

EL PROYECTO EUROPEO SOBRE LEY APLICABLE A OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

ALEJANDRO ALDO MENICOCCI

A la memoria de Werner GOLDSCHMIDT, a noventa años de su nacimiento. Rosario, 9 de febrero de 2000

1. Introducción

No es ocioso destacar el peculiar tratamiento que las obligaciones extracontractuales tienen dentro de la Unión Europea. Por un lado, el sector continental bajo la influencia de Savigny¹ se inclina mayormente hacia al predominio de las conexiones rígidas fundado en la existencia de un asiento o “sede” del caso determinable en abstracto²,

1. SAVIGNY, Federico Carlos de, “Sistema de Derecho Romano Actual”, trad. del alemán por Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, 1878.
2. V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia”, 8a. ed., Bs. As., Depalma, p. 168 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, F.I.J., 1997; BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1983, I, p. 79 y ss.; CHAVARRI, Angel, “Derecho Civil Internacional Argentino – Contribución al estudio de la reforma del Código”, Bs. As., Talleres Gráficos Argentinos I.J. Rosso, 1935, p. 7 y ss.; V. t. MAIER, Pierre, “Droit international privé”, 5e. édition, Paris, Montchrestien, 1994, p. 81 y passim; LOUSSOUARN, Yvon BOUREL, Pierre, “Droit international privé”, 4e édition, Paris, Dalloz, 1993, p. 240 y passim; MOSCONI, Franco, “Diritto Internazionale Privado e Procesuale - Parte Generale e Contratti”, Torino, UTET, 1996, p. 71 y passim; GONZALEZ CAMPOS, Julio D. (DIR), “Derecho internacional privado - Parte especial”, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 209 y ss.

mientras que el derecho anglosajón adopta³ –si bien con alguna mitigación relativamente nueva-⁴ el criterio de la doble accionabilidad (un hecho ilícito, para ser considerado como tal y por ende, dar lugar a reparación, debe ser calificado como tal por la “*lex loci delicti*” como por la “*lex fori*”⁵). No puede olvidarse (sobre todo, considerándose la conexión empleada en el proyecto) que el derecho norteamericano aplica, en general, la ley que mantiene con el caso los lazos más estrechos⁶.

El Grupo europeo de derecho internacional privado en su octava reunión de Luxemburgo del 25 al 27 de setiembre de 1998⁷ ha adoptado un proyecto de convención sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales. Este proyecto se suma a la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales y tiene por objeto armonizar el tratamiento dado a las obligaciones nacidas sin convención.

En las líneas que siguen analizaremos sus características principales.

2. Ambito de aplicación

2.1. Ambito de aplicación espacial

La convención se aplica por todos los estados contratantes –ámbito espacial activo- y tiene carácter universal, esto es, se aplica aún si la ley indicada como aplica-

3. CHESIRE & NORTH'S, “Private International Law”, 12th. ed., London, Butterworths, 1992; SMITH, Raymond, “Conflict of Laws”, Cavendish, 1993, p. 155 y passim. Tal es la conclusión de Phillips v. Eyre (1870), LR 6 QB 1: “*As a general rule, in orden to found a suit in England, for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England. Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done*”.
4. Judicial Commitee of the Privy Council, July 18 th, 1994, The Times, July 21“, 1994; V. MENICOCCHI, Alejandro A - SOARES DAS SILVA, Mónica, “Mitigación del alcance de la regla de doble accionalidad en los hechos ilícitos cometidos en el extranjero en el derecho internacional privado inglés”; DYE, No1/2, Universidad Austral, Rosario, 1994, p. 81 y ss.
5. CHESIRE and NORTH'S, cit., p. 533.
6. SCOLES, Eugene F. - HAY, Peter, “Conflict of Laws”, 2nd. ed., St. Paul, MN, West Publishing Co, 1992, p. 568; WEINTRAUB, Russell J., “Commentary on the Conflict of Laws”, 3rd. ed., Mineola, NY, The Foundation Press, 1986, p 281; P.v.t. GREGORY, Charles O. - KALVEN, Harry (Jr.), “Cases and Materials on Torts”, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1969.
7. “Revue critique de droit international privé”, 87 (4), octobre-décembre 1998, p. 802 y ss.

ble por la convención es la ley de un país no contratante –ámbito espacial pasivo-. Se sigue así la tendencia europea⁸ de evitar un disímil tratamiento según el caso tenga su asiento en un estado contratante o no contratante⁹. Reemplaza de esta manera el derecho vigente en el caso de aplicación de tales normas a casos mixtos.

Cuando el estado cuya ley se declare aplicable se integre con más de una unidad territorial con legislación propia, cada unidad territorial será considerada como un estado independiente a los fines de determinación de la ley aplicable (17).

La Convención no resulta aplicable a los conflictos de carácter intraestatal, aún cuando las distintas unidades territoriales posean una legislación propia e independiente (17.2).

2.2. Ambito de aplicación temporal

El tratado comienza a regir desde la ratificación que de él hiciera el Estado (ámbito temporal activo) y sólo a los casos que se hubieran producido o amenazan con producirse luego de la ratificación para dicho Estado (ámbito temporal pasivo) (art. 15). Se evita, de tal suerte, la aplicación retroactiva o inmediata del tratado a hechos sobrevenidos con anterioridad a su entrada en vigor¹⁰.

2.3. Ambito de aplicación material

El proyecto se aplica a las obligaciones no contractuales (art. 1.1.), las que, si

8. V. gr., al igual que la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma, 1980, V., por ej., José Carlos Fernández Rozas (ed.), "Derecho del Comercio Internacional", Madrid, Eurolex, 1996, p. 275 y ss.
9. Se evitan así las dudas que surgen en el momento de considerar aplicable una u otra fuente, como por ejemplo, en Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Sobre tratados universales y comunes, v. Werner Goldschmidt, Derecho..., p. 29. *"Los tratados de Montevideo son tratados comunes y no constituyen tratados universales. Ello significa que los mencionados tratados no sólo se aplican exclusivamente por los países para los que rigen sino que también sólo se aplican a casos procedentes de países en los que rigen; si los tratados, en cambio, fuesen universales, si bien evidentemente también sólo fuesen aplicados por los países para los que rigen, hallarían aplicación a cualesquiera casos cualquiera fuera el país del que procediesen"*.
10. Lo que demuestra el acierto de la opinión de Goldschmidt en la autonomía del derecho transitorio del DIPr. (de resultas de lo cual no resulta aplicable, v.g., el art. 3 del Código Civil). Goldschmidt, Op. cit., p. 63. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 28) dispone en igual sentido.

bien no se califican en forma autárquica, pueden conceptualizarse por exclusión de las excepciones enumeradas en el art. 1.2. En efecto, el convenio no se aplica:

- a) a las obligaciones no contractuales derivadas de relaciones de familia o análogas, en la medida en que éstas estén reguladas en forma específica;
- b) a la responsabilidad legal de los socios, de los órganos y de las personas encargadas del control legal de los documentos contables, por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;
- c) a la responsabilidad derivada del ejercicio del poder público;
- d) a la responsabilidad por daños derivados de la energía nuclear.

La Convención resulta también excluida por las disposiciones del Derecho Comunitario o las legislaciones de la Unión que armonizan las normas aplicables a las obligaciones extracontractuales (art. 18).

3. Ley aplicable - La conexión flexible

La convención utiliza un punto de conexión flexible: “la obligación no contractual derivada de un hecho dañoso se rige por la ley del país con el cual ella presenta los lazos más estrechos” (art. 3.1.).

Se adicionan sin embargo algunas presunciones que califican, en cierto modo, los lazos a tener en cuenta. Al igual que en la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, el derecho europeo equilibra la proposición abstracta de “lazos más estrechos” con una ejemplificativa casuística¹¹.

- a) Si el autor del ilícito reside habitualmente en el mismo país que la víctima en el momento del hecho, se aplica la ley del país de la residencia común (art. 3.2.)
- b) Si la residencia habitual del autor del hecho y la víctima no es común, se aplica la ley del país donde se produjo o amenazan producirse el hecho generador y el daño (art. 3.3).

11. Resulta interesante ver como el derecho de países mayor estabilidad que el latinoamericano, en general, ha partido de las conexiones rígidas hacia las conexiones, flexibles y sin embargo, no otorga a los jueces el poder discrecional ilimitado, puesto que los criterios de conexión flexibles están calificados en la convención. El fenómeno de descripción casuística fue, lamentablemente, abandonado en la CIDIP V sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales (pareciera ser que los jueces latinoamericanos no requieren de las precisiones legislativas del derecho europeo y pueden fácilmente saltar de la rigidez a la flexibilidad sin límites).

- c) Las dos presunciones anteriores deben dejarse de lado cuando del conjunto de las circunstancias la obligación tiene lazos más estrechos con otro país (art. 3.4.).
- d) Al apreciarse los lazos más estrechos, se podrá tener en cuenta una relación preexistente entre las partes (art. 3.5.).

4. Las calificaciones de las presunciones

La convención define como “presunciones especiales” para determinar la ley aplicable a ciertos tipos de hechos ilícitos (art. 4).

Así, en los hechos contra la vida privada o difamación, se presume que la obligación tiene la vinculación más estrecha en el estado donde la víctima tiene su residencia habitual al momento del hecho dañoso (art. 4.1.).

En los casos de concurrencia desleal o de práctica comercial restrictiva, la localización se efectúa en el estado donde el mercado está siendo alterado por el hecho dañoso (art. 4.2.).

En los daños causados a una persona o sus bienes como resultado de un atentado al medio ambiente, la conexión se establece con el territorio de aquel estado donde el daño se produjo o amenaza con producirse (art. 4.c).

5. Extensión del derecho aplicable

La ley aplicable rige prácticamente todos los aspectos del acto ilícito. Se extiende no sólo a los elementos de fondo relacionados con la obligación sino además con indisolubles aspectos procesales derivados de aquella.

Dentro de los primeros, comprende las condiciones y extensión de la responsabilidad, como así también las personas a quienes puede imputárseles la obligación por los actos cometidos (art. 5.1); los legitimados para el resarcimiento (art. 5.7.); las causas de exoneración y la toda limitación de responsabilidad (art. 5.2.) la existencia y naturaleza de la reparación (art. 5.3); la existencia y la naturaleza de los daños susceptibles de reparación como así también la evaluación del daño (arts. 5.3. y 5.5.); el alcance en función del cual el derecho a la reparación de la víctima puede ser ejercido por sus herederos (art. 5.6.); la responsabilidad por el hecho de un tercero (art. 5.8). La misma ley rige la prescripción y la caducidad por expiración de un plazo como también el punto de partida, interrupción y suspensión de dichos plazos (art. 5.9).

Dentro de las implicancias procesales, la ley aplicable determina a su vez –en los límites atribuidos al tribunal por la *lex fori*- aquellas medidas que el juez puede tomar para asegurar la prevención, la cesación del daño o su reparación (art. 5.4), la carga de la prueba y las presunciones legales (art. 5.10).

La ley aplicable rige también la procedencia de la acción directa de la víctima contra el asegurador (art. 6.1); sin embargo, la acción podrá ser igualmente ejercida si, en defecto de previsión de la ley aplicable al hecho ilícito, esta última es procedente por la ley aplicable al contrato de seguro (art. 6.2).

6. Obligaciones derivadas de cuasidelitos

Bajo este título la convención se ocupa de las obligaciones derivadas de hechos que no constituyen ilícitos propiamente dichos. Bástenos en este tópico recordar las divergencias entre el derecho alemán (que elaboró la parte principal de la responsabilidad precontractual) y el derecho inglés (que la desconoce). En este orden de ideas, la Convención reitera el punto de conexión flexible (se aplicará la ley del país con la cual la relación presente sus lazos más estrechos).

Se utilizan, igualmente, las calificaciones especiales:

- 1.1. Cuando la obligación no contractual va unida a una relación preexistente o prevista por las partes, se presume que esa obligación presenta los lazos más estrechos con el país cuyo derecho rige o regía esa relación (7.2).
- 1.2. La obligación por enriquecimiento sin causa presenta sus lazos más estrechos con el país allí donde el enriquecimiento se produjo (7.3).
- 1.3. La obligación por gestión de negocios ajenos presenta los lazos más estrechos con el país donde el gestor de negocios tiene su residencia habitual al momento de la gestión (7.4).
- 1.4. Si la gestión se llevó a cabo en salvaguarda de una persona o de un bien determinado, se presume que tiene los lazos más estrechos con la residencia habitual o la situación del bien al momento de la gestión.

Todas estas presunciones pueden ser dejadas de lado si del conjunto de las circunstancias resulta que la obligación presenta los lazos más estrechos con otro país.

7. Autonomía de las partes

Las partes pueden –obviamente, con posterioridad al hecho, elegir la ley apli-

cable a la obligación extracontractual¹², si es que ello no afecta derechos de terceros (art. 8). En realidad, la autonomía de las partes se lleva a cabo generalmente en forma tácita: la parte actora demanda en foro competente y efectúa sus alegaciones de conformidad al derecho del foro, haciendo lo mismo la demandada en el responde: en tales circunstancias, no corresponde a los jueces terciar eligiendo otro derecho, ya que la cuestión versa sobre materia disponible¹³.

8. Leyes imperativas y orden público

Contempla la Convención la aplicación de leyes de policía (imperativas o de aplicación inmediata). En este caso se distingue entre la aplicación de las leyes de policía del derecho declarado aplicable *-lex causae-* y las normas imperativas de la *"lex fori"*. En el primero, la aplicación de las normas imperativas es discrecional, debiendo el juez aplicarlas o no, previendo las consecuencias de ello. En el segundo caso, la existencia de la Convención no empece la aplicación de las leyes de policía de la *lex fori* (9).

Una solución análoga a la de este último párrafo se da con respecto al orden público (art. 14).

9. Incidencia de las normas de seguridad y de comportamiento

Cualquiera sea la ley aplicable debe tenerse en cuenta, en el momento de determinarse la obligación, las reglas de seguridad y comportamiento vigentes en el momento y lugar de producción del hecho dañoso o del hecho generador de la obligación (art. 10).

12. NYGH, Peter, "The reasonable expectations of the Parties to the Choice of Law in Contract and in Tort", Academia de Derecho Internacional de la Haya, Curso de verano (1995).

13. V. RICHMAN, William M., REYNOLDS, William L., "Understanding conflict of laws", 2nd. ed., Matthew Bender, 1993, p. 249. En forma concluyente, v. la s. de la CNCiv., sala I, 14.04.98, Rivas Cordero, Santiago c. Natanson, Jorge Gustavo s. Daños y perjuicios, ED 11.06.99. Sin una convincente fundamentación normativa, la sentencia señalada destacó la imposibilidad de elección en esta materia.

10. Subrogación

La ley aplicable a la obligación del tercero que ha desinteresado al acreedor de una obligación extracontractual determina la existencia y alcances de la acción subrogatoria del tercero contra el deudor de la obligación (art. 11), sea el tercero subrogante una o varias personas.

11. Calificaciones

Para las personas jurídicas, la sede de la administración equivale a residencia habitual (art. 12.1). Cuando el hecho generador de la obligación o el daño son consecuencia del ejercicio de una actividad profesional, el establecimiento profesional equivale a residencia habitual (art. 12.2). Habiendo pluralidad de establecimientos, aquel donde el hecho dañoso ha sido cometido o sufrido equivale a residencia habitual.

12. Exclusión de reenvío.

Al igual que su par de derecho aplicable a las obligaciones contractuales, se entiende por “ley aplicable” el derecho vigente con exclusión de sus normas de derecho internacional privado¹⁴. La solución –si bien desde el punto de vista axiológico parece desacertada- suele justificarse por razones de orden práctico¹⁵.

13. Interpretación uniforme

La Convención repite, en materia de hermenéutica y aplicación, una solución análoga a la disposición del art. 7.1. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. “*A los fines de interpretación y aplicación de las reglas uniformes que preceden, será tenido en cuenta su carácter internacional y la oportunidad de llegar a la uniformidad en la ma-*

14. Se evita de esta forma la solución de nuestra jurisprudencia en el caso *Larangeira, J.A., IV, p. 253 y ss.*

15. V. El proyecto de L. VIII al Código Civil Argentino, que repite análoga solución.

nera en que ellas son interpretadas y aplicadas”¹⁶. Se trata de evitar que criterios domésticos del funcionamiento de la norma traicionen la finalidad perseguida por la legislación universal. Para ello establece la competencia de la Corte de Justicia de la Comunidad para interpretar la Convención (art. 16).

14. Algunas conclusiones

Hace diez años¹⁷, la mayoría de la doctrina nacional se pronunciaba en favor de una revisión del derecho internacional privado argentino en materia de hechos ilícitos. Por un lado, las rígidas conexiones de “lugar donde el hecho se produjo” de los artículos 43 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo (1889/1940) y su análogo artículo 8 del Código Civil Argentino, merecen ser revisados, “... *especialmente por el acelerado proceso de integración mundial y el desplazamiento de personas y productos susceptibles de causar daños mayormente vinculados con otros derechos que el del lugar de su comisión*”¹⁸.

La Convención sigue la tendencia de la conexión flexible: sin embargo, los “*vínculos más estrechos*” son calificados con un conjunto de presunciones que limitan por cierto la arbitrariedad judicial. El resto lo hace la cultura jurídica de la Unión Europea.

No dudamos que la conexión resulta ser mucho más atractiva: en lugar de estar averiguando y determinando con el rigor del DIPr. clásico la ley aplicable a la obligación extracontractual, el juez decidirá cuál es el derecho con el cual el hecho dañoso –y la consiguiente obligación de resarcir– presentan los vínculos más estrechos. Sin embargo, luego de esta afirmación teórica tan plausible, la cosa se complica a medida que avanzamos en sus consecuencias concretas. Para poner ello en evidencia, permítasenos recurrir a una experiencia personal.

En el verano de 1995, mientras asistíamos al curso de Derecho Internacional Privado de La Haya, íbamos en bicicleta con una joven de nacionalidad italiana y re-

16. COOK, V. Susanne, “The need for uniform interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol 50, (1988), p. 197.

17. X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y 4º Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires, 9 a 11 de noviembre de 1989.

18. MENICOCCI, op. cit., p. 88.

sidencia habitual en Alemania. Al aproximarnos a la entrada del palacio, nuestra bicicleta fue embestida de frente por un ciclista de nacionalidad india. La joven italiana sufrió algunas heridas leves. Al concurrir al curso, interrogamos a nuestros compañeros cuál era su opinión sobre el derecho aplicable al reclamo de la joven italiana, partiendo del abandono de conexiones rígidas (“*lex loci*”, “*lex fori*”, etcétera) en función de las “nuevas tendencias” de “la conexión más estrecha”. No sorprenderá decir que las conclusiones variaban entre todos los derechos posibles (germánico, italiano, holandés, y, finalmente, no faltaron aquellos que sostuvieron la necesidad de partir del derecho argentino y no desoir al derecho de la India, al menos, como de aplicación acumulativa).

Imaginemos la situación en nuestro país, donde frente a la falta de habitualidad en la aplicación de soluciones flexibles se cierne una general falta de credibilidad sobre la discrecionalidad del poder judicial¹⁹.

Conviene no olvidar que los fenómenos jurídicos foráneos deben ser comprendidos en su integridad, en el complejo de su significado cultural y reflexionar que, si Europa llega, a unificar su derecho en forma paulatina no es el fruto de una decisión política de sus pueblos sino, como decía Savigny, el producto de la maduración de un espíritu que, poco a poco, se vuelve común.

19. El tópico no es privativo de este trabajo, pero no puede menos que dejar de tomarse en cuenta para estudiar, en concreto, los límites de la recepción de un determinado sistema de soluciones. ¿Puede sin temores confiarse en forma general a la “libre discrecionalidad del poder judicial” argentino la determinación del lugar con el cual el hecho presente el vínculo más estrecho?