

Responsabilidad por daños causados debido a productos defectuosos en caso de intervenciones médicas. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid del 21 de junio de 2021

Product liability in case of medical intervention. Regarding to the judgement of the Madrid Court of First Instance of 21st June 2021

DAVID CUENCA PINKERT
Doctor en Derecho
Universidad de Colonia (Alemania)

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 06.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7573

Resumen: El Juzgado de Primera Instancia de Madrid tuvo que pronunciarse en un supuesto prototípico que nos hace recordar la catástrofe del uso médico de la talidomida y a raíz del cual surgieron varias sentencias de ulteriores instancias en procedimientos paralelos e independientes, sobre la cuestión de si en caso de padecer daños un paciente tratado con un producto tóxico vendido por una empresa alemana y empleado en una intervención médica en España, es aplicable el derecho español a la pretensión indemnizatoria del paciente contra la aseguradora de la empresa, también germana, pudiéndose ejercitar mediante la acción directa contra la aseguradora, tan solo prevista en el propio ordenamiento.

Ésta sentencia de primera instancia se limita a aplicar precipitadamente la *lex loci damni* prevista en el artículo 4 (1) del Reglamento (CE) N° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante: Roma II), zanjando así la cuestión sobre el derecho aplicable invocada por la demandada y logrando de este modo la aplicación del derecho español.

Resulta especialmente interesante analizar este panorama, pues a la luz de éste se demuestra cómo la actual jurisprudencia española solventa las cuestiones intrínsecas de derecho internacional privado, tales como la relación del Reglamento Roma II con el Convenio de la Haya de 2 de octubre del 1973, la aplicación del art. 5 Roma II en caso de daños causados por productos empleados en intervenciones médicas y la conexión alternativa del art. 18 Roma II, cuando el régimen al cual el contrato de seguro está sometido excluye la acción directa; cuestiones ignoradas o resueltas, a mi juicio, errónea o muy vagamente por los órganos jurisprudenciales.

Palabras clave: conflicto de leyes, responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, cláusula de escape, obligación extracontractual, norma general, normas imperativas y preferentes, subsidiariedad.

Abstract: The Madrid Court of First Instance had to rule in a prototypical case reminiscent of the thalidomide catastrophe, which gave rise to a number of subsequent judgments in parallel and independent proceedings. The main question was if a patient suffers damage when treated with a toxic product sold by a German company and used in a medical operation in Spain, is Spanish law applicable to the patient's claim for compensation against the German company's insurer. In particular, the court had to

decide if the claim could be exercised by means of direct action against the insurer, which is only provided in the Spanish legal system and not in the German one.

The judgment of first instance merely applies the *lex loci damni* provided for in Article 4 (1) of Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (hereinafter: Rome II), thus settling the question of the applicable law invoked by the defendant and thus achieving the application of Spanish law

It is particularly interesting to analyse this panorama, as it shows how current Spanish court ruling resolves intrinsic questions of private international law, such as the relationship of the Rome II Regulation with the Hague Convention of 2 October 1973, the application of Art. 5 Rome II in the case of damage caused by products used in medical interventions and the alternative connection of Art. 18 Rome II, when the regime to which the insurance contract is subject to excludes direct action; questions are ignored or resolved, in my opinion, erroneously or vaguely by the courts.

Keywords: conflict of laws, product liability, escape clause, non-contractual obligation, general rule, mandatory and preferential rules, subsidiarity.

Sumario: I. Indicación previa. II. Resumen de los antecedentes de hecho. III. La formulación de los fundamentos de derecho. IV. Análisis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid del 21 de junio de 2021. 1. Pautas para examinar el derecho aplicable. 2. Grado de rigurosidad del esquema de aplicación de las normas de conflicto. 3. Apuntes a la interpretación del artículo 5 Roma II en caso de tratamiento con medicamentos tóxicos. 4. Breves apuntes sobre la “cláusula de escape” en relaciones jurídicas tripartitas. V. La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 25 de marzo del 2022 en un caso paralelo. VI. La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 en otro caso paralelo. VII. Auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022 – inadmisión del recurso de casación. VIII. Conclusiones.

Indicación previa

1. La sentencia objeto de comentario – a pesar de proceder de un juzgado de primera instancia y de no tener así aparente trascendencia – aborda varias cuestiones jurídicas que radican en las alegaciones formuladas por la parte demandada, tales como la prescripción, la causalidad, causas de exoneración y cuantía indemnizatoria. El derecho aplicable tan solo es una de ellas. Dado que la cuestión de la ley aplicable es, junto a sus preguntas vinculadas, la única relevante desde un punto de vista de derecho internacional privado, se ha optado por examinar ésta solamente.

Resumen de los hechos probados y antecedentes de hecho

2. D. Jose Manuel (en adelante: el actor), nacido en 1971, se sometió entre enero y marzo de 2015 a cuatro intervenciones quirúrgicas por desprendimiento de retina en el ojo derecho en la clínica oftalmológica BEGITEK en Gipuzkoa. En el transcurso de la actuación médica se aplicó el producto sanitario ALA OCTA (perfluoroctano), fabricado por la empresa alemana ALAMEDICS GmbH & Co. KG, que a fecha del 26 de junio de 2015 fue retirado – de comercialización y uso – por orden de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a causa de su toxicidad. Como resultado del uso referido, el nervio óptico del ojo derecho del actor sufrió un daño catastrófico, con pérdida total de visión.

3. El actor ya presentaba una agudeza visual de 0,050 en el ojo izquierdo, del cual fue intervenido en cinco ocasiones entre los años 2000 y 2001. La agudeza visual del ojo derecho, a consecuencia del empleo del perfluoroctano, se redujo a 0,000.

4. El actor fue declarado en situación de gran invalidez con complemento mediante sentencia dictada a fecha de 23 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Social nº3 de Pamplona, en autos de Incapacidad 189/2016.

5. Con un escrito presentado a fecha de 20 de noviembre de 2018 se interpuso la demanda de Juicio Ordinario contra la aseguradora ALLIANZ VERSICHERUNGSAKTIENGESELLSCHAFT (ALLIANZ ALEMANIA), en ejercicio de acción de reclamación, solicitando la condena al pago de la suma de 972.835,83 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro, así como las costas del procedimiento.

La formulación de los fundamentos de derecho

6. El juzgado estimó parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador en representación del actor, condenando a la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA al pago de un monto indemnizatorio de 170.054,43 (de los 972.835,83 euros solicitados en la demanda).

7. En el tercer fundamento, antes de pronunciarse sobre los aspectos sustantivos de la pretensión, el órgano analiza la ley aplicable. Constata que, en defecto de un vínculo contractual tanto con la empresa ALAMEDICS como con la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA, la responsabilidad solo puede ser de carácter extracontractual. La sentencia cita el art. 4 (1) del Reglamento Roma II, que establece que: *“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño [...]”* El punto de conexión del art. 4 (1) Roma II es, en este caso, la *lex loci damni*. Luego se confirma tajantemente que el juzgado no aprecia circunstancias que puedan llevar a la aplicación de la cláusula de escape del art. 4 (3) Roma II. El juez concluye que es aplicable el derecho español y, con ello, la acción directa del perjudicado o de sus herederos contra la aseguradora para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar conforme al art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro (en adelante: LCS). Indica, además, que según el art. 18 Roma II la *“persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro.”* Concluye la sentencia que, ya que es aplicable el derecho español a la obligación extracontractual y dado que el derecho español contempla tal acción directa en el art. 76 LCS, esta última puede basarse también en el art. 18 Roma II.

8. A continuación, en el mismo fundamento, el órgano juzga sobre el planteamiento invocado por la demandada, según el cual el derecho español es derogado por el derecho alemán según la cláusula 32 de la póliza de seguros de la empresa fabricante, lo que abocaría a la falta de legitimación pasiva de la parte demandada, pues no contempla la póliza la acción directa del tercero perjudicado frente a la aseguradora del fabricante del producto. Se cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20, del 2 de mayo de 2020 n°161/2020, recurso n°749/2019 que detalla que las normas previstas en los Reglamentos son, al ser Derecho de la Unión Europea, imperativas y producen efecto directo también entre particulares, la cual invoca el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante: TFUE) y explica que una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas de conflicto del Reglamento Roma II, ni prevalecer sobre éstas, como tampoco puede una cláusula derogar preceptos imperativos del derecho español, como lo sería el art. 76 LCS.

Análisis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 47 de Madrid del 21 de junio de 2021

9. El órgano jurisprudencial da a entender inmediatamente tras haber expuesto los hechos probados (fundamento primero) y el planteamiento de las partes (fundamento segundo) que necesariamente se ha de examinar la cuestión de la ley aplicable, porque de ella dependerá efectivamente qué normas son aplicables en el curso de los fundamentos de derecho. Procede, en primer lugar, a determinar el derecho aplicable y pasa luego, en segundo lugar, a rebatir la argumentación esgrimida por la parte demandada.

Es acertado este modo de proceder, dado que el punto de partida es el derecho sustantivo aplicable al supuesto y para apreciar los argumentos invocados por la demandada hay que haber determinado con qué régimen se han de medir las normas alegadas, en este caso, la cláusula 32 de la póliza de seguros de la empresa fabricante.

Pautas para examinar el derecho aplicable

10. En lo que concierne al análisis del derecho aplicable, éste se rige – tal y como lo indica la sentencia – prevalentemente según las normas de conflicto europeas procedentes de los Reglamentos Europeos, y en especial para las obligaciones, conforme a los Reglamentos Roma I y Roma II, ya que nos encontramos ante un supuesto transfronterizo. La orden de aplicación expresada por el art. 288 TFUE es constituyente e imperativa, pues los mandatos de aplicación contemplados por los preceptos nacionales poseen carácter meramente declarativo, como lo serían el art. 10 (8) CC o el art. 3 nº1 del EGBGB alemán. Si fueran contradictorias las reglas de conflicto en relación a las europeas, como lo serían por ejemplo los preceptos nacionales sobre la sucesión *mortis causa* (art. 9 (8) CC o el artículo 25 EGBGB alemán), cuyo nexa sería la nacionalidad, sería prevalente el Reglamento de sucesiones (650/2012). En consecuencia, sólomente las normas de conflicto europeas serían de aplicación, pues estas derogarían las nacionales opuestas.

11. En el ámbito de las obligaciones, la pregunta crucial radica en la bifurcación entre la obligación contractual y la relación extracontractual: de ello dependerá si es aplicable el Reglamento Roma I o Roma II. El TJUE define la relación contractual como “compromiso [jurídico] voluntario entre las partes”.¹ Cabe resaltar que la interpretación de qué puede ser un tal compromiso voluntario no es idéntica en el derecho nacional español y en el derecho internacional privado europeo, puesto que los conceptos del derecho de colisión europeo han de interpretarse desde un punto de vista autónomo, es decir, por sí mismos y considerando el modo de entender europeo y no el nacional. Por tanto, fenómenos como el contrato nulo, desde un punto de vista de derecho de colisión europeo, pertenecerían a la materia contractual y, por consiguiente, al Reglamento Roma I, mientras que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, como el alemán, serían una obligación extracontractual.²

12. No en vano, se ha de tener en cuenta el art. 28 Roma II, relativo a la relación con los convenios internacionales existentes, cuyo primer apartado reza *que [e]l presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales*. En este sentido, hay que mencionar el Convenio de la Haya de 2 de octubre del 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad de productos, que, según la doctrina española, es prevalente al art. 5 Roma II, por haberse ratificado con anterioridad del Reglamento Roma II, quedando, pues, inaplicable la norma de conflicto especializada del Reglamento europeo.³ Sin embargo, a modo de excepción del apartado 1, el segundo apartado estatuye que *no obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento [Roma II, en la medida en que afecte a las materias reguladas por el mismo, primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros*. No obstante, la palabra decisiva es *exclusivamente*, es decir, que la excepción tan solo se aplicaría a convenios, que se han ratificado exclusivamente por Estados miembros de la UE. En el caso de susodicho convenio relativo a la responsabilidad por productos, esto no es así, pues dicho convenio fue ratificado también por Croacia, Macedonia, Noruega und Serbia, con lo que no existe exclusivi-

¹ Sentencia del TJCE del 17 de septiembre del 2002, C-334/00 (Tacconi).

² El enriquecimiento indebido (*ungerechtfertigte Bereicherung*, §§ 812 ss. BGB) en la dogmática civil alemana pertenece a las obligaciones extracontractuales.

³ A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho internacional Privado”, Tirant lo Blanch, 2020, tomo III, p. 1086.

dad. Mientras que ante tribunales franceses y austriacos existe la posibilidad de derogar el convenio por acuerdo de las partes,⁴ en España no está prevista esta práctica. Sin perjuicio de lo dispuesto, alguna voz en la doctrina alemana sostiene aplicar el art. 28 Roma II de forma análoga en aquellos casos, en los que no estén afectados los intereses de estos terceros países, lo cual aquí, por ser un supuesto transnacional entre España y Alemania, podría afirmarse.⁵ No debe ser rechazada *a priori* esta argumentación, porque efectivamente, si no les afecta a los países terceros la aplicación del art. 5 Roma II, el arraigo al Convenio resulta un mero formalismo. En definitiva, aunque se ha de admitir que la aplicación del Convenio sería lo correcto, a mi juicio, a la luz de susodicha argumentación y del valor de una unificación jurídica, la aplicación del Reglamento Roma II, en tanto que sea justificada, no debería clasificarse como error de derecho.

13. En lo que concierne a la presente nota de sentencia, a fin de evitar confusiones y visto que todas las resoluciones mencionadas aplican las normas de conflicto del Reglamento Roma II, he optado por tomar como base el Reglamento y no el Convenio.

14. El Juzgado, en el presente supuesto, constata que el actor en el momento de los hechos carecía de vínculo contractual tanto con la empresa alemana como con la aseguradora, la demandada, y, por consiguiente, concluye que se puede tratar solamente de una obligación extracontractual. Sin embargo, no ahonda la sentencia en la susodicha cuestión relativa a la aplicación del Convenio de la Haya, sino que se limita a aplicar directamente el Reglamento Roma II. Si bien no es error de derecho, debía haberse esclarecido la relación entre ambos actos jurídicos.

Grado de rigurosidad del esquema de aplicación de las normas de conflicto

15. Considerando el anterior apunte, se plantea el interrogante de cómo de riguroso hay que seguir el esquema de aplicación de las normas de conflicto europeas. Es bien sabido que el derecho internacional privado es una materia compleja, pero muy sistemática en su aplicación. El esquema no emana de alguna doctrina dogmática, sino del mismo texto legal y de sus formulaciones. Los Reglamentos Europeos contienen palabras clave que indican el orden en el cual son aplicables las normas de conflicto, por ej. *a falta de, sin perjuicio de lo dispuesto en, en defecto de, no obstante lo dispuesto en*, etc. Es erróneo alterar este orden, pues las normas de conflicto, teniendo puntos de conexión diferentes, pueden remitir a ordenamientos diferentes y en caso de alteración puede resultar aplicable un derecho no previsto. De ello se deduce que el examen del derecho de colisión exige un control riguroso si (1) hay un Convenio aplicable prevalentemente, (2) si hay una ley elegida, (3) es aplicable una norma de conflicto especial, (4) procede la aplicación de una norma de conflicto especial mediante su interpretación extensiva o analogía, (5) es aplicable la norma general y, por último, (6) se excluye o no el reenvío (*renvoi*).

16. Cabe resaltar que el órgano jurisprudencial no sigue el susodicho esquema, sino que opta por aplicar directamente el art. 4 Roma II, lo cual, como señalamos anteriormente, no es *lex artis* y, es más, conlleva el riesgo de pronunciar resultados erróneos, pues ignora completamente la subsidiariedad de ciertas normas de conflicto. Que la sentencia guarde silencio ante una eventual elección del derecho aplicable según el art. 14 Roma II o una identidad de la residencia habitual del actor y de la demandada conforme al art. 4 (2) Roma II puede ser todavía excusable, dada la notoriedad de la falta de concurrencia de mentados requisitos. Pero llama especial atención que el juzgado no haya examinado la norma de conflicto del art. 5 Roma II relativo a la “responsabilidad por los daños causados por productos defec-

⁴ V. HEIN, *Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung*, en: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2009, p. 6, 32; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 13, C.H. Beck, 8. ed. 2021, Art. 28 Rom II-VO, apartado 21.

⁵ A favor H.J.SONNENBERGER, „Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR“, en: D. BAETGE / J. V. HEIN / M. V. HINDEN (Eds.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2008, 227, 233 f.; en contra SPICKHOFF, en: Beck’sche Online-Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 63. Ed., 1.5.2022, Art. 28 Rom II-VO, apartado 4.

tuosos”, la cual, como se puede extraer tanto de la sistemática interna del Reglamento Roma II como de una conclusión inversa (*argumentum e contrario*) de la remisión solo al apartado dos del art. 4 Roma II, es prevalente al art. 4 (1) Roma II y, por consiguiente, debe ser examinada prioritariamente.⁶ Esta prevalencia no es meramente dogmática, sino que – por sus puntos de conexión distintos al de la *lex loci damni* – puede ocasionar la aplicación de otro derecho sustantivo desvirtuando de este modo los objetos mencionados por el Considerando 20 del mentado Reglamento. La aplicación de las normas de conflicto especializadas posee, pues, un anclaje en la garantía de la seguridad jurídica.⁷ Por ende, la inmediata aplicación del art. 4 (1) Roma II es – independientemente del resultado – errónea.

Apuntes a la interpretación del artículo 5 Roma II en caso de tratamiento con medicamentos tóxicos

17. Inicialmente, se plantea la cuestión acerca de si un medicamento puede ser un “producto” en el sentido del art. 5 Roma II. Es unánime la doctrina a la hora de definir el producto – en concordancia con el art. 2 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo en materia de responsabilidad por los daños a causa de productos defectuosos y siempre desde un punto de vista autónomo, esto es, desarraigado de eventuales entendimientos nacionales – como cualquier cosa movable, aún formando parte de otra cosa mueble o bien de una cosa inmueble.⁸ Más allá de ello, no se lleva a cabo ninguna otra diferenciación dentro de los bienes muebles, ya que ni el tenor literal ni la *ratio legis* requieren una delimitación del concepto, siendo, por tanto, irrelevantes factores tales como el origen, el método de producción o la calidad.⁹ Tomando como base la mencionada definición, no suscita problemas y es acertado subsumir el medicamento bajo ella, dado su patente carácter movable.¹⁰ En conclusión, el perfluorotano es “producto” en el sentido del art. 5 Roma II.

18. En lo que concierne a la defectuosidad del producto, suscita dudas lo que dispone literalmente el título del art. 5 Roma II, ya que la versión española¹¹ contempla la defectuosidad, mientras que las versiones en otros idiomas, como la inglesa¹², la francesa¹³, la alemana¹⁴ y la italiana¹⁵ no contienen este atributo. Cobra relevancia esta cuestión sumamente controvertida especialmente en supuestos, en los que el producto está intacto, mientras que la instrucción es defectuosa, o bien cuando la peligrosidad o nocividad le sea inmanente,¹⁶ como sería el caso de un arma. Mientras que un sector de la doctrina – recurriendo sobre todo a la teleología – defiende que la defectuosidad es requisito indispensable para aplicar el art. 5 Roma II,¹⁷ el otro sector sostiene que no lo debe ser, argumentando con el tenor literal y

⁶ P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *European Commentaries on Private International Law ECPIL*, Ed. Dr. Otto Schmidt, 2019, Vol. III Rome II Regulation, Art. 5 Rome II, apartado 35; H. DÖRNER, en: R. SCHULZE / H. DÖRNER ET AL. (Eds.), *HK-Bürgerliches Gesetzbuch*, Nomos, 11. ed. 2021, Art. 5 Rom II-VO, apartado 1; M. ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *Rome II Regulation*, Ed. Dr. Otto Schmidt/De Gruyter, 2012, Art. 5, apartado 3.

⁷ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 1.

⁸ Véase solo M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *beck-online.Großkommentar*, 1.9.2022, Rom II, Art. 5. apartado 31; *en contra* del requisito de la movilidad I. BACH, en: G. SPINDLER / F. SCHUSTER (Eds.), *Recht der elektronischen Medien*, C.H.Beck, 4. ed. 2019, Art. 5 Rom II-VO, apartado 5.

⁹ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 32.

¹⁰ C.M.V. CLARKSON/J. HILL, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. ed. 2011, p. 272; M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 33; M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. 6, Nomos, 3. Ed. 2019, Art. 5 Rom II-VO, apartado 25; S. PABST, en: T. RAUSCHER / H. UNBERATH / J. CZIUPKA (Eds.), *EuZPR/EuIPR*, Vol. III, Dr. Otto Schmidt, 4. ed. 2016, Art. 5 Rom II-VO, apartado 39; K. THORN, C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 3.

¹¹ Responsabilidad por los daños causados por productos *defectuosos*.

¹² Product liability.

¹³ Responsabilité du fait des produits.

¹⁴ Produkthaftung.

¹⁵ Responsabilità da prodotti.

¹⁶ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Rom II, Art. 5. apartado 36.

¹⁷ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 5. apartado 36, 37; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *op cit.*, Vol. 13, 8. ed. 2021, Art. 5 Rom II-VO, apartado 15; N. LUND, en: M. WÜRDINGER (Ed.), *Juris Praxiskommentar-Bürgerliches Gesetzbuch*, 9. ed. 2020,

consideraciones sistemáticas y genéticas.¹⁸ En el presente caso, sin embargo, no es decisiva esta pregunta, puesto que, indiscutiblemente, era tóxico el medicamento litigioso y, por consiguiente, defectuoso.

19. El aspecto problemático gira en torno a la circunstancia de que el daño ha de ser causado, tal y como estipula el texto del art. 5 Roma II, *por* un producto (caused *by* a product, *durch* ein Produkt, causé *par* un produit). La preposición *por* implica el requisito de una cierta causalidad entre el producto y el daño. No obstante, esta causalidad no puede reducirse al hecho de que esté involucrado un producto, pues, como bien indican ciertas voces en la doctrina,¹⁹ en la mayoría de los daños concurren “productos”, lo cual socavaría la norma general del art. 4 Roma II por omnipresencia del art. 5 Roma II. Por tanto, un convincente sector en la doctrina exige que el producto haya sido la *causa específica*²⁰ para el daño o que éste sea *causado por las peculiaridades (características) del producto*²¹. El supuesto estándar sería aquél en el que una persona es dañada a la hora de utilizar el producto (defectuoso). En este caso, el régimen aplicable según el art. 5 (1) a) Roma II sería el de la residencia habitual del perjudicado, siendo que la disposición pretende privilegiarle por razones de equilibrio estructural, disparidad de información y protección del consumidor.²²

20. No obstante, el supuesto objeto de comentario se aleja de susodicha constelación, ya que el perjudicado entra en contacto con el producto por medio de una intervención médica, es decir, mediante una aplicación sanitaria y no, al menos inmediatamente, por decisión propia. Ahora bien, si se optase por interpretar el ámbito de aplicación del art. 5 Roma II de manera restrictiva, negando la causalidad específica, sería aplicable subsidiariamente la norma general del art. 4 Roma II. Pero la consecuencia de ello sería que se le impondría al perjudicado la *lex loci damni*, es decir, un punto de conexión capaz de remitir – sin reenvío (art. 24 Roma II) – a ordenamientos totalmente aleatorios y casuales,²³ dependiendo de dónde tenga lugar la intervención médica, privándole al perjudicado así de cualquier seguridad jurídica y provocando un empeoramiento injustificado y legislativamente insostenible de su posición. Por lo expuesto, lo correcto sería interpretar el art. 5 Roma II de forma extensiva. Como norma de conflicto especial, pretende abarcar todos los supuestos en los que alguien sufre un daño como consecuencia de (“por”) un producto (defectuoso), independientemente de que lo use directamente o de recibirlo en un tratamiento médico. De lo contrario, se desvirtuarían las conexiones subsidiarias diferenciadas – la llamada *cascada* –²⁴ del art. 5 Roma II, que el art. 4 Roma II no contempla. Consecuentemente, el juzgado debería haber aplicado preferentemente el art. 5 Roma II, dado que el art. 5 (1) a) Roma II prevee, en primer lugar y en defecto de una residencia habitual común, la residencia habitual del perjudicado en caso de comercialización del producto en dicho país, en segundo lugar, el país de adquisición del producto y, solo en tercer lugar, la *lex loci damni* como en art. 4 (1) Roma II. La residencia habitual del perjudicado

Art. 5 Rom II-VO, apartado 8; V. HEIN, „Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung“, en: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2009, p. 6, 26; P.J. KOZYRIS, „Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides‘ „Missed Opportunity“, *Am.J.Comp.L.* 56 (2008), p. 471, 488; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Ed. Sweet & Maxwell, 5. Ed. 2022, apartado 19-018, es ambiguo por el contrario P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rome II, apartado 18, por reivindicar „some sort of limitation“.

¹⁸ A. SPICKHOFF, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.3.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 4; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, apartado 5.15; *aparentemente también* P. STONE, en: J. AHERN / W. BINCHY (Eds.), *The Rome II regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 175, 181; M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rom II-VO, apartado 31; H. ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *op cit.*, Art. 5, apartado 12.

¹⁹ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.9.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 39; Clarkson/Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 4. ed. 2011, S. 271.

²⁰ M. MÜLLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, 1.9.2022, Art. 5 Rom II-VO, apartado 40 („spezifische Ursache gesetzt“).

²¹ M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 5, apartado 30 („durch die Eigenarten [Charakteristika] des Produkts hervorgerufen“).

²² Véase también el Considerando 20 del Reglamento Roma II.

²³ K. THORN, C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 5 Rom II-VO, apartado 5; P. MACHNIKOWSKI, en: U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (Eds.), *op cit.*, Art. 5 Rome II, apartado 2.

²⁴ G. PALAO MORENO, “La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea”, en: *Derecho PUCP*, n°74, 2015, pp. 333, 348.

y el país de producción del daño aquí son los mismos; ambas normas, pues, remiten sin reenvío al derecho español. Pero, repito, este resultado es de pura casualidad, visto que en casos del llamado turismo médico el art. 4 Roma II habría remitido sin reenvío al país donde se haya llevado a cabo la intervención médica, o sea, a un ordenamiento probablemente más desfavorable para el perjudicado.

21. Por último, merece ser analizada la cuestión de si la aseguradora es “*persona cuya responsabilidad se alega*”. Es controvertida la pregunta de si este concepto ha de ser interpretado restrictivamente, porque en caso contrario podría socavarse el ámbito de aplicación de la regla general del art. 4 Roma II.²⁵ Algunas voces en la doctrina defienden que no es precisa ninguna restricción, de modo que el concepto tiene que ser interpretado de manera literal.²⁶ Otras opiniones, en cambio, defienden que deben ser excluidas aquellas personas que tengan la posesión del producto²⁷ o que no tengan la responsabilidad de sus características.²⁸ Sentado lo anterior y pasando al análisis del caso concreto planteado, debe señalarse que la “*persona cuya responsabilidad se alega*” es la de la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA. No obstante, esta dificultad dogmática es superada mediante el art. 18 Roma II, cuyo tenor literal establece *la persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro*. En particular, se trata de una conexión alternativa, cuya primera contempla el *statut* del delito y la segunda el del contrato de seguro, teniendo en cuenta que es aplicable el principio de la norma más favorable (*Günstigkeitsprinzip*).²⁹ La *lex damni* está sujeta al derecho español de acuerdo con el art. 5 (1) a) Roma II, mientras que la ley aplicable al contrato de seguro sería el derecho alemán, no según la cláusula 32 de la póliza de seguros invocada por la demandada, sino conforme al art. 7 (2) Roma I, cuya ley elegida es la que indica susodicha cláusula. El juzgado, sin embargo, no ahonda esta temática, sino que aplica directamente el derecho español al amparo de la primera alternativa y señala que el régimen español regula la acción directa contra la aseguradora en el art. 76 de la LCS. A pesar de ello, de lo arriba expuesto se deriva que mentada acción directa no viene “igualmente” prevista en el art. 18 Roma II en sentido de yuxtaposición, como pone de manifiesto equívocamente la sentencia, sino que el art. 76 LCS contempla la acción directa en el derecho español, que cobra importancia a través de la conexión alternativa del art. 18 Roma II, el cual, a su vez, ayuda a determinar la *persona cuya responsabilidad se alega*.

22. A ello se le suma que, en la medida en que el órgano jurisprudencial basa sus explicaciones en una sentencia de la SAP Madrid de 7 de mayo del 2020, sección 20, nº161/2020, en la cual se señala que *una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas – en este caso de conflicto – imperativas del Derecho de la Unión, ni tampoco prevalecer sobre éstas*, no se trata de que una cláusula contractual no pueda derogar las normas del Reglamento Roma II, porque obviamente no lo puede, sino que se trata de que la elección del derecho alemán entre la empresa ALAMEDICS y la aseguradora ALLIANZ ALEMANIA en base a la cláusula 32 de la póliza solo surte y puede surtir efectos *inter partes* y lógicamente no puede afectar la relación jurídica entre la empresa y el actor o entre la aseguradora y el actor, pues se trataría de un contrato en contra de terceros. En esta relación sólo sería aplicable el derecho alemán si esto lo hubiesen convenido las partes conforme al art. 14 Roma II o si el art. 5 u otra norma del Reglamento Roma II hubiesen remitido al derecho alemán. Del mismo modo, tampoco resulta acertado decir que *una cláusula tal puede ser de preferente aplicación sobre preceptos también imperativos del Derecho español*, porque, repito, el punto crucial no es que una cláusula de póliza no sea prevalente a una norma con rango de ley, sino que dicha cláusula no surte efecto en contra de terceros. Es una cuestión de independencia de relaciones jurídicas y no, como lo sugiere la sentencia, de aplicación preferente de normas.

²⁵ M. MÜLLER, en: en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 5 Rom II, apartado 45.

²⁶ ILLMER, en: P. HUBER (Ed.), *op cit.*, Art. 5, apartado 18.

²⁷ P. STONE, en: J. AHERN / W. BINCHY (Eds.), *op cit.*, p. 175, 182.

²⁸ A. DICKINSON, *op cit.*, apartado 5.13.

²⁹ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck 82. ed. 2023, Art. 18 Rom II-VO, apartado 2.

23. Ahora bien, en rigor, el art. 18 Roma II no responde a cuestión inicial de la eventual interpretación restrictiva del concepto de la *persona cuya responsabilidad se alega*, dado que esta disposición no pretende ampliar el círculo de responsables, sino estatuir meramente una acción directa adicional contra la aseguradora del responsable que *de iure* ya lo sea. No obstante, en este caso no plantea interrogantes esta dubitable interpretación restrictiva, pues la empresa germana ALAMEDICS tiene con toda certeza la responsabilidad del producto, con lo que sería *persona cuya responsabilidad se alega* también en sentido estricto. En conclusión, concurren todos los requisitos de aplicación del art. 5 Roma II, que es, como se ha señalado al principio, preferente al art. 4 Roma II.

Breves apuntes sobre la “cláusula de escape” en relaciones jurídicas tripartitas

24. Igualmente, merece ser comentado sucintamente el tema de la cláusula de escape conforme al art. 4 (3) Roma II aplicado por el juzgado o, así sería correcto, al art. 5 (2) Roma II, la cual permite la aplicación de otro derecho en caso de presentar *el hecho dañoso [...]* vínculos manifiestamente más estrechos con *otro país distinto*. Si bien es cierto que el juzgado señala que el hecho dañoso carece de vínculos más estrechos, no aborda el tema de la eventual conexión accesoria con el contrato de tratamiento médico con el hospital o con el contrato de seguro entre la empresa y la aseguradora, que podría estar “*estrechamente*” vinculado “*con el hecho dañoso en cuestión*”. Sin embargo, cabe señalar que, independientemente de si los vínculos de estas relaciones preexistentes son lo suficientemente *estrechos*, no se trata, como lo requiere el tenor literal del art. 5 (2) Roma II, de una relación contractual *entre las partes*, sino entre partes diferentes. En constelaciones pluripartitas, la doctrina exige que exista una identidad de las personas,³⁰ es decir, que las partes contratantes sean las mismas que las partes de la relación extracontractual, lo cual aquí no es el caso. Esto se debe a que si en las dos relaciones jurídicas, la contractual y la extracontractual, intervienen partes diferentes, mediante una conexión accesoria al contrato periclitarían los intereses de una de las partes y se infringiría el principio de ilicitud del contrato en contra de terceros (*Vertrag zulasten Dritter*), relevante también en el derecho internacional privado.³¹ Tampoco pueden apreciarse, independientemente de una relación contractual existente, en general *vínculos manifiestamente más estrechos* con el derecho alemán, pues la mayoría de los vínculos los presenta el supuesto con el derecho español. Por ello, ha de ser rechazada aquí la aplicación de la cláusula de escape.

La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 25 de marzo del 2022 en un caso paralelo

25. Resulta interesante mencionar que el 25 de marzo del 2022 se dictó sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, número de recurso 674/2021, en un caso paralelo de otro perjudicado del mismo medicamento, en el que también fue condenada la aseguradora, estimándose parcialmente la demanda. Tras imponer la aseguradora recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la de apelación estimó parcialmente el recurso formulado por la demandada, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia y reduciendo, en consecuencia, la condena impuesta a la empresa aseguradora alemana a la cantidad de 34.242,29 euros. En el recurso de apelación presentado, se invocó un motivo que en la primera instancia quedó alegado de manera totalmente críptica, es decir, la *errónea integración del Convenio Roma II y el clausulado de la póliza de seguro suscrita entre la sociedad Alamedics y la Allianz. La cláusula 32 de la póliza, relativa al derecho aplicable, es una cláusula delimitadora del objeto del contrato oponible, por tanto, a los terceros perjudicados. Los efectos*

³⁰ M. LEHMANN, en: R. HÜSSTEGE / H.-P. MANSEL (Eds.), *op cit.*, Art. 4 Rom II-VO, apartado 158; A. JUNKER, en: V. HEIN (Ed.), *op cit.*, Art. 5 Rom II-VO, apartado 53; A. KÖHLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 513, 186; *en contra* U. MAGNUS, en: J. v. STAUDINGER (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 416.

³¹ A. KÖHLER, en: B. GSELL (Ed.), *op cit.*, Art. 4 Rom I-VO, apartado 186.

y el alcance del contrato de seguro se encuentran sometidos al derecho alemán, siendo esta condición, una delimitación del objeto del contrato de seguro, [estando excluido en este régimen foráneo] el ejercicio de una acción directa frente a la aseguradora en tanto en cuanto no exista un reconocimiento de deuda por parte del asegurado o un título ejecutivo, es decir debe dirigirse la acción de manera previa e ineludible frente al asegurado/tomador. Este precepto no violenta el régimen de responsabilidad por producto defectuoso previsto en el Convenio de Roma II sino que, tan sólo, condiciona el alcance de la acción directa cuya titularidad ostenta el presunto perjudicado, ex artículo 18, siempre que la ley aplicable a la obligación extracontractual de reparación de daños y perjuicio así lo determine.

26. Con todo, la aseguradora apelante alega que, según el derecho alemán aplicable, la aseguradora no ha de responder frente a acciones directas de terceros, salvo que exista un reconocimiento de deuda por parte de la aseguradora o que exista un título ejecutivo contra ella. Su responsabilidad, según dice, es subsidiaria y este régimen condiciona el alcance del artículo 18 Roma II.

27. En este sentido, es casi rocambolesco el fundamento de derecho sexto de la sentencia de apelación, primero por apenas discutir la argumentación esgrimida por parte de la apelante, y segundo por limitarse a citar *in extenso* – al menos ahora del art. 5 Roma II – su tenor literal, abocando *por diversas vías* al derecho español sin la más mínima subsunción e ignorando por completo la cascada expuesta anteriormente del art. 5 Roma II.

28. Ahora bien, la sentencia de apelación debía haber resaltado que – en cualesquiera supuestos transfronterizos – el Reglamento Roma II es de imperativa y prevalente aplicación dado su carácter universal establecido en su art. 3, con lo que, en defecto de una elección del régimen aplicable en conformidad con los requisitos del art. 14 Roma II (el perjudicado no ha elegida ninguna ley) y de una residencia habitual común de acuerdo con el art. 4 (2) Roma II, el derecho aplicable es aquel al que remite – sin reenvío (art. 24 Roma II) – el art. 5 (1) a) Roma II, esto es, al derecho español, dado que es en España donde el perjudicado tuvo su residencia habitual y donde se comercializó el medicamento. La cláusula de escape del art. 5 (2) Roma II no procede. En este sentido, el art. 5 Roma II estatuye una cascada de conexiones a modo jerárquico.³² Ya que el derecho español establece la acción directa frente a la aseguradora en su art. 76 LCS, se ha de afirmar la legitimación pasiva de la apelante. En cualquier caso, a ello no se opone el hecho que tanto el art. 32 de la póliza de seguro entre la empresa y la aseguradora como el derecho de seguro alemán descarten la acción directa, puesto que ambas normas citadas provienen de un régimen jurídico plenamente irrelevante para el presente supuesto. Por el contrario, la acción directa es establecida de manera constituyente mediante el art. 18 Roma II, norma asimismo imperativa y prevalente, y aplicable al presente caso, dado que procede la primera alternativa de la *conexión alternativa* prevista. El hecho de que la primera alternativa remita al derecho español y la segunda al derecho alemán, tampoco obstaculiza la aplicación del art. 18 Roma II, porque la conexión alternativa implica el principio de la norma más favorable (*Günstigkeitsprinzip*),³³ siendo más favorable para el perjudicado el régimen que establezca la acción directa, esto es, el derecho español. En base a susodichas reflexiones, el motivo invocado por la apelante decae por completo.

La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 en otro caso paralelo

29. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid del 10 de diciembre del 2019 tenía pendiente un tercer procedimiento paralelo contra la demandada (sección 9, número de recurso 608/2019), incoado por un tercer perjudicado, en el que había planteado la misma cuestión y, basándose igualmente en el art. 5 Roma II, había desestimado el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora alemana

³² A. V. DICEY/J. H. C. MORRIS/L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 17. Ed. 2022, Vol. 2, apartado 35-048.

³³ K. THORN, en C. GRÜNEBERG (Ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck, 82. ed. 2023, Art. 18 Rom II-VO, apartado 2.

y dictado más exhaustiva y razonadamente que *[e]n cuanto a la acción directa frente a la entidad aseguradora debe tenerse en cuenta que el propio reglamento [Roma II], sobre esta cuestión en el artículo 18 establece [...]. Por lo tanto, el propio reglamento reconoce al perjudicado acción directa contra la entidad aseguradora en dos supuestos, si así lo dispone la ley aplicable, o bien la ley aplicable al contrato de seguro, en el presente caso dado que el derecho español reconoce la acción directa contra el asegurador, que es la ley aplicable de acuerdo con el propio reglamento, el hecho de que el asegurador y asegurado en el contrato pactaran que el contrato de seguro quedaba sujeto al derecho alemán, en modo alguno tal cláusula puede limitar los derechos del perjudicado en España, por un producto comercializado por la empresa alemana en España, pues de acuerdo con el artículo 18 del reglamento comunitario, la norma aplicable reconoce la acción directa al perjudicado, por lo que existiendo una norma expresa en el derecho español que reconoce esa acción directa, no cabe entender aplicable las condiciones generales, que solo pueden tener efecto entre el asegurador y asegurado, pero que en modo alguno puede tener efectos frente a terceros, en cuanto supone una limitación del perjudicado, contraria al régimen jurídico aplicable de acuerdo con el propio reglamento.* Cabe señalar que el órgano jurisprudencial, aún sin discutir las cuestiones relativas al art. 5 Roma II, esclarece el interrogante de la acción directa contra la aseguradora alemana, resaltando la conexión alternativa y el principio de la norma más favorable, fallando aquí a favor del perjudicado. No resulta comprensible el motivo por el cual la sentencia del 25 de marzo del 2022 no remite a la presente sentencia, pronunciada dos años y medio antes.

Auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022 – inadmisión del recurso de casación

30. Finalmente, el Tribunal Supremo en un auto que dictó el 27 de abril de 2022 (sección 1, número de recurso 469/2020) tras haber interpuesto recurso de casación la aseguradora alemana en este tercer procedimiento, zanja la discusión inadmitiendo el recurso y confirmando así el fallo de susodicha sentencia de apelación de la AP de Madrid del 10 de diciembre del 2019. Aún así, cabe resaltar que se limita a resumir los razonamientos jurídicos de mencionada resolución sin añadirle propia argumentación. Con tal de remitir a los razonamientos de la Audiencia Provincial, parece aceptar también la aplicación del art. 5 Roma II, del cual ya no se ocupa, esclareciendo solamente que es aplicable el derecho español en su totalidad. Resulta de especial relevancia esta sentencia, dado que se trata de una resolución del Tribunal Supremo, en la que este órgano aplica el art. 5 Roma II a un supuesto de responsabilidad por productos, que, como se ha señalado inicialmente, debería regirse en principio con arreglo al Convenio de la Haya.

Conclusiones

31. A modo de conclusión, la sentencia comentada contiene sin duda múltiples cuestiones relevantes desde un punto de vista del derecho internacional privado, como son los problemas de interpretación del art. 5 Roma II en caso de tratamiento médico con un producto tóxico, la trascendencia de una cláusula de aplicación de derecho foráneo en una póliza de seguro para el examen del régimen aplicable en una relación jurídica distinta o la conexión alternativa del art. 18 Roma II. Cabe mencionar que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid no ha seguido las reglas *lex artis* para averiguar el derecho aplicable, sino que se ha limitado a aplicar una norma de conflicto incorrecta. Aunque, en mi opinión, no es un error de derecho aplicar el Reglamento Roma II en vez del Convenio de la Haya, sí lo sería la aplicación del art. 4 Roma II, que desvirtúa la relación entre la norma de conflicto general y las especializadas: La final aplicación del régimen nacional español, ya haya sido intencionada o accidental, no consigue subsanar los errores de derecho constatados. Las sentencias de apelación, a raíz de las demandas interpuestas independientemente por varios perjudicados del medicamento, perpetúan susodichos errores, al no discutir la relación entre el Convenio de la Haya y el art. 5 Roma II, pero al menos sí que aplican la norma especializada del art. 5 Roma II. Igualmente digno de mención es que alguna sentencia se pronuncia acertadamente acerca de la cuestión de la conexión alternativa del art. 18 Roma II. No obstante de lo dispuesto, los errores a la hora de aplicar las normas de conflicto, habrían sido evitables en caso de haberse aplicado

de manera más precisa el esquema de las normas de conflicto del Reglamento Roma II. De indudable relevancia es, sin embargo, el auto del Tribunal Supremo del 27 de abril del 2022, puesto que, a pesar de no haber discutido el tema, se muestra proclive a la aplicación del art. 5 Roma II en este tipo de supuestos y porque zanja la discutida cuestión de la acción directa decantándose a favor de tal acción en supuestos de responsabilidad por productos defectuosos aún cuando el contrato de seguro no la prevea. Por ello, entiéndase esta presente nota jurisprudencial, además de ser un comentario al art. 5 Roma II, como alegato a favor de un riguroso y esquemático examen de aplicación de la norma de conflicto precedente.