

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR
CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA:
ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

**CIVIL LIABILITY IN CASES OF CROSS-BORDER
CONTAMINATION:
PRIVATE INTERNATIONAL LAW ISSUES**

por ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

RESUMEN

La configuración tradicional de las obligaciones no contractuales en Derecho internacional privado deviene cada vez más compleja como consecuencia del desarrollo tanto de las nuevas tecnologías, como de las actividades y técnicas de extracción, explotación, transformación o transporte de los recursos naturales en un mundo globalizado. Cuando en un supuesto de esta naturaleza se genera un daño fuera del marco de un acuerdo entre partes puede surgir la eventual exigencia de responsabilidad para su resarcimiento. Si en una tal situación concurre un elemento extranjero —de carácter endógeno o exógeno a ella—, la misma deberá ser objeto de estudio desde la óptica de un sistema de Derecho internacional privado, en cuya estructura coexisten normas de origen supraestatal y de fuente interna. Una aproximación global a esta cuestión requiere abordar tres fases de análisis: la concreción de la autoridad estatal competente para conocer del asunto, la determinación del ordenamiento nacional aplicable al fondo del mismo y la eficacia extraterritorial de la decisión adoptada. En este marco adquieren especial relevancia los instrumentos de la Unión Europea representados por los Reglamentos 44/2001 y 864/2007, así como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la interpretación de sus normas.

ABSTRACT

The traditional conformation of non-contractual obligations in Private International Law is becoming increasingly complex due to the development of both new technologies and the activities and techniques of extraction, exploitation, processing or transportation of natural resources in a globalized world. When in an affair concerning this matter occurs any damage without agreement between the parties involved on it, one of them can eventually claim for accountability for redress. If such a situation includes a foreign element —internal or external—, it must be studied from a Private International Law point of view, taking into account that any legal system contains for that purpose rules of supranational and of internal source. A Private International Law global approach to this issue requires an analysis through three steps: firstly to fix the competent national authority to resolve the affair, secondly to decide the national law applicable to the affair and finally to seek the extraterritorial validity of the judgment. Within this framework, two European texts will be particularly relevant: Regulations 44/2001 and 864/2007, without forgetting its interpretation by the Court of Justice.

Palabras clave: Obligaciones extracontractuales, contaminación transfronteriza, daños medioambientales, autoridades competentes, Derecho aplicable, eficacia extraterritorial de decisiones.

Key words: Non-contractual obligations, cross-border contamination, environmental damages, competent authorities, applicable Law, recognition and enforcement of judgments.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DETERMINACIÓN DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA
 1. **La actividad judicial de carácter preventivo: la adopción de medidas cautelares o provisionales en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza**
 - A) *Condiciones materiales y procesales cuya concurrencia se exige para solicitar la adopción de una medida cautelar o provisional en un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza*
 - B) *Reglas para determinar la autoridad competente para adoptar una medida provisional o cautelar en un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza*
 2. **La actividad judicial de juzgar en cuanto al fondo: los foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza**
 - A) *La primacía del foro contractual*
 - B) *El foro especial del locus delicti commissi*
 - C) *El foro general del Estado del domicilio del demandado*
 - D) *El foro de la residencia habitual en territorio español del autor del daño y de la víctima*
- III. LA SOLUCIÓN EN CUANTO AL FONDO DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA
 1. **Las reglas de carácter supraestatal para la solución en cuanto al fondo de los supuestos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza**
 - A) *La técnica directa de solución: los convenios de Derecho uniforme sobre responsabilidad extracontractual*
 - B) *La técnica indirecta de solución: especial referencia al Reglamento de la Unión Europea 864/2007 (Roma II)*
 2. **Las reglas para determinar el ordenamiento aplicable a los supuestos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en defecto de instrumento supraestatal: el artículo 10, apartado 9.º, del Código Civil**
- IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS DECISIONES EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA
 1. **Instrumentos de carácter supraestatal para procurar la eficacia extraterritorial de las resoluciones en supuestos de contaminación transfronteriza**

- A) *Instrumentos de carácter multilateral*
- B) *Instrumentos de carácter bilateral*
- 2. **Reglas en defecto de instrumento supraestatal para procurar la eficacia en España de resoluciones extranjeras en supuestos de contaminación transfronteriza: los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**

I. INTRODUCCIÓN

El sector del Derecho privado al que conocemos por obligaciones extracontractuales, conformado por una heterogeneidad de materias que tienen en común la generación de una obligación fuera de la voluntad de las partes, ofrece perfiles peculiares en el tráfico jurídico externo que lo convierten en particularmente complejo. En efecto, a la tradicional configuración de esta institución en el estatuto obligacional en Derecho internacional privado se ha venido añadiendo, más modernamente, el elemento derivado de las nuevas tecnologías (en particular internet, de especial relieve en los supuestos llamados de difamación) o el emanado del desarrollo de nuevas actividades y técnicas de extracción, explotación, transformación o transporte de los recursos naturales en un mundo globalizado. En este último sentido, resulta cada vez más frecuente que se puedan producir daños por contaminación transfronteriza como consecuencia de un doble orden de factores. Por una parte, por las circunstancias endógenas a la propia situación; piénsese en el elemento subjetivo (por la presencia de personas —físicas o jurídicas— de diferente nacionalidad, domicilio o residencia habitual), en el elemento local (por la vinculación geográfica del supuesto con dos o más Estados soberanos) o en el elemento sustantivo (por la diversidad de situaciones que puedan generar una eventual responsabilidad extracontractual). Por otra parte, el carácter internacional de la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza puede asimismo derivarse del elemento exógeno de la voluntad de las partes convirtiendo una situación puramente interna en sus elementos configuradores endógenos en supraestatal mediante la eventual elección bien de una autoridad extranjera como competente para conocer de la misma, bien de un ordenamiento foráneo como aplicable a ella.

Como acertara a exponer A. Crespo Hernández, la proyección de estos factores sobre nuestro Reino lleva a afirmar la especial necesidad de atención a este sector por parte de nuestra doctrina:

España, en efecto, es un país industrializado en el que concurren una serie de factores geográficos y económicos que hacen de él un Estado en que todas las posibilidades de contaminación transfronteriza confluyen, tanto las que provienen del exterior como la que nuestro país exporta a Estados vecinos. Junto al desarrollo económico e industrial de España y de su entorno que crea de por sí el riesgo de accidentes derivados de la utilización de fuentes de energía contaminantes o de fábricas o industrias de

todo tipo, el condicionante primario es de carácter geográfico y se vincula al carácter peninsular y por tanto marítimo de nuestro país¹.

En el objeto del presente estudio confluyen, pues, diversos componentes que conforman un panorama de especial complejidad: la creciente actividad industrial o extractora transfronteriza eventualmente generadora de contaminación, la afección por ella tanto de personas como de bienes, la necesidad de protección del medioambiente entendido como un derecho universal, el carácter globalizador de la vida humana, o la pluralidad y diversidad de soluciones contenidas en los ordenamientos de los distintos Estados para abordar la respuesta jurídica a estas situaciones². Ahora bien, la función del Derecho internacional privado, como sistema de reglas y como instrumento de solución de controversias, consistente en garantizar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas implicaría en el campo de análisis de este opúsculo lograr garantizar la tutela judicial efectiva de los perjudicados por los daños derivados de contaminación transfronteriza, reparar las consecuencias de éstos y procurar que la responsabilidad decretada por las autoridades de un Estado ante tales daños resulte efectiva en otro u otros.

A este fin los sistemas estatales de Derecho internacional privado —y el español no es una excepción— se dotan de normas de origen supraestatal (tanto

¹ *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Eurolex, Madrid, 1999, p. 36.

² Piénsese en supuestos célebres como el accidente de la planta industrial de *Union Carbide* en Bhopal (India) en 1984; la destrucción de la balsa de residuos mineros de *Boliden* en Aznalcóllar (España) en 2002; o los vertidos de hidrocarburos provocados por los buques *Amocco Cádiz* y *Erika* frente a las costas de Bretaña (1978 y 1999 respectivamente), *Exxon Valdez* frente a las de Alaska (1989) o *Prestige* frente a las de Galicia (2002). Sobre algunos de ellos tendremos ocasión de volver más detenidamente; en relación con el primero véase, entre nosotros, F. J. ZAMORA CABOT, «Accidentes en masa y *forum non conveniens*: el caso *Bhopal*», en AAVV, *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1990, pp. 533-564; y sobre el último cfr. M. I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Responsabilidad civil por contaminación marina por vertido de hidrocarburos. A propósito del Prestige*, Universidad de Oviedo, 2004, así como J. JUSTE RUIZ y V. E. BOU FRANCH, «After the Prestige Oil Spill: Measures Taken by Spain in an Evolving Legal Framework», *Spanish Yearbook of International Law*, n.º 10 (2004), pp. 1-37.

Con carácter más general vid. J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Responsabilidad civil por vertido de hidrocarburos en el mar: competencia judicial internacional y actividad procesal del naviero y víctimas», y M. REQUEJO ISIDRO, «Contaminación por hidrocarburos y responsabilidad civil: quién, cuánto, por qué», ambos en J. M. SOBRINO HEREDIA (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 525-571 y pp. 473-495, respectivamente; y K. SIEHR, «The Rome II Regulation and Specific Maritime Torts: Product Liability, Environmental Damage, Industrial Action», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, n.º 1, pp. 139-153.

convencionales como institucionales) y de naturaleza estatal. En la aplicación de tales sistemas tendremos ocasión de comprobar el relieve que adquieren dos ideas. Por un lado, los conceptos de Estado del foro y de ordenamiento del foro (*lex fori*). Por otro, la cooperación interestatal para determinar la autoridad competente a fin de conocer de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, para concretar el ordenamiento aplicable al mismo y para garantizar la eficacia transfronteriza de la solución eventualmente adoptada. Factores todos ellos cuyo conocimiento técnico y material es fundamental para plantear la estrategia que, en cada caso concreto, haya de trazarse por las partes implicadas.

En las páginas que continuán abordaremos el *iter* lógico del planteamiento para solucionar controversias en una situación de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, que está conformado por tres fases. En primer término se han de determinar las autoridades competentes para conocer del asunto tanto en relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares o preventivas que permitan garantizar una posterior resolución de la controversia, como respecto del conocimiento de ésta en cuanto al fondo (epígrafe 2). Seguidamente, en el desarrollo del proceso habrá de determinarse el ordenamiento aplicable al fondo de dicha controversia (epígrafe 3). Por fin puede ocurrir que la resolución adoptada por la autoridad de un Estado deba desplegar efectos en otro u otros Estados diferentes de aquél (epígrafe 4).

II. DETERMINACIÓN DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA

En la determinación de las autoridades competentes para conocer de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza los sistemas de Derecho internacional privado disponen de distintos ámbitos normativos —en esencia uno de orden supraestatal y otro aplicable en defecto de instrumento supraestatal— coordinados entre sí. En el caso del sistema español de Derecho internacional privado tales ámbitos están configurados del siguiente modo tanto para la actividad jurisdiccional de índole cautelar o preventivo como para la de fondo.

1.º En el plano supraestatal hallamos dos tipos de instrumentos:

a) Por una parte diversos Convenios de Derecho uniforme sobre distintos sectores de las obligaciones extracontractuales que abordan su reglamentación sustancial y que suelen incluir normas de competencia de autoridades que, por lo general, se remiten a lo establecido en los sistemas estatales de Derecho internacional privado de los Estados parte en ellos.

Se trata, por un lado, del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear³, elaborado bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE), que ha sido modificado en diversas ocasiones mediante sendos Protocolos de 28 de enero de 1964, de 16 de noviembre de 1982 y de 12 de febrero de 2004⁴. Su artículo 13 consagra una detallada norma que distingue según que el accidente haya ocurrido en el Estado de ubicación de la instalación nuclear de la que el explotador sea responsable o que haya sucedido durante el transporte de sustancias nucleares, abordando asimismo los supuestos de uno o de más de un Estado afectados por ello⁵.

De igual modo, destaca el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos⁶, modificado el 19 de noviembre de 1976 y el 27 de noviembre de 1992⁷ y elaborado en el seno del Instituto Marítimo Internacional. Incluye en su artículo IX una regla sobre atribución de competencia judicial internacional a los órganos de los Estados parte en caso de daños por contaminación en el territorio, inclusive el mar territorial, de uno o más de tales Estados⁸.

Por último es menester citar el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 constitutivo de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos⁹, adoptado asimismo en el seno del Instituto Marítimo Internacional y modificado el 19 de noviembre de 1976, el 27 de noviembre de 1992 y el 16 de mayo de 2003¹⁰. Este instrumento abor-

³ BOE n.º 28, de 2 de febrero de 1967.

⁴ En relación con el último de los Protocolos de modificación, la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 8 de marzo de 2004 (DOUE L 97, de 1 de abril de 2004) autorizó a los Estados miembros de ella que son parte en el Convenio de París 1960 —entre los que se halla España— a ratificarlo, si bien el citado Protocolo de 2004 aún no ha entrado en vigor.

⁵ Acerca de este convenio véase A. M. COSIALLS UBACH, «La responsabilidad civil derivada de sustancias nucleares y radiactivas en España», *InDret*, 4/2012, pp. 7-9.

⁶ BOE n.º 58, de 8 de marzo de 1976.

⁷ BOE n.º 30, de 4 de febrero de 1982, y n.º 237, de 3 de octubre de 2002, respectivamente. El 13 de mayo de 1997 España denunció el primitivo Convenio de 1969 (BOE n.º 176, de 24 de julio de 1997), con efectos desde el 15 de mayo de 1998, como consecuencia de un mecanismo de denuncia obligatoria del mismo debido a la aprobación del Protocolo de 1992.

⁸ Sobre este precepto, así como sobre el siguiente instrumento que se abordará, véanse M. I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Responsabilidad civil por contaminación marina por vertido de hidrocarburos. A propósito del Prestige*, cit., p. 38.

⁹ BOE n.º 60, de 11 de marzo de 1982.

¹⁰ BOE n.º 154, de 29 de junio de 1995; n.º 244, de 11 de octubre de 1997; y n.º 28, de 2 de febrero de 2005, respectivamente. El 13 de mayo de 1997 España denunció el primitivo Convenio de 1971 (BOE n.º 176, de 24 de julio de 1997), con efectos desde el 15 de mayo de 1998, como consecuencia de un mecanismo de denuncia obligatoria del mismo debido a la

da en su artículo 7 reglas de competencia para la solicitud de indemnización ora contra propietarios responsables de daños resultantes de un siniestro, ora contra el Fondo.

b) Junto a los convenios internacionales, en el plano supraestatal en nuestro sistema de Derecho internacional privado coexisten dos instrumentos de ámbito regional europeo aplicables al objeto de nuestro estudio: nos referimos al Reglamento de la Unión Europea 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (cuyo origen es el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968)¹¹ y al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, que extiende el espacio judicial europeo a Islandia, Noruega y Suiza¹². Los dos instrumentos erigen, en condiciones de su aplicabilidad, que el demandado esté domiciliado (persona física) o tenga su sede (persona jurídica) en el territorio de uno de sus Estados parte y que el litigio verse sobre materia de Derecho privado (civil o mercantil) no excluida expresamente de su ámbito de aplicación sustantivo por el apartado 2.º de su artículo 1, exclusión que no afecta a la exigencia de responsabilidad por contaminación transfronteriza *in genere*.

aprobación del Protocolo de 1992. Sobre este particular véase M. REQUEJO ISIDRO, «Entrada en vigor del Protocolo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por contaminación por hidrocarburos (1992), de 16 de mayo de 2003», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 2005, pp. 1201-1205.

¹¹ La versión consolidada del Reglamento puede verse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20090408:ES:PDF>. Este instrumento vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea incluido Dinamarca como consecuencia de la firma con la Comunidad Europea el 19 de octubre de 2005 de un Acuerdo por cuya virtud el Reglamento 44/2001 sería de aplicación en lo sucesivo en tal Reino escandinavo; ello hace innecesaria la referencia en lo sucesivo al Convenio de Bruselas de 1968 como norma de Derecho positivo por no hallarse vigente en el presente momento, con independencia de que aludamos a él como antecedente histórico.

Es preciso destacar que con posterioridad ha tenido lugar la promulgación del Reglamento de la Unión Europea 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351, de 12 de diciembre de 2012), que será de aplicación a partir del 10 de enero de 2015, por el cual se ha procedido a acometer una revisión de este instrumento con el ánimo de mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, de facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales en el Espacio Judicial Europeo y de mejorar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos; sobre el mismo véase, por todos, P. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, n.º 8.013 (31 de enero de 2013). En relación con el Reglamento 1215/2012 Dinamarca ha notificado a la Comisión su decisión de implementar su contenido mediante carta de 20 de diciembre de 2012 (*DOUE* L 79, de 21 de marzo de 2013).

¹² *DOUE* L 339, de 21 de diciembre de 2007.

Dada la variedad y diversidad de Convenios de Derecho uniforme existentes en materia de determinación de la autoridad competente en el campo de la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, no resulta rara la concurrencia de dos o más de éstos desde el punto de vista de su aplicabilidad sustancial y espacial, como tampoco lo resulta la concurrencia entre alguno de ellos y alguno de los instrumentos europeos recién señalados, esto es, el Reglamento 44/2001 o el Convenio de Lugano de 2007¹³. En el primer supuesto indicado, en ausencia de norma expresa que discipline la relación entre dichos Tratados habrá que estar a las reglas y usos generales de Derecho internacional público sobre concurrencia de los mismos: prevalencia del texto posterior sobre el anterior, del especial sobre el general o del más eficaz sobre el menos eficaz. En el segundo caso expuesto, debe recordarse que tanto el Reglamento 44/2001 (art. 71), como el Convenio de Lugano de 2007 (art. 67) disponen normas *ad hoc* para solventar la concurrencia normativa a que se ha hecho referencia.

2.º Caso de no ser aplicable ninguno de los textos supraestatales precedentes, se debería recurrir a la normativa del Estado del foro reguladora de la materia analizada en estas líneas, normativa que en nuestro ordenamiento se contiene en los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que dispone una regulación exclusivamente unilateral de la cuestión al atribuir competencia sólo a nuestros órganos judiciales.

1. La actividad judicial de carácter preventivo: la adopción de medidas cautelares o provisionales en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza

La función jurisdiccional consistente en la adopción de medidas cautelares o provisionales se ejercerá, a instancias del actor en el supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, con el objetivo de asegurar el éxito de su pretensión en cuanto al fondo; se trata de una institución, en definitiva, cuya dinámica viene caracterizada fundamentalmente por una exigencia de celeridad¹⁴. La regulación de esta figura en los ámbitos nor-

¹³ Acerca de la casuística sobre este particular véanse A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 80 ss., y G. PALAO MORENO, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 83 ss.

¹⁴ Como han puesto de manifiesto M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., Thomson Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 337), las razones que justifican una protección cautelar o provisional de los intereses del actor son más imperativas en el ámbito internacional que en el ámbito interno. En general sobre esta institución cfr. L. COLLINS, «Provisional and Protective Measures in International Litigation», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 284 (1992-II), pp. 9-238; F. GAETA, *La giustizia cautelare nel Diritto internazionale*, Cedam, Padua, 2000; V. DELAPORTE, «Les mesures provisoires et conservatoires en Droit international privé», *Travaux du Comité Français*

mativos señalados se concreta en la consagración de reglas precisas para la determinación del Juzgado o Tribunal competente para decretar la adopción de este tipo de medidas bien en perspectiva multilateral o distributiva (art. 31 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007)¹⁵, bien en perspectiva unilateral o atributiva (art. 22, apartado 5.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985); en cambio no se contienen normas directas algunas en la que se detallen las condiciones materiales y procesales que han de concurrir para solicitar la adopción de una medida de esta naturaleza. A los fines de una mejor sistematización de la cuestión distinguiremos los dos aspectos puestos de manifiesto en estas líneas comenzando por el último de ellos.

A) *Condiciones materiales y procesales cuya concurrencia se exige para solicitar la adopción de una medida cautelar o provisional en un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza*

En lo que atañe a la segunda de las cuestiones señaladas, en el artículo 31 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007, tras admitirse la posibilidad de solicitar medidas provisionales o cautelares en el ámbito material regulado por estos instrumentos, se aclara que dichas medidas habrán de estar previstas en el ordenamiento del Estado miembro a cuyas autoridades se solicite la adopción de tales medidas; lo que implica que la tipología y alcance de éstas se regirán por lo dispuesto en la Ley procesal del Estado del foro¹⁶.

de Droit International Privé, 1987-1988, pp. 147 ss.; C. KESSEDJIAN, «Mesures provisoires et conservatoires (À propos d'une résolution adoptée par l'Association de Droit International)», *Journal du Droit International*, n.º 1, 1997, pp. 103 ss.; y O. MERKT, *Les mesures provisoires en Droit international privé*, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1993. Para un panorama de Derecho comparado véase J. VAN COMPERNOLLE y G. TARZIA (dirs.), *Les mesures provisoires en Droit belge, français et italien: étude de Droit comparé*, Bruylant, Bruselas, 1998.

¹⁵ Sobre el régimen supraestatal, en general, pueden consultarse V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 189; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; y F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero (artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Comares, Granada, 1998.

¹⁶ En la disyuntiva entre una interpretación favorable a la calificación de las medidas cautelares o provisionales mediante remisión al Derecho procesal interno de la *lex fori*, o una exégesis comunitaria, autónoma o uniforme de tales medidas, la doctrina ha insistido a favor de la segunda: véanse al respecto V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales...*, cit., p. 189, y M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma. Arts. 5.1.i), 21 24 y 27.2», en A. BORRAS RODRÍGUEZ (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 119. Como explican dichos autores, la necesidad de realizar una interpretación autónoma

De ser ésta el Derecho español, las medidas cautelares utilizables serían las previstas, *inter alia*, en los artículos 721 a 747 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷.

B) *Reglas para determinar la autoridad competente para adoptar una medida provisional o cautelar en un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza*

En lo que concierne a la determinación de los órganos judiciales competentes para la adopción de medidas cautelares o provisionales, la solicitud para dicha adopción se realiza normalmente a los órganos judiciales del Estado en que aquéllas puedan resultar más efectivas, que por lo general suele coincidir con el país en que se hallen ora los bienes objeto de la medida cautelar, ora el domicilio o la sede del demandado contra quien se dirigen tales medidas.

1.º Conforme a su naturaleza multilateral, el artículo 31 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 distribuyen la competencia judicial en este campo entre los Estados a los que resulta de aplicación cada uno de ellos. El texto del artículo resulta prácticamente idéntico en uno y otro caso:

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la Ley de un Estado miembro/vinculado por el presente Reglamento/Convenio a las autoridades judiciales de dicho Estado incluso si, en virtud del presente Reglamento/Convenio, un Tribunal de otro Estado miembro/contratante fuese competente para conocer del fondo del asunto.

Este precepto ha permanecido inalterado tras el proceso de revisión de los Convenios de Bruselas y de Lugano de finales de los noventa del pasado siglo previo a la promulgación del Reglamento 44/2001, no obstante el largo debate de que fue objeto en especial en relación con dos cuestiones particularmente controvertidas: la noción de medidas cautelares y provisionales por una parte y la determinación de los criterios atributivos de competencia judicial en esta materia por otra¹⁸. Aclarada la ratificación por el legislador de la Unión Europea de la tesis de la remisión a la *lex fori* para perfilar la noción de medidas

del concepto «medidas cautelares o provisionales» ha sido confirmada implícitamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cfr. *Derecho procesal civil internacional*, cit., pp. 344 ss.).

¹⁷ Medidas cautelares serían igualmente los embargos preventivos, las anotaciones preventivas y las medidas de hacer y no hacer: véanse al respecto M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, cit., p. 345.

¹⁸ Cfr. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y A. RODRÍGUEZ BENOT, «La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de

cautelares y provisionales¹⁹, por lo que atañe a la segunda cuestión problemática el artículo 31 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 no señala criterio alguno de atribución de competencia judicial internacional en cuanto a la adopción de medidas provisionales o cautelares, limitándose a prever la posibilidad de solicitar dichas medidas ante un órgano judicial distinto del que conozca del litigio principal, sin indicar cuál.

Esta laguna ha dado lugar a distintas exégesis por parte de la doctrina y de la jurisprudencia²⁰. Por un lado, el artículo 31 aludido ha sido interpretado como norma de remisión a las reglas de competencia judicial internacional de la *lex fori*; dicha exégesis, hasta hace poco mayoritaria, se funda en la literalidad de los términos en que aparece redactada la regla supraestatal. Por otro lado, el mismo artículo ha sido interpretado como norma de competencia judicial internacional favorable a los órganos del Estado donde deban cumplirse o ejecutarse las referidas medidas: esta otra exégesis, que va imponiéndose progresivamente²¹, se fundamenta en la teleología del precepto; en la consideración de que la existencia de un foro especial para la adopción de las medidas cautelares, junto al foro principal, sólo estaría justificada en razón de su mayor eficacia y de su menor coste; así como en la referencia efectuada a las «autoridades judiciales», como expresiva de un planteamiento en términos de competencia judicial²².

2.º Fiel a su carácter unilateral, el artículo 22, apartado 5.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a los órganos judiciales patrios «(c)uando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y que deban

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 1998, p. 55.

¹⁹ Sobre ello véase E. ARTUCH IRIBERRI, «La solicitud de medidas cautelares ante el Juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», *La Ley*, Unión Europea, 31 de diciembre de 1998, pp. 1-5. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto L. F. CARRILLO POZO [«Artículo 24», en A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 432-436], existe una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este punto que ha contribuido a aquilatar su concepto.

²⁰ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y A. RODRÍGUEZ BENOT, «La revisión de los Convenios...», cit., p. 56. Acerca de la solución de la cuestión en el Derecho francés cfr. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, «La compétence internationale des Tribunaux français en matière de mesures provisoires», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 3, 1996, pp. 397 ss.

²¹ V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales...*, cit., pp. 107 y 109, y F. J. GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, cit., pp. 92 ss.

²² Acerca de la utilidad de recurrir al artículo 31 del Reglamento 44/2001 como norma que contiene un foro de competencia judicial internacional véanse A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, Comares, Granada, 2001, p. 45.

cumplirse en España». Se trata de una norma influida por el precedente del artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968²³, si bien con un contenido más detallado en función de la vinculación personal, real y territorial del supuesto con nuestro ordenamiento. Más recientemente el artículo 722, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 habría venido a ampliar el ámbito del precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer:

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los Tribunales españoles²⁴.

En lo que concierne al ejercicio de esta competencia por nuestros órganos judiciales en una situación de exigencia de responsabilidad por contaminación transfronteriza *ex* artículo 22, apartado 5.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aquélla se atribuiría a favor de tales órganos para el supuesto en que el autor del daño o sus bienes se hallasen en territorio español y se pretendiese la obtención de una resolución judicial que resultase eficaz en nuestro territorio.

2. La actividad judicial de juzgar en cuanto al fondo: los foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza

Excepción hecha del caso de los Convenios del Derecho uniforme por las razones expuestas, en los restantes ámbitos normativos aludidos la estructura de criterios de competencia prevista es idéntica: habrá que verificar en primer término si las partes han designado válidamente el órgano judicial de mutuo acuerdo y, en su defecto, se deberá determinar qué órgano judicial conocerá de la controversia conforme al catálogo de foros de competencia establecido en las respectivas fuentes de producción. En las líneas que siguen analizaremos la estructura y los criterios de los foros de competencia utilizables en relación

²³ Cfr. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Effects of the Brussels Convention upon the Spanish System: Provisional and Protective Measures», en P. HOMMELHOFF, E. JAYME y W. MANGOLD (eds.), *Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 129-139.

²⁴ En palabras de M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, esta norma tiene un alcance muy limitado: se ciñe a recordar la existencia de Tratados en la materia y la necesidad de proteger las competencias exclusivas españolas; es una norma narrativa y, por lo tanto, ni debe interpretarse literalmente (en el sentido de que prohíba las medidas *ante causam*), ni *a sensu contrario* (en el sentido de que su supuesto de hecho sólo se refiere a los casos en que haya Tratado o Convenio internacional) *Derecho procesal civil internacional*, cit., pp. 352-353.

con las situaciones objeto del presente estudio, partiendo de la premisa de que en ninguno de los textos vigentes analizados se consagra un foro exclusivo en este campo.

A) *La primacía del foro contractual*

En los ámbitos normativos aludidos goza de una posición preeminente la voluntad de las partes en orden a la determinación de la competencia judicial internacional²⁵; se trata de la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico externo, en este caso proyectado en materia procesal, que se manifiesta de una manera expresa a través de la estipulación de pactos atributivos de competencia²⁶. En el supuesto objeto de estudio en este trabajo esta hipótesis se concretaría, una vez producido el hecho del que se derivaría una eventual exigencia de responsabilidad civil por daños medioambientales, en el acuerdo que alcanzarían las partes concernidas (autor del daño y víctima) para designar a la autoridad que conocería de la correspondiente reclamación.

Las ventajas de los acuerdos de elección de foro se manifiestan en general en la seguridad con la que se determina el órgano judicial que conocerá del asunto en caso de litigio; en la posible simplificación de la mecánica procesal por la proximidad de los elementos de prueba respecto de la autoridad elegida por las partes; y en la mayor facilidad —para una o ambas partes— de otorgar representación procesal, lo que se traduce en una mayor celeridad en el desarrollo del proceso y en la disminución de sus costes. En el orden internacional se incide, además, en la superación de la barrera idiomática —ya respecto de una o de ambas partes en el proceso—; en la elección de un órgano neutro y/o más especializado en el conocimiento de la materia a la que concierne la relación

²⁵ El 30 de junio de 2005 aprobó la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado un Convenio sobre los acuerdos de elección de foro firmado por la Unión Europea el 1 de marzo de 2009 y por los Estados Unidos el 29 de enero del mismo año; dado que únicamente ha recibido la adhesión de México (26 de septiembre de 2007) no se halla aún en vigor. La amplitud de supuestos relacionados con las obligaciones extracontractuales excluidos de su ámbito de aplicación material lo hará escasamente aplicable a los casos analizados en el presente opúsculo. El texto de este instrumento así como una bibliografía sobre el mismo pueden verse en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98. El precedente Convenio de 25 de noviembre de 1965 sobre una materia similar corrió aún peor suerte, pues sólo fue firmado por Israel en tal fecha.

²⁶ Sobre el particular véanse N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en Droit international privé*, LGDJ, París, 2001; A. MARÍN LÓPEZ, «La autonomía de la voluntad en materia procesal internacional», *RGD*, n.ºs 661-662 (octubre-noviembre de 1999), pp. 12913 ss.; y A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994.

jurídica litigiosa; en evitar una duplicidad de procesos —y de costes— entre las mismas partes y entre la misma causa; y, por fin, en establecer una vinculación *forum* y *ius*²⁷.

La primacía del foro contractual se prevé expresamente en el artículo 23 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 así como en el artículo 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁸. Este tipo de acuerdos alcanzados respecto de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza suscita dos órdenes de consideraciones.

1.^a La primera de ellas concierne a la necesidad de que tales acuerdos cumplan con los requisitos de fondo y de forma exigidos para ser considerados válidos, esto es, que concurra un auténtico intercambio de consentimientos en orden a un objeto (procesal) concreto y que dicho intercambio se manifieste *ad extra* en alguna formalidad.

a) Los dos instrumentos europeos (Reglamento 44/2001 y Convenio de Lugano de 2007) detallan exhaustivamente los requisitos sustantivos y formales a los que se someten los acuerdos de elección de foro, requisitos que han sido a su vez objeto de una enriquecedora jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹. En lo que concierne a las modalidades formales

²⁷ En efecto, los acuerdos de elección de foro no se limitan a fijar el órgano judicial del Estado en que se desarrollará un proceso sino que, a la vez, determinan implícitamente el ordenamiento estatal aplicable al fondo de la controversia dado que los órganos judiciales con sede en un Estado aplican el sistema de normas de Derecho internacional privado de éste; acerca de las relaciones entre *forum* y *ius* véase por todos J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence législative et la compétence judiciaire en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 156 (1977-III), pp. 227-376, y «Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. IV (1977-1978), pp. 89-136.

²⁸ En este último supuesto ha de tenerse presente que, dado el carácter unilateral de la reglamentación autónoma que disciplina de la competencia judicial internacional de nuestros Juzgados y Tribunales, la sumisión como criterio de competencia se configura asimismo unilateralmente, es decir, se prevé únicamente a favor de nuestros Juzgados y Tribunales omitiéndose toda referencia acerca de la posible *derogatio fori* con la consiguiente *prorrogatio fori* en favor de órganos judiciales extranjeros (cfr. M. A. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1, 1989, pp. 144 ss.); acerca de las interpretaciones de este vacío y de sus posibles efectos véase A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 90-102, y «España en el espacio judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 1994, pp. 587-628.

²⁹ Acerca de la exégesis de estos instrumentos véase H. DUINTJER TEBBENS, «The European Jurisdiction and Enforcement Conventions: Interpretation, Concurrence and Prospects», *Netherlands International Law Review*, n.º 3, 1993, pp. 471-486, así como la obra colectiva

que admite el párrafo 2.º del apartado 1.º del artículo 23 de los citados instrumentos, deberían excluirse por lógica jurídica las de las letras *b)* —la ajustada a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas— y *c)* —la basada en los usos del comercio internacional—, limitándose pues las posibilidades formales a la letra *a)*, esto es, al acuerdo escrito o verbal con confirmación escrita.

b) El artículo 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no contiene una referencia a los requisitos de validez sustantivos y formales de las cláusulas de *prorrogatio fori* en favor de nuestros órganos judiciales, pues se aguardó a que la Ley rituarial cumpliera con esa función. Lamentablemente, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al igual que la por ésta derogada, nada han establecido en relación con los requisitos de los acuerdos de elección de foro en los supuestos de tráfico externo, ahora a la espera de una eventual Ley de cooperación jurídica internacional. Todo lo cual nos abocaría a realizar en este campo una aplicación analógica *ex* artículo 4, apartado 1.º, del Código Civil de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la sumisión en relación con la competencia territorial interna³⁰. Ahora bien, la transposición de las reseñadas normas internas al plano de la competencia internacional ha de resultar compatible con los principios generales y caracteres que informan el conjunto de la regulación internacional contenida en la Ley Orgánica del Poder

Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa. Ponencias del Coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del espacio judicial europeo celebrado en Luxemburgo el 11 y 12 de marzo de 1991, Aranzadi, Pamplona, 1994, que en materia de foro contractual recoge la ponencia de F. SCHOCKWEILER y las comunicaciones de A. L. DIAMOND, H. GAUDEMET-TALLON y A. PHILIP. Sobre los requisitos de fondo y de forma de los acuerdos de elección de foro en este ámbito véase por todos A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos...*, cit., pp. 165 ss. y 201 ss., respectivamente.

Téngase presente en cualquier caso que los instrumentos señalados exigen, como condiciones para su aplicabilidad, que se designen como competentes los Tribunales de un Estado parte en ellos y que al menos una de las partes contratantes esté domiciliada en el territorio de uno de tales Estados.

³⁰ Así ha procedido, al menos, la jurisprudencia desde un primer momento: por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 30 de abril de 1991 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 3118) declaró válida una cláusula de sumisión a los Tribunales de Madrid porque reunía los requisitos que la jurisprudencia de dicha Sala tiene establecidos a tal efecto: «... la sumisión expresa —explica esta decisión reproduciendo literalmente parte de la sentencia de la misma Sala de 18 de junio de 1990—, como hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión al Juez al que se sometieren (artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), ha de establecerse de manera clara, precisa, explícita y de modo bilateral, estando suscrita por quien renuncia a su fuero propio y designando al Juez a quien se sometieren»; véase una crítica a esta sentencia, que ignora la especificidad del tráfico internacional así como la función que cumple el artículo 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Nota a la misma de P. A. DE MIGUEL ASENSIO, en *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 1991, p. 500.

Judicial, pues una traslación mecánica podría resultar insatisfactoria para las exigencias del tráfico jurídico externo³¹.

Una adaptación del supuesto abordado en el presente trabajo al resultado de la *analogia iuris* sería el siguiente³²: 1.º Debe designarse «con precisión» la circunscripción a cuyos Tribunales se someten las partes (art. 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); ello permite admitir la validez de una designación genérica de los Tribunales españoles como competentes —por ejemplo, «son competentes los Tribunales españoles»— así como la validez de una designación concreta del Tribunal o Tribunales competentes —por ejemplo, «serán competentes los Juzgados de primera instancia de Málaga»—; en este último caso, la competencia los Tribunales españoles es indudable: la de los jueces de Málaga dependerá de su ajuste al Derecho procesal español. 2.º El acuerdo de sumisión expresa ha de realizarse por lógica después del acaecimiento del ilícito. 3.º El acuerdo de sumisión queda sin efecto en virtud de otra sumisión posterior, ya expresa, ya tácita. 4.º El acuerdo de sumisión expresa en favor de los Tribunales españoles puede constituir un acuerdo *separado* o aparecer como una más de las cláusulas de un acuerdo más amplio entre presunta víctima y presunto responsable del daño. 5.º Deben ser admitidas, en el marco del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, varias posibilidades, como: *a*) designación de varios órganos jurisdiccionales competentes para cuestiones diferentes que puedan surgir de una relación jurídica; *b*) sumisión en favor de una parte; *c*) sumisión opcional; *d*) cláusulas flotantes de elección de foro, que implican la posibilidad para el demandante de elegir entre varios órganos jurisdiccionales de diferentes países (posibilidades éstas que el art. 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no parece impedir, pues en todo caso queda claro cuando la voluntad de las partes es atribuir competencia judicial internacional a los Tribunales españoles). 6.º Nada dice el artículo 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre las condiciones de capacidad y consentimiento de las partes a la hora de pactar la sumisión a los Tribunales españoles: en cuanto a la capacidad, debe estarse a la Ley nacional de cada parte (art. 9, apartado 1.º, del Código Civil); en cuanto al consentimiento, es preferible aplicar la Ley española, que es la Ley del país cuyos Tribunales serán presuntamente elegidos.

Es más, a nuestro entender la regulación en la Unión Europea de los acuerdos de elección de foro, originariamente contenida en el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968, debe producir un *efecto exegético directo* sobre la regulación de tales acuerdos en el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el sentido de que los requisitos formales y sustantivos de validez de éstos,

³¹ Un análisis de los requisitos para el ejercicio de la prórroga de competencia y su transposición a este ámbito puede verse en la obra de M. A. AMORES CONRADI, «La nueva...», cit., pp. 136-137.

³² A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, cit., p. 101.

obtenidos *ex analogia iuris* de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser interpretados a la luz de la aludida regulación europea, pues en aras de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídica no resulta de recibo sostener pareceres legales diversos acerca de supuestos fácticos similares³³.

2.^a La segunda de las cuestiones suscitadas en relación con los acuerdos de elección de foro alcanzados respecto de una reclamación de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza atañe al efecto procesal de la competencia prorrogada y, más concretamente, a si dicha competencia se configura como exclusiva. Se trata de saber, en definitiva, si el órgano judicial designado por la voluntad de las partes es el *único* competente para conocer de las controversias surgidas de tal situación de manera que, de ser afirmativa la respuesta, se impediría que de aquéllas pudieran conocer otros órganos judiciales evitando así el pronunciamiento de decisiones contradictorias o, cuando menos, diferentes³⁴; a diferencia de la exclusividad objetiva *ratione materiae*, cuya ausencia en este sector hemos adelantado, nos referimos a una exclusividad subjetiva, esto es, derivada de la mera voluntad de las partes. De nuevo las regulaciones contenidas en los distintos ámbitos normativos analizados en estas líneas difieren.

a) En los dos instrumentos europeos analizados (Reglamento 44/2001 y Convenio de Lugano de 2007) se contiene una referencia expresa al carácter exclusivo de la competencia convencionalmente conferida en el apartado 1.º del artículo 23 de ambos, en que se establece que esta competencia «... será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes»³⁵. La exclusividad a que se refieren estos instrumentos implica, por un lado, que el órgano designado competente por un acuerdo de elección de foro no está facultado para verificar su propia competencia (esto es, no goza de discreción para aceptar o no la competencia que le ha sido convencionalmente atribuida, lo que se confirma con el tiempo

³³ A. RODRÍGUEZ BENOT, «España en el espacio judicial...», cit., pp. 621 ss., esp. pp. 624-626. En el mismo sentido véanse M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, cit., p. 302, quienes escriben: «Las exigencias previstas por el artículo 23 del Reglamento en cuanto a los requisitos de *forma* son aplicables a las cláusulas que queden fuera de su ámbito de aplicación. Como hemos visto, la razón de esos requisitos era garantizar la existencia del acuerdo de voluntades y proteger la confianza legítima de las partes (función interna de la forma), así como facilitar su prueba (función externa). No cabe duda de que estas mismas razones valen también para las cláusulas no sujetas al régimen nacional (i. e. del Derecho Interno)».

³⁴ Cfr. en este sentido P. JENARD en su *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, *DOCE* C 59, de 5 de marzo de 1979, p. 37.

³⁵ El pacto parcial expreso contrario a tal efecto, que por lógica sería en principio coetáneo y de idéntica forma al pacto general sobre la competencia, podría no obstante también ser alcanzado posteriormente y en forma distinta; véase al respecto M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y A. RODRÍGUEZ BENOT, «La revisión de los Convenios...», cit., p. 50.

verbal utilizado en la expresión *será*) y, por otro lado, que cualquier otro órgano deberá, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26, apartado 1.º, de ambos textos, examinar de oficio su propia competencia, y caso de apreciar la existencia de un acuerdo de atribución de competencia, respetar tal elección de foro declinando su competencia en favor del foro prorrogado y no pudiendo, en consecuencia, ignorar el acuerdo atributivo de competencia y entrar a conocer del asunto³⁶.

b) La Ley Orgánica del Poder Judicial nada establece acerca de la exclusividad de la competencia de nuestros Juzgados y Tribunales cuando las partes en la una situación de exigencia de responsabilidad por contaminación transfronteriza les sometan el conocimiento de las controversias surgidas o de la misma. La explicación de tal circunstancia puede obedecer al hecho de que la unilateralidad de la regulación patria exige analizar el efecto del foro contractual en el marco del sistema de relaciones jerárquicas entre los foros de competencia consagrados, en el orden civil, por el artículo 22 de esta Ley, de manera que en dicho sistema resulta incuestionable la primacía de los foros de competencia del apartado 1.º de tal norma (que se acogen a una exclusividad objetiva *ratione materiae*) sobre el resto. En tal sentido, la *prorrogatio fori* ocupa un escalón inferior en esa jerarquía en el mismo plano que el criterio del domicilio del demandado en tanto que foros generales (art. 22, apartado 2.º); y al resto de foros de dicho artículo —los especiales por razón de la materia— se recurrirá «(e) n defecto de los criterios precedentes» (apartado 3.º)³⁷. Ahora bien, apurando el razonamiento antes expuesto M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez extienden con razón los efectos y el alcance de las cláusulas sujetas a los instrumentos europeos (y, por ende, la exclusividad de la competencia prorrogada, *supra*) a las cláusulas de elección de foro sujetas al Derecho nacional:

El régimen de *presunciones* que se deriva del artículo 23 tiene su fundamento en la voluntad de las partes y, en concreto, en el sentido que partes típicas darían a ese tipo de cláusulas. Esta voluntad hipotética tiene el mismo contenido dentro del Reglamento, o de los convenios, que fuera de él; de ahí que también en este caso esté justificada la aplicación analógica del primero³⁸.

No debemos cerrar el capítulo destinado al análisis de la virtualidad de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia judicial interna-

³⁶ Téngase en cuenta además que, en relación con el precedente del Convenio de Bruselas de 1968, el mantenimiento del carácter exclusivo de la competencia contractual se ha querido agotar sistemática y lógicamente con la inclusión en el artículo 4 del Reglamento —en que se aborda el supuesto del demandado no domiciliado en un Estado contratante— de una referencia al artículo 23 junto al 22 (que disciplina las competencias exclusivas de carácter objetivo).

³⁷ Una visión crítica sobre la aplicación del criterio de jerarquía en este ámbito puede verse en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6.ª ed., Cívitas, Madrid, 2011, p. 95.

³⁸ *Derecho procesal civil internacional*, cit., p. 302.

cional en un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza sin abordar, siquiera someramente, la posibilidad de la sumisión tácita, esto es, la atribución de competencia a un órgano judicial que en principio carecería de ella por la presentación de la demanda ante él y por la contestación en cuanto al fondo a la misma por el demandado sin impugnar la competencia. Es más, la circunstancia de que esta manifestación de la voluntad de las partes pueda ser posterior a la manifestación expresa de la misma mediante pacto la hace primar sobre ésta; dicho de otro modo, la sumisión tácita prevalece, por posterior, sobre la expresa.

Esta regla se halla consagrada en los textos correspondientes a los dos planos normativos que venimos manejando en este trabajo:

a) En efecto, en el artículo 24 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 se consagra esta norma habilitando a cualquier órgano judicial de un Estado vinculado por estos instrumentos a conocer de un asunto por la comparecencia del demandado siempre que no impugne la competencia provocada por el demandante. El hecho de que la única excepción a esta norma la representen las competencias exclusivas del artículo 22 de ambos instrumentos y de que ninguna de ellas concierna a las obligaciones extracontractuales provoca que el foro de la sumisión tácita sea plenamente operativo en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza.

b) Por su parte, el artículo 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye unilateralmente competencia a los órganos judiciales españoles cuando las partes se hayan sometido tácitamente a ellos. Aunque nada se diga en la letra de esta norma acerca de cuáles sean sus límites, la interpretación sistemática y teleológica de la misma nos lleva a concluir, como en el plano supraestatal, que únicamente prevalecen sobre ella los criterios de competencia exclusiva del apartado 1.º de este mismo artículo, entre los que tampoco se incluye ninguno relacionado con las obligaciones extracontractuales por lo que del mismo modo la sumisión tácita resulta plenamente aplicable a los supuestos objeto del presente estudio.

Si las partes en la situación de la que se deriva una exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza no hubieran realizado una elección de foro válida, se plantea la duda de qué órgano judicial sería el competente para conocer de las controversias nacidas o por nacer de tal situación. Un estudio de las reglas aplicables en este ámbito nos señala las siguientes posibilidades alternativas de presentación de la demanda a elección del demandante: bien ante los órganos del Estado en que haya ocurrido el hecho del que deriva la responsabilidad [apartado B)], bien ante los del Estado del domicilio o de la sede del demandado [apartado C)], bien ante los órganos judiciales españoles si el autor del daño y la víctima tuvieran su residencia habitual común en nuestro territorio [apartado D)].

B) *El foro especial del locus delicti commissi*

Una de las opciones a las que, alternativamente, puede acogerse quien exija responsabilidad civil por daños consecuencia de contaminación transfronteriza es presentar la demanda ante los órganos judiciales del Estado donde haya ocurrido el hecho generador de tal responsabilidad³⁹. Se trata de un foro especial por razón de la materia (tradicionalmente característico de las obligaciones extracontractuales) y por razón del territorio (por cuanto señala como competentes a las autoridades del Estado donde haya ocurrido el ilícito). Es el principio de proximidad, una vez más, el que lo justifica en el tráfico jurídico externo por cuanto la *vis attractiva* que ejerce tal lugar se manifiesta en aspectos tales como la inmediatez de los hechos y la consiguiente facilidad para articular la prueba de los mismos y de sus consecuencias; en definitiva, en una eventual mejor administración de la justicia. Una afirmación esta, no obstante, que merece ser matizada en aquellos supuestos en que el hecho que origina el daño se concreta en el territorio de un Estado y las consecuencias de tal hecho se manifiestan, sólo o además, en el de otro u otros países, como suele ocurrir en los supuestos de contaminación transfronteriza (*infra*)⁴⁰.

Este foro de competencia se halla contemplado en los dos ámbitos normativos que venimos utilizando en el presente estudio, el supraestatal y el estatal⁴¹:

1.º En el plano supraestatal, el artículo 5, apartado 3.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 permiten al demandante presentar la acción, además de ante los órganos del Estado del domicilio o de la sede del demandado, ante las autoridades del país donde se hubiere producido o

³⁹ Sobre este foro en general véanse A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, pp. 11 ss. y la bibliografía allí citada.

⁴⁰ Piénsese, por poner algunos casos, en el accidente de la central nuclear de Chernobyl de 1986 en Ucrania (a la sazón perteneciente a la Unión Soviética), que provocó contaminación en otros trece Estados europeos; en el hundimiento del buque petrolero *Prestige* frente a las costas españolas en 2002, cuyos vertidos se manifestaron asimismo en Francia y en Portugal; o en la explosión en 2010 de la plataforma petrolífera *Deepwater Horizon*, gestionada por *British Petroleum (BP)* en el golfo de México, que dañó los ecosistemas de esta República, de la de Cuba y, sobre todo, de la de los Estados Unidos de América.

⁴¹ La presente regla no sólo atribuye la competencia judicial internacional a un Estado *in genere* sino que, además, determina *in concreto* el órgano competente dentro de él *ratione territorii*; únicamente en aquellos casos en que resulte difícil o imposible tal concreción —como puede ser el del ilícito ocurrido a bordo de nave o aeronave, *infra*— será preciso acudir a las normas procesales del Estado del foro para llevarla a cabo (en el supuesto del nuestro, arts. 50 a 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil): en este sentido véanse A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 13.ª ed., Comares, Granada, 2012, p. 824.

podiere producirse el hecho dañoso⁴². La concreción de este criterio resulta más sencilla en aquellos supuestos en que el lugar de acaecimiento del ilícito y de manifestación del año coinciden en el mismo país, siendo otro el criterio en tales casos que atribuiría internacionalidad al supuesto (*supra*). En cambio, en los supuestos de ausencia de coincidencia de ambos lugares en un mismo Estado la concreción de este foro de competencia judicial se complica por razones obvias⁴³; en su tarea de exégeta único y auténtico de los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea⁴⁴, su Tribunal de Justicia ha interpretado en diversas resoluciones que en aquellos supuestos en que no coinciden el Estado del origen y de manifestación del daño se ha de permitir al demandante litigar ante los órganos judiciales de uno u otro: es el caso de las citadas sentencias *Mines de Potasse* (1976), *Danmarks* (2004) o *Zuid-Chemie BV* (2009). En esta jurisprudencia el Tribunal de Luxemburgo ha venido afirmando criterios hermenéuticos que abocan a una interpretación autónoma del artículo 5, apartado 3.º, remitiéndose al sistema y objetivos del Convenio de Bruselas de 1968 o del Reglamento 44/2001, a la vez que ha ido reiterando que el principio de proximidad en que se fundamenta este foro de competencia especial se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el litigio y otros órganos diferentes a los del domicilio del demandado, lo que justificaría la atribución de competencia a dichos órganos en aras a una buena administración de la justicia, así como de una sustanciación adecuada del proceso⁴⁵.

⁴² Esta regla ampararía asimismo la presentación de una demanda en caso de acciones colectivas o *class actions*, como ha aseverado F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 101. Sobre ellas véanse L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009 y C. SCHEPISI, «Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile», *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 4, 2010, pp. 1053-1085.

⁴³ Cfr. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Artículo 5», en A. L. CALVO CARAVACA (dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, cit., pp. 119-130, especialmente p. 127.

⁴⁴ A propósito del artículo 5, apartado 3.º, del Convenio de Bruselas o del Reglamento 44/2001 ha dictado, entre otras relacionadas con esta materia, las sentencias en los asuntos 21/76, *Mines de Potasse*, de 30 de noviembre de 1976; C-220/88, *Dumez*, de 11 de enero de 1990; C-261/90, *Reichert*, de 26 de marzo de 1992; C-68/93, *Shevill*, de 7 de marzo de 1995; C-1995/153, *Marinari*, de 19 de septiembre de 1995; C-51/97, *Réunion*, de 27 de octubre de 1998; C-96/00, *Gabriel*, de 11 de julio de 2002; C-334/2000, *Tacconi*, de 17 de septiembre de 2002; C-18/02, *Danmarks*, de 5 de febrero de 2004; C-189/09, *Zuid-Chemie BV*, de 16 de julio de 2009; C-133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, de 25 de octubre de 2012; y C-228/11, *Melzer*, de 16 de mayo de 2013.

⁴⁵ Sobre ello véase N. GOÑI URQUIZA, «La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1 (marzo de 2011), p. 294.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprenden otros dos aspectos relevantes del análisis del foro especial de competencia del *locus delicti commissi*⁴⁶.

a) Por una parte en los supuestos de daños cuya causa u origen se hallara en un Estado pero que se manifestasen en otro u otros diferentes de él se ha de distinguir el tratamiento procesal. En efecto, si se presentase la demanda ante las autoridades del Estado del origen del daño, conforme al principio de unidad en la acción éstas conocerían de la totalidad del responsabilidad derivada del supuesto, aun cuando se manifestare por más de un Estado (así se desprende de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el ya aludido asunto *Shevill* de 1995). En cambio, si el actor reclamase ante las autoridades del o de los Estados de la manifestación del daño, atendiendo a un principio de fragmentación éstas se limitarían a conocer de la eventual responsabilidad producida en cada uno de ellos. Será la estrategia procesal del demandante en un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza la que, valorados los elementos del mismo, se decantase por una o por otra fórmula procesal⁴⁷.

b) Por otra parte, la concreción del criterio del *locus delicti commissi* del artículo 5, apartado 3.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 nos exige tener en cuenta las siguientes precisiones. En primer término, si el daño su hubiera causado a bordo de nave o aeronave habría que distinguir si ésta se hallaba en las aguas territoriales o en el espacio aéreo de un Estado (en cuyo caso se entendería originado en tal Estado) o fuera de ellos (en cuyo caso el daño se reputaría generado en el país del pabellón de la nave o aeronave; así lo ha ratificado, en el espacio judicial europeo, la ya citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Danmarks* de 2004). En segundo lugar, de haberse originado el daño en instalaciones fijas o flotantes se entendería causado en la plataforma continental adyacente a un Estado y, por consiguiente, en ese mismo Estado (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁴⁶ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, cit., pp. 828 ss.

⁴⁷ En su reciente sentencia en el asunto *Melzer*, recién citada, al Tribunal de Luxemburgo, le fue sometida una cuestión prejudicial por el Landgericht Düsseldorf en la que le planteaba si, en caso de participación transfronteriza de varias personas en un acto ilícito civil, era posible, de acuerdo con la competencia judicial *ratione loci* en materia delictual establecida en el artículo 5, apartado 3.º del Reglamento 44/2001, determinar el lugar donde se hubiera producido el hecho dañoso utilizando un criterio de conexión alternativo al del lugar del hecho generador del daño; los Magistrados han respondido que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce.

en el asunto C-37/00, *Weber*, de 27 de febrero de 2002). Seguidamente, si el daño se hubiera generado en un lugar no previsible no cabría acudir al foro de competencia del artículo 5, apartado 3.º, de ambos instrumentos supraestatales (tal es el tenor de la aludida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1995 en el asunto *Marinari*). Por último, de haberse causado el daño en altamar, en el espacio exterior, en la Antártida o en cualquier otro lugar no sometido a soberanía estatal, no operaría tampoco el criterio de competencia del *locus delicti commissi* del referido precepto del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 por hallarse ausente el vínculo entre tal lugar y la soberanía de un Estado.

No debemos cerrar este punto sin aludir a que en el apartado 4.º del artículo 5 de los dos citados textos se prevé la posibilidad de que en el seno de un proceso penal se diriman las responsabilidades civiles de una situación de contaminación transfronteriza al establecerse que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

Si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, ante el tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su Ley, dicho tribunal pudiese conocer de la acción civil.

Se trata de una hipótesis nada improbable en los casos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, que un elevado número de Estados consideran como ilícito criminal. Una hipótesis en que han de concurrir tres requisitos para su concreción:

a) Por un lado un órgano judicial de un Estado miembro en el Reglamento 44/2001 o en el Convenio de Lugano de 2007 debe ser competente para conocer del asunto penal. Tales reglas no se contienen, naturalmente, en los citados instrumentos —que sólo disciplinan supuestos de Derecho civil y mercantil—, sino en los respectivos sistemas jurídicos estatales. En el caso español, es el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el que atribuye unilateralmente competencia a los órganos judiciales patrios en este tipo de litigios.

b) Por otro lado, el ilícito que cause el daño ha de estar tipificado como falta o delito en el ordenamiento del Estado cuyos órganos judiciales vayan a conocer del mismo. A estos fines puede ocurrir bien que, conforme al principio de territorialidad, el lugar de acaecimiento de dicho ilícito se halle en tal Estado⁴⁸; bien que el *locus* se concrete fuera pero que la competencia se atribuya a

⁴⁸ En el caso español véanse los artículos 325 a 331, que conforman el Capítulo III («De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente») del Título XVI («De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente») del Código Penal. No obstante, la complejidad que presenta en Derecho

los órganos de un determinado Estado por ser nacional suyo el autor del delito; en el caso español, ambas hipótesis estarían amparadas, respectivamente, por los apartados 1.º y 2.º del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) Por último, el ordenamiento del Estado del acaecimiento del ilícito debe permitir dirimir la responsabilidad civil en el seno del proceso penal. Tal es el caso de nuestro Reino a la luz de los artículos 108 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 109, apartado 2.º, del Código Penal.

2.º En el plano estatal el artículo 22, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en defecto de instrumento supraestatal aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, atribuye unilateralmente a los órganos judiciales españoles competencia para conocer de éste conforme a la misma regla que hemos venido analizando: si el hecho del que deriva la obligación extracontractual ha ocurrido en territorio español. Como consecuencia del efecto exegético directo de los instrumentos europeos que hemos venido sosteniendo a lo largo de todas estas líneas, las consideraciones efectuadas respecto del artículo 5, apartado 3.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 deben darse por reproducidas en este punto⁴⁹.

C) *El foro general del Estado del domicilio del demandado*

En nuestro sistema de Derecho procesal civil internacional, la posibilidad de presentar una demanda en materia de responsabilidad civil extracontractual ante el órgano judicial del domicilio o de la sede del demandado (según sea persona física o jurídica) se halla presente tanto en los instrumentos de carácter supranacional (artículo 2 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007) como en la normativa de origen estatal (art. 22, apartado 2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁵⁰. Se trata de la consagración de un foro clásico que obedece al adagio *actor sequitur forum rei* y que además se configura como alternativo al foro especial por razón de la materia que acabamos de estudiar; en otros términos, en ausencia de elección de foro el demandante en supuesto

comparado la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas —las principales causantes de daños transfronterizos por contaminación— dificulta en ocasiones el recurso al foro de competencia que estamos analizando en estas líneas; para el Derecho español véanse los artículos 31 y 31 bis del citado Código criminal.

⁴⁹ En esta misma línea véase G. PALAO MORENO, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 89.

⁵⁰ Téngase presente no obstante que si el demandado tuviera su domicilio en España la competencia judicial en el asunto de referencia se concretaría conforme a lo establecido en las normas del Reglamento 44/2001 o del Convenio de Lugano de 2007 por la concurrencia de las dos condiciones de aplicación de estos instrumentos: litigio en materia civil o mercantil no excluida de sus respectivos ámbitos de aplicación y domicilio del demandado en un Estado parte en ellos.

de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza podrá ejercer su acción alternativamente ora ante los órganos judiciales del Estado del lugar donde ocurrió el hecho generador de la responsabilidad, ora ante los del Estado del domicilio o de la sede del demandado.

La determinación de los criterios del domicilio y de la sede, que habilitan para demandar por esta vía, se realiza de modo diverso según el texto normativo de que se trate:

a) La verificación de si una persona física está domiciliada en un Estado es directamente diferida a lo establecido en el Derecho interno de dicho Estado; este principio se respeta tanto en los instrumentos europeos (art. 59, apartado 1.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007) como en la Ley Orgánica del Poder Judicial en la que, aunque nada se establezca al respecto, se asume que la calificación procesal de esta institución se ha de realizar por el ordenamiento español como *lex fori*, siendo así que a efectos civiles nuestro ordenamiento equipara el domicilio con la residencia habitual (art. 40 del Código Civil)⁵¹.

b) Para verificar si una persona jurídica tiene su sede en un Estado existen respuestas diversas. El Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano de 2007 han consagrado una norma específica y directa por cuya virtud se entenderá que una persona jurídica está domiciliada indistintamente en el Estado en que se encuentre su sede estatutaria, en que se desarrolle su actividad central, o en que se halle su centro de actividad principal (art. 60, apartado 1.º); esta regla expansiva, además de facilitar la identificación de la sede social por la alternativa de las tres conexiones, permite superar los conflictos de calificaciones que eventualmente puedan surgir de la determinación por remisión del concepto de sede, particularmente frecuentes en el caso de exigencia de responsabilidad multinacionales con matriz y filiales⁵²; distinto es el caso de los grupos transnacionales de sociedades en apariencia independientes pero en las que una de ellas opera como administradora de hecho del resto, en los que se requiere un complejo proceso de levantamiento del velo a fin de concretar la competen-

⁵¹ Sobre esta cuestión en general véase A. RODRÍGUEZ BENOT, «El criterio de conexión para determinar la Ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (marzo de 2010), pp. 189 ss. y la bibliografía allí citada.

⁵² El apartado 2.º de ese mismo artículo consagra reglas *ad hoc* para Eire y el Reino Unido habida cuenta de las peculiaridades de sus ordenamientos: la expresión «sede estatutaria» se equipara al *registered office* y, en el caso de que no exista un *registered office* en ningún lugar, se estará al *place of incorporation* (lugar de constitución) o, a falta de éste, al lugar con cuyo ordenamiento se hubiese efectuado la *formation* (creación) de la persona jurídica. Acerca de las diferencias entre el citado artículo y el precedente artículo 53 del Convenio de Bruselas de 1968 por todos H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n.º 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3.ª ed., LGDJ, París, 2002, p. 62.

cia judicial internacional⁵³. En cambio, en la Ley Orgánica del Poder Judicial se habrá de estar a lo que establezca el sistema de Derecho internacional privado del Estado en que radique el órgano judicial que conozca del asunto (España si la competencia se fundamenta en el art. 22, apartado 2.º, de la citada Ley).

En todo caso se considera que el *momentum* al que ha de estarse a los efectos de verificar el domicilio o la sede del demandado en un determinado Estado es el de la presentación de la demanda de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza⁵⁴.

D) *El foro de la residencia habitual en territorio español del autor del daño y de la víctima*

Con carácter unilateral el artículo 22, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a las autoridades españolas si el autor del daño del que deriva la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza y la víctima de dicho daño tienen su residencia habitual común en España. Aunque en la práctica este precepto haya sido desplazado o substituido por el Reglamento 44/2001 y por el Convenio de Lugano de 2007 (como expondremos más adelante), respecto del mismo es preciso tener en consideración las siguientes apreciaciones:

1.^a Desde una perspectiva técnica se trata de una norma unilateral, esto es, que atribuye competencia únicamente a los órganos judiciales españoles. Dicho de otro modo, una regla de este tipo no se contiene en ninguno de los instrumentos supraestatales de carácter multilateral que venimos analizando en estas líneas (Reglamento y Convenio citados). Por consiguiente, el demandante podrá utilizar la presente norma únicamente para litigar en España si se satisfacen los requisitos del supuesto de hecho de la misma.

2.^a Desde una óptica material, los requisitos aludidos se refieren tanto a la concurrencia de un determinado criterio como al hecho de que lo sea con carácter común para demandante y demandado.

a) Respecto del criterio, el legislador español se ha decantado en esta norma por la residencia habitual en lugar de por el domicilio o por la nacionalidad; ello obedece, por una parte, al hecho de que ésta es un criterio poco adecuado en materia de determinación de la competencia judicial internacional (no tanto

⁵³ Cfr. E. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 205 ss., y M. VINAIXA MIQUEL, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 374 ss.

⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, p. 126.

en sede de determinación del Derecho aplicable) y, por otra parte, a la tendencia a utilizar la residencia habitual como criterio más moderno, flexible y real que el domicilio (si bien las diferencias teóricas entre ambos se diluyen en el ordenamiento español por cuanto, recuérdese, el art. 40 del Código Civil los identifica a efectos civiles). En el caso de que el autor del daño fuera una persona jurídica, hipótesis más común en el supuesto objeto de estudio en este trabajo, su residencia habitual en territorio español se concretaría en la ubicación en éste de su actividad central o de su centro principal de actividades, aunque no se hallara en España su domicilio social o sede formal (recuérdese a este fin la expansiva definición del supuesto de hecho del art. 60, apartado 1.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 con idea de evitar los odiosos conflictos de calificaciones en esta materia).

b) En lo que concierne al carácter común de la residencia habitual del demandante y del demandado en España, no especifica el apartado 2.º del artículo 22 si tal carácter ha de requerirse en el momento de la producción del daño o en el de la presentación de la demanda de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Una interpretación sistemática de este precepto llevaría a entender como *momentum* para la concurrencia del carácter común de la residencia habitual en territorio de ambas partes el segundo de los indicados por cuanto nos hallamos ante una Ley de naturaleza procesal que tiene por objeto, en este punto, señalar los criterios que han de concurrir para la presentación de una demanda ante un órgano judicial patrio; este es el tenor, asimismo, de las normas equivalentes en el Reglamento 44/2001 y en el Convenio de Lugano de 2007, cuya exégesis —recuérdese— debería producir efectos directos en nuestro sistema de Derecho internacional privado de fuente estatal ante supuestos de hecho similares.

c) Desde un ángulo teleológico, la regla glosada del apartado 2.º del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atiende a la satisfacción del principio de proximidad, esto es, a la idea de ofrecer un foro cercano a las partes para dirimir sus diferencias en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. En efecto, que demandante y demandado residan habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda es vínculo suficiente con el litigio como para atribuir competencia a los órganos judiciales patrios en tal caso. De ese modo, aunque el daño se hubiera producido y/o manifestado en otro país, la residencia habitual en España de su autor y de su víctima les permitiría seguir un proceso judicial ante su juez natural, en una lengua que conocen y bajo un ordenamiento familiar; en definitiva, las partes reducirían los costes de la litigación, especialmente considerables en supuestos de tráfico jurídico externo.

Como se ha indicado, el hecho de que verse el litigio sobre materia civil (la exigencia de responsabilidad por daños derivados de contaminación transfronteriza) y de que el demandado desempeñe su actividad central o tenga su centro principal de actividades en España (lo que equivaldría a su domicilio

ex arts. 40 del Código Civil y 60, apartado 1.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007), harían que este criterio de competencia fuese inaplicable en la práctica por ser sustituido o desplazado por los dos instrumentos supraestatales citados.

III. LA SOLUCIÓN EN CUANTO AL FONDO DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA

Determinadas las autoridades estatales que hayan de conocer de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, el *iter* lógico del planteamiento de un asunto de Derecho internacional privado nos conduce, como siguiente paso, a la solución del fondo del asunto de un tal supuesto, solución que se procura en el seno del proceso abierto a raíz de la declaración como competente de una autoridad para conocer del mismo. A estos efectos, el sistema español de Derecho internacional privado se dota, una vez más, de una doble estructura normativa para la respuesta: la supraestatal y la aplicable en defecto de instrumento supraestatal.

1. Las reglas de carácter supraestatal para la solución en cuanto al fondo de los supuestos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza

La solución de fondo de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en el sistema español de Derecho internacional privado puede efectuarse mediante dos técnicas normativas diferentes: la directa o sustantiva y la indirecta o conflictual. A ellas dedicamos las líneas que siguen.

A) *La técnica directa de solución: los convenios de Derecho uniforme sobre responsabilidad extracontractual*

Nuestro Reino es parte en una serie de convenios internacionales de Derecho uniforme en diferentes ámbitos de las responsabilidades extracontractuales que abordan la regulación directa y sustantiva de los supuestos de hecho que regulan. Se trata de los instrumentos a los que ya se ha aludido en un epígrafe anterior en relación con la determinación de la competencia judicial internacional: el Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear, el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación de las aguas

del mar por hidrocarburos y el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 constitutivo de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos.

B) *La técnica indirecta de solución: especial referencia al Reglamento de la Unión Europea 864/2007 (Roma II)*

Para aquellos supuestos en que no resulte aplicable ninguno de los instrumentos de Derecho material uniforme expuestos en el apartado precedente la solución del fondo de los mismos se articulará mediante una técnica indirecta consistente en determinar, sobre la base de las denominadas normas de conflicto, qué ordenamiento estatal de entre los conectados con el caso de que se trate será el que dará la respuesta sustantiva al fondo del mismo. En este marco, el instrumento supraestatal por excelencia al que debería recurrir una autoridad española a tal fin desde el 11 de enero de 2009 es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁵⁵. Se trata de un texto esencial cuyos principales caracteres al objeto de nuestro estudio son los siguientes:

1.º Naturaleza universal. La eficacia *erga omnes* o naturaleza universal del Reglamento (art. 3) implica una doble consecuencia: por una parte, que el

⁵⁵ DOUE L 199, de 31 de julio de 2007. En relación con su ámbito de aplicación temporal, la primera —y hasta ahora única— sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en la interpretación de este Reglamento, en concreto en el asunto C-412/10, *Homawoo*, de 17 de noviembre de 2011, ha dispuesto que un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores de daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009; y que no influyen en la delimitación del ámbito de aplicación temporal de este Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de indemnización ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la Ley aplicable.

A mediados de la década de los noventa del pasado siglo, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado proyectó la elaboración de un Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por daños medioambientales que nunca llegó a buen puerto; sobre ello véase K. FACH GÓMEZ, *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado. Estudio de Derecho aplicable*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 34 y la bibliografía allí referida. En otro ámbito geográfico de la codificación supraestatal de esta materia puede consultarse el estudio de D. P. FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ sobre los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) acerca de los conflictos de Leyes en materia de responsabilidad extracontractual, en particular sobre la jurisdicción competente y la Ley aplicable respecto de la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en «Trabajos preparatorios para la CIDIP-VI», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1, 1999, pp. 316-318.

ordenamiento señalado como aplicable por las normas del Reglamento lo será aun cuando se trate del de un Estado no parte en este instrumento⁵⁶; por otra parte, y como efecto de lo anterior, que las normas del Reglamento sustituyen o desplazan a las normas de fuente interna del sistema de Derecho internacional privado del Estado de la Unión Europea cuya autoridad conozca de la asunto en aquellos supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación material del Reglamento.

2.º Ámbito de aplicación material. A este propósito, este instrumento efectúa en su artículo 1 una doble delimitación del citado ámbito sustantivo de aplicación⁵⁷:

a) Desde una perspectiva positiva (apartado 1.º), el Reglamento declara su aplicación a supuestos en los que debe concurrir primero una obligación extracontractual⁵⁸; segundo en materia de Derecho privado (civil y mercantil)⁵⁹;

⁵⁶ Esto es, cualquiera del mundo salvo los veintiséis de la Unión Europea. No se incluye entre éstos a Dinamarca (art. 1, apartado 4.º del Reglamento Roma II) pues no participa en él por su posición especial respecto de la armonización del Derecho internacional privado en la Unión Europea desde el Tratado de Ámsterdam de 1997, plasmada en los artículos 1 y 2 del Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

⁵⁷ Téngase presente que respecto de las materias reguladas por el Reglamento en todo caso éste prevé que el ordenamiento que resulte aplicable regule también la capacidad de incurrir en responsabilidad por un hecho dañoso, con lo que se deroga el principio general por cuya virtud la capacidad se sometería al ordenamiento personal del autor del hecho dañoso, que en el sistema español de Derecho internacional privado vendría determinado por la nacionalidad tanto para la persona física como para la jurídica (apartados 1.º y 11.º, respectivamente, del art. 9 del Código). Se trata, por consiguiente, de una apreciación relevante respecto de aquellos supuestos de responsabilidad por contaminación transfronteriza originados por una persona jurídica.

⁵⁸ Dado que el concepto de obligación extracontractual puede variar de un Estado miembro de la Unión Europea a otro, el considerando 11 del Reglamento estima que deberá entenderse tal concepto de forma autónoma, es decir, mediante una exégesis propia no necesariamente similar a la sostenida en los ordenamientos estatales, tarea que corresponderá llevar a cabo al Tribunal de Luxemburgo. El único criterio hermenéutico aportado por el citado considerando a estos fines se concreta en el hecho de que las normas de conflicto sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Reglamento deben aplicarse asimismo a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva, apreciación ésta de manifiesto interés para el tipo de responsabilidad abordado en este trabajo. Acerca de las dificultades suscitadas por la consagración de conceptos autónomos en los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, en particular en los Reglamentos Roma I y Roma II, véase J. D. LÜTTRINGHAUS, «Uniform Terminology in European Private International Law - Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n.º 1, 2013, pp. 31-68.

⁵⁹ De ahí que el Reglamento no se aplique a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones

y tercero de tráfico jurídico externo (esto es, que comporte «un conflicto de Leyes» en expresión ya clásica en estos instrumentos). Por tanto, se produce una plena coincidencia con la concreción del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001, que ha sido perfilado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo que se refiere a la delimitación entre las categorías de las obligaciones contractuales y de las extracontractuales en sus sentencias en los asuntos C-334/2000, *Tacconi*, de 17 de septiembre de 2002; C-167/00, *Henkel*, de 1 de octubre de 2002; y C-265/02, *Frahuil*, de 5 de febrero de 2004.

b) Desde una óptica negativa (apartado 2.º) se excluyen expresamente determinadas materias que, pudiendo ser generadoras de responsabilidad extracontractual, por consideraciones de diversa índole escapan del ámbito de aplicación del Reglamento. Se trata de materias relacionadas con las relaciones familiares (incluyendo los alimentos entre parientes), los regímenes económicos matrimoniales y de las uniones de hecho con efectos comparables al matrimonio, la sucesión por causa de muerte, los instrumentos de Derecho cambiario, las personas jurídicas, los *trusts*, los daños nucleares y los derechos de la personalidad (en particular la denominada difamación). Se habrá apreciado que del elenco expuesto es la responsabilidad por daños nucleares la que afecta de lleno a la naturaleza del supuesto que venimos analizando en estas líneas, por lo que ninguna autoridad de un Estado en que resulte aplicable el Reglamento podrá recurrir a las normas de conflicto de éste para determinar el ordenamiento aplicable a este tipo de responsabilidad extracontractual⁶⁰.

3.º Acumulación de la acción civil y de la acción penal. Dado que las normas del Reglamento serán aplicadas con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca de la demanda (considerando 8), si un Juzgado o un Tribunal penal de un Estado de la Unión Europea se hallara

en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*), entendiéndose por tales acciones u omisiones reclamaciones contra el personal que actúe en nombre del Estado y por responsabilidad de los cargos públicos (considerando 9 del Reglamento). Lo anterior supone, *a sensu contrario*, la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de la eventual exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza a órganos de un Estado, a empresas o entidades públicas del mismo o a sus cargos o personal que actúen *iure gestionis*, esto es, en calidad de particulares en el tráfico privado; sobre ello véase A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 180 ss., y D. SANCHO VILLA, «Exclusión de la responsabilidad del Estado por actos *Iure Imperii* en Roma II: consideraciones sobre la aplicación del Reglamento a la responsabilidad del Estado por actos *Iure Gestionis*», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 353-368.

⁶⁰ Según ha puesto de manifiesto F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Derecho internacional privado*, cit., p. 365), los Convenios existentes en este sector no ofrecen una armonización completa de la materia pues no contienen una regulación material uniforme que abarque todos los aspectos de la misma, como tampoco incorporan normas de conflicto uniformes sino remisiones globales al Derecho de cada Estado parte, que incluyen sus normas de conflicto (en el sistema español el art. 10, apartado 9.º, del Código Civil).

resolviendo un delito o falta en los que se estuviera dirimiendo asimismo la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de los mismos (como podría ser el caso de los ilícitos en que el bien lesionado es el medio ambiente, *infra*), dicho Juzgado determinaría el ordenamiento estatal aplicable a este aspecto conforme a lo dispuesto en el Reglamento Roma II. Esta conclusión se refuerza por lo establecido en el apartado 1.º del artículo 1 del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 por cuya virtud el mismo será de aplicación con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional.

4.º Concepto de «daño» y de «hecho generador del daño». En el marco del presente instrumento los conceptos de «hecho generador del daño» y de «daños» adquieren una importancia especial. En relación con el primero, el apartado 2.º del artículo 2 del Reglamento Roma II entiende por «hecho generador del daño» los hechos que puedan producirse que den lugar a cualquier daño. Respecto del segundo, el artículo 2, apartado 1.º, del mismo texto normativo los define como todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso *lato sensu* (abarcando también el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la *culpa in contrahendo*); para mayor claridad, el apartado 3º del mismo precepto concreta que se incluye en el concepto de «daños» cualquier daño que pueda producirse.

5.º Modulación de la responsabilidad. En la aplicación de las normas del Reglamento Roma II el legislador de la Unión Europea ha incluido en el artículo 17 un mandato que impregna todo el articulado de aquél con el objeto de lograr un equilibrio razonable entre las partes (considerando 34). Se trata, en concreto, de la obligación para el aplicador del Derecho de valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega teniendo en cuenta «las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad»⁶¹. Dicho mandato ha de ser modulado conforme a dos criterios que el propio artículo 17 incorpora: en efecto, la valoración aludida ha de efectuarse, por una parte, como cuestión *de facto* (esto es según un criterio de equidad a la vista del conjunto de normas relacionadas de algún modo con la seguridad y el comportamiento) y, por otra parte, siempre que resulte procedente (es decir, «en la medida de lo posible» aclara el considerando 34 del Reglamento)⁶².

⁶¹ En el país en el cual el acto perjudicial se produjo, incluso cuando la obligación extracontractual esté regulada por la Ley de otro país, puntualiza el considerando 34 del Reglamento.

⁶² Acerca del alcance general de estas normas de comportamiento y seguridad en el supuesto objeto de este trabajo véanse, por todos, K. FACH GÓMEZ, *La contaminación transfronteriza...*, cit., pp. 373 ss., y M. VINAIXA MIQUEL, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 425 ss.

6.º Salvaguarda del orden público internacional en la materia. El legislador de la Unión Europea ha previsto asimismo la posibilidad de la salvaguarda del orden público internacional de los Estados miembros de ella mediante dos expedientes clásicos de Derecho internacional privado, uno positivo (la promulgación de normas materiales imperativas o leyes de policía) y otro negativo (la denominada excepción de orden público) justificados ambos por consideraciones de interés público (considerando 32 del Reglamento Roma II):

a) Al primero de los expedientes técnicos se refiere el artículo 16 (rubricado «Leyes de policía»), que viene a establecer que, con independencia de cuál sea el ordenamiento aplicable al fondo de la obligación extracontractual de que se trate, las disposiciones del presente instrumento no afectarán a la aplicación de las normas de carácter imperativo del sistema jurídico del Estado del foro⁶³.

b) A la otra manifestación de la defensa del orden público internacional de los Estados miembros, la excepción de orden público, dedica el Reglamento Roma II su artículo 26 («Orden público del Estado del foro») por cuya virtud «(s)ólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Se trata de una técnica clásica en la aplicación de la norma de conflicto en Derecho internacional privado que, por su propia esencia, debe ser utilizada en circunstancias excepcionales, esto es, cuando se produzca una radical o frontal incompatibilidad —no una simple discrepancia o diferencia— entre lo establecido en el ordenamiento reclamado aplicable a un supuesto de hecho por las normas del Reglamento (sea o no el de un país miembro) y en el ordenamiento del Estado miembro de la autoridad que conoce del asunto⁶⁴.

⁶³ Ejemplos de Derecho comparado extraídos de la práctica de diversos Estados pueden verse en K. FACH GÓMEZ, *La contaminación transfronteriza...*, cit., pp. 339 ss.: prohibición de importación de productos extranjeros fabricados dañando el medio ambiente, exigencias rigurosas de seguridad en la producción de energía nuclear, legitimidad de ciertas asociaciones para exigir el reembolso de gastos generados por actos llevados a cabo para proteger la biodiversidad, etc. Sobre esta cuestión véase asimismo G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 326 ss.

⁶⁴ Prevé el considerando 32 del instrumento de referencia que, en particular, la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares (*exemplary damages*) o punitivos (*punitive damages*) de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro. Una visión desde la perspectiva española de estas instituciones sancionadoras/disuasoras de origen anglosajón, que son de aplicación asimismo en supuestos de contaminación medioambiental, puede consultarse en A. F. PANTALEÓN PRIETO, «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos

7.º Criterios de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Las reglas para la determinación del ordenamiento aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza se articulan en el Reglamento Roma II mediante una estructura escalonada, esto es, deliberadamente ordenada por el legislador de la Unión con el ánimo de establecer los criterios de conexión más apropiados para alcanzar dos objetivos (considerando 14): «(l)a exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en casos individuales [que] son elementos esenciales en un área de justicia». En las líneas que siguen analizaremos las reglas generales [letras a) a d)]⁶⁵ y la regla especial para los daños medioambientales [letra e)] consagradas en el Reglamento Roma II⁶⁶.

a) El primer criterio de conexión general para determinar el ordenamiento aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza es la voluntad de las partes⁶⁷. En efecto, el artículo 14 del Reglamento Roma II consagra una regla que pretende, a la vez, respetar el principio de autonomía de las éstas (el presunto responsable del daño y la presunta víctima del mismo) y reforzar la seguridad jurídica, al permitir a tales partes elegir el ordenamiento estatal aplicable al supuesto de obligación extracontractual de que se trate (considerando 31)⁶⁸.

en el Derecho español», *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 37, 2001, pp. 29-44, y P. SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», *InDret*, 1/2000, pp. 1-17.

⁶⁵ Cfr. sobre ellas A. 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.º 712, 2009, pp. 835-910, y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Un apunte sobre la llamada regla general en el Reglamento Roma II», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 241-250.

⁶⁶ Una exposición de Derecho comparado acerca de las respuestas jurídicas de los ordenamientos de nuestro entorno a las inmisiones medioambientales de carácter transfronterizo puede verse en K. FACH GÓMEZ, *La contaminación transfronteriza...*, cit., pp. 20 ss.

⁶⁷ Con carácter general véanse K. LAHNE-CHALA, «Reflexiones sobre el perfil moderno de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones derivadas del daño», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1, 2006, pp. 331-341; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n.º 864/2007 («Roma II») sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 299, 2009, pp. 95-109; 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*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 113-132; S. LEIBLE, «El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007, pp. 219-239; y A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2013.

⁶⁸ Pese a que el mismo considerando establece que «(e)s conveniente proteger a las partes más débiles imponiendo algunas condiciones a esta elección», en el articulado del Reglamento

Aun cuando nada se señale expresamente, siguiendo el mismo planteamiento mantenido en el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶⁹, del que el Reglamento Roma II trae causa, se entiende que lo elegido ha de ser el ordenamiento de un Estado; dicho en otros términos, la elección de un conjunto de reglas o de un *corpus* normativo que carezca de esa cualificación implicará entender que no se ha elegido Ley y que, por consiguiente, habrá que recurrir al siguiente criterio de conexión establecido por el Reglamento Roma II para la determinación del Derecho aplicable al supuesto de contaminación transfronteriza de que se trate⁷⁰. De igual modo cabría, en sintonía con lo permitido en el Reglamento Roma I, declarar aplicables distintos ordenamientos a diferentes partes del supuesto mediante la llamada técnica del fraccionamiento siempre que con ello no se arruinara la coherencia de la situación así provocada.

La primera cuestión que se plantea respecto del acuerdo de elección de Ley es el del momento en que formular ésta. El apartado 1.º del citado precepto admite dos opciones temporales: una más frecuente por la lógica de las cosas teniendo presente que las partes en la situación carecerían de vinculación contractual entre ellas (se trataría de un acuerdo posterior al acaecimiento del hecho generador del daño) y otra menos usual para cuando todas las partes (autor del daño y víctima de él) desarrollen una actividad comercial (pudiendo en tal caso escoger el Derecho aplicable «mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño»)⁷¹. Aunque nada se establezca sobre el

nada se dispone sobre el particular. Ello implicaría para la autoridad competente que conociera de un litigio surgido de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza verificar que en la emisión de la voluntad de las partes una de ellas (eventualmente el autor del daño) no haya impuesto a la otra (en principio la víctima del daño) una Ley.

⁶⁹ DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

⁷⁰ Piénsese, a modo de ejemplo, en que autor del daño y víctima del mismo hubieran señalado como aplicable al litigio derivado de la contaminación transfronteriza de que se tratase los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles of European Tort Law*), elaborados por el *European Group of Tort Law* (<http://www.egtl.org/>) merced a los trabajos acometidos por sus componentes entre 1996 y 2005; un comentario oficial de los mismos, elaborado por el citado Grupo, puede verse en la obra publicada en Viena en 2005 por la editorial Springer, traducidos al español bajo la coordinación de M. MARTÍN CASALS y publicados por Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, en 2008. Sobre ellos véase asimismo G. BRUEGGEMEIER, «Study Group on a European Civil Code: Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another», *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 2, 2010, pp. 308-317. Una aproximación global y exhaustiva al desarrollo de las obligaciones extracontractuales en el Viejo Continente puede verse en G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil...*, cit., pp. 77 ss., esp. 145 ss.

⁷¹ A modo de ejemplo, expone F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Derecho internacional privado*, cit., p. 367) el hecho de que en algunos sectores se esté generalizando la formulación de estipulaciones acerca de Ley aplicable a las obligaciones contractuales en sentido amplio

particular, resulta lógico admitir el cambio de Ley elegida como aplicable aun en el último supuesto señalado, todo ello siempre que se salvaguarden los derechos de terceros para que éstos no se vean perjudicados (en este sentido véase el considerando 31 del Reglamento Roma II).

Un segundo aspecto en la elección del ordenamiento estatal aplicable concierne a la forma de manifestación de la elección; siguiendo el antecedente de la norma del actual artículo 3 del Reglamento Roma I, el apartado 2.º, *in fine* del artículo 14 del Reglamento Roma II prevé dos modalidades formales: por una parte la elección expresa (sea verbal o, más lógico, escrita) y por otra parte la resultante «de manera inequívoca de las circunstancias del caso» lo que implica, en palabras del considerando 31 del Reglamento, que «las circunstancias del caso deben mostrarla con una certeza razonable». El mismo considerado incide en la importancia de la verificación de una auténtica concurrencia de consentimientos del autor del daño y de la víctima del mismo para considerar designado voluntariamente un ordenamiento estatal como aplicable *in casu* al insistir que «(a) la hora de establecer la existencia de un acuerdo, el órgano jurisdiccional debe respetar la voluntad de las partes».

Un tercer elemento de la elección del Derecho aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza atañe al límite establecido para este tipo de acuerdos en aras de la evitación del fraude y del respeto a las disposiciones imperativas en materia de obligaciones extracontractuales. En efecto, aunque el ordenamiento elegido por las partes podría ser el de cualquier Estado aun cuando no tuviera relación con el asunto de que se tratase (así se deriva de lo dispuesto en el Reglamento Roma I), se persigue con esta limitación que no dejasen de aplicarse las dichas disposiciones tal y como hubieran sido consagradas en el ordenamiento del Estado en el que estuviesen localizados todos los elementos pertinentes de la situación en el momento en que hubiera ocurrido el hecho generador del daño si el autor de éste y la víctima de tal daño hubieran señalado como aplicable el ordenamiento de otro país. A este respecto el artículo 14 admite dos variantes: ora que se trate de las disposiciones imperativas del Derecho interno de cualquier Estado (apartado 2.º), ora que se trate de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea, en cuyo caso todos los elementos pertinentes de la situación tendrían que encontrarse localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea (apartado 3.º). En ambos supuestos la fundamentación es idéntica: no puede

incluyendo también los daños extracontractuales, cual sería el caso de una cláusula del siguiente tenor: «Este contrato, así como las posibles reclamaciones extracontractuales que puedan derivar de él, se regirán por la Ley...»; añade el autor que esta fórmula permite, cuando menos, eliminar cualquier problema de calificación pues sea cual sea la naturaleza final de los daños — contractuales o extracontractuales — se someterían al mismo ordenamiento, si bien por lógica esta elección no sería oponible a terceros que no sean parte en el contrato.

excluirse la aplicación de las disposiciones imperativas mediante acuerdo por resultar inderogables por voluntad de las partes.

b) El segundo criterio de conexión general en el orden consagrado por el Reglamento Roma II para la determinación del ordenamiento aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, que opera cuando no haya habido elección —expresa o tácita— del ordenamiento aplicable, es la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (art. 4, apartado 2.º). Se trata de una regla considerada como una excepción al principio general del *locus commissi delicti* (*infra*) justificada por la estrecha vinculación entre las partes y el Estado de su residencia habitual (considerando 18 del Reglamento Roma II).

Dos son las condiciones de aplicabilidad de este criterio de conexión. En primer término, según se ha indicado, se requiere que la residencia habitual en un Estado sea común para el eventual autor del daño y la posible víctima del mismo. En segundo lugar se exige que dicha circunstancia se verifique en el momento en que se produzca el daño, lo que evita el problema del conflicto móvil y aporta seguridad jurídica en un sector especialmente necesitado de ella; así las cosas, si en el momento del inicio del proceso no coincidieran la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se alegara y la de la persona perjudicada, pero sí lo hubieran hecho en el momento en que el daño se produjo, la autoridad que estuviera conociendo del asunto aplicaría el ordenamiento del Estado de la residencia habitual común en el momento del acaecimiento del ilícito. En el supuesto de un daño continuado en el tiempo (piénsese en la emisión de sustancias contaminantes durante un período más o menos prolongado), cabría estar tanto a una exégesis literal del artículo 4, apartado 2.º, del Reglamento (y entender pues que la residencia habitual común de ambas partes habría de concretarse en el momento del inicio de la emisión), como a una interpretación teleológica de dicho precepto (y sostener, por consiguiente, que podría aplicarse el ordenamiento del Estado en que en cualquier momento concurriera la residencia habitual del eventual responsable del daño y de su posible víctima a lo largo de la emisión de las sustancias contaminantes), lo que se justificaría por la *vis* atribuida a esta conexión por el legislador de la Unión Europea en razón de la estrecha vinculación que pone de manifiesto entre las partes y el Estado de su residencia habitual común.

La utilización del criterio de conexión de la residencia habitual en el artículo 4, apartado 2.º, del Reglamento nos aboca al análisis de su concreción a la luz del precepto dedicado por él a este fin, el artículo 23, distinguiendo a la persona física de la jurídica⁷².

⁷² El cercano criterio de conexión del domicilio no es utilizado por el Reglamento Roma II en ningún caso, lo que se explica por el ánimo del legislador de la Unión Europea de utilizar un concepto más moderno, realista y flexible que evidencia la verdadera integración de una persona (física o jurídica) en un entorno social.

En lo que atañe a la persona física, el apartado 2.º del último artículo citado contiene una regla autónoma únicamente para la persona física que esté ejerciendo su actividad profesional por cuya virtud se dispone que el Estado de su residencia habitual será el de su establecimiento principal; se trata de una regla pensada, sobre todo, para un eventual autor del daño que actúe en el ejercicio de su profesión. Para el supuesto en el que la persona física no sea un profesional o, siéndolo, no actúe en el ejercicio de su actividad profesional, nada se dispone por lo que hemos de estar a lo establecido en el ordenamiento del Estado de la autoridad que conozca del supuesto para concretar el criterio de la residencia habitual; a estos efectos se recuerda que, en el Derecho español, a efectos civiles el domicilio y la residencia habitual son idénticos (art. 40 del Código Civil).

En lo que concierne a la persona moral, el apartado 1.º del artículo 4 del Reglamento dispone como regla general que la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central. No obstante añade, para el supuesto en que el hecho generador del daño o el daño se produzcan en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, que se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento estén situados; se pretende con ello la individualización o concreción de los supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza identificando *ratione personae* y *ratione territorii* el verdadero causante del daño en relación con personas jurídicas complejas que puedan tener una sede ubicada en un país y actuar en otro u otros a través de sucursales, agencias o establecimientos de similar índole. El criterio de la administración central utilizado por el artículo 23, apartado 1.º, del Reglamento Roma II —que es uno de los consagrados por el artículo 60, apartado 1.º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 para concretar el domicilio de la persona jurídica a fin determinar la competencia judicial internacional (*supra*)— será el más frecuentemente utilizado en los supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza dado que, como se ha expuesto, la realidad demuestra que ésta es originada por la actividad de personas jurídicas, con frecuencia de estructura compleja, en el tráfico jurídico internacional⁷³.

⁷³ Técnicamente diferente es el supuesto suscitado en el caso *Boliden* antes citado, en el que se trataba de un grupo de sociedades de las que la dominante, que actuaba como administradora de hecho de la sociedad española *Boliden Apirsa*, era la radicada en Suecia. Acerca de este caso véanse, entre otros, C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «Sobre las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de noviembre de 2011. El caso *Boliden*: un conflicto sin resolver», *Administración de Andalucía de Administración Pública*, 2011, pp. 197-208; *idem*, «¿Seguro que el TS ha eximido a *Boliden* de pagar por el desastre de Aznalcóllar?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 834, 2011, p. 6; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Catástrofes ambientales y Derecho internacional privado: el caso *Boliden* continúa», en J. M. SOBRINO HEREDIA (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas*,

c) El tercer criterio de conexión general que, en defecto de los dos anteriores, el Reglamento Roma II establece para determinar el ordenamiento aplicable a las obligaciones extracontractuales es el *locus damni*, siendo el siguiente el tenor de su artículo 4, apartado 1.º:

Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la Ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente 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.

Una primera cuestión que suscita el precepto reproducido atañe a la justificación del criterio del lugar del daño como criterio general llamado a gozar de una vocación generalizada de aplicación (habida cuenta de que no será frecuente que las partes pacten el ordenamiento aplicable al litigio que les enfrenta ni que el autor del daño y la víctima de éste residan habitualmente en el mismo Estado en el momento en que tal daño se produzca). Dicha justificación aparece recogida en el considerando 16 del propio Reglamento 864/2007 sobre la base de que la *lex loci damni*, por una parte, provoca el incremento de la previsibilidad de las resoluciones judiciales; por otra parte, garantiza el equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada; y, por fin, responde a la realidad comparada al obedecer este criterio a «la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva».

Un segundo aspecto derivado de la norma de conflicto consagrada en el apartado 1º del artículo 4 del Reglamento Roma II concierne a la identificación precisa del Estado cuyo ordenamiento resultará aplicable. Como se habrá podido apreciar, de la redacción de tal precepto se desprende la referencia a al menos tres posibles Estados: a) aquel donde se haya producido el hecho generador del daño; b) aquel en que se haya manifestado el daño; y c) aquel o aquellos en que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho generador del daño en cuestión. Pues bien, es el ordenamiento del segundo de ellos letra b) el que resultaría de aplicación al supuesto de exigencia de res-

actores y factores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 603-626; C. I. GÓMEZ LIGÜERRE, «Quien contamina paga... si alguna jurisdicción es competente para condenarlo: conflictos de jurisdicción en el caso *Boliden*», *InDret*, 2/2012, pp. 1-29; A. RUDA GONZÁLEZ, «Sentencia de 11 de enero de 2012 (RJ 2012, 175). Responsabilidad civil por daños medioambientales en el caso del vertido de Aznalcóllar», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 91, 2013, pp. 15-52; P. SALVADOR CODERCH y A. FERNÁNDEZ CRENDE, «España c. *Boliden Apirsa*: comentario a la STS, 3.ª, 22.11.2004», *InDret*, 3/2005, pp. 1-13; y, con carácter más omnicompreensivo, A. YBARRA BORES, *La ejecución de las sanciones administrativas en el ámbito de la Unión Europea*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

ponsabilidad civil por contaminación transfronteriza⁷⁴; en ejemplo extraído del considerando 17 del Reglamento, «(e)n consecuencia, en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente».

Aclaradas las dos cuestiones precedentes, la proyección del contenido del apartado 1.º del artículo 4 del Reglamento Roma II sobre la realidad derivada de los supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza nos conduce a la siguiente casuística. En primer término, la concreción del país del *locus damni* no debería presentar especial complejidad en el supuesto en que el hecho generador del daño y la manifestación de éste coincidiesen en el mismo Estado. En segundo lugar, si el hecho generador del daño se produjera en un país (por ejemplo, desde el que emanara una emisión contaminante) y los efectos de tal hecho daño se manifestaran en otro (aquel en que produjera efectos nocivos tal emisión), en estos supuestos a los que se denominan «ilícitos a distancia» el ordenamiento aplicable sería el de este último. Finalmente, si el hecho generador del daño se manifestase en varios países nos hallaríamos ante los llamados daños plurilocalizados en los que, conforme a la «tesis del mosaico» (*Mosaic Principle* o *Mosaikbetrachtung*) seguida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resultaría de aplicación el ordenamiento de cada uno de éstos respecto de los daños manifestados en sus respectivos territorios⁷⁵.

d) La regla de cierre para determinar con carácter general el ordenamiento aplicable a la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza es la basada en los vínculos más estrechos con el supuesto. En efecto, dispone el apartado 3.º del artículo 4 del Reglamento Roma II que

⁷⁴ La versión española no es todo lo afortunada que debiera pues, al beber directamente de la inglesa -que utiliza el mismo verbo (*to occur*) para referirse al país de acaecimiento del hecho y al de manifestación del daño-, maneja tan sólo el verbo «producir» para ambos países, provocando una confusión, cuando, para una mayor claridad y seguridad jurídica, debería utilizar el verbo «manifestar» para concretar el Estado donde se da a conocer o donde se pone a la vista el daño (*locus damni*); más adecuada resulta, por ejemplo, la versión francesa que utiliza dos verbos (*se produire* en relación con el país donde acaece el hecho del que deriva el daño y *survenir* para el país en que se manifiesta éste). Acerca de los problemas generados por la traducción jurídica, en particular en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea, véase A. RODRÍGUEZ BENOT, «Las lenguas extranjeras en la investigación jurídica», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y A. RODRÍGUEZ BENOT (coords.), *Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación*, Porrúa, Ciudad de México, 2010, pp. 215 ss.

⁷⁵ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, cit., pp. 828-829. Exponen no obstante J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO (*Derecho internacional privado*, cit., p. 568) que, en supuestos particulares, tal vez otras opciones como la aplicación del ordenamiento del Estado en que se produce el daño principal pudieran ser más razonables.

Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. 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.

La primera cuestión que suscita esta norma es la de su operatividad, esto es, la de las condiciones que se exigen para que pueda recurrirse a ella dado que es considerada una cláusula de escape⁷⁶. De entrada, aunque no se diga expresamente, una exégesis lógica y sistemática del Reglamento 864/2007 excluye la posibilidad de que pueda utilizarse la regla de los vínculos más estrechos cuando las partes hayan pactado el Derecho aplicable conforme a lo establecido en el artículo 14 de este instrumento. Por el contrario, la regla del apartado 3.º del artículo 4 operaría únicamente si el ordenamiento señalado por las reglas establecidas en los apartados 1.º (residencia habitual común del autor del daño y de la víctima del mismo) o 2.º (*locus damni*) no presentara una vinculación suficientemente estrecha con el supuesto; en particular, la última de las reglas citadas podría en ocasiones presentar un carácter fortuito que justificaría la aplicación de otra Ley más conectada con el supuesto de que se trate. La operatividad de esta cláusula de escape exige, por lo expuesto, que la autoridad que esté conociendo del asunto de que se trate efectúe una valoración de la conexión del hecho dañoso con los países señalados por los apartados 1.º y 2.º del artículo 4 del Reglamento Roma II así como con otro Estado diferente eventualmente vinculado con el caso para decidir si excepcionalmente debe ser aplicado el ordenamiento de éste en detrimento del de aquéllos. En esta operación, ha afirmado F. J. Garcimartín Alférez, la autoridad competente «dispone de un margen de apreciación para determinar si existe un vínculo significativo entre la obligación extracontractual y la Ley aplicable» o, dicho en otros términos, no nos hallamos ante una presunción en sentido fuerte como acredita la utilización del tiempo verbal «podría» (*might be caused* en la versión inglesa)⁷⁷.

Una segunda cuestión que suscita la presente norma concierne, precisamente, a los criterios que ha de manejar la autoridad competente para cerciorarse de que «el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país». Se trata de una cuestión abierta aunque la propia norma del apartado 3.º del artículo 4 ofrezca un criterio orientativo (en ningún caso se trata

⁷⁶ Sobre esta cuestión véanse A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, cit., pp. 120 ss., y R. FENTIMAN, «The Significance of Close Connection», en J. AHERN y W. BINCHY (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, cit., 2009, pp. 85-112.

⁷⁷ *Derecho internacional privado*, cit., p. 272.

de un *numerus clausus*) cual es el de la preexistencia de una relación entre las partes; piénsese, a modo de ejemplo, en un contrato estrechamente vinculado con el hecho dañoso del que se derivase la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Así las cosas, serían las partes en su respectiva actividad procesal (demanda o contestación a la demanda) las que deberían alegar y probar la existencia de una vinculación manifiestamente estrecha del hecho dañoso con un determinado ordenamiento para derogar las reglas de los apartados 1.º y 2.º del artículo 4, del mismo modo que sería la autoridad que conociese del asunto la que decidiría finalmente, de forma motivada, si acogerse a esta cláusula de escape para determinar como aplicable dicho ordenamiento. A este respecto el considerando 18 del Reglamento Roma II aporta dos elementos de importancia para la tarea reseñada: por una parte han de tenerse en cuenta «todas las circunstancias del caso» (esto es, debe llevarse a cabo un análisis exhaustivo y global del hecho dañoso, no basta con uno meramente superficial o parcial) y por otra parte dicho análisis ha de producir como efecto que resulte «claro» que otro Estado diferente a los señalados por los apartados 1.º y 2.º del artículo 4 presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el hecho dañoso (es decir, ha de tratarse de una conclusión rotunda o categórica y no simplemente aproximada o circunstancial).

e) No obstante las cuatro reglas generales consagradas por el Reglamento Roma II para determinar el ordenamiento aplicable a un supuesto de exigencia de responsabilidad por contaminación transfronteriza, el citado instrumento ha previsto normas específicas para ciertos daños respecto de los que esas normas generales no permiten lograr un equilibrio razonable entre los intereses en juego (considerando 19). Uno de ellos, particularmente relevante para el objeto del presente estudio, lo representan los daños medioambientales, que son objeto de disciplina por el artículo 7 del Reglamento; ello significa que, dándose el supuesto de hecho de éste, la norma para determinar el ordenamiento aplicable será la consagrada *ad hoc* en tal artículo en lugar de las analizadas en las letras a) a d) precedentes⁷⁸.

⁷⁸ Con carácter general, cfr. sobre esta materia, además de las obras citadas a lo largo de este opúsculo, J. BARBOZA, «International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 247, 1994, pp. 291-406; M. BOGDAN, «The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II», en J. AHERN y W. BINCHY (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, cit., pp. 219-230; N. BOUZA VIDAL, «Aspectos de Derecho internacional privado en la protección del medio ambiente», en AAVV, *Problemas internacionales del medio ambiente*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Barcelona, 1985, pp. 57-93; de la misma autora, en colaboración con M. VINAIXA MIQUEL, vid. asimismo, «La responsabilidad por daños ambientales transfronterizos, propuesta de regulación europea y Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2003, pp. 75-106; A. CRESPO HERNÁNDEZ, «Daños al medio ambiente y regla de la ubicación en el artículo 8 del

La justificación de una solución *ex professo* para la responsabilidad civil por daños medioambientales se deriva del hecho de que el actual artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, referido a la política de ésta en materia de medioambiente, tiene como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión; asimismo se prevé en el apartado 2.º de dicho artículo que la citada política «se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga». Es ello lo que justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima (*favor laesi*), igualmente proyectable en el ámbito de la determinación del ordenamiento aplicable a la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de daños medioambientales (considerando 25 del Reglamento 864/2007). Así las cosas, dispone el citado artículo 7 de éste:

La Ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la Ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la Ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

La aplicación práctica de esta regla a los supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de un daño medioambiental suscita dos cuestiones esenciales: por un lado, la concreción del ámbito sustantivo de aplicación del artículo (esto es, qué se entiende por «daño medioambiental»); y, por otro lado, el orden específico de criterios para la determinación del ordenamiento aplicable a la responsabilidad por este tipo de daño.

En lo que atañe a la primera de las cuestiones indicadas, el mismo Reglamento Roma II incorpora una plausible definición autónoma o propia de «daño medioambiental» al disponer su considerando 24 que debe entenderse por tal el cambio adverso de un recurso natural (como el agua, el suelo o el aire), el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural en beneficio de otro recurso natural o del público, o un perjuicio a la variabilidad entre los organis-

futuro Reglamento de Roma II», *InDret*, 3/2006, pp. 1-25; T. KADNER GRAZIANO, «The Law Applicable to Cross-Border Damages to the Environment», *Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 71-86; K. KREUZER, «Environmental Disturbance and Damage in the Context of Private International Law», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1, 1992, pp. 57-78; y A. ORTIZ-ARCE DE LA TORRE, «La responsabilidad civil referida al medio ambiente en el marco de la Comunidad Europea (Las relaciones entre las disposiciones materiales y las disposiciones jurisdiccionales y conflictuales)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 87, 1996/1997, pp. 166-224.

mos vivos. El elevado nivel de protección medioambiental que ha de procurarse en los Estados de la Unión Europea, al que nos hemos referido líneas arriba, se concretó en la promulgación de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños⁷⁹, que fue transpuesta al ordenamiento jurídico patrio mediante la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental⁸⁰, fundamentada asimismo en el mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución española de 1978 que reza como sigue.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Como tendremos ocasión de comprobar, el artículo 7 del Reglamento Roma II no sólo asume la consideración del medio ambiente como un bien público cuya protección implica la de los intereses de toda la sociedad presente en los citados textos normativos, sino que también incluye en su ámbito material de aplicación los daños colaterales al daño medioambiental, esto es, los sufridos por personas o bienes como consecuencia de él. Dicho en otros términos, el artículo 7 analizado cubre tanto el daño social medioambiental como los daños particulares derivados del mismo. Lo cual tiene su lógica por cuanto, según oportunamente ha afirmado G. Palao Moreno,

Al margen (aunque sin perder de vista) de las consecuencias de tipo ecológico que se derivan de tales sucesos, en la mayoría de los casos [...] se ha ocasionado un importante quebranto tanto físico como patrimonial a determinados sujetos privados (afectando también, desde luego, a los intereses de diferentes Estados y administraciones públicas). En todos ellos, por lo tanto, se encuentra presente la eventual reclamación que pudieran formular los mismos frente al sujeto causante del menoscabo⁸¹.

⁷⁹ DOUE L 143, de 30 de abril de 2004. Sobre ella véanse, entre nosotros, G. S. FERREIRA, «El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales en la Unión Europea (La Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril)», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 273, 2007, pp. 5-19, y L. GONZÁLEZ VAQUE, «La responsabilidad medioambiental en la Unión Europea, la Directiva 2004/35/CE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 11, 2006.

⁸⁰ BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2007.

⁸¹ *La responsabilidad civil...*, cit., p. 17.

La segunda de las cuestiones de interés para la aplicación práctica del artículo 7 del Reglamento Roma II a los supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de daños medioambientales concierne al orden de los criterios establecidos para la determinación del ordenamiento aplicable. En aras del *favor laesi*, el precepto se articula de manera que se deja a la voluntad de la persona que reclama el resarcimiento del daño ambiental —la eventual víctima o su derechohabiente— elegir la aplicación bien del ordenamiento del país en que se manifieste el daño (regla general del apartado 1.º del art. 4, *supra*), bien del ordenamiento del país en el cual se ha producido el hecho generador del daño⁸²; si el reclamante no ejerciera su facultad de elección, el ordenamiento aplicado sería el del Estado del país en que se manifestara el daño⁸³. Precisamente estos supuestos en que no coincidirían ambos Estados (pues en uno se ubicaría el hecho generador del daño medioambiental y en otro u otros se manifestarían las consecuencias de éstos) son aquellos que resultarían frecuentes para el objeto de nuestro estudio dada la actividad de ciertas empresas eventualmente generadoras de contaminación transfronteriza.

La regla especial del artículo 7 deja abierta la cuestión de si, en materia de exigencia de responsabilidad por daños medioambientales derivados de contaminación transfronteriza, pueden jugar otras dos conexiones como son la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 14 (*supra*) y los vínculos más estrechos del apartado 3.º del artículo 4. En nuestra opinión la respuesta sería negativa. En el primer caso por cuanto una exégesis teleológica así lo aconseja dado que el legislador habría querido que, en materia de daños medioambientales (art. 7), la facultad de elección se residenciase exclusivamente en la persona que reclamaría el resarcimiento del daño por entenderse como una parte débil frente a la contraparte eventualmente fuerte que sería la presunta responsable del daño; por el contrario, la elección del ordenamiento aplicable abordada por el artículo 14 debe ser objeto de un acuerdo —expreso o tácito— por ambas partes en un plano de igualdad. En cuanto a la otra duda suscitada, entendemos que en este caso la interpretación que permite rechazar la toma en consideración de la cláusula de escape de los vínculos más estrechos del apartado 3.º del artículo 4 es la literal porque el legislador de la Unión Europea tan sólo ha que-

⁸² La cuestión atinente a cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir como aplicable uno u otro Derecho se determinará de conformidad con la legislación procesal del Estado miembro en que se someta el asunto al órgano judicial competente (considerando 25 del Reglamento). En el caso del Derecho español, la elección se concretaría en la demanda ex artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸³ Como ha expuesto F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Derecho internacional privado*, cit., p. 378), la aplicación de la Ley del Estado donde se padece el daño obliga a los operadores instalados en un país de bajo nivel de protección a tener en cuenta el nivel más elevado de los países vecinos donde contaminan.

ruido retener, de los criterios de conexión del citado artículo 4, el de su apartado 1.º lo cual se justificaría en la idea de evitar la aplicación de otro ordenamiento que no sea el del Estado de manifestación del daño ambiental o el de generación del mismo si así lo decide quien reclama el resarcimiento del mismo.

8.º Ámbito de aplicación material del ordenamiento declarado aplicable al supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Cualquiera que sea el ordenamiento que resulte de aplicación conforme a los criterios analizados en las líneas que preceden⁸⁴, el mismo abarcará, en particular, las siguientes cuestiones (art. 15 del Reglamento Roma II)⁸⁵: *a)* el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; *b)* las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; *c)* la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada; *d)* dentro de los límites de los poderes conferidos al órgano competente por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño; *e)* la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; *f)* las personas con derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; *g)* la responsabilidad por actos de terceros; y *h)* el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

9.º Relaciones del Reglamento Roma II con otros instrumentos supraestatales. Como es usual en los instrumentos de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado, el Reglamento Roma 864/2007 disciplina sus relaciones con otros cuerpos normativos distinguiendo si éstos pertenecen al Derecho de la Unión Europea o si son convenios internacionales:

a) Respecto de los primeros, si bien el principio de base debería consistir en evitar la dispersión de normas de conflicto entre varios instrumentos, así como las diferencias entre tales normas (considerando 35), el artículo 27 del Reglamento Roma II admite que éste no debe afectar a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de Leyes relativos a las obligaciones extracontractuales. Más específicamente, aclara el citado considerando que el instrumento que venimos analizando «no debe perjudicar la aplicación de otros instrumentos que establezcan

⁸⁴ Es preciso señalar que el Reglamento Roma II excluye la posibilidad de utilizar la técnica del reenvío —sea del grado que sea— al prever su artículo 24 que por Ley aplicable de un país se han de entender «las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado».

⁸⁵ Con mayor detalle véase M. VINAIXA MIQUEL, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 268 ss.

disposiciones destinadas a contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la Ley designada por las normas del presente Reglamento»⁸⁶.

b) En lo que atañe a los convenios internacionales, el artículo 28 del Reglamento Roma II contiene dos preceptos clásicos en este tipo de instrumentos que permiten articular las relaciones entre aquél y los tratados en los que sean parte los países de la Unión Europea distinguiendo entre aquellos textos en que sean parte al menos un Estado miembro y al menos un Estado tercero (apartado 1.º) y aquellos otros en que lo sean exclusivamente Estados miembros (apartado 2.º). Vayamos por partes.

En aras del respeto a los compromisos internacionales ya asumidos, el primero de los preceptos dispone que el Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más países miembros en el momento de la adopción del propio Reglamento (esto es, el 11 de julio de 2007) y que regulen los conflictos de Leyes en materia de obligaciones extracontractuales⁸⁷; la atribución de una competencia exclusiva a la Comunidad Europea para negociar y celebrar convenios internacionales en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil a raíz del Dictamen 1/2003 sobre la negociación y celebración del que sería Convenio de Lugano de 2007, implica que los Estados miembros quedan privados de la posibilidad de negociar y celebrar nuevos convenios internacionales en el sector de las obligaciones extracontractuales⁸⁸. No obstante, ante la hipótesis de casos particulares y excepcionales en que un Estado miembro tuviera un particular interés en negociar y celebrar un convenio en este ámbito, el considerando 37 del Reglamento

⁸⁶ De hecho, continúa añadiendo el considerando 35 que la aplicación de las disposiciones de Ley aplicable determinadas por las normas del Reglamento Roma II no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), *DOUE L* 178, de 17 de julio de 2000.

⁸⁷ Para favorecer la seguridad jurídica, el apartado 1.º del artículo 29 establece que «Los Estados miembros comunicarían a la Comisión, a más tardar el 11 de julio de 2008, los convenios contemplados en esta norma y que, a partir de esa fecha, dichos Estados deberán informar a la Comisión la denuncia de los mismos». Esta información se contiene en la actualidad en el *DOUE C* 343, de 17 de diciembre de 2010.

Sobre esta cuestión véanse, para mayor detalle, C. BRIERE, «Réflexions sur les relations entre la proposition de Règlement Rome II et les conventions internationales», *Journal du Droit International*, n.º 3, 2005, pp. 677-694, y A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, cit., pp. 72-74.

⁸⁸ Cfr. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El régimen comunitario relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Revista Española de Seguros*, n.º 140, 2009, pp. 7-8.

Roma II prevé que la Comisión presente una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los procedimientos y condiciones bajo los que los Estados miembros estarán autorizados a celebrar en nombre propio acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, con disposiciones sobre la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales⁸⁹.

El segundo de los preceptos antes indicados (el apartado 2.º del art. 28 del Reglamento Roma II) concierne a los convenios internacionales celebrados exclusivamente entre Estados miembros de la Unión Europea, respecto de los cuales se establece que aquél primará sobre éstos, los cuales quedan por consiguiente desplazados en las materias reguladas por el Reglamento. En el caso de España, no existe ningún convenio bilateral o multilateral en materia de determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones extracontractuales que vincule a nuestro Reino exclusivamente con otro u otros Estados miembros de la Unión Europea.

2. Las reglas para determinar el ordenamiento aplicable a los supuestos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en defecto de instrumento supraestatal: el artículo 10, apartado 9.º, del Código Civil

Para aquellos supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza no cubiertos por un instrumento supraestatal en el que sea parte nuestro Reino, el sistema español de Derecho internacional privado dispone de la norma de conflicto del artículo 10, apartado 9.º, párrafo 1.º, del Código Civil para determinar el ordenamiento estatal aplicable a los mismos.

En lo que concierne al supuesto de hecho, el aludido precepto se refiere a «las obligaciones no contractuales», un concepto extenso que no obstante en la materia objeto de este caso apenas si permitiría su aplicación a supuestos no regulados por los Convenios específicos de Derecho uniforme (*supra*) ni por el Reglamento Roma II (que, recuérdese, goza de naturaleza universal o eficacia *erga omnes*); sería el caso, por ejemplo, de la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza por daños nucleares, que es proscrita del citado instrumento de la Unión Europea por su artículo 1, apartado 2.º, letra f), y que tampoco se halla incluida en el ámbito de aplicación material del Convenio de París de 1960.

⁸⁹ A tal efecto se ha adoptado el Reglamento (CE) n.º 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, *DOUE L 200*, de 31 de julio de 2009.

En lo que atañe al criterio de conexión utilizado, el artículo 10, apartado 9.º, párrafo 1.º, del Código Civil provoca que la competente autoridad judicial española que conociera de un supuesto cubierto por él declarase aplicable el ordenamiento del Estado donde hubiera ocurrido el hecho del que derive la responsabilidad extracontractual en cuestión⁹⁰. Se trata de un criterio tradicional que obedece a la consagración literal de la regla *locus delicti commissi*; en este sentido, y en lo que concierne en particular a los daños causados al medioambiente por contaminación transfronteriza, ha puesto de manifiesto G. Palao Moreno que la concreción del criterio de conexión del artículo 10, apartado 9.º, del Código Civil en el lugar de la acción agresiva al medioambiente conduciría a aplicar el ordenamiento sustantivo del Estado donde se origina la contaminación con una naturaleza transfronteriza, ordenamiento que en la mayoría de las ocasiones sería la del país donde se encuentra establecida la empresa contaminante⁹¹.

Pese a que la rigidez de nuestra norma de conflicto ignora en teoría la posibilidad de aplicar bien el ordenamiento del Estado del lugar de acaecimiento del ilícito, bien el del Estado del lugar de manifestación de los daños, en la doctrina patria se ha abierto una línea de flexibilidad que pretende superar esta cortapisa; en efecto, desde los primeros escritos en la materia autorizadas plumas han venido sosteniendo que en los supuestos en que el lugar de acaecimiento del ilícito y de manifestación de los daños del mismo se concreten en diferentes Estados cabría aplicar el ordenamiento del este último país por ser el más adaptado a este tipo de responsabilidad civil extracontractual, como ha asumido el explicado Reglamento 864/2007⁹².

Cualquiera que fuese el ordenamiento nacional declarado aplicable *ex* artículo 10, apartado 9.º, del Código Civil por la competente autoridad española a un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, el ámbito de materias amparado por dicho ordenamiento estaría conformado, de manera expansiva, por todas las cuestiones relacionadas con el citado supuesto, desde su nacimiento hasta su extinción. Así lo dispone el apartado 10 del mismo artículo, al establecer que «(l)a Ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción».

⁹⁰ Explican J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO (*Derecho internacional privado*, cit., p. 570) que aunque se haya defendido la posibilidad de admitir la autonomía conflictual —esto es, la elección del ordenamiento aplicable— en el artículo 10, apartado 9.º, del Código Civil a partir de una interpretación orientada del artículo 12, apartado 6.º, de dicho cuerpo legal, «no cabe duda de la imperatividad del artículo 10.9.º del C.c., que puede facultar al juez para impedir semejante juego de la autonomía de la voluntad en materia extracontractual».

⁹¹ *La responsabilidad civil...*, cit., p. 107.

⁹² Por todos, véase N. BOUZA VIDAL, «Aspectos de Derecho internacional privado...», cit., p. 90.

Este precepto consagra implícitamente un principio general del Derecho internacional privado —el principio de unidad de régimen jurídico de la obligación—, según el cual el ordenamiento aplicable a la responsabilidad extracontractual extiende su ámbito desde el nacimiento hasta la extinción de la obligación⁹³. El ámbito de aplicación de dicha Ley deberá comprender, entre otras, las siguientes cuestiones: el tipo de responsabilidad; el supuesto, las condiciones (imputabilidad, antijuricidad, culpabilidad, causalidad) y la extensión de la responsabilidad; las causas de exoneración, limitación y distribución de la responsabilidad; el tipo de daños indemnizables (patrimoniales, no patrimoniales) y su existencia: la cuantía y las modalidades de la indemnización; las personas con derecho propio a indemnización; la eventual responsabilidad por hecho ajeno: la transmisibilidad (*inter vivos* y *mortis causa*) del derecho a reparación; la prescripción y caducidad basadas en el transcurso de un término, etc.

IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS DECISIONES EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA

El *iter* lógico de un supuesto de exigencia de responsabilidad civil por contaminación en un supuesto de tráfico externo concluye con la eventualidad de que la decisión dictada por la autoridad de un Estado deba producir eficacia en otro u otros. Y es que, como es sabido, la función jurisdiccional puede ir dirigida tanto a juzgar (*supra*) como a hacer ejecutar lo juzgado (art. 117, apartado 3.º, de la CE), esto es, a permitir que una resolución judicial dictada por un órgano judicial de un Estado soberano despliegue efectos extraterritoriales. No es esta la sede adecuada para analizar a fondo los regímenes de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras; nos limitaremos en este punto a señalar que coexisten de nuevo distintos ámbitos normativos:

a) Por una parte se trata del régimen supraestatal conformado ora por instrumentos multilaterales como los dos europeos manejados en estas líneas (el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano de 2007), ora por Convenios bilaterales rubricados con diversos países. La virtualidad principal que aportan los dos textos europeos (arts. 32 y siguientes en ambos casos) es que en ellos el reconocimiento es automático, es decir, que no se requiere procedimiento alguno a tal efecto.

b) Por otra parte existe un régimen aplicable en defecto del anterior constituido por los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de

⁹³ Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, cit., p. 910.

febrero de 1881, aún vigentes en tanto no se promulgue una hipotética Ley sobre cooperación jurídica internacional.

1. Instrumentos de carácter supraestatal para procurar la eficacia extraterritorial de las resoluciones en supuestos de contaminación transfronteriza

A) Instrumentos de carácter multilateral

Con independencia de lo escasamente dispuesto en los Convenios internacionales de Derecho uniforme a los que nos referimos en sede de determinación de la competencia judicial internacional⁹⁴, en aquellos casos en que un órgano judicial de un Estado europeo haya conocido de un supuesto de contaminación transfronteriza fundamentando su competencia en las reglas del Capítulo II del Reglamento 44/2001 o del Título II del Convenio de Lugano de 2007, la decisión por él dictada desplegará efectos extraterritoriales en otros Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en las normas de su Capítulo III o de su Título III respectivamente (en ambos casos arts. 32 ss.). Los caracteres primordiales que informan estas normas son los que siguen:

1.º Ambos instrumentos acogen, en el primero de los artículos referidos, un sentido amplio de resolución judicial con independencia de su nombre: sentencia, auto, providencia, mandamiento de ejecución o incluso acto del Secretario Judicial liquidando las costas del proceso. Del mismo modo, los dos textos europeos distinguen entre reconocimiento y ejecución:

a) El primero es automático, esto es, no resulta preciso ningún procedimiento de exequátur para que se produzca (art. 33), pudiendo instarse bien incidentalmente, bien mediante acción principal.

b) En cambio, para que se proceda a la ejecución en un Estado de la resolución dictada en otro la parte interesada deberá solicitarlo. En España debe

⁹⁴ Nos referimos al artículo 13, letra e), del Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear, al artículo X del Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil por los daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos y al artículo 8 del Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 constitutivo de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos. En los tres supuestos, los respectivos textos se limitan a indicar el reconocimiento y la ejecutividad de las decisiones dictadas en su aplicación, todo ello articulado conforme a las reglas establecidas al efecto en los respectivos sistemas estatales de Derecho internacional privado.

hacerse ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la parte contra la que se solicite la ejecución o del lugar de ejecución (arts. 38 y 39).

2.º En el reconocimiento y ejecución de decisiones del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano de 2007 se invierte la tradicional regla de la carga de la prueba en favor de la persona que los insta, de tal modo que tendrá que ser la parte que se oponga a estos efectos la que alegue y pruebe las excepciones oportunas al reconocimiento y a la ejecución, que son comunes y tasadas (arts. 34 y 35), siendo la más recurrente de ellas la ausencia de emplazamiento del demandado de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse.

3.º Salvo supuestos excepcionales de los que ninguno concierne a la exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza (competencias exclusivas, en materia de seguros y en materia de contratos celebrados por consumidores), en el artículo 35 de ambos instrumentos no se exige el control de la competencia de la autoridad de origen, lo cual se justifica por el hecho de que las normas de competencia judicial internacional ya están armonizadas para todos los Estados miembros en el Capítulo II del Reglamento o en el Título II del Convenio. Se facilita al máximo con ello la libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo.

4.º Los dos instrumentos desplazan a los Convenios bilaterales en que sean parte los Estados miembros en ambos en lo que coincidan en el ámbito de aplicación material, temporal y geográfico (art. 69 del Reglamento 44/2001 y 65 del Convenio de Lugano de 2007). Para España ello supone la substitución por éstos de los siguientes Convenios bilaterales, que incluyen en sus respectivos ámbitos sustantivos de aplicación las obligaciones extracontractuales: con Francia de 28 de mayo de 1969, con Italia de 22 de mayo de 1973, con Alemania de 14 de noviembre de 1983, con Austria de 17 de febrero de 1984, con Chequia y con Eslovaquia de 4 de mayo de 1987, con Bulgaria de 23 de mayo de 1993 y con Rumanía de 17 de noviembre de 1997. Salvedad hecha de los dos últimos Convenios, los restantes excluyen expresamente de su ámbito de aplicación material la responsabilidad por daños de origen nuclear por lo que los tratados con Bulgaria y Rumanía seguirían siendo de aplicación en este campo.

B) *Instrumentos de carácter bilateral*

De no resultar de aplicación los dos instrumentos multilaterales de alcance europeo analizados en el apartado precedente, el sistema español de Derecho internacional privado dispone de una serie de Convenios que permiten el reconocimiento y ejecución bilaterales de resoluciones judiciales en materia de obligaciones extracontractuales (y, por consiguiente, en supuestos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza). Dichos Tratados pueden ser clasificados en dos tipos:

a) Aquellos que incluirían tal materia en sus ámbitos sustantivos de aplicación con carácter genérico: es el caso de los Convenios con Colombia de 30 de mayo de 1908, con China de 2 de mayo de 1992, con Marruecos de 30 de mayo de 1997, con El Salvador de 7 de noviembre de 2000, con Túnez de 24 de septiembre de 2001, con Argelia de 24 de febrero de 2005 y con Mauritania de 12 de septiembre de 2006.

b) Los que, incluyendo las obligaciones extracontractuales en sus ámbitos materiales de aplicación, excluyen expresamente la responsabilidad por daños nucleares: así sucede en los Convenios con Uruguay de 4 de noviembre de 1987, con Israel de 30 de mayo de 1989, con Brasil de 13 de abril de 1989 y con Rusia de 26 de octubre de 1990.

2. Reglas en defecto de instrumento supraestatal para procurar la eficacia en España de resoluciones extranjeras en supuestos de contaminación transfronteriza: los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Finalizaremos este trabajo con una referencia a las normas de que se ha dotado el sistema español de Derecho internacional privado para otorgar eficacia en nuestro territorio a una resolución extranjera dictada en un supuesto de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, normas que se contienen en los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En ellas se distinguen dos regímenes.

1.º El de reciprocidad, por cuya virtud si se acreditara que en el país de origen de la sentencia extranjera se reconocerían las españolas se reconocería asimismo aquélla en España por reciprocidad positiva (art. 952). En cambio, si se demostrase que en tal país no se reconocerían las sentencias españolas, se denegaría el reconocimiento en España de la sentencia extranjera en cuestión por reciprocidad negativa (art. 953), devolviéndose en tal caso la ejecutoria a quien la hubiera presentado (art. 958).

2.º Si no se acreditase reciprocidad alguna —ni positiva ni negativa— con el país de procedencia de la resolución extranjera, la reglamentación de la eficacia en España de dicha resolución se sometería al denominado régimen de condiciones, contenido en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y reinterpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Conforme al mismo, se reconocería en nuestro Reino eficacia a una sentencia extranjera si se cumpliesen las siguientes cinco condiciones o requisitos (unos extrínsecos, otros intrínsecos): que la decisión judicial extranjera cumpliera con las exigencias formales para su validez; que se verificase satisfactoriamente que la autoridad del Estado de origen disponía de competencia para pronunciarse sobre el asunto; que se hubiera respetado la regularidad del procedimiento segui-

do en el extranjero; que la decisión extranjera no se opusiera al orden público internacional español; y que tal resolución tampoco contrariase una decisión judicial española firme (cosa juzgada) o futura (litispendencia).

Un estudio de esas condiciones, de la mano de A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, conduciría al siguiente resultado⁹⁵:

a) Regularidad formal de la decisión judicial extranjera (art. 954, apartado 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Es un presupuesto de naturaleza formal que presenta una doble dimensión. Por una parte, el control de la legalidad formal conforme al ordenamiento del Estado en que se dictó la sentencia extranjera, que ha de efectuarse a instancia de parte. Por otra parte, el control de la legalidad formal exigida por nuestro sistema, que procede tanto de oficio como a instancia de parte. En el sistema español, el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil opera a este respecto, por lo que es preciso: que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde aquello ocurrió; la traducción de la sentencia extranjera al español si estuviese redactada en otra lengua; y la legalización o examen de su autenticidad, que se lleva a cabo por el canciller de la Embajada española o por el Cónsul español acreditado en el país donde se otorgó, que ha de corroborarse por el Ministerio de Asuntos Exteriores⁹⁶.

b) Verificación de la competencia judicial internacional de la autoridad de origen de la sentencia. Aun cuando esta condición podría hallar su fundamento en el artículo 954, apartado 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, su elaboración actual ha sido fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es un presupuesto de carácter procesal que procura el rechazo de aquellas sentencias extranjeras que no aseguren una vinculación razonable de la autoridad extranjera con los elementos del litigio o la adecuada protección del demandado. La técnica del control es la siguiente. Por un lado, las competencias exclusivas del Estado del foro son reservadas directamente, de manera que no cabe el reconocimiento de una sentencia extranjera dictada en las materias reguladas por aquéllas (recuérdese, no obstante, que en la regulación patria de los foros de competencia en defecto de instrumento supraestatal el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no consagra foro exclusivo alguno en el ámbito de las obligaciones extracontractuales). Por otro lado, en los restantes casos, y con

⁹⁵ *Derecho internacional privado*, vol. I, cit., pp. 604 ss. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional ha venido a refrendar las posiciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de exequátur: por todas, cfr. sentencias 98/1984, de 25 de octubre; 43/1986, de 15 de abril; y 54/1989, de 23 de febrero.

⁹⁶ Esta exigencia, no obstante, es atenuada por el régimen simplificado de apostilla por una autoridad del Estado de origen de la decisión establecido por el Convenio sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 y en el que España es parte.

idea de evitar el reconocimiento de resoluciones basadas en una competencia exorbitante, se requiere una conexión razonable entre la autoridad extranjera y el litigio; la verificación de esta conexión se suele efectuar mediante lo que se denomina gráficamente una «aplicación refleja» o «bilateralizada» de las propias normas del foro requerido, de tal modo que se considerará competente al órgano judicial extranjero que pronunció la decisión siempre que ese órgano judicial haya conocido del litigio en virtud de criterios de competencia semejantes a los nuestros para supuestos de exigencia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza (*supra*).

c) Regularidad del procedimiento seguido en el extranjero y garantía de los derechos de las partes (art. 954, apartado 2.º, de la Ley ritaria 1881). En esta condición, que el Tribunal Constitucional ha declarado fundada en razones de orden público (así, la citada sentencia 54/1989, de 23 de febrero), no se requiere un control general del procedimiento seguido en el extranjero, sino sólo de aquellos aspectos vinculados con los derechos de defensa de las partes; por ello, por ejemplo, no cabría el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza cuando las partes no hubiesen tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos y sus medios de defensa en el proceso extranjero.

El artículo 954, apartado 2.º, se refiere a la «rebeldía», concepto que debe entenderse no según el dato de la asistencia física o no del demandado al proceso (como ocurriera con cierta orientación jurisprudencial), sino conforme a si el demandado tuvo o no la oportunidad de defender adecuadamente su caso. Hoy en día este requisito se traduce en la exigencia indispensable de que el demandado en el extranjero haya sido citado y emplazado, sin que baste la notificación de la sentencia recaída en un proceso cuyo inicio no le hubiera sido comunicado mediante la debida transmisión de la demanda; la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1986 avala esta construcción al hacer referencia a que el demandado haya tenido una *razonable* posibilidad de personarse y defenderse. Por último, se entiende que no actúa esta causa de no reconocimiento cuando es el propio rebelde quien solicita el exequátur.

d) No contrariedad con el orden público español (art. 954, apartado 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Es un presupuesto de naturaleza sustantiva que supone que la decisión dictada por el órgano judicial extranjero no puede ser reconocida si el contenido del fallo es contrario a los valores jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional en el momento en que solicita el reconocimiento (no en el que se dictó la decisión extranjera). Posee, al igual que en la dimensión del Derecho aplicable, un efecto negativo o de exclusión que tiene por finalidad la protección de la cohesión y eficacia del ordenamiento jurídico del foro frente a las decisiones extranjeras contrarias al mismo. Se admite el reconocimiento parcial de la sentencia si ésta contiene algún o algunos pronunciamientos no contrarios al orden público del foro (teoría del efecto eliminatorio del orden público).

e) Inexistencia de contradicción con una decisión judicial del Estado requerido, ya sea firme dictada con anterioridad, ya futura en atención al dato de que en el momento de pronunciarse el Juzgado de Primera Instancia sobre el reconocimiento de una sentencia exista un proceso en España entre las mismas partes y con el mismo objeto. Este presupuesto —también de creación jurisprudencial— goza de una naturaleza extrínseca a la sentencia extranjera y halla su fundamento en el postulado general de evitar las contradicciones y antinomias. Nuestro sistema otorga preferencia a las decisiones del foro frente a cualquier sentencia extranjera en tanto que los más recientes instrumentos supraestatales se inclinan, por el contrario, por el criterio de prioridad temporal atendiendo al dato del inicio del proceso (ejemplo, art. 27 Reglamento 44/2001).

Cualquiera que sea el régimen de reconocimiento seguido en nuestro sistema de fuente interna (el de reciprocidad o el de condiciones), la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras en materia de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos (art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 modificado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo).