

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN CASOS MULTINACIONALES NO CONTRACTUALES. DESAFÍOS Y SOLUCIONES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA*

MARÍA SUSANA NAJURIETA **

Resumen: El trabajo plantea los desafíos particulares de la regulación de la responsabilidad civil en casos no contractuales internacionales, que han sido enfrentados por el legislador argentino al prever –por primera vez en el derecho internacional privado de fuente interna– soluciones concernientes a la jurisdicción internacional y al derecho aplicable respecto de la categoría “responsabilidad civil”. La regulación se inserta en un movimiento de primacía de los derechos fundamentales y de modificación del paradigma del derecho sustancial en la materia, centrado en nuestros días en la indemnización de la víctima y no exclusivamente en la conducta del responsable. El tratamiento de la problemática da lugar a una reflexión metodológica sobre el derecho internacional privado de nuestro tiempo y sobre los equilibrios necesarios entre los distintos intereses en juego.

Palabras clave: responsabilidad por daños – jurisdicción internacional y derecho aplicable – nuevos paradigmas – previsibilidad y flexibilidad

Abstract: The work raises particular challenges of civil liability’s regulation in non-contractual international cases that had been faced by the Argentine legislator by providing –for the first time in the internal source private international law– solutions concerning international jurisdiction and applicable law regarding “civil liability”. This regulation is inserted into a movement of primacy of fundamental rights and modification of the paradigm of substantive law in the matter, which is currently focused on the compensation of the victim and not

* Recepción del original: 13/12/2015. Aceptación: 14/04/2016.

** Doctora por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada por la Universidad de París I-Sorbonne. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA. Ha dictado un curso especial en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en la sesión de verano de 2014. Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal.

exclusively on the liable's conduct. The study of this subject leads to a methodological reflection on private international law in our time and on the necessary balance between the different interests at stake.

Key words: damage liability – international jurisdiction and applicable law – new paradigms – predictability and flexibility

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado relativo a la responsabilidad por daños en un marco ajeno al ámbito contractual, ha sido el campo propicio para los grandes desarrollos metodológicos de la materia. Ciertamente, la originalidad del pensamiento de los grandes juristas norteamericanos respecto de la búsqueda de la justicia sin cánones abstractos y rígidos y la preocupación por hacer que el sistema jurídico respondiera a los intereses preferentes que subyacen en las normas reguladoras, se manifestó de manera relevante en el conflicto de jurisdicciones y en el conflicto de leyes en materia de actos ilícitos o responsabilidad civil extracontractual.¹ El debate se ha reavivado en nuestros tiempos, en razón del fenómeno de la globalización que impacta en diversas circunstancias, por ejemplo, la dificultad de alcanzar una regulación uniforme en un marco teñido de consideraciones de orden público y de disposiciones internacionalmente imperativas y, por otro lado, el desarrollo de una mayor conciencia no solo sobre la situación de la víctima sino sobre las consecuencias generales de desequilibrar el sistema rompiendo la previsibilidad de las empresas y, por ende, sus posibilidades de ofrecer garantías.

El tema es especialmente interesante para el derecho internacional privado argentino pues el Código Civil de Vélez Sarsfield, tan avanzado para su época respecto a la regulación de los casos internacionales, no incluyó normas específicas relativas a la responsabilidad civil extracontractual o delictual. Existía una única norma genérica, el artículo 8, primer párrafo, que comprende "actos, contratos, hechos y derechos adquiridos fuera del domicilio de la persona" en un contexto vinculado con los actos suscepti-

1. SYMEONIDES, S., "The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, t. 298, pp. 9-448.

bles de ejecución en el país, dudosamente apropiado para una categoría tan amplia que abarca la responsabilidad civil por actos ilícitos. En todo caso, el principio general de la *lex civilis actus*, dio lugar a una interesante elaboración doctrinal respecto a las obligaciones que nacen sin convención,² como así también a ricos desarrollos de la jurisprudencia, la cual procuró integrar la ausencia de regla específica con soluciones dinámicas según la evolución de los tiempos.³

La gran reforma del derecho privado, civil y comercial, encomendada a una Comisión de relevantes juristas argentinos⁴ incluyó un título específico relativo a disposiciones de derecho internacional privado,⁵ que contiene en su "Parte especial" (Capítulo 3) una sección destinada a regular la "responsabilidad civil". En la versión final, las disposiciones consisten en una única categoría, que es contemplada desde un imprescindible enfoque jurisdiccional y desde la óptica conflictual. La simplicidad del conjunto no debe opacar las importantes opciones legislativas consagradas, así como la necesidad de insertar este régimen específico dentro de las líneas generales del sistema de derecho internacional privado que es coherente con los consensos de nuestro tiempo y responde, a la vez, a las particularidades de nuestra región.

2. GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 10° ed. Actualizado por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo Perrot, 2009, pp. 814-820 y citas; BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ta. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 561/565.; UZAL M. E., "Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en derecho internacional privado", *ED 140*, pp. 845-850; Fermé, E. L., "La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el derecho internacional privado", Informe general ante el X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Buenos Aires, 9 noviembre 1989.

3. CSJN, 1969, "Tomás Sastre c. Filiberto Narciso Bibiloni y otro" (Fallos 274:455); "Maruba S.C.A. c/Itaipu Binacional" CSJN, (05/2/98); Cám. Nac. Civil, Sala I, "Rivas Cordero Santiago v. Natanson Jorge Gustavo o Gustavo Jorge Osvaldo s/daños y perjuicios" (14/4/98), *ED 182*, p. 752.

4. El Poder Ejecutivo Nacional por decreto N° 191/2011 designó la Comisión de Reformas integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente) y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

5. "Sobre las disposiciones de derecho internacional privado" Título IV del Libro VI.

II. CARACTERES DE LA REFORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Título IV del Libro VI del Código Civil y Comercial de la Nación comprende tres capítulos, a saber: la parte general (Capítulo 1), los problemas de jurisdicción internacional (Capítulo 2) y la parte especial (Capítulo 3). Esta última está dividida en dieciséis secciones, habiendo sido regulada la "responsabilidad civil" (Sección 13^a) a continuación de la materia contractual ("Contratos" y "Contratos de consumo"). Conviene recordar que el Título no pretende constituir una regulación exhaustiva y que, además, fue decisión de la Comisión Reformadora reservar algunas materias esenciales –tal como sociedades o concursos– a leyes específicas.

Hecha esta salvedad, es importante señalar que todo tema regulado en la parte especial, debe ser interpretado en consonancia con los principios y fundamentos del sistema, e integrado con reglas relativas a los institutos generales contemplados en el Capítulo 1, tanto en la medida de lo que disponen como en el significado de las omisiones.

II.A. La óptica de los derechos fundamentales

Una de las ideas importantes que animaron la reforma ha sido actualizar los principios y los contenidos normativos al impacto de los derechos fundamentales.⁶ Sabido es que el Código Civil de Vélez Sársfield entró en vigor el 1º de enero de 1871 y que la Constitución Nacional del 1º de mayo de 1853 tuvo reformas en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994 que no se reflejaron de manera inmediata en el derecho internacional privado positivo.⁷ No obstante, las respuestas jurisprudenciales a los conflictos se tornaron coherentes con la vigencia del Estado de derecho desde fines de 1983 y con la ratificación de los grandes tratados del derecho internacional de los derechos humanos en los años siguientes.⁸ A partir de

6. RIVERA, J. C., "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" en RIVERA J. C. (dir.)/ Medina G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.

7. Una excepción está constituida por la reforma del tema "matrimonio en derecho internacional privado", que tuvo modificación relevante en 1987 mediante la ley 23.515 (B.O. 12/6/1987).

8. La Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el

la reforma de 1994, el contenido de los tratados de derechos del Hombre ha sido integrado al contenido de la Constitución Nacional –artículo 75, inciso 22– en tanto valores materiales que se hallan en lo más alto de la pirámide normativa.⁹

Sin duda, los derechos humanos ejercen una doble función en todo el derecho privado. Por una parte, provocan una modificación estructural en el interior del ordenamiento jurídico, obligando a la derogación o a la reforma de las normas contrarias a su letra o a su espíritu en un despliegue dinámico que afecta el corazón del sistema nacional. Por otra parte, los derechos fundamentales cumplen una función de articulación entre diversos órdenes jurídicos en la dimensión horizontal,¹⁰ conformando el núcleo duro del orden público internacional y favoreciendo la circulación internacional de sentencias y de decisiones.

En esta apreciación global, y en lo que respecta a la responsabilidad civil, no deben soslayarse algunos institutos vinculados con el acceso a la jurisdicción como el "foro de necesidad" (art. 2602 del Código),¹¹ como así

22/11/1969 (y en vigor en el plano internacional en 1978) fue ratificada por la República Argentina por ley 23.054 (1984). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 2200 del 16/12/1966), fueron ratificados por nuestro país por ley 23.313, promulgada el 6/5/1986.

9. Dice el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que concierne a las facultades del Congreso de la Nación: "... (los grandes tratados del derecho internacional de los derechos humanos que se enuncian en el texto y los que se incorporen posteriormente de conformidad con la Constitución) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara..."

10. DUBOUT, E. y TOUZÉ S., *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 16 y ss.

11. Dispone el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyen jurisdicción internacional a los jueces argentinos, estos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz". La finalidad de evitar la denegación internacional de justicia justificó la solución dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso "Vlasov c. Vlasov" (1960). La solución fue propuesta en el proyecto de ley de derecho internacional privado

también la explícita formulación de los principios de "igualdad de trato" (art. 2610) y de "cooperación jurisdiccional" (art. 2611), de vasta aceptación en el derecho internacional privado de fuente convencional y en la práctica jurisprudencial.

II.B. Flexibilidad metodológica y correctiva

La compleja realidad de las situaciones privadas multinacionales exige la utilización de distintos métodos de conformidad con las finalidades buscadas por el legislador. En nuestro país existe un consenso generalizado sobre el pluralismo metodológico del derecho internacional privado¹² y las diferencias se advierten, no en el plano de la aceptación teórica de distintos tipos normativos, sino en las soluciones concretas que conciernen a su concurrencia, así como en el impacto de las normas imperativas en ámbitos abiertos a la autonomía de la voluntad y en el papel reservado al principio de proximidad.¹³

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, una propuesta de metodología actualizada e interesante categorización fue la formulada en el proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003.¹⁴ En efecto, ese importante antecedente contempló el fraccionamiento de categorías, previendo reglas particulares para casos de contaminación ambiental, de responsabilidad por causa de un producto y accidentes de circulación.¹⁵

de la República Oriental del Uruguay y en el proyecto de Código de derecho internacional privado de la Argentina de 2003 (artículo 19).

12. UZAL, M. E., "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", *ED* 161, pp. 1056-1063.

13. GAUDEMET TALLON, H., "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 312, 2005, especialmente pp. 255-319.

14. El Proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003 fue elaborado por una comisión de distinguidos profesores y juristas: M. A. Ciuro Caldani, E. L. Fermé, Berta K. de Orchansky, R. Manovil, M. B. Noodt Taquela, B. Pallarés, A. Perugini Zanetti, H. Piombo, Julio C. Rivera, A. Uriondo de Martinoli e Inés Weinberg de Roca (Resoluciones 191/02 y 134/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). Fue presentado al H. Congreso de la Nación pero perdió estado parlamentario. Ha sido publicado en: Weinberg de Roca, I., *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, pp. 437-457.

15. Arts. 90, 91 y 92 del proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003.

La Reforma del año 2012 –aprobada por ley 26.994 en octubre de 2014– contiene técnicas de flexibilización del razonamiento, como los institutos de la adaptación (artículo 2595, inciso ‘c’), del “reenvío” (art. 2596) y la formulación de una cláusula de excepción general (art. 2597), cuya inclusión en el Capítulo 1 de “disposiciones generales” habilita a su utilización en todos los ámbitos especiales cuando resulte manifiesto que la situación tiene vínculos poco relevantes con el derecho designado por la regla prevista y, en cambio, presente lazos muy estrechos con el derecho de otro Estado cuya aplicación resulta previsible. En atención a la amplitud de la categoría “responsabilidad por daños”, parece relevante esta posibilidad de flexibilizar la designación del derecho con sustento en la cláusula general de excepción,¹⁶ que ha sido fundada en razones de proximidad.¹⁷

Asimismo, es necesario ponderar la influencia que ejerce la regulación contenida en el artículo 2599 del Capítulo 1 de “disposiciones generales” sobre la totalidad del sistema de derecho internacional privado. Esta regla sigue una denominación utilizada en doctrina extranjera¹⁸ y en instrumen-

16. La llamada “cláusula escapatoria o de excepción” aparece tempranamente en Europa para dar flexibilidad a un sistema conflictual basado en conexiones rígidas. Así, un antecedente es el proyecto de ley uniforme relativa al derecho internacional privado de los países del Benelux, del 15 de marzo de 1950. Se desarrolla en la década del 80, especialmente en materia contractual. Cfr. GIULIANO M. y LAGARDE P., “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, JOCE N° C-282 del 31/11/1980 (artículos 4.5 y 6.2.). En materia extracontractual, tiene un lugar destacado en la Propuesta de convención europea sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales, adoptada por el Grupo europeo de derecho internacional privado (GEDIP) en la sesión de Luxemburgo del 25/27 de septiembre de 1998 (artículos 3.4; 7.5. y también en el supuesto de las presunciones especiales del artículo 4). Esta propuesta fue publicada en *Revue critique de droit international privé*, 1998, pp. 802-807. El Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto cláusulas especiales de excepción en materia de contratos (art. 2653) y en materia de responsabilidad parental (art. 2639 in fine).

17. DUBLER, C., *Les clauses d’exception en droit international privé*, Génova, Librairie de l’Université, Georg & Cie. S.A., 1983. Según este autor, lo característico de las cláusulas de excepción es flexibilizar una regla fundada en el principio de proximidad y no corresponde desvirtuar la función por consideraciones materiales ni por la eventual dificultad de acceder al conocimiento del contenido del derecho extranjero. Ob. Cit., p. 99. No obstante: comparar el fundamento del art. 2597 y del art. 2639 in fine, ambos del Código Civil y Comercial de la Nación.

18. AUDIT, B., *Droit International privé*, 3° ed., París, Económica, 2000, p. 99. Este autor afirma que las denominaciones de leyes de aplicación inmediata o necesaria y de leyes de

tos de fuente convencional ("normas internacionalmente imperativas" que según el legislador que las ha emitido son aplicables sea cual fuere la ley normalmente aplicable al caso), aun cuando en doctrina nacional se ha preferido la designación de "normas de policía del derecho internacional privado".¹⁹ Se contemplan normas de policía del foro, absolutamente imperativas para el juez argentino, como así también la aplicación de normas internacionalmente imperativas de un derecho extranjero designado por el método conflictual e, incluso, la toma en consideración (facultativa) de normas de policía de terceros Estados, siempre y cuando existan vínculos manifiestamente significativos con el caso.

Una observación general merece el juego de la autonomía de la voluntad, aceptada por el orden jurídico argentino desde antiguo en el ámbito contractual,²⁰ tanto en su despliegue conflictual como material. El Título IV (del Libro sexto) del Código Civil y Comercial de la Nación ha admitido el ejercicio de la autonomía de la voluntad no solamente en materia contractual (artículo 2651) sino en el ámbito de las obligaciones alimentarias (artículo 2630) y en materia de convenciones matrimoniales (artículo 2625). En el derecho comparado, la ley italiana de derecho internacional privado de 1995 –que faculta a la víctima a apartarse de la regla general y a elegir el derecho del Estado donde se produjo el hecho generador del daño (art. 62, ley n° 218)²¹– fue inspiradora del proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003, que aceptaba la posibilidad de confiar a la

policía son utilizadas por la doctrina francesa y europea como conceptos equivalentes. El punto esencial es la voluntad del legislador de asegurar ciertos contenidos materiales que estima fundamentales para la comunidad, evitando el riesgo que puede derivarse del normal funcionamiento de una norma de conflicto (con vocación a designar un derecho extranjero): "...la loi de police force, sur un point particulier, la compétence de l'ordre juridique auquel elle appartient: elle est considérée comme internationalement impérative..."

19. BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, ob. cit., Capítulo VI, pp. 205 y ss.

20. BOGGIANO, A., *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, ob. cit., Capítulo XX "Contratos", pp. 501 y ss.

21. Ley de derecho internacional privado de Italia, n° 218 del 31/5/1995, *Revue critique de droit international privé*, 1996, pp. 174-188. El artículo 62 establece: "Responsabilidad por hecho ilícito. 1. La responsabilidad por hecho ilícito se rige por la ley del Estado en el cual se produce la consecuencia. No obstante, la víctima puede pedir la aplicación de la ley del Estado en el cual se ha producido el hecho generador. 2. Cuando el hecho ilícito solo involucre a dos personas que sean nacionales de un mismo Estado donde ellas residan, el derecho de este Estado es aplicable".

víctima la elección del derecho, entre opciones limitadas, y todas ellas, con lazos significativos.

Parece indudable que la autonomía de la voluntad es un mecanismo que puede funcionar como "correctivo" de localizaciones difíciles en caso de delitos complejos, cuya validez dependerá de la aptitud del sistema para prevenir abusos en perjuicio de la víctima del daño.

El anteproyecto presentado por el equipo de colaboradores a la Comisión de Reforma incluía una norma redactada en los términos siguientes: "Art. 88.1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien, b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros".

Tal disposición no fue recogida por la Comisión de Reforma y la autonomía de la voluntad aparece omitida en la Sección 13ª del Capítulo 3. Indudablemente, la omisión debe ser interpretada como la voluntad de no habilitar la elección del derecho por las partes ni antes ni después de ocurrido el hecho generador del daño. En este contexto, la flexibilidad de la designación puede ser lograda, excepcionalmente, por el prudente uso de la cláusula escapatoria.

II.C. Los desafíos particulares de la responsabilidad civil: la búsqueda de equilibrios

En la primera mitad del siglo XX existía una tendencia a someter la responsabilidad civil extracontractual a la *lex fori*, por primar razones de soberanía que conducían al legislador a imponer sus propias soluciones a los aspectos civiles de las conductas delictuales o cuasidelictuales. Sin embargo, a lo largo de los años, se fueron imponiendo razones de previsibilidad y de eficiencia.²² En efecto, en la mayoría de los grandes casos

22. A nivel de los fundamentos, hay cierta convergencia entre las conclusiones de la teoría conflictualista clásica, savigniana, para la cual el lugar del delito es la única conexión objetiva que ofrece seguridad en la materia, y las conclusiones de la teoría de los "vested rights" que se inclinan por vincular el delito al lugar del daño. *Cfr.* AUDIT, B., "Le caractère fonctionnelle de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)", en *Recueil des*

multinacionales de la materia, la realidad revela que el punto de inflexión es la previsibilidad de las aseguradoras de las empresas, que procuraran solucionar los casos por transacción fuera de los estrados de los tribunales.²³ Este desafío de la previsibilidad se advierte en los fundamentos del Reglamento (CE) N° 864/2007²⁴ que instaura reglas uniformes en el espacio judicial europeo a fin de mejorar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales y asegurar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se invoca y los de la persona perjudicada. Además de previsible, la respuesta legislativa debe estar dotada de flexibilidad en razón del carácter complejo de la categoría.

III. LAS SOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN CASOS MULTINACIONALES NO CONTRACTUALES

Las legislaciones nacionales han evolucionado de manera diferente en cuanto a las nociones sustanciales básicas en esta materia, tales como la diferencia de régimen entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad extracontractual, ya sea delictual o cuasi contractual,²⁵ el balance de intereses con centro en el responsable o enfocado en la víctima, los remedios procesales de tutela preventiva en casos de daño ambiental, de difamación o de infracciones marcarias, por ejemplo. En casos multinacionales, las opciones se inclinan por la apertura de foros concurrentes con igual o diferente alcance. Estas diferencias tornan fundamentales la definición de las normas de jurisdicción internacional de cada sistema, como así también

Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984, tomo 186, especialmente p. 299.

23. ANCEL, B. y LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. Edición, París, Dalloz, 2006, comentario al fallo "Lautour", p. 168.

24. Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo del 11 de julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II). J.O.U.E. L.199 del 31/7/2007.

25. La doctrina critica la construcción de una categoría de manera negativa ("obligaciones no contractuales") por su imprecisión, puesto que existen obligaciones de origen legal que no pueden ser calificadas de contractuales ni de no contractuales. Conf. Seuba Torreblanca J.C., "Derecho de daños y derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la propuesta de Reglamento Roma II", consultado en [www.indret.com/es/index.php] en noviembre 2015.

el mantenimiento de la coherencia entre la definición de la categoría y el respectivo sistema de localización.

III.A. El fenómeno de la categorización y el ámbito de la ley aplicable

Una categoría omnicomprendiva que solo trate "responsabilidad civil" no sería suficiente para impedir que la responsabilidad civil derivada de incumplimientos contractuales sea vinculada con la ley que rige el contrato de cuyas obligaciones se trata. En consecuencia, aun cuando se elimine la expresión "responsabilidad extracontractual", por no gozar de consenso en el derecho comparado, parece innegable que existe una primera delimitación de la categoría que se refiere a obligaciones que se derivan de un hecho dañoso y que no consisten en una acción u omisión vinculada a una relación contractual o a la preparación encaminada a la conclusión de un contrato.²⁶

Una única categoría omnicomprendiva –una única regla general de creación legislativa²⁷ o de creación jurisprudencial²⁸– mostrará su insuficiencia frente a delitos complejos y requerirá una localización principal y otra subsidiaria o el acompañamiento de una cláusula de excepción que pueda dotarla de flexibilidad en cuanto a la designación del derecho aplicable. Nuestro tiempo refleja la tendencia a prever una categoría general y diversas categorías específicas para regular daños de naturaleza peculiar, vinculando la adaptación de la categoría a las necesidades de localización por proximidad mediante matices sofisticados.

El primer ejemplo que ofrece el derecho comparado –en cuanto a una ley específica de derecho internacional privado, que innova por el tratamiento de los problemas de jurisdicción internacional, de derecho aplica-

26. En un interesante documento del Comité Jurídico Interamericano, el ámbito ha sido definido como "obligaciones no convencionales nacidas al margen de la autonomía de la voluntad". Informe CJI/doc.119/2003 del 6/3/2003.

27. Art. 51 del proyecto de Código de derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay.

28. Como la regla de principio sentada por la Corte de Casación francesa en 1948, en el caso "Lautour c. Veuve Guiraud", C. Cass., Ch. civ., 25/5/1948. *Cfr.* ANCEL B. y LEQUETTE Y., *Les grandes arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. edición, París, Dalloz, 2006, pp. 164-176.

ble y de reconocimiento de sentencias extranjeras— es la ley federal suiza de 1987. En la sección 3ª del Capítulo 9º —dedicado a derecho de las obligaciones— contempla dos reglas dedicadas a jurisdicción internacional (artículos 129 y 130) y, respecto del derecho aplicable, regula una categoría general (artículos 132 y 133)²⁹ acompañada por reglas especiales para accidentes de circulación por ruta, responsabilidad por el hecho de un producto, competencia desleal, obstáculos a la libre competencia, inmisiones dañosas y lesión a los derechos de la personalidad (artículos 134 a 139 de la ley federal suiza).

El fenómeno del fraccionamiento de categorías aparece, asimismo, en la ley belga de derecho internacional privado de 2004, que contempla una regla general para “obligaciones que se derivan de un hecho dañoso” (artículo 99, párrafo 1) y categorías específicas para difamación o atentado a la vida privada o a los derechos de la personalidad, competencia desleal o de práctica comercial restrictiva, daño a los bienes o a las personas resultantes de una afectación al medio ambiente, responsabilidad del productor, del importador o del proveedor por el hecho de un producto y accidentes en la circulación por ruta (artículo 99, párrafo 2, apartados 1, 2, 3, 4 y 5).³⁰

Entre las legislaciones de derecho internacional privado más recientes, señalamos que la estructura de regla general y categorías específicas aparece también en la ley china de derecho internacional privado del 28

29. El sistema suizo sobre derecho aplicable a actos ilícitos ha previsto un régimen escalonado en donde el primer renglón corresponde al derecho suizo elegido de común acuerdo por las partes con posterioridad al acaecimiento del hecho dañoso. En ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad, las normas prevén la aplicación del derecho de la residencia habitual común de la víctima y del responsable del daño y, en su defecto, el derecho del lugar de comisión del acto ilícito. En caso de disociación entre el lugar de comisión del acto y el lugar de producción del resultado dañoso, prevalece esta última localización en tanto el autor del acto haya podido prever esa consecuencia. No obstante, si existiera una relación jurídica especial entre las partes y el acto ilícito afecta esa relación, el derecho aplicable a esta relación regiría la responsabilidad civil por daño (artículo 133, párrafo tercero, ley federal suiza de derecho internacional privado).

30. En una tendencia similar de construcción de categorías específicas, el Reglamento europeo N° 864/2007 contempla una regla general para “obligación no contractual resultante de hecho dañoso” y reglas especiales para las categorías: responsabilidad por el hecho del producto, concurrencia desleal o actos que restringen la libre competencia, atentado al medio ambiente, atentado a los derechos de propiedad intelectual, responsabilidad por el hecho de huelga o de *lock out* (artículos 4 a 8 del Reglamento Roma II).

de octubre de 2010³¹ y el Código de Derecho Internacional privado de la República de Panamá del 8 de mayo de 2014.³²

Una cuestión estrechamente vinculada con la delimitación de la categoría es la definición del alcance del "derecho aplicable". La necesidad de evitar la distinción entre cuestiones procesales y sustanciales, así como la conveniencia de simplificar la aplicación de la regla soslayando el fraccionamiento que se derivaría de una categorización autónoma de la "reparación",³³ han suscitado reglas especiales como el artículo 15 del Reglamento (CE) N° 864/2007, que comprende, entre otras cuestiones, las cláusulas de exoneración, de limitación y de participación en la responsabilidad, la existencia, naturaleza y evaluación de los daños o de la reparación, la transmisibilidad del derecho a la reparación y el modo de extinción de las obligaciones, como la prescripción y la caducidad.³⁴

Es insoslayable una reflexión sobre uno de los riesgos de la extrema categorización, a saber, la ruptura de la coherencia material de la solución. Por lo demás, la búsqueda de determinados foros para asegurar la procedencia de daños punitivos –haciendo regir la reparación por la *lex*

31. La regla general designa el derecho por la *lex loci delicti* y admite el juego de la autonomía de la voluntad posterior al hecho dañoso, si bien prevalece el derecho de la residencia habitual común al tiempo del hecho, si correspondiera. Las categorías particulares se refieren a la responsabilidad por el hecho del producto y a la lesión a los derechos de la personalidad. Ley de la República Popular de China sobre las leyes aplicables a las relaciones civiles con elementos de extranjería. Decreto n° 36 (en vigor desde el 1/4/2011). Consultado en [www.asadip.world/press.com/2011/03/31/ley-china-sobre-la-ley-aplicable] en fecha noviembre 2015.

32. La regla general sigue el criterio de la *lex damni* (artículo 140). El Código de Panamá contempla normas específicas para responsabilidad por productos o sustancias nocivas, por injurias o calumnias en el plano internacional y por práctica desleal. Código de Derecho internacional privado de Panamá (Gaceta Oficial n° 27530). Consultado en [www.asadip.org/v.2/?p=4664] en fecha noviembre 2015.

33. BOSKOVIC, O., "La réparation du préjudice en droit international privé", en *Bibliothèque de droit privé*, tome 407, LGDJ, París, 2003. Primer premio de tesis del Centre français de droit comparé.

34. En un sentido similar, regularon el ámbito del derecho aplicable el artículo 5 del proyecto de 1998 de convención europea sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales (GEDIP), el artículo 103 de la ley belga de derecho internacional privado de 2004 y, en el marco nacional, el artículo 94 del Proyecto de Código de derecho internacional privado de la Argentina de 2003.

fori— tiene como contrapartida la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.³⁵

III.B. Los fundamentos que subyacen en las preferencias del legislador

En la década de los cuarenta, la doctrina francesa abandonó la designación de la *lex fori* —justificada esencialmente por razones de política de seguridad— en favor de la *lex loci delicti* (el derecho del Estado en donde se cometió el delito o acto ilícito). En esa primera época, la regla gozó de amplia aceptación en doctrina europea.³⁶

En la década de los setenta se percibió el impacto del pensamiento anglosajón en la escuela continental de derecho internacional privado y apareció la tendencia jurisprudencial de tomar en consideración la regla "*lex loci delicti*" como principio, pero examinando seguidamente todos los elementos de la concreta situación a fin de advertir la presencia de otro derecho de mayores vínculos, habida cuenta el contexto social en donde el daño se produce. Es la época en que la doctrina francesa examinó —bajo una particular mirada— la doctrina sentada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en el célebre caso "Babcock v. Jackson", del 9 de mayo de 1963.³⁷ En el pensamiento norteamericano, se introdujeron doctrinas que propiciaban balancear el peso de los intereses subyacentes.³⁸ En forma

35. GEMA DIAZ, R., "Forum non conveniens. Los casos Spanair y Air France", en *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, N° 8, agosto 2012.

36. En esa época los juristas Henri y Léon Mazeaud sostenían la aplicación de la *lex fori*, "Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle", en *Revue critique de droit international privé*, 1934, pp. 384 y ss. Sin embargo, la regla sentada por la Corte de Casación en el caso "Lautour c. Veuve Guiraud" fue ampliamente aplaudida por los destacados profesores de derecho internacional privado: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, etc. *Cfr.* ANCEL B. y LEQUETTE Y, *Les grands arrêts...*, ob. cit., p. 167.

37. Corte de Apelaciones de Nueva York, "Babcock v. Jackson", 9/5/1963, *Revue critique de droit international privé* 1964-p. 284; ver las características del razonamiento en: von Mehren Arthur T., "Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États Unis", *Journal de droit international* 1973-especialmente p. 135/136.

38. El profesor Symeon Symeonides estima que el caso "Babcock" representa el ocaso de la *lex loci delicti*, especialmente cuando las partes están domiciliadas en un mismo Estado y se ven involucradas en un acto ilícito en otro Estado diferente y la ley del domicilio común ofrece una solución más conveniente a la víctima que la ley del lugar del daño o del

concomitante, el pensamiento europeo se orientó a establecer una regla previsible de principio –la *lex loci delicti*– y a definir las excepciones –es decir, la designación de un derecho con mejores títulos– en razón de las particulares circunstancias fácticas, por ejemplo, la residencia habitual común de todas las partes involucradas (*lex communis*), solución conocida en la jurisprudencia alemana, en la ley federal suiza de 1987³⁹ y en interesantes tratados bilaterales y regionales elaborados en el Río de La Plata y en el Mercosur.⁴⁰

Es interesante destacar la metodología seguida por el Grupo europeo de profesores de derecho internacional privado, basada en el principio de proximidad –la regla de los lazos más estrechos entre un derecho y el daño– unida a una presunción general *iuris tantum* y al juego de una cláusula escapatoria, inspirada en el artículo 4 de la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a obligaciones contractuales. El sistema de esta interesante propuesta formulada en el año 1998⁴¹ consiste en una regla general de punto de conexión flexible definido como “el derecho del país con el cual la obligación presenta los lazos más estrechos” (artículo 3.1.). Seguidamente, se formuló una presunción general compuesta por dos “escalones”, a saber: el derecho del Estado de la residencia habitual común del alegado responsable y de la víctima al tiempo del daño, o, en su defecto, el derecho del Estado en el cual el hecho generador y el daño se producen o amenazan de producirse. Si no se da esta coincidencia, el razonamiento

Estado de comisión del acto ilícito o delito. SYMEONIDES, S., “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2002, t. 298, especialmente p. 178, ob. cit. Este prestigioso profesor afirma que solo los tribunales de New Jersey y los del Distrito de Columbia continuaron –en los albores del siglo XXI– apegados al análisis de intereses originalmente propuesto por el profesor Currie. Como tendencia mayoritaria señala la influencia del Prof. Leflar y el enfoque de la “better law”, sin bien combinada en la práctica con otras posiciones eclécticas (ob.cit., pp. 109-115).

39. Tal la solución del artículo 133.1 de la ley federal suiza sobre el derecho internacional privado de 1987.

40. Tratado bilateral entre Argentina y Uruguay (aprobado por la ley 24.106 de la República Argentina) y Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito, aprobado por decisión CMC 1/99. El protocolo de San Luis fue aprobado por ley argentina 25.407 y se halla vigente entre la Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay.

41. Propuesta adoptada en Luxemburgo (25/27 de septiembre de 1998), publicada en *Revue critique de droit international privé*, 1998-4, pp. 802-807, ya citada.

consiste en descartar las presunciones y retornar al principio de los lazos más estrechos. El último párrafo precisa que, en ocasión de la apreciación de los lazos más estrechos, se podrá tener en cuenta una relación preexistente o vislumbrada como una perspectiva futura entre las partes. A su vez, este proyecto contiene presunciones especiales para daños contra la vida privada o los derechos de la personalidad, la concurrencia desleal o las prácticas comerciales restrictivas y para los daños a las personas que deriven de ataques al medio ambiente.⁴²

A comienzos del siglo XXI el acento fue puesto en el lugar en que el daño directo ocurre o se produce. Esta localización *lex loci damni* reemplaza el lugar de comisión del delito o del acto ilícito, pues, sin alterar la regla general basada en el principio de proximidad y la admisión de excepciones justificadas por la realidad fáctica, la solución se centra en la ocurrencia del daño y ello significa que la localización da preeminencia a la víctima y no a la conducta del presunto responsable. Un antecedente en jurisprudencia francesa fue el caso "Kieger c/Amigues", fallado por la Corte de Casación el 30 de mayo de 1967,⁴³ en una época en que la solución no era aún mayoritaria en la jurisprudencia.

Un momento de transición lo constituyó el fallo del citado tribunal

42. El artículo 4 de la propuesta del GEDIP de 1998, establece: "Présomptions spéciales. Nonobstant les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 3 et sous réserve des paragraphes 4 et 5 de l'article 3, il est présumé que l'obligation non contractuelle a les liens les plus étroits: a) en cas d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, ou de diffamation, avec le pays dans lequel le dommage est survenu ou menace de survenir; le dommage est présumé survenir dans le pays où la personne lésée a sa résidence habituelle au moment du fait dommageable; b) en cas de concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive, avec le pays dont le marché est concerné par le fait dommageable; c) en cas de dommage causé aux biens ou aux personnes résultant d'une atteinte à l'environnement, avec le pays sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir". En todos los delitos específicos contemplados, es posible descartar la presunción especial y retornar a la búsqueda del derecho que en el caso concreto presente los lazos más estrechos.

43. C. Cass., Ch. civ., 30/5/1967, "Kieger c. Amigues", *Revue critique de droit international privé*, 1967, pp. 728-733 con comentario de P. Bourel. La sentencia de la Corte de Casación francesa dejó sin efecto la decisión de la Corte de Apelaciones de París (*Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 332, nota de P. Lagarde), con una interesante distinción entre orden público interno y orden público internacional. En lo que es pertinente, aplicó a la responsabilidad extracontractual la ley del lugar donde se produjo el hecho dañoso (un accidente de automóviles fuera de Francia), sin descartar la solución de fondo extranjera que no confería resarcimiento por daño moral al padre de la víctima.

francés en la causa “*Mobil North Sea Ltd. et autres c. Compagnie française d’entreprises métalliques et autres*” del año 1999.⁴⁴ Conviene recordar que, en este último conflicto, la sociedad británica Mobil North Sea Ltd. había dirigido una primera demanda de responsabilidad contractual contra las empresas constructoras francesas ante tribunales de Francia, que fue declarada prescripta de conformidad con el derecho inglés aplicable al contrato. Seguidamente, la empresa británica dirigió una acción de responsabilidad por daño contra Lloyds’ Register of Shipping, imputándole falta en su misión de controlar y verificar la aptitud de las embarcaciones navales antes de otorgar el “certificado de conformidad”. La función del Lloyds’ Register of Shipping se había desplegado en varios países, incluyendo acciones en Francia y la demandante pretendía la aplicación del derecho francés. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de París en 1997 y la Corte de Casación francesa en 1999 —esta última con sustento en otro razonamiento levemente diferente— rechazaron la demanda por aplicación de la ley escocesa, ley del lugar del daño.⁴⁵

La Corte de París partió de la presunción de que la *lex loci damni* expresaba el derecho con mayores vínculos de proximidad con el conflicto y procuró verificar diferentes indicios de esta relación preponderante. Por su lado, la Corte de Casación ponderó tanto la conexión del lugar del daño como la del lugar de comisión de las conductas presuntamente ilícitas —en el caso, diseminadas en más de un Estado— y llegó a la conclusión de que la *lex loci delicti* representaba, en el caso, una vinculación más alejada y menos significativa. Es decir, el razonamiento fundado en el principio de proximidad es utilizado para descartar la solución con menores justificativos.⁴⁶

44. C.Cass, 1^o Ch. civ., 11/5/1999 “*Mobil North Sea Ltd. et autres c. Compagnie française d’entreprises et autres*”, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 199 con nota de J. M. Bischoff.

45. La plataforma naval se había siniestrado y hundido en el Mar del Norte, en una sección a la que se aplicaba la ley escocesa.

46. El profesor M. Bischoff explicó este razonamiento como la utilización del principio de proximidad como excepción de “lejanía”. Nota citada precedentemente, *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 199. Particular dificultad en la definición del hecho causal generador del daño se presenta en casos de competencia desleal o en casos de afectación de la vida privada. Sobre este punto, se puede examinar el caso de la CJCE, asunto C-68/93 “*Fiona Shevill*”, Rec. I, 415, conclusiones Darmon y Léger, *Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 487 y comentario P. Lagarde. Ver nota de J. M. BISCHOFF en *Revue critique de droit international privé*, 1998, especialmente p. 513.

No obstante, la solución de someter la responsabilidad civil al derecho del Estado donde ocurre el daño sin posibilidad alguna de poner en juego los correctivos tradicionales –autonomía de la voluntad o cláusula escapatoria– puede conducir a soluciones rígidas, tal como se revela en la sentencia dictada en la causa "Pays-Fourvel", fallada por la Corte de Casación francesa en octubre de 2003.⁴⁷

III.C. Las opciones fundamentales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El panorama que se presentará a continuación se centrará en los artículos 2656 y 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, realizando, cuando sea conveniente, alguna comparación con el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 y con las normas propuestas a la Comisión de Reforma por el equipo de colaboradores especializados en la materia que fueron designados por la Comisión para esa misión.⁴⁸

En primer lugar, se ha previsto una norma de jurisdicción internacional para la categoría "responsabilidad civil" y se ha dejado a salvo lo dis-

47. C. CASS., Ch. civ., 28/10/2003, "Pays-Fourvel c. Sté Axa Courtage et autres", *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 83 con comentario de D. Bureau. Este caso versó sobre el daño causado por el hundimiento de una embarcación de turismo que realizaba una excursión por el río Mekong. Una parte de los viajeros sobrevivieron y demandaron por responsabilidad contractual (Dalloz 2000, jurisprud., p. 840 y nota de Y. Derains). Los familiares de cuatro turistas fallecidos promovieron demanda de responsabilidad extracontractual contra la empresa organizadora del viaje y contra su aseguradora en su condición de damnificados indirectos. Las dos leyes con vocación a ser aplicadas conducían a soluciones dispares: según la ley francesa de la residencia habitual de los familiares próximos se admitía el resarcimiento por daño moral de las víctimas indirectas; la ley de Camboya rechaza en estos supuestos la indemnización por daño moral. La doctrina establecida por la Corte de Casación fue: el daño moral sufrido por las víctimas indirectas encuentra su fuente en el daño causado a la víctima directa, por tanto, la ley aplicable es aquella donde el daño se produjo y no donde el perjuicio moral es sufrido. El daño del familiar sigue la suerte del daño a la víctima directa: en el caso, la solución condujo a la aplicación de la ley camboyana, que desconoce el resarcimiento moral del damnificado indirecto. La aplicación con rigidez de la *lex loci damni* causa perplejidad desde el sentimiento de justicia sustancial.

48. La Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación designó como colaboradores en el área del derecho internacional privado a los profesores: Adriana Dreyzun de Klor, Marcelo Iñiguez, María S. Najurieta y María Elsa Uzal.

puesto en los artículos que preceden esta Sección, es decir, lo dispuesto sobre jurisdicción y derecho aplicable en la Sección 11^a (contratos) y en la Sección 12^a (contratos de consumo).

La Sección 13^a comienza con el artículo 2656, que establece: "Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde este produce sus efectos dañosos directos". Se trata de una norma de jurisdicción internacional que ofrece al demandante la opción de un abanico de foros concurrentes. La norma es una novedad para un código nacional, pues el Código de Vélez Sarsfield no contenía ninguna regulación sobre el juez argentino competente en materia de responsabilidad extracontractual,⁴⁹ si bien plasma soluciones conocidas por la doctrina.

La redacción está inspirada en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, aun cuando consideramos que el texto es más preciso que el artículo 32 del citado proyecto. En efecto, dejando a salvo la coincidencia en cuanto al foro general del domicilio del demandado, la opción del foro especial fue concebida en estos términos en el proyecto del año 2003: "los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, o donde este produce sus efectos directos y relevantes" (art. 32, inciso 'b', proyecto citado). La opción es engañosa, pues la producción de los "efectos directos" y relevantes es el dato que permite definir el lugar de producción del daño –descartando el lugar donde se produce la repercusión o efectos indirectos–, con lo cual la regla está designando un derecho y no una opción entre dos.⁵⁰ En cambio, el artículo 2656 del Código Civil y Comercial de la Nación establece claramente la facultad del actor de elegir tres foros concurrentes: el domicilio del demandado, el lugar en que se ha producido

49. La jurisprudencia ha aplicado por extensión analógica las soluciones de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 o de 1940, a saber, el artículo 56 que admite el juez del domicilio del demandado o el juez del Estado cuyo derecho se aplica al fondo de la causa, este último derecho designado según el principio de la *lex loci delicti* (con distinta formulación en el artículo 38 del Tratado de Montevideo de 1889 y en el artículo 43 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940).

50. La opción 'c' del art. 32 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 es un foro general en materia de demandas dirigidas a personas jurídicas, en casos en que la obligación se suscite por la explotación de una sucursal o establecimiento.

“el hecho generador del daño” (disociación solo relevante en materia de jurisdicción internacional)⁵¹ y el lugar donde se produce el daño.

En cuanto al derecho aplicable, el artículo 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el 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. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

Esta norma es interesante en muchos aspectos pues la Comisión de Reformas –si bien ha seguido de manera textual la propuesta elevada por el equipo de colaboradores en el primer párrafo– introdujo modificaciones en la metodología general de la Sección.

En efecto, en el texto final que quedó plasmado en la ley 26.994, ha desaparecido la “cláusula de excepción especial” para la categoría, que daba gran flexibilidad al sistema y estaba redactada en estos términos: “Si del conjunto de circunstancias del caso se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 –es decir, los dos párrafos del artículo 2657 de la ley sancionada– se aplicará el derecho de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar dado por una relación preexistente entre las partes que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, en cuyo caso el derecho aplicable al daño será el que regula las relaciones jurídicas a que responde”.⁵²

La norma contenida en el artículo 2657 –la única regla para la categoría general “responsabilidad civil”– está claramente inspirada en el artículo 4 del Reglamento (CE) N° 864/07 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 concerniente a la ley aplicable a las obligaciones no con-

51. Esta distinción fue examinada por la CJCE el 30 de noviembre de 1976 en el caso “Mines de Potasse de Alsace”, *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 568.

52. Esta posible interpretación de los vínculos más estrechos se remonta al art. 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que designa la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

tractuales, que no solo elimina la relevancia del "hecho generador del daño" como criterio de localización general sino que contiene una cláusula especial de excepción basada en el principio de proximidad.⁵³ Esta última técnica ha sido suprimida en el texto final del Código aprobado por la ley 26.994.

El texto adoptado tiene una cierta rigidez, dada –a nuestro juicio– por tres circunstancias: a) el segundo párrafo, que designa la *lex communis* –el domicilio en el mismo país tanto de la parte cuya responsabilidad se alega como de la parte perjudicada–, no está contemplada como una opción justificada por la búsqueda de los lazos más estrechos en un caso concreto, dentro de un abanico de opciones –a elección del juez que aplica la regla o a favor de la víctima–, sino como designación de primer rango en la hipótesis señalada; b) la ausencia de una norma explícita que acepte la elección por las partes del derecho aplicable, aun cuando el acuerdo sea posterior al hecho dañoso –como aparece regulada la autonomía de la voluntad en el artículo 14 del Reglamento (CE) N° 864/07–, apartándose asimismo de la propuesta del equipo de colaboradores⁵⁴ y c) la eliminación de una cláusula de excepción especial para la materia "responsabilidad civil".

La doctrina ha reprochado la falta de una clara explicitación del juego de la autonomía de la voluntad, tanto en cuanto a cláusulas de prórroga de jurisdicción como de elección de la ley aplicable, como así también de condiciones materiales pactadas de común acuerdo por las partes con el debido resguardo de la paridad negocial.⁵⁵

No obstante, como la regulación especial debe ser interpretada y aplicada en conjunto con los institutos generales previstos en el Capítulo 1° del Título, la posibilidad de adaptar la regla general a una situación específica

53. En este sentido, ver el comentario de Luciana Scotti en Bueres Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, comparado y comentado*, tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, p. 731.

54. En efecto, la sección propuesta contenía una regla relativa a la autonomía de la voluntad que se ha transcrita precedentemente. A diferencia del artículo 14 del Reglamento (CE) N° 864/07 que solo acepta la elección del derecho por ambas partes después de ocurrido el hecho dañoso, la regla contenida en la propuesta la admitía con posterioridad al hecho dañoso, pero también con anterioridad, a condición de que ambas partes mantuvieran relaciones comerciales previas en cuyo marco hubiesen elegido el derecho aplicable para la responsabilidad por daño.

55. ALBORNOZ J. R., Comentario a la Sección 13ª "Responsabilidad civil", en la obra RIVERA J. C. (dir.), MEDINA G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, p. 965.

mediante una mejor localización fundada en el principio de proximidad está resguardada por el artículo 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: "Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente...".

La Comisión de Reformas suprimió la referencia a las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y en el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad, a ser tomadas en consideración como cuestión de hecho para valorar la conducta de la persona de cuya responsabilidad se alega.⁵⁶ No obstante, parece evidente que la consideración de tales normas integra el contexto del caso, es decir, el sustrato material que permitirá calificar una conducta como ilícita de conformidad con el derecho aplicable.

Mayor repercusión en el funcionamiento global del sistema parece tener la supresión de una categoría específica referida a derecho aplicable a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La norma propuesta por el equipo de colaboradores no había seguido el criterio de abrir la elección a la víctima entre dos derechos con justificados vínculos de proximidad,⁵⁷ sino que estaba inspirada en el artículo 5 del Reglamento (CE) N° 864/2007.⁵⁸ Esta opción significaba la ventaja de extender

56. El artículo 90 de la propuesta elevada por el equipo de colaboradores a la Comisión de Reforma estaba inspirado en el artículo 17 del Reglamento N° 864/2007 Roma II. Se trataba de tomar en cuenta reglas de seguridad y de conducta como "elemento de hecho" para apreciar el comportamiento de la persona de cuya responsabilidad se trata. En la propuesta del Grupo GEDIP de 1998, el artículo 10 establecía la obligación de tomar en cuenta dichas normas en la "determinación de la obligación". En sentido similar, el artículo 102 de la ley de derecho internacional privado de Bélgica del 16 de julio de 2004.

57. El artículo 91 del Proyecto de Código de derecho internacional privado de 2003 establecía: "Responsabilidad por causa de un producto. La responsabilidad fundada en los defectos de un producto se rige, a elección de la víctima, por el derecho del Estado en el que se encuentra el establecimiento o el domicilio del productor, o por el del Estado en el que el producto ha sido adquirido, siempre que allí exista un servicio técnico autorizado o se hubiese realizado publicidad en medios locales".

58. El artículo 89 de la propuesta del equipo de colaboradores tenía el siguiente texto: "Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. 1. Sin perjuicio de lo

una regla uniforme –vigente en los países de la Unión Europea– además de lograr un difícil equilibrio entre la tutela del derecho de la víctima del producto y la expectativa de previsibilidad razonable desde la óptica de la persona cuya responsabilidad se alega.

Aun cuando se evalúen las soluciones de la Sección 13ª del Título IV tomando en consideración la flexibilización que supone el correctivo de la cláusula escapatoria general (art. 2597), la omisión de toda reglamentación respecto de categorías extremadamente dificultosas de localizar (por ejemplo, la categoría "competencia desleal"⁵⁹ o "daños causados por productos defectuosos"⁶⁰ o "daños a las personas o a los bienes resultantes

dispuesto en el artículo 87, apartado 2 (es decir, la *lex communis*), el derecho aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) el derecho del país en el cual la persona perjudicada tuviera su domicilio o residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; b) el derecho del país en el que se adquirió el producto si este se comercializó en dicho país, o en su defecto; c) el derecho del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. No obstante, el derecho aplicable será el del país en el que tenga su domicilio la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuyo derecho resulte aplicable con arreglo a los puntos a), b) o c). 2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará el derecho de ese otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar dado por una relación preexistente entre las partes, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión, en cuyo caso el derecho aplicable al daño se regirá por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responde".

59. El artículo 136 de la ley federal suiza de 1987 dispone; "1. Las pretensiones fundadas sobre un acto de competencia desleal se rigen por el derecho del Estado que corresponda al mercado donde se produjo el resultado. 2. Si el acto afectó exclusivamente los intereses de una empresa determinada, el derecho aplicable será el de la sede del establecimiento afectado. 3. Se hace reserva de lo dispuesto en el art. 133, tercer apartado".

60. Cuando en la República Argentina se localiza tanto el mercado donde el producto ha sido adquirido como la residencia habitual del consumidor adquirente, se justifica la aplicación de la ley sustancial argentina tanto desde la óptica del principio de proximidad como desde el enfoque que prioriza el derecho del Estado que tiene interés preeminente en asegurar un mismo estándar de protección a los consumidores domiciliados en su jurisdicción frente al daño causado por productos que se adquieren en el mercado local. NAJURIETA M. S., "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Desafíos que presentan los casos multinacionales", en UZAL M. E. (coord.), *Relaciones de consumo, derecho y economía*, tomo I, Academia Judicial Internacional, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 249.

de la degradación del medio ambiente"),⁶¹ deja en manos de los jueces una importante facultad de adaptación de los criterios generales.

III.D. Previsibilidad y flexibilidad: los desafíos de nuestro tiempo

En el artículo 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, la llamada "cláusula de excepción" está concebida como un instituto que no sustituye el funcionamiento regular de la norma de conflicto, sino que es formulada con la función de "corregir" una primera designación del derecho que, excepcionalmente, no es satisfactoria desde el tamiz del principio de proximidad, designando otra ley que tiene vínculos manifiestamente más estrechos con el caso y no perturba ni la validez de la relación ni la expectativa previsible de las partes.

Este "correctivo", conocido en doctrina y en el derecho comparado, constituye una novedad para el sistema de derecho internacional privado positivo argentino, sobre el que puede incidir beneficiosamente dado que responde a dos líneas muy afianzadas en el derecho de nuestros días. La primera de ellas responde a un movimiento –admitido hace más de treinta años– orientado a la flexibilización de los razonamientos propios del derecho internacional privado.⁶² En segundo lugar, la inclusión de una cláusula de excepción de amplio espectro es perfectamente coincidente con la tendencia del legislador consistente en otorgar mayores facultades al juez para alcanzar la solución justa en el caso concreto. Ahora bien: la cláusula escapatoria incorporada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación está inspirada en la "justicia de la localización o justicia propia del derecho internacional privado"⁶³ y

61. El artículo 7 del Reglamento europeo N° 867/07 establece: "Daño al medio ambiente. La ley aplicable a una obligación no contractual generada por daño ambiental o por daños subsiguientes sufridos por personas o causados a sus bienes, es la que resulta de la aplicación del artículo 4, párrafo 1 (la ley del país donde se produjo el daño), a menos que el reclamante de la reparación elija fundar sus pretensiones en la ley del país donde se produjo el hecho generador del daño".

62. MAYER, P., *Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois*, R. DALLOZ, 1985, p. 127.

63. Al presentar la función de la cláusula general de excepción del sistema belga de derecho internacional privado, el Profesor Marc Fallon afirma que, en tanto una regla especial de conflicto expresa una localización abstracta de una relación jurídica, la cláusula de excepción o de proximidad tiene su rol ante una situación concreta para proceder a una

corrige el funcionamiento de una norma de conflicto cuyo fundamento es la proximidad.

En cambio, si se tratara de una norma de derecho internacional privado fundada en la autonomía de la voluntad o en el principio de soberanía, la corrección no puede realizarse exclusivamente mediante un razonamiento basado en el principio de proximidad.⁶⁴ Es en este sentido que la última frase del artículo 2597 destaca: "Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso". De todos modos, la Comisión de Reformas no admitió el despliegue de la autonomía de la voluntad en este sector.

En relación con las dificultades de interpretación y de aplicación de una cláusula escapatoria, parece conveniente distinguir al menos tres funciones diferentes del instituto, a saber:

- La función de flexibilización de una regla de conflicto clásica, localizadora y neutra. El razonamiento juega a título excepcional cuando el juez advierte que la primera designación no responde a lazos de proximidad. Sirve para descartar una designación que responde a una conexión fortuita, en el sentido del artículo 10.2 del anteproyecto de las Comunidades europeas en materia de responsabilidad delictual.⁶⁵
- La función de constituir una opción más, en pie de igualdad con otras reglas también fundadas en la búsqueda de los lazos más estrechos, que solo son concebidas como "presunciones" generales o especiales, pero presunciones que pueden descartarse cuando quien aplica la norma advierte una conexión –o conjunto de conexiones– que expresan la relación más significativa del caso.⁶⁶

designación del derecho con mayor justificación de proximidad. *Cfr.* FALLON M., "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", comunicación del 27/5/2005 ante el Comité francés de derecho internacional privado. *Travaux du comité français de droit international privé*, 2004-2006, París, Pedone, 2008, p. 102.

64. RÉMY-CORLAY P., "Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans le conflit de lois", en *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76, especialmente p. 38.

65. Esta función es la que admite la doctrina francesa mayoritaria y es aplicada por los tribunales franceses desde abril de 1991, en que entró en vigor la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, más tarde sustituida por el Reglamento "Roma I".

66. Esta función se aproxima a la doctrina y práctica norteamericana (sistema de la "proper

Asimismo, la cláusula de excepción puede utilizarse con la función de precisar con sentido razonable el concepto que constituye la "conexión principal", por ejemplo, el "lugar donde se produce el daño" (*lex loci damni*).⁶⁷ Cuando se trata de un delito complejo y el sistema no ofrece sino esa localización, es posible examinar las distintas conexiones que concurren a dar la noción del "lugar del daño" y descartar mediante el tamiz de la proximidad (en función de evicción) las situaciones que tienen vínculos más alejados o que son meramente fortuitas.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La responsabilidad civil por daños es una categoría donde confluyen múltiples intereses: los de la víctima dañada; los de las empresas que deben poder contratar sus seguros en condiciones de previsibilidad; los de los Estados, que tienen derecho a una política de prevención, precaución y sanción, especialmente en ámbitos no tradicionales como el resarcimiento por daño al medio ambiente o por daño causado por defecto de producto.

Las diferencias sustanciales que contienen las legislaciones nacionales sobre el tema, tornan esencial contar con reglas claras de jurisdicción internacional: foros concurrentes, todos ellos con vínculos de justificación relevantes y previsibles para todos los involucrados.

La complejidad alcanzada en nuestros días en los litigios relativos al resarcimiento civil, hace celebrar la novedad de contar en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación con reglas claras y de gran consenso, tales como los artículos 2656 (jurisdicción) y 2657 (derecho aplicable). Las soluciones muestran que el método conflictual no ha perdido su vigor ni sus

law"). El principio de proximidad se encuentra en el corazón de la regla de conflicto y constituye en sí mismo el punto de conexión de la responsabilidad civil no contractual. *Cfr.* artículos 3 y 4 de la proposición del Grupo de profesores de derecho internacional privado sobre ley aplicable a obligaciones no contractuales, *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 802; BISCHOFF, J. M., comentario al fallo de la Corte de Casación francesa "Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres", del 11/5/99, en *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 202, ya citado.

67. Corte de Casación francesa, "Mobil North Sea Ltd. et autres v. Compagnie française d'entreprises et autres"(11/5/1999), ya citado. Una dificultad similar se advierte en la localización del "lugar donde se produce el daño" en caso de delitos financieros complejos. Ver: CJCE, asunto C-168/02 "Rudolf Kronhofer c. Marianne Maier et autres" (10/6/2004).

posibilidades y que el peso de las políticas públicas que subyacen en las reglas con vocación a regir el caso, debe ser integrado a los razonamientos, pero sin sustituir la razonabilidad que resulta del principio de proximidad. Esto asegura el valor previsibilidad, esencial en la categoría, el cual, en atención a la eventual disparidad de fuerzas, debe ser conjugado con la flexibilidad.⁶⁸

La búsqueda del equilibrio entre la seguridad jurídica y la necesidad de tener herramientas flexibles que aseguren la justicia del caso concreto, está brillantemente expresada en los considerandos 14 y 16 del Reglamento (CE) N° 864/2007 (Roma II), donde se afirma que la conexión al Estado donde ocurre el daño directo (*lex loci damni*) es la que mejor concilia los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona lesionada, respondiendo a las exigencias de las más modernas concepciones sobre el derecho de daños.

En cuanto a la decisión de política legislativa de excluir el juego de la autonomía de la voluntad, probablemente responda a la preocupación –presente en todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación– de resguardar los intereses de quien puede vislumbrarse como más vulnerable. No obstante, creemos que se ha soslayado la función “correctora” de la voluntad de las partes, herramienta que, dentro de límites ya explorados en el derecho comparado, hubiera podido aportar soluciones artesanales, muchas veces más cercanas a la justicia.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Jorge R., *Comentario a la Sección 13ª “Responsabilidad civil”* en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VI”.

ANCEL, Bernard y LEQUETTE, Ives, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ta. Ed., París, Dalloz, 2006.

68. Este último objetivo se alcanza, en el nuevo Código, por el juego de la cláusula de excepción contenida en el artículo 2597. En palabras de la Profesora Helène Gaudemet Tallon, tratándose de obligaciones extracontractuales se presentan los objetivos “contradictorios” de “prévisibilité et de souplesse” que tienen tanto valor el uno como el otro, lo cual obliga a alcanzar soluciones plenas de matices. Curso general “Le pluralisme en droit international privé...”, en *Recueil des Cours*, tomo 312, ya citado, p. 319.

- AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, 3ra Ed., París, Economica, 2000.
- , "Le caractère fonctionnelle de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n° 186, 1984, pp. 219-398.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ta. Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- BOSKOVIC, Olivera, *La réparation du préjudice en droit international privé*, París, LGDJ, 2003.
- DUBLER, Cesar, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genova, Librairie de l'Université, Georg & Cie, 1983.
- DUBOUT, Edouard y TOUZÉ, Sebastien, *Les droits fondamentaux charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010.
- FALLON, Marc, "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", en *Travaux du comité français de droit international privé, 2004-2006*, París, Pedone, 2008, pp. 89-132.
- FERMÉ, Eduardo L., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos en el derecho internacional privado*, Relato general ante el X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1989.
- GAUDEMET-TALLON, Helène, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tomo 312, 2005, pp. 9-488.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10ma Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- MAYER, Pierre, "Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois", en *Recueil Dalloz*, 1985, p. 127.
- MAZEAU, Henri y MAZEAU, Léon, "Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle", *Revue critique de droit international privé*, 1934, p. 384.
- MORSE, Robin, "Substance and Procedure: Aspects of Damages in Tort in the Conflict of Laws", en *Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, pp. 389-396.
- NAJURIETA, María S., "Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en UZAL, María E. (coord.), *Ciencia, técnica y*

- Poder Judicial*, Buenos Aires, Academia Judicial Internacional, La Ley, 2006, pp. 217-251.
- RÉMY-CORLAY, Pauline, "Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois", en *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76.
- RIVERA, Julio C., "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en RIVERA, Julio C. (dir.), MEDINA, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1-22.
- SCOTTI, Luciana, "Comentario a la reforma" en BUERES Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y comentado*, tomo 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan C., *Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II*, Barcelona, 2005, disponible en www.indret.com.
- SYMEONIDES, Symeon, "The American Choice of Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", en *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tomo 298, pp. 9-448.
- UZAL, María E., "Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado", en *El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 140, pp. 845-850.
- , "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 161, pp. 1056-1063.
- VON MEHREN, Arthur T., "Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États-Unis", en *Journal de droit international*, 1973, p. 116.