepcional de esta disposición que no podrá invocarse de manera generalizada y cuya aplicación ha de basarse en hechos objetivos. Para ello, el Tribunal ha de tomar en consideración todas las circunstancias relevantes, ya sean pasadas, presentes o futuras, así como las consecuencias indirectas del hecho dañoso. De esta manera, el hecho de que las consecuencias indirectas del hecho en cuestión queden excluidas del art. 4.1º para identificar la *lex loci damni* no empece para que estas puedan y deban ser tomadas en consideración a efectos del art. 4.3º siempre que permitan identificar una conexión importante con un determinado país y favorecer la aplicación de la cláusula de escape. Ello es así porque, contrariamente a lo que sucede con los párrafos primero y segundo del art. 4 que exigen una conexión temporal con el país en el que se produce el daño, el párrafo tercero no incorpora una limitación temporal por lo que podrán tomarse en consideración las consecuencias o secuelas del hecho dañoso como circunstancias relevantes para decidir si se aplica la cláusula de escape.

Por otra parte, la condición exigida por el art. 4.3º “...vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2 ...” no ha de entenderse de forma cumulativa de tal suerte que la ley designada por la cláusula de escape puede dejar inaplicada la ley del país de la residencia habitual común de las partes en el momento del accidente y conducir, de nuevo, al Tribunal a la aplicación de la *lex loci damni* –que habría quedado desactivada por la aplicación del 4.2º– por tratarse de la ley que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso, tal y como sucedió en el asunto *Marshall*.

Asimismo, la no admisión del *depeçage* en el RR II impide que en supuestos de responsabilidad extracontractual por accidentes de tráfico transfronterizos diferentes leyes puedan regir distintos aspectos del mismo hecho dañoso, léase, la responsabilidad, de una parte y, los daños y su cuantificación de otra. En definitiva, la interpretación del párrafo tercero del art. 4 ha de conducir a la identificación del país más estrechamente vinculado con el hecho dañoso y no con una cuestión o problema en particular como, por ejemplo, los daños derivados del mismo.

Finalmente, la aplicación excepcional que ha de hacerse del art. 4.3º constituye un obstáculo considerable para la parte que pretenda activar la cláusula de escape por las condiciones exigidas para su ejercicio, siendo necesario para ello identificar la ley que corresponde al centro de gravedad del supuesto de hecho. En cualquier caso, la importancia de la cláusula de escape no se discute porque puede contribuir a mejorar la aplicación de una norma y corregir conexiones que puedan conducir a un ordenamiento imprevisible para las partes.

A modo de síntesis, parece evidente que si el art. 4.3º persigue favorecer la previsibilidad de las partes en relación a la ley aplicable y la reducción de costes conflictuales el resultado alcanzado en el asunto *Winrow*, si bien impecable en cuanto a su argumentación y fundamentación jurídica, no ha cumplido con estos objetivos. Por el contrario la decisión de la *High Court* en el asunto *Marshall* puede considerarse más acertada pues permite la flexibilización y el tratamiento de ese caso individual de forma adecuada tal y como señala el RR II en sus Considerandos. En cualquier caso, parece incontestable que con estas decisiones la *High Court* ha contribuido a clarificar una de las cuestiones hasta ahora más controvertidas del RR II.

Bibliografía

Adesina Okoli, C. S. y Omoshemime Arishe, G.: “The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, *J. Pr. Int'l L.*, vol. 8, nº 3, December 2012, pp. 513–545.

- Amores Conradi, M.A. y Torralba Mendiola, E.: “XI Tesis sobre el estatuto delictual”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, diciembre 2004, pp. 1–34.
- Badillo Arias, J. A.: “El elemento extranjero en los accidentes de circulación. Funciones del consorcio de compensación de seguros y Ofesauto”, en <http://fundacioninade.org/personas-rh-positivo/jose-antonio-badillo-arias>, pp. 1–39.
- Beaumont, P.R. y Mc Eleavy, P.E.: *Private International Law AE Anton*, 3ª ed., W. Green, 2011.
- Borrás, A.: “La relation des textes de référence avec les textes internationaux”, en M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs), *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé ?*, París, Dalloz, 2009, pp. 141–155.
- Brière, C.: “Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Rev. trim. LexisNexis Juris Classeur*, nº 1, 2008, pp. 31–74.
- Briggs, A.: *The Conflict of Laws* 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 712, 2009, pp. 835–908.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2014.
- Cheshire, North y Fawcett: *Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- De Miguel Asensio, P.A.: “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 695–726.
- Dicey, Morris and Collins *on the Conflict of Laws*, 15ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012.
- Dickinson, A.: *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Espiniella Menéndez, A.: “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo 1971 al Reglamento (CE) nº 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505–532.
- Espiniella Menéndez, A.: “Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 727–735.
- Espiniella Menéndez, A.: *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012.
- Fach Gómez, K.: “Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: Tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo”, en http://www.academia.edu/953032/Obligaciones_extracontractuales_en_DIPr._Tendencias_actuales_y_perspectivas_de_futuro_en_el_%C3%A1mbito_europeo, pp. 317–333.
- Fallon, M.: “La relación del Reglamento ‘Roma II’ con otras normas de conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 187–218.
- Fentiman, R.: *International Commercial Litigation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Fentiman, R.: “The Significant of Close Connection”, en J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 85–112.
- Fernández Masiá, E.: “Primeras consideraciones sobre el anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, nº 34, 2003, pp. 907–929.
- Fernández Rozas y J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2015.

- Garau Juaneda, L.: “La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 497–504.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Un apunte sobre la llamada regla general en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 241–250.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “La unificación del derecho conflictual en Europa: El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, n° 6811, 2007, pp. 1–24.
- Gil-Nievas, R.: “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 109–186.
- González Campos, J.D.: “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000.
- Gwynne, R.: “Rome II Regulation”, en <http://search.proquest.com/docview/906337401?pq-origsite=gscholar>, pp. 1–24
- Jafferali, R.: “Rome II ou la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, n° 5, 2008, pp. 14386–1 a 14386–9.
- Jiménez Blanco, P.: “El régimen de las acciones indirectas en el Reglamento de Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 287–314.
- Kadner Graziano, T.: “Freedom to choose the 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 Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–132.
- Kadner Graziano, T.: “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, n° 3, pp. 445–510.
- Kozyris, P.J.: “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ ‘Missed Opportunity’”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 471–497.
- Kramer, X.E.: “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2008, pp. 414–424.
- Mills, A.: “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 133–152.
- Morris, J. H. C.: “The Proper Law of a Tort”, *Havard L. Rev.*, vol. 63, n° 6, 1951, pp. 881–895.
- Symeonides, S.C.: “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 56, 2008, pp. 173–221.
- Treppoz, E.: “Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Bulletin CEDIDAC*, n° 48, Février 2008, pp. 1–6.
- Von Hein, J.: “Chapter II Torts/Delicts”, en G. P. Calliess (ed.), *Rome Regulations, commentary on the European rules of the Conflicts of Laws*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, pp. 400–430.
- Von Hein, J.: “Of Older Siblings and Distant Cousins: The contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law”, *RechtsZ*, 73, 2009, pp. 461–508.