

La convivencia entre el Reglamento “Roma II” y el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera en la práctica judicial española

The coexistence of the “Rome II” Regulation and the 1971 Hague Convention on Road Traffic Accidents in Spanish judicial practice

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 02.08.2024 / Aceptado: 27.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8945

Resumen: La concurrencia de normas aplicables en los litigios relativos a los accidentes de circulación en carretera (Reglamento Roma II y Convenio de La Haya de 1971) en España complica terriblemente la determinación de la ley aplicable. En la práctica judicial española hay muchos ejemplos de errores en la identificación de la norma de conflicto aplicable a determinadas cuestiones relativas a los accidentes de circulación por carretera porque no se analiza el ámbito de aplicación de cada una de estas dos normas supuestamente concurrentes. La solución a la concurrencia normativa en el Reglamento Roma II no ayuda a la previsibilidad en la cuestión de la determinación de la ley estatal que va a regir la cuestión litigiosa, muy al contrario, favorece el *forum shopping*.

Palabras clave: Accidentes de circulación en carretera, determinación del derecho aplicable, concurrencia normativa, cláusulas de desconexión, responsabilidad extracontractual.

Abstract: The concurrence of applicable rules in litigation related to road traffic accidents (Rome II Regulation and 1997 Hague Convention) in Spain terribly complicates the determination of the applicable law. In Spanish judicial practice there are many examples of errors in the identification of the applicable conflict rule because the scope of application of each of the allegedly concurrent rules is not analyzed. The solution to the regulatory concurrence in Rome II Regulation does not help predictability in the matter of determining the state law that will govern the disputed issue, quite the contrary, it encourages *forum shopping*.

Keywords: Traffic accidents, identification of applicable law, concurrent existence of laws, disconnection clauses, torts.

Sumario: I. La convivencia entre el Reglamento Roma II y los Convenios sobre conflicto de leyes en materia extracontractual. II. Pluralidad de normas de conflicto aplicables a los litigios sobre accidentes de tráfico en carretera. 1. Las cláusulas de convivencia. 2. La verdadera concurrencia de normas de Derecho Internacional Privado. A) El ámbito de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. B) Método para la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable. 3. El requisito del respeto de los principios de la cooperación judicial internacional en la Unión. III. La consecuencia: el incentivo al *forum shopping*. IV. El objeto principal de la cuestión litigiosa como método de determinación de la norma de conflicto aplicable. V. La competencia judicial internacional como presupuesto del proceso. 1. Para la acción subrogatoria. 2. Para la acción directa. VI. Conclusiones.

I. La convivencia entre el Reglamento Roma II y los Convenios sobre conflicto de leyes en materia extracontractual

1. La doctrina ya puso de manifiesto que la unificación de las normas de conflicto del Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) es incompleta¹. Varias razones explican esta afirmación: desde el punto de vista material, por la exclusión de determinadas materias de su ámbito de aplicación –como la difamación– (artículo 2, letra g Roma II); desde el punto de vista territorial, por la no aplicación de este Reglamento por parte de las autoridades danesas y, finalmente, por la influencia en la aplicación del Reglamento Roma II que supone la vigencia en los Estados miembro de Convenios internacionales que contienen normas de conflicto relativas a las obligaciones extracontractuales. Especialmente importantes son el del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos².

2. El déficit de uniformidad en este ámbito se incrementa por la solución propuesta en el propio Reglamento para la determinación del concreto instrumento aplicable en el artículo 28 Roma II que prevé su retirada en caso de concurrencia normativa con los instrumentos convencionales mencionados. La relación entre el Reglamento y los convenios señalados ya se previó difícil de determinar³.

Esta realidad se ha demostrado de gran importancia práctica en toda Europa, y también en España, donde existen numerosos supuestos de aplicación errónea del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera⁴.

3. Las relaciones entre el Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971 deben definirse desde las reglas de convivencia previstas en la normativa europea, aunque las dificultades de aplicación de las normas de derecho internacional privado en esta materia no se limitan a dicha relación. También se presentan casos resueltos con absoluta omisión de las normas relativas a la competencia judicial internacional y a la ley aplicable de origen europeo en esta materia -véase como ejemplo la STS de 1 de febrero de 2021 que será objeto de análisis en este trabajo-. En los casos analizados se examinará el tratamiento de las cuestiones de Derecho Internacional Privado sobre la determinación del ámbito de aplicación de las distintas normas con vocación de regir tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable a los litigios en la materia.

II. Pluralidad de normas de conflicto aplicables a los litigios sobre accidentes de tráfico en carretera

4. Como consecuencia de la pluralidad de normas de distinto origen que regulan las cuestiones de ley aplicable, llamada también “dispersión normativa” existente en el Derecho Internacional Privado español puede producirse lo que se ha denominado *conurrencia de normas*⁵. Este fenómeno se produce

¹ Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), P. FRANZINA, “Il regolamento ‘Roma II’ sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Colex, 2008, pp. 299-370, conctr. p. 302.

² El Convenio relativo a los accidentes de circulación está en vigor en España desde el 21 de noviembre de 1987, Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987 y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, Instrumento de ratificación de 7 de noviembre de 1988 que entró en vigor el 1 de febrero de 1989.

³ P. FRANZINA, “Il regolamento ‘Roma II’...”, op. cit., p. 317.

⁴ Sólo limitándonos a las más recientes se pueden enumerar las siguientes: STS de 1 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:291; SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2019, ECLI:ES:APM:2019:11054; SAP de Barcelona de 19 de junio de 2020; SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁵ M. ATTAL, “Droit international privé communautaire et conventions internationales : une délicate articulation”, *Les Petites affiches*, 2010, núm.238, pp. 22-36.

cuando en el ordenamiento jurídico del foro hay más de una norma de conflicto aplicable al caso y debe identificarse la que -de entre ellas- debe ser aplicada para determinar la ley aplicable a la cuestión jurídica planteada -la *lex causae*-.

Esta concurrencia normativa se puede producir por la acumulación de instrumentos europeos, esto es de Reglamentos y de Directivas, pero también por la aplicación de convenios internacionales de los que España es parte. En el primer caso es de especial relevancia la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles⁶. Hay que recordar que esta norma establece en su artículo 20.1, segundo párrafo que “Sin perjuicio de la legislación de los terceros países sobre la responsabilidad civil y del Derecho internacional privado, estas disposiciones serán también de aplicación a los perjudicados residentes en un Estado miembro con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en terceros países cuyas oficinas nacionales de seguros se hayan adherido al sistema de la carta verde, siempre que dichos accidentes hayan sido causados por el uso de vehículos asegurados y que tengan su establecimiento habitual en un Estado miembro”. La doctrina recomienda aplicar la ley del lugar de residencia habitual de la víctima cuando la reclamación se presente contra una aseguradora de conformidad con la Directiva⁷.

5. Aunque son numerosos las sentencias dictadas por los tribunales españoles en las que se reflejan las dificultades en la resolución de las cuestiones que plantean los litigios relativos a los accidentes de circulación por carretera se tomará como principal referencia el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona el 23 de diciembre de 2020⁸. Según el órgano judicial se produce una concurrencia de normas aplicables al caso. Para la resolución del fondo del asunto -determinar si la acción por la que la empresa aseguradora que ha pagado la indemnización a su asegurado puede reclamar dicha cantidad a la empresa aseguradora del responsable del daño- el órgano judicial debe determinar la ley estatal aplicable al mismo y, por tanto, debe determinarse la norma de conflicto que decide cual debe ser dicha Ley.

6. La Audiencia Provincial de Barcelona estima un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Rubí en la que se desestima la demanda interpuesta por parte de la compañía de seguros Allianz Seguros, S.A. contra Mapfre Seguros. Se trata de un litigio con elemento extranjero en el que se discute el transcurso del plazo de prescripción de la acción subrogatoria ejercitada por la demandante (Allianz). La solución al caso depende de la ley estatal aplicable al fondo del litigio ya que, conforme a lo indicado en la sentencia comentada, la ley española prevé un plazo de prescripción de un año que ya habría transcurrido y la ley francesa prevé un plazo de 5 años⁹.

7. Los hechos que han dado lugar a la reclamación extracontractual tienen origen en un accidente de tráfico causado por el asegurado de Mapfre (la demandada) ocurrido en Francia.

El causante del accidente invade el carril por el que circula la víctima (asegurado de Allianz) y le ocasiona unos daños valorados en más de 8.000€. Allianz indemniza con dicha cantidad a su asegurado y reclama dicha cantidad a Mapfre como aseguradora de la persona responsable. Tanto la persona causante del accidente como la perjudicada tienen su residencia habitual en España.

⁶ Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DO L 263 de 7 de octubre de 2009, versión consolidada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02009L0103-20231223>

⁷ J. PAPPETAS, autor del informe para la Dirección General de políticas interiores departamento temático c: derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales asuntos jurídicos *Elección de la ley aplicable para accidentes de tráfico transfronterizos Roma II, el Convenio de La Haya y la Directiva relativa al seguro de vehículos automóviles*, p. 5.

⁸ <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130110ATT58881/20130110ATT58881ES.pdf>

⁹ SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁹ Sobre la naturaleza jurídica de la subrogación de las empresas aseguradoras y sus requisitos en el ordenamiento jurídico español véase, L. DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 196-200.

8. Allianz recurre ante la Audiencia Provincial la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en la que se afirma que, en virtud de la ley española aplicable al caso por mandato del art. 4 del Reglamento Roma II, la acción había prescrito¹⁰. La recurrente defiende que la acción no ha prescrito porque, si bien alega la aplicación al caso de las excepciones del mismo art. 4 del Reglamento europeo, considera que éstas remiten a la ley francesa que contempla un plazo de prescripción de 5 años¹¹.

Por tanto, la solución al fondo del litigio varía en función de la Ley estatal aplicable al caso. Si tal y como defiende la demandada y el Juzgado de Primera Instancia es aplicable el derecho español el plazo de un año habría transcurrido y la acción habría prescrito. En cambio, si es aplicable el derecho francés, el plazo de los 5 años permite el ejercicio de la acción y entrar al fondo del asunto.

9. El caso es una manifestación de la complejidad de la identificación de la norma del sistema de Derecho Internacional Privado español aplicable para determinar la ley estatal que rige una controversia que afecta a una situación privada internacional¹². La Audiencia, a pesar de que las partes invocan únicamente el Reglamento Roma II, aplica de oficio el Convenio de La Haya de 1971 sin analizar con detenimiento su ámbito de aplicación.

10. En nuestro sistema de Derecho Internacional Privado existen básicamente dos normas para resolver el conflicto de leyes en los litigios relativos a los daños ocasionados por accidentes de vehículos en carretera. Por un lado, el Reglamento Roma II y, por otro lado, el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971. Por tanto, a primera vista, y así lo entiende la Audiencia Provincial, se produce en el supuesto resuelto una concurrencia de normas.

11. Esta sentencia nos da un motivo para reflexionar sobre la correcta aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, la política convencional española y el *forum shopping*. Se obviará cualquier referencia al art. 10.9 CC ya que el carácter *erga omnes* tanto del Reglamento Roma II como del Convenio de la Haya de 1971 provoca que se vea desplazado para todos los litigios relativos a las materias reguladas por éstos en los que concurre un elemento extranjero.

12. Se hará finalmente una referencia a la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el caso, que debe resolverse en primer lugar en todo litigio que afecta a una controversia con elemento extranjero y que influye en la determinación de la ley aplicable al fondo del mismo.

En el caso resuelto en diciembre de 2010 por la Audiencia Provincial de Barcelona, dado que la entidad aseguradora se subroga en una relación no contractual debemos considerar aplicable el Reglamento Roma II, pero debemos plantearnos igualmente la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 sobre la responsabilidad en materia de accidentes en carretera ya que España es un Estado contratante¹³.

Este fenómeno de pluralidad normativa se resuelve con dificultad por parte de los operadores jurídicos que, en ocasiones, y como ocurren en este caso, declaran aplicable un instrumento legal internacional cuando debía aplicarse otro¹⁴.

13. Para identificar la norma concreta de nuestro sistema de derecho internacional privado que debe aplicarse hay que tener en consideración no sólo los criterios generales sobre concurrencia nor-

¹⁰ La regla general del art. 4, apdo. primero del Reglamento ordena la aplicación de la ley del lugar donde se ha ocurrido el daño siendo irrelevante el país donde se hubiera producido el hecho generador del daño.

¹¹ La excepción del apartado segundo del art. 4 Roma II indica que si las personas cuya responsabilidad se alega y la víctima tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento de producción del daño se aplicará dicha ley.

¹² Esta materia es un ejemplo paradigmático de la complejidad técnica de esta rama del derecho. Sobre la complejidad de las cuestiones de Derecho Internacional Privado véase, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, pp. 49-80.

¹³ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas...* op. cit., p. 167.

¹⁴ Véase un ejemplo reciente en la SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, que también afecta a la aplicación del Convenio de La Haya de 1971. La aplicación de este Convenio pone como ejemplo de norma convencional relegada por parte de los órganos judiciales españoles, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, op.cit., p. 282.

mativa y las cláusulas de convivencia que contienen las normas convencionales y los reglamentos europeos¹⁵ sino también, y de manera previa, las normas relativas al ámbito de aplicación de cada uno de los instrumentos normativos¹⁶. Es decir, es una premisa para determinar la existencia de concurrencia normativa que las distintas normas sean efectivamente aplicables al caso. Es decir, que exista realmente esa concurrencia normativa.

1. Las cláusulas de convivencia

14. El artículo 28 de Roma II identifica la norma de derecho internacional privado que fijará el derecho aplicable. Esta norma contiene la cláusula de compatibilidad o de convivencia para las normas de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual. Este artículo en su párrafo primero establece una relación de preferencia en la aplicación de los convenios internacionales existentes *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*¹⁷.

Se trata de lo que la doctrina internacional privatista ha denominado cláusula de desconexión¹⁸ o *disconnection clause, safeguard o compatibility clause*¹⁹.

15. En aplicación de esta cláusula la aplicación del Reglamento Roma II solo cede ante convenciones internacionales que regulen conflictos de leyes en relación a las obligaciones extracontractuales en los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento en que se adoptó.

Mediante la aplicación preferente de convenios especiales el legislador europeo pretende salvaguardar los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros (Considerando 36 del Reglamento Roma II). A pesar de que el Reglamento no lo diga expresamente, la doctrina ha entendido que aplica el principio de la regla de la mayor especialidad, la *lex specialis rule*²⁰.

16. Tanto la convivencia de las dos normas en nuestro ordenamiento jurídico como la solución del Reglamento Roma II en el artículo 28 para solucionarla ha sido objeto de crítica por la doctrina.

Por un lado, respecto de la convivencia de estas dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina ha censurado que España sea parte de este Convenio. La Unión Europea ha anunciado que no va a firmarlo²¹.

¹⁵ Sobre la concurrencia de normas convencionales A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 285.

¹⁶ En caso de que la identificación de la norma no sea posible a través de las cláusulas de compatibilidad, porque éstas no existan, habrá que acudir a las reglas generales sobre concurrencia normativa en Derecho Internacional Privado: *lex superior, lex specialis, lex posterior*. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, p. 40.

¹⁷ La norma se refiere únicamente a los convenios internacionales de los que el Estado miembro en cuestión ya sea parte en el momento de la adopción del Reglamento Roma II y no los posteriores. Destaca la diferencia de solución de la regla de convivencia en el Reglamento Roma I del artículo 21 que prevé la prevalencia de los convenios internacionales existentes en materias especiales firmados también con posterioridad a su adopción.

¹⁸ La denomina de esta manera para los conflictos entre convenios internacionales de Derecho Internacional Privado, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 283. El propio Convenio de La Haya de 1971 contiene una cláusula de este tipo -no aplicable en el caso resuelto por la Audiencia Provincial- en su artículo 15 que dispone la prevalencia de los Convenios que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera.

¹⁹ Esta solución es idéntica a la establecida por el Reglamento Roma I en su artículo 25.1 para las obligaciones contractuales. Convenios internacionales de los que el Estado miembro en cuestión ya sea parte en el momento de la adopción del Reglamento Roma II, esto es en España los Convenios internacionales ratificados formalmente antes del 4 de mayo de 2010 y no los posteriores. Respecto de esto segundo destaca la diferencia de solución en el Reglamento Roma I donde su artículo 21 prevé la prevalencia de los convenios internacionales existentes en materias especiales firmados con posterioridad a la adopción de Roma I. P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2019, pp. 682-699, concr. p. 685.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3744.

Tan solo 14 de los 26 Estados miembros de la UE donde se aplica Roma II (todos los de la UE excepto Dinamarca) han ratificado el Convenio de La Haya de 1971, por tanto, en esos 14 Estados podrá producirse esa concurrencia de normas de conflicto en materia de accidentes de circulación por carretera.

La crítica a la vigencia de este Convenio en España se ve respaldada por lo reflejado en el asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020 y en las otras sentencias analizadas en este trabajo. La vigencia del Convenio introduce una gran complejidad en el sistema de Derecho Internacional Privado español para los operadores jurídicos que tiene por efecto la reducción de la seguridad jurídica en los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual en materia de accidentes de tráfico en carretera²².

Parte de la doctrina española ha recomendado reducir la diversidad de normas de conflicto en esta materia para que el Reglamento Roma II pueda desplegar todo su poder uniformizador. La denuncia de España del Convenio de La Haya implicaría la aplicación a los litigios sobre responsabilidad en caso de accidentes de carretera del Reglamento Roma II²³.

17. Por otro lado, la solución del Reglamento Roma II a la concurrencia de normas en su artículo 28 resulta igualmente criticable porque, a pesar de su objetivo loable de respetar los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros, el Convenio de La Haya de 1971 presenta escasa cooperación universalista ya que pocos Estados lo han firmado. La reducción de la uniformidad pretendida por la norma europea no se ve compensada por la cooperación internacional que consigue.

En efecto, en los otros 12 Estados miembro del Reglamento Roma II en los que no se aplica el Convenio se aplica únicamente el Reglamento para identificar el derecho aplicable a estos litigios. De los 20 Estados del mundo donde se aplica el Convenio de La Haya (son 21 Estados parte, pero en Portugal no ha entrado en vigor) sólo en 7 de ellos no se aplica el Reglamento Roma II. Por tanto, se rompe la uniformidad en el sistema de Derecho Internacional Privado con 12 Estados de la Unión para conservar una norma de conflicto convencional con menos de una decena de países.

Es por ello, a pesar de los inconvenientes que pudiera acarrear, es digno de lamentar que el Parlamento no aceptara la propuesta de la Comisión europea de incluir en la norma un párrafo tercero en el que se previera la aplicación preferente del Reglamento en las relaciones que incumben únicamente a dos Estados miembros del mismo²⁴. Aunque no sea sencillo diferenciar las situaciones europeas de las que no lo son, se podría establecer la aplicación preferente del Reglamento en casos concretos, por ejemplo, si ambas partes tienen su domicilio o el accidente se ha producido en un Estado miembro del Reglamento o si un tribunal de la Unión es competente para conocer del litigio.

2. La verdadera concurrencia de normas de Derecho Internacional Privado

A) El ámbito de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado

18. La solución de las cuestiones jurídicas que surgen en los litigios relativos a una situación privada internacional requiere un método estructurado de análisis y un orden en su tratamiento²⁵. En particular, en un momento anterior a la aplicación de los criterios para resolver la concurrencia de normas es necesario determinar si una concreta norma de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado

²² Existen numerosos ejemplos de errores en la aplicación de este Convenio, véase un caso reciente en SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, y el comentario de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. SAP Barcelona 19 junio 2020”, *CDT*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 732-740.

²³ Denuncia que se ha solicitado por parte de la doctrina española, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3744. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) n. 864/2007 (“Roma II”)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505-531, *concr.* p. 531.

²⁴ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya, *op. cit.*, p. 528.

²⁵ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES.. POLICY DEPARTMENT C: CITIZEN’S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. LEGAL AFFAIRS, *A european framework for private interational law: current gaps and future perspectives*, *STUDY*, 2012, p. 7.

es realmente aplicable al caso²⁶. Es decir, si existe realmente esa concurrencia normativa. Para ello es necesario analizar con detalle el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Justicia en *TNT* ha exigido para que puedan aplicarse las reglas de convivencia del Reglamento Bruselas I bis (artículo 71) que efectivamente se produzca esa concurrencia de normas, es decir, que el litigio esté comprendido no sólo en el ámbito de aplicación de la norma europea sino también en el del convenio internacional alegado²⁷. Es decir, ambas normas deben regir el caso concreto que se plantea. Esta debe ser la cuestión a resolver en primer lugar.

19. Así, en el caso *The owners of the cargo lately laden on board the ship “Tatry” y The owners of the ship “Maciej Rataj”*, el Tribunal de Justicia considera que el Convenio internacional aplicable a un caso en concurrencia con un Reglamento europeo sólo excluye la aplicación de la norma europea *en los casos que regula y no en los que no regula*²⁸.

20. Por tanto, como se ha indicado más arriba, de forma previa, es necesario delimitar con detalle el ámbito de aplicación de las normas para averiguar si se produce realmente una concurrencia de normas. En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona debe valorarse no solo si el Reglamento Roma II es aplicable al caso, sino también, si el convenio de La Haya de 1971 alegado regula la cuestión.

La Audiencia de Barcelona en la sentencia de diciembre de 2020, acude directamente a la aplicación de las reglas de convivencia previstas en el Reglamento Roma II (artículo 28), sin analizar con detalle suficiente el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1971²⁹. Esta omisión le lleva, como veremos, a la consecuencia errónea de aplicar sus normas de conflicto para determinar finalmente aplicable al caso la ley francesa lo que implicaba un plazo de prescripción de las acciones distinto del establecido en la normativa española y la estimación de la pretensión.

21. Existen otros ejemplos en España de errores similares en este ámbito, como el consiste en ignorar la existencia de una verdadera concurrencia normativa. Así, otras resoluciones de órganos jurisdiccionales españoles aplican directamente el Convenio de La Haya de 1971 sin plantearse si quiera la aplicación al caso del Reglamento Roma II en una demanda interpuesta en 2011, a pesar de que dicho instrumento entró en vigor el 11 de enero de 2009³⁰. Es el caso resuelto por el Tribunal Supremo el 1 de febrero de relativo a una reclamación contra una compañía aseguradora española relacionada con un accidente de tráfico ocurrido en Marruecos ocasionado por un automóvil con matrícula española y asegurado con la demandada³¹. A lo largo de todo el historial procesal se fundamenta la determinación de la ley aplicable únicamente en el Convenio de La Haya de 1971, ignorando la aplicación del Reglamento Roma II al caso y la necesidad de resolver la concurrencia normativa.

²⁶ Se trata de una cuestión preliminar que debe resolverse en un momento anterior a la aplicación de cualquier norma del texto normativo en cuestión. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 24 de septiembre de 2015, *ERGO*, C 359/14 y C 475/14 ECLI:EU:C:2015:630, apdo. 28.

²⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdos. 33-35. En este caso el Tribunal resuelve un supuesto de concurrencia entre el CMR y el derogado Reglamento 44/2001.

²⁸ STJUE 6 diciembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship “Tatry” y The owners of the ship “Maciej Rataj*, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400, apdo. 28.

²⁹ La Audiencia de Barcelona no se plantea tampoco la aplicación al caso de la Directiva 2009/103/CE, Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DO L 263 de 7.10.2009. Esta Directiva, en todo caso según la jurisprudencia *Ergo*, no contiene una norma de conflicto especial para determinar la ley aplicable a la acción de repetición entre entidades aseguradoras, por lo que debe descartarse su aplicación, STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40.

³⁰ Demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena. STS de 1 de febrero de 2021 (Sección 1) ECLI:ES:TS:2021:291.

³¹ En dicho accidente fallecieron dos ocupantes y otra resultó herida.

B) Método para la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable

22. La determinación del ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1971 debe realizarse mediante la interpretación de sus artículos 1 y 2, que contienen las materias incluidas y excluidas.

Por un lado, este Convenio de la Haya establece en su artículo 1 el ámbito de aplicación material de la norma para fijar *la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto*³².

Mientras que el Convenio define el concepto de “accidentes de circulación por carretera” (artículo 1.2 CLH), en cambio no precisa lo que debe entenderse por “responsabilidad extracontractual”, por lo que su interpretación dependerá de la noción mantenida en el ordenamiento jurídico del foro³³.

A pesar de la amplitud con la que se expresa el artículo 1, en su artículo 2, se contienen las materias a las que no se aplican, incluyendo las siguientes: a) la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de los vehículos; b) la responsabilidad del propietario de la vía de circulación o del encargado del mantenimiento de la vía o de la seguridad de los usuarios; c) las responsabilidades por acciones de terceros, excepto la responsabilidad del propietario del vehículo o la del comitente; d) las reclamaciones entre personas responsables; e) las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros y f) las acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra los Organismos de la Seguridad Social, de seguros sociales o instituciones análogas y los fondos públicos de garantía automovilística, así como a los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulen estos Organismos.

En el ejemplo utilizado nos interesa la materia incluida en el número 5 del artículo 2 CLH 1971 que descarta explícitamente la aplicación de sus normas de conflicto a *las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros*³⁴.

El Informe explicativo indica, en relación a la exclusión del artículo 2, apartado 5º que, por tratarse de situaciones de naturaleza contractual, esta norma excluye las reclamaciones relativas a los seguros. Y cita, dos ejemplos de materias excluidas, por un lado, el caso de la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima a la que compensó, contra el autor de los daños y, por otro lado, el caso de las reclamaciones del asegurado autor del accidente que indemnizó a la víctima, contra su propio asegurador³⁵. Así ha sido aplicado por los tribunales de otros Estados³⁶.

La Abogada General, en *ERGO*, ha considerado excluido del ámbito de aplicación de este Convenio a un litigio en el que se entabla una acción de repetición de una entidad aseguradora de un vehículo tractor contra la aseguradora del remolque, una vez que la primera ha abonado la indemnización a la víctima del accidente en la que se trata, por tanto, de determinar el reparto de la responsabilidad entre ambas³⁷.

23. Desde un punto de vista metodológico, la doctrina también ha señalado cómo en aplicación del artículo 28.1 Roma II no será de aplicación preferente un convenio internacional específico si no regula el aspecto concreto de la relación jurídica litigiosa a la que sí se aplica el Reglamento Roma II³⁸.

La regulación del Convenio de La Haya del litigio en cuestión no sería el único requisito para su aplicación preferente en aplicación del artículo 28 Roma II, ya que tampoco sería de aplicación la

³² Y continúa indicando lo que se entenderá por accidente de circulación por carretera a efectos de la aplicación del convenio: *todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo.*

³³ INFORME EXPLICATIVO DE M. E. W. ESSÉN, “Rapport explicatif de M. Eric W. Essén”, *Actes et documents de la Onzième session: 7 au 26 octobre 1968 – Tome III: Accidents de la circulation routière*, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1970, pp. 200-220, p. 203, párrafo 2.3. en <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf>.

³⁴ La versión en inglés puede encontrarse en <https://assets.hcch.net/docs/abcf969d-bac2-4ad5-bf52-f1aabc0939ad.pdf>.

³⁵ INFORME EXPLICATIVO DE M. E. W. ESSÉN, en <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf> p. 12.

³⁶ Sentencia de la Cour de Cassation de Belgique de 19 mars 2004, ECLI:BE:CASS:2004:ARR20040319.4.

³⁷ CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 24 de septiembre de 2015, *ERGO*, C 359/14 y C 475/14 ECLI:EU:C:2015:630, apdo. 28.

³⁸ P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 694.

Convención si ésta no estableciera su aplicación exclusiva al caso. Esta cuestión dependerá de la interpretación que el órgano judicial nacional realice de la norma ya que de los términos de la misma no puede deducirse³⁹.

24. Por todo lo expuesto, es difícil concluir que el caso litigioso analizado, relativo a la acción subrogatoria, resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona estuviera comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1971⁴⁰.

Al no producirse una verdadera concurrencia de normas del Derecho Internacional Privado no debía haberse aplicado al caso el art. 28.1 Roma II sino sus reglas generales para determinar la ley aplicable contenidas en sus arts. 4. 1 y 4.2.

De haber sido aplicado por la Audiencia Provincial el Reglamento Roma II la solución hubiera sido muy distinta. En efecto, en virtud de los dos apartados del artículo 4 *cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país*. Por tanto, debía de aplicarse la ley material española al caso, tal y como sostuvo la juzgadora de primera instancia habiéndose desestimado la demanda de Mapfre por haber prescrito la acción⁴¹.

25. Por el contrario, existiendo realmente la concurrencia normativa la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable para fijar la *lex causae* en litigios relativos a accidentes de circulación por carretera debe realizarse, exclusivamente, en aplicación del artículo 28 Reglamento Roma II, tal y como se ha interpretado por el TJUE. Merece así una severa crítica la argumentación utilizada en otro caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 19 de junio de 2020 a la que se hará mención. Dicha sentencia justifica la aplicación del Reglamento Roma II frente a la del Convenio de La Haya de 1971 en razones impertinentes⁴².

3. El requisito del respeto de los principios de la cooperación judicial internacional en la Unión

26. Para añadir mayor complejidad a las situaciones de convivencia normativa, el Tribunal de Justicia de la Unión ha exigido para la aplicación de la norma convencional que ésta respete los objetivos de la norma del Derecho Internacional Privado europeo con la que concurre. En el caso *TNT* el Tribunal de Justicia interpreta, en un caso de concurrencia normativa en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias, la regla de convivencia del artículo 71 RBI bis al presentarse una concurrencia normativa de la aplicación del Reglamento Bruselas I bis y el CMR a un mismo caso⁴³. El Tribunal concluye que la aplicación preferente del convenio especial debe respetar los principios de la norma de Derecho Internacional Privado europea.

27. En el caso de que efectivamente el litigio estuviera cubierto por el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya habría que aplicar el artículo 28 Roma II del que no disponemos de una interpretación del Tribunal de Justicia, sin embargo, la jurisprudencia *TNT* parece requerir el examen de la aplicación de dicha norma convencional al caso respeta los principios de cooperación judicial en la Unión.

³⁹ *Ibidem*, p. 695. La aplicación restrictiva de las exclusiones en la aplicación de las normas europeas debiera exigir que los convenios internacionales regularan una cuestión de manera exclusiva y excluyente. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 28 de enero de 2010, *TNT*, C 533/08, ECLI:EU:C:2010:50, apdo. 40.

⁴⁰ A pesar de que esta norma si se aplica para la determinación de la ley aplicable a la prescripción de la responsabilidad <https://assets.hcch.net/docs/545975a7-8a1b-48cd-85d5-150e0d980640.pdf>, p. 1. Otras cuestiones no reguladas por este convenio son la *cessio legis* y la compensación, P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 696.

⁴¹ Esta situación se producirá también en otros países de la Unión. Véase, T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des réglemens européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *SZIER*, 3, 2006, pp. 279-293.

⁴² SAP (Sección 1ª) Barcelona de 19 de junio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:5205. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. Op. cit, p. 736.

⁴³ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243.

Este requisito, de que se respeten los principios de la norma de Derecho Internacional Privado europea añade todavía una mayor complejidad al reto de la identificación de la norma de Derecho Internacional Privado en un litigio con elemento extranjero por lo que ha sido criticado por la doctrina⁴⁴.

28. La Audiencia al aplicar de manera automática la cláusula de convivencia del artículo 28 Roma II tampoco se plantea si la aplicación de la norma convencional al caso respeta los objetivos de la norma del Derecho Internacional Privado europeo tal y como exige en el Tribunal de Justicia en la sentencia *TNT*⁴⁵.

29. El Tribunal de Justicia recuerda en *TNT* que los criterios de interpretación de los reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado son el tenor literal de la norma, el objetivo del artículo en concreto y el contexto de la disposición y los objetivos del Reglamento⁴⁶.

30. La aplicación de estos criterios interpretativos del Derecho de la Unión al caso implica, en primer lugar, acudir al tenor literal del artículo 28.1 Roma II. De su literalidad y de y los considerandos 36 y 37 de la norma se deduce claramente que el legislador ha contemplado la aplicación preferente de convenios internacionales como el de La Haya de 1971 en el seno de la Unión⁴⁷.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en aplicación de la interpretación del artículo 28.1 Roma II hay que considerar los objetivos del Reglamento en el que se inserta y, que el Tribunal de Justicia ha indicado que las normas de concurrencia (artículo 71 RBI bis) no pueden tener un alcance tal que choque con los principios inspiradores de la norma⁴⁸.

Considera el Tribunal esta necesidad coherente con la jurisprudencia reiterada que impide que pueda invocarse un convenio anterior en las relaciones intracomunitarias *en detrimento de los objetivos de la Unión*⁴⁹.

Sin embargo, esta doctrina choca con el tenor literal del artículo 28.1 Roma II y con la historia de la elaboración del Reglamento⁵⁰.

31. El examen de los objetivos del Reglamento Roma II nos lleva al considerando 6 que indica que el correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, y *que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio*.

Estos principios deben ser considerados de naturaleza constitucional ya que el artículo 81 TFUE establece como principio la necesidad de predecir el tribunal competente y debe poder preverse conforme a qué norma va a resolverse un litigio que afecte al mercado interior.

La aplicación de este requisito puede producir la consecuencia de descartar la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 incluso cuando su ámbito de aplicación alcance al caso en cuestión⁵¹.

⁴⁴ P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p.697.

⁴⁵ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdos. 49 y siguientes.

⁴⁶ *Ibidem*, apdo. 44.

⁴⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdo. 47.

⁴⁸ *Ibidem*, apdo. 51.

⁴⁹ *Ibidem*, apdo. 52 y la jurisprudencia citada allí que hace referencia a otras materias como la libre circulación de mercancías, en STJUE 22 septiembre 1988, *Deserbais*, 286/86, ECLI:EU:C:1988:434, apdo. 18; o a la aplicación del Derecho europeo de la competencia en STJUE 6 abril 1995, *RTE e ITP/Comisión*, C241/91P y C242/91P, ECLI:EU:C:1995:98, apdo. 84, y la libre circulación de trabajadores en STJUE 2 julio 1996, *Comisión/Luxemburgo*, C473/93, ECLI:EU:C:1996:263, apdo. 40.

⁵⁰ La Comisión europea propuso incluir un párrafo tercero en el que se estableciera la aplicación preferente del Reglamento europeo en casos de *situaciones europeas*, pero ésta no fue aprobada por el Parlamento Europeo. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 531.

⁵¹ M. CREMONA, “The Internal Market and Private International Law Regimes: a comment on Case C-533/08 TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG, judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 May 2010”, *EUI Working Papers Law 2014/08*, p. 13. https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31896/LAW_2014_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Una consecuencia de la convivencia de las dos normas en el Derecho Internacional Privado español y de la solución de la norma de convivencia del artículo 28 Roma II es que el derecho aplicable sólo va a poder ser conocido una vez que el litigio haya sido planteado ante unos tribunales⁵².

32. A la luz de lo indicado en las líneas anteriores no parece que la aplicación del Convenio de La Haya 1971 contribuya a la obtención de correcto funcionamiento del mercado interior, ya que las normas de conflicto de los Estados miembros no van a designar la misma ley nacional en los casos en los que no se aplique la regla general prevista en las dos normas, la *lex loci delicti commissi*, (arts. 4 CLH 1971 y 4.2 y 3 Roma II).

La solución del artículo 28 Roma II de otorgar preferencia a la aplicación de los convenios internacionales tiene la consecuencia de que la aplicación del Reglamento Roma II o del Convenio de La Haya de 1971 dependerá de si éste último ha sido ratificado por el Estado cuyos tribunales conocen del asunto lo que provoca directamente que las normas de conflicto de los Estados miembros no van a designar la misma ley, sino que ésta va a depender del país del tribunal ante el que se haya planteado la demanda.

Este inconveniente debió ser previsto por el legislador europeo y el motivo de la propuesta de inclusión de un párrafo 3 en el artículo 28 de RII, por parte del Parlamento, con el fin de que, en casos de relaciones *intraeuropeas*, el Convenio de la Haya cediera frente a las disposiciones del RRII. Dicha previsión hubiera facilitado enormemente la aplicación de ambas normas y hubiera facilitado la labor de los operadores jurídicos.

La solución del artículo 28 Roma II, por tanto, incrementa la inseguridad jurídica en una cuestión fundamental para el tráfico internacional de personas y mercancías al dificultar la cuestión de saber si el derecho aplicable a la responsabilidad por un accidente de tráfico se va a determinar a través de la aplicación del Reglamento o del Convenio de La Haya de 1971⁵³.

III. La consecuencia: el incentivo al *forum shopping*

33. La reducción de la capacidad uniformadora del Reglamento Roma II que se produce por la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio de La Haya de 1971 se incrementa por la solución adoptada por el artículo 28 Roma II para la resolución de la concurrencia normativa⁵⁴. La prevalencia de los convenios internacionales, y del Convenio de La Haya de 1971, favorece la posibilidad de *forum shopping*⁵⁵ cuando es objetivo de Roma II evitarlo⁵⁶.

34. Como se ha analizado más arriba, atendiendo a los foros del Reglamento Bruselas I bis, sumisión partes (arts. 25 y 26), domicilio del demandado (artículo 4), lugar del hecho dañosos (artículo 7.2) que incluye en el concepto de materia delictual o cuasidelictual los accidentes de tráfico, los órganos jurisdiccionales de más de un Estado miembro se puedan declarar competentes. Esto ocurrirá especialmente cuando varias personas se vean afectadas por el accidente. La elección de uno u otro tribunal puede basarse en las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en el ordenamiento jurídico del foro.

La posibilidad de *forum shopping* se acrecienta porque a diferencia de la interpretación uniforme de los términos de la norma europea, la aplicación del Convenio supone, en general, una calificación *lege fori* o *lege causae* dependiendo de la solución prevista en el ordenamiento estatal⁵⁷. El

⁵² T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *op. cit.*, p. 285.

⁵³ T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens...”, *op. cit.*, p.291.

⁵⁴ T. THIEDE/M. KELLNER, “Forum Shopping zwischen dem Haager Übereinkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht un der RomII-Verordnung”, *Versicherungsrecht: Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (VersR)*, 34, 2007, pp. 1624-1628.

⁵⁵ T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *SZIER*, 3, 2006, pp. 279-293, concr. p. 281.

⁵⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 3668.

⁵⁷ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit*, p 528.

concepto de accidente de circulación por carretera del Convenio de La Haya, sí que se concibe como un concepto propio⁵⁸.

Ello tiene como consecuencia que se rompa la uniformidad en el sistema de Derecho Internacional Privado europeo y una merma de la seguridad jurídica. La coexistencia de las dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, con la diferente interpretación nacional por la remisión para la calificación si conforme a la *lex fori* o a la *lex causae* ha motivado la propuesta de la doctrina de la denuncia del Convenio para evitar este *forum shopping*⁵⁹.

35. El hecho de que la solución prevista por la norma de conflicto en uno y otro texto difieran como se ha reflejado en el asunto analizado, provoca también que se produzca el fenómeno del *forum shopping*. La *lex loci delicti commissi* en el Convenio de La Haya 1971 (artículo 3) y la ley de la residencia habitual de la persona responsable y la perjudicada si son coincidentes en el Reglamento Roma II (artículo 4.2). El apartado 2 otorga preferencia a esta frente a la ley del lugar donde se produce el daño (artículo 4.1 RRII).⁶⁰

La norma general en el presente Reglamento deberá ser la del *lex loci damni* mencionada en el artículo 4, apartado 1. El artículo 4, apartado 2, debe considerarse como una excepción a este principio general, creándose una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país. El artículo 4, apartado 3, debe entenderse como una «cláusula de escape» respecto al artículo 4, apartados 1 y 2, cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país.

Aunque ambas normas parten de la aplicación a la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación de la *lex loci damni* pero divergen en las excepciones (arts. 4.1 Roma II y artículo 3 CLH 1971). Así, Roma II parte de la idea de que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 4 se justifica por la especial conexión que se crea *cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país*, en cambio, las excepciones a la regla básica del Convenio de La Haya 1971 son distintas y se basan en el Estado de matrícula del vehículo o vehículos implicados.

Sólo doce Estados miembros del Reglamento Roma II son parte de la Convención, así por ejemplo, ni Irlanda ni Italia son Estados contratantes y en Portugal (que la firmó pero no la ratificó) no está en vigor⁶¹. Por tanto, pueden producirse soluciones diferentes dependiendo de si conoce del caso un juez europeo en cuyo ordenamiento jurídico esté en vigor o no el Convenio de La Haya de 1971.

36. El caso resuelto por la SAP de Barcelona de 19 de junio de 2020 es un ejemplo de la posibilidad de elección del foro con base en las distintas normas de conflicto en vigor⁶². La Audiencia Provincial de Barcelona aplica erróneamente al caso el Reglamento Roma II para determinar la ley aplicable a la reclamación de compensación a la aseguradora portuguesa del vehículo matriculado en Portugal que ocasionó un accidente de tráfico en Portugal y del que resultaron daños contra vehículo matriculado en España. La Audiencia, basándose en argumentos erróneos como que los reglamentos europeos prevalecen sobre los convenios -y, por tanto, ignorando el artículo 28 de Roma II- y que Portugal no es Estado contratante del Convenio de La Haya de 1971, aplicó al caso las normas del conflicto del Reglamento europeo (FD 3º)⁶³. Pero lo que interesa de este supuesto aquí es la demostración de que, de plantearse la demanda ante las autoridades judiciales españolas debiera aplicarse el Convenio de La Haya de 1971,

⁵⁸ *vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3745.

⁵⁹ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 527.

⁶⁰ Para una comparación de las soluciones en los dos instrumentos véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) 864/2007 (“Roma II”)”, *AEDIPr* t. VII, 2007, pp. 505-532, conr. pp. 516-527.

⁶¹ Los Estados parte de este convenio son 21 según la última actualización de la Conferencia de La Haya que data de junio de 2014. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=81>

⁶² SAP (Sección 1ª) Barcelona de 19 de junio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:5205.

⁶³ Debe recordarse que el Convenio de La Haya es de aplicación universal, de modo que, si por el objeto del litigio es de aplicación en España deben aplicarse sus normas de conflicto incluso cuando la ley aplicable al caso resulte ser la de un Estado no contratante. Véase C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. *Op. cit.*, p. 736.

mientras que planteada la demanda ante los tribunales portugueses hubiera sido de aplicación el Reglamento Roma II, con las consecuencias que esto tiene sobre la *lex causae*.

37. Pero también pueden plantearse estrategias procesales cuando estén implicados ordenamientos jurídicos de terceros Estados como Marruecos, Estado contratante del Convenio de La Haya de 1971. Ante un accidente de circulación ocurrido en dicho país en el que estén implicados vehículos matriculados en España, o personas con residencia habitual en España, las autoridades judiciales marroquíes aplicarán las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1971 mientras que las españolas podrían plantearse la aplicación del Reglamento Roma II si el supuesto estuviera excluido de la norma convencional *ex. artículo 2*⁶⁴.

IV. El objeto principal de la cuestión litigiosa como método de determinación de la norma de conflicto aplicable

38. La cuestión litigiosa en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020 se centra en determinar si ha transcurrido el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción en la que la empresa aseguradora se subroga en los derechos de la víctima del accidente para cobrar los daños causados por el responsable del mismo. Por tanto, aunque no se indica explícitamente en la sentencia -el FD primero hace referencia a la acción ejercitada por vía de subrogación- parece que la empresa aseguradora demandante está ejerciendo la acción de subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro⁶⁵.

39. El Reglamento Roma II contiene una regla especial para la subrogación en el artículo 19 que establece:

“Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones”.

40. Al desechar la aplicación del Reglamento Roma II como norma de Derecho Internacional Privado, la Audiencia Provincial no menciona la solución del artículo 19 en virtud del cual se determina la ley aplicable a la subrogación legal y que debía de haberse aplicado para determinar si la acción había prescrito. Así parece al menos deducirse de las afirmaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia *ERGO*⁶⁶. Indica esta sentencia que no existiendo compromiso contractual entre dos entidades aseguradoras no debe aplicarse el Reglamento Roma I⁶⁷.

41. En el caso se cumplen los requisitos para la aplicación de esta disposición, dado que esta norma se aplica cuando una compañía de seguros que ha suscrito un contrato de seguro con la víctima del daño (acreedor), la empresa aseguradora -el tercero- debe pagar la indemnización a la víctima. Conforme

⁶⁴ SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁶⁵ La doctrina considera que dicha acción tiene un carácter indemnizatorio vinculado o dependiente del contrato de seguro y a través de la correspondiente subrogación en la que el asegurador se posiciona como pagador, sustituyendo así al asegurado, cuya posición ocupa frente a la obligación de pago, de tal forma que la obligación continúa siendo la misma, pero con un cambio en el sujeto obligado al pago de forma tal que la acción es la misma. De ese modo la parte demandada puede oponer la prescripción de la acción, que es la que hubiera podido oponer frente al asegurado víctima del daño L. Díez PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁶⁶ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 56. Y A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ “Art. 19”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II* pp. 604-606.

⁶⁷ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 47.

a la ley el tercero (empresa aseguradora de la víctima en nuestro caso) tiene la obligación legal de cubrir esas deudas extracontractuales⁶⁸. Esta norma se aplica también cuando la obligación de pago al acreedor es realmente una obligación y cuando nace de un acuerdo entre el tercero y el acreedor⁶⁹. En nuestro caso, Allianz como empresa aseguradora es el tercero que ha pagado la indemnización a la víctima del daño.

En el caso no se determinó si la ley que regula la obligación extracontractual (la relación entre la víctima del daño y la causante del accidente del vehículo) es la misma que la ley aplicable a la obligación de pago del tercero (la ley del contrato de seguro de la víctima del accidente con su propia aseguradora). Si esa ley es la misma se aplicaría esa ley y si no lo es, se aplica la segunda -la ley que rige la obligación de pago de la aseguradora-.

En el supuesto de que la obligación no contractual esté sometida a una ley distinta a la aplicable a la obligación de pago del tercero (ley rectora del contrato de seguro entre la víctima del daño y la aseguradora) el artículo 19 Roma II también se aplica. La solución de esta norma es que la acción subrogatoria debe regularse por la ley rectora del contrato de seguro entre la víctima del daño y el tercero que debe pagar el daño (compañía de seguro). Esta ley regirá si y en qué medida puede ejercitar los derechos del acreedor contra el deudor *según la ley que rige sus relaciones*. Por tanto, la ley que rige el contrato de seguro se aplica a la cuestión. Esa ley puede ser distinta de la Ley que rige las relaciones extracontractuales ente el acreedor original y el deudor.

Esta interpretación se deduce de las soluciones del Tribunal de Justicia en el caso *ERGO*, en sus apartados 56 a 58, que indican:

“56 En tercer lugar, y respecto a si la entidad aseguradora de un vehículo de tracción que indemnizó a una víctima dispone, en su caso, de una acción subrogatoria contra la entidad aseguradora del remolque, es preciso indicar que el artículo 19 del Reglamento Roma II distingue entre las cuestiones sujetas al régimen delictual y las sujetas al régimen contractual. Esta disposición se aplica, en particular, a la situación en la que un tercero, a saber, la entidad aseguradora, indemnizó a la víctima de un accidente, acreedor de una obligación delictual de indemnización por daños y perjuicios frente al conductor o titular de un vehículo automóvil, y ello en cumplimiento de una obligación de satisfacerle.

57 Más en concreto, el artículo 19 del Reglamento Roma II establece que, en ese supuesto, la cuestión de una eventual subrogación en los derechos de la víctima estará regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, a saber, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima.

58 Así, la obligación de la entidad aseguradora de cubrir la responsabilidad civil del asegurado respecto a la víctima que se deriva del contrato de seguro celebrado con el asegurado y las condiciones en las que la entidad aseguradora puede ejercer los derechos de la víctima del accidente contra las personas responsables del accidente depende del Derecho nacional que regule el citado contrato de seguro, determinado con arreglo al artículo 7 del Reglamento Roma I.”

De todo lo anterior parece deducirse que el litigio debía haberse resuelto en aplicación de la ley estatal rectora del contrato de seguro entre Allianz y la víctima, que de los datos que constan en la sentencia parece ser la ley española⁷⁰.

V. La competencia judicial internacional como presupuesto del proceso

1. Para la acción subrogatoria

42. En el caso que nos sirve de guía en este trabajo, la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia para conocer del litigio no se cuestiona por la recurrente, pero la Audiencia

⁶⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Art. 19”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome I...*, op. cit., p. 604.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 605.

⁷⁰ Asimismo, parece que esa misma ley regulará la acción de repetición, STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 64.

Provincial de Barcelona, con acierto, se pronuncia sobre ella de manera explícita. También oportunamente se indica por parte de esta última que se trata de un presupuesto procesal que debe ser examinado de oficio por parte del juzgador⁷¹. A pesar de que la Audiencia no justifica la aplicación para determinar la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Rubí del Reglamento Bruselas I bis -porque omite cualquier referencia a su ámbito de aplicación-, es destacable que examine expresamente la aplicación de sus foros de competencia judicial internacional (FD núm. 4).

Se confirma por parte de la Audiencia la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia tras aplicar de manera correcta -respetando su orden jerárquico- los foros del Reglamento Bruselas I bis.

Dado que el fondo del litigio no recae sobre una materia contemplada en el art. 24 RBI bis la Audiencia Provincial indica que sus foros no son de aplicación.

Al no ser aplicables al litigio los foros de competencia exclusiva (art. 24 RBI bis) y no existir un acuerdo de sumisión entre las partes, la competencia del Juzgado de Primera Instancia deriva de la aplicación del foro del domicilio del demandado (art. 4.1 RBI bis) y, “subsidiariamente, el de la sumisión tácita (art. 26.1 RBI bis)”.

Al aplicarse el foro general del domicilio del demandado, la Audiencia no se plantea en sede de competencia judicial internacional la aplicación de los foros especiales y, por tanto, la naturaleza contractual o extracontractual del litigio⁷².

43. La determinación del concepto de materia delictual o cuasidelictual del Reglamento Bruselas I bis es importante ya que la argumentación servirá para determinar el concepto de obligación contractual y extracontractual que determinará la aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II para determinar la ley aplicable al fondo del litigio⁷³. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 19 Roma II para la subrogación de un tercero que ha satisfecho al acreedor en ejecución de la obligación extracontractual.

44. El Tribunal de Justicia ha interpretado el concepto de materia delictual o cuasidelictual del art. 7.1 letra b segundo guion RBI bis de manera residual, en el sentido de que comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual⁷⁴.

En relación a los litigios en los que intervienen empresas de seguros, el Tribunal de Justicia ha afirmado, respecto a la acción de reembolso, que cuando una parte que se ha subrogado *ex lege* en los derechos de la persona directamente perjudicada entabla una acción directa contra la entidad aseguradora del causante del accidente no son aplicables las disposiciones relativas al contrato de seguro que protegen a la parte débil⁷⁵.

Del mismo modo, considera extracontractual las acciones de regreso tras un accidente de tráfico, ejercitadas por la empresa que ha indemnizado a la víctima del accidente, por las que se solicita el reembolso de dicha indemnización a otra empresa de seguros, ya que no existe contrato entre las partes del litigio y la obligación del acreedor nace de la Ley⁷⁶.

⁷¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 309.

⁷² Si la demanda se hubiera planteado ante el tribunal de un Estado distinto al del domicilio del demandado se hubiera planteado la aplicación de los foros previstos en los apartados 1 y 2 del art. 7 RBI bis. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera*, Fundación Mapfre. Madrid, 2012, pp. 165-166.

⁷³ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y 475/14, apdo. 49.

⁷⁴ STJUE 13 marzo 2014, *Brogstetter*, C 548/12, EU:C:2014:148, apdos. 20 y 21. STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, C 147/12, EU:C:2013:490, apdo. 32 y la jurisprudencia citada en dicho apartado.

⁷⁵ STJUE 17 septiembre 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, C-347/08, ECLI:EU:C:2009:561

⁷⁶ El Tribunal de Justicia calificó esta acción como extracontractual en interpretación de los Reglamentos Roma I y Roma II, véase sobre la interpretación de la Segunda Directiva (Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles la STJUE 24 julio 2003, *Messejana Viegas c. Seguros Zurich y Mitsubishi Portugal*,

45. La doctrina considera, respecto de la interpretación de los foros de responsabilidad extracontractual y de los relativos al contrato de seguro de la sección tres del Reglamento que, para las acciones de subrogación no son aplicables las disposiciones relativas a los contratos de seguro⁷⁷. A juicio de la doctrina la aseguradora que ejercita la acción de regreso contra el causante del daño entabla una acción relativa a una obligación extracontractual⁷⁸.

2. Para la acción directa

46. Las dificultades en la resolución de las cuestiones de Derecho Internacional Privado en los litigios relativos a los accidentes de tráfico no sólo se limitan a la determinación de la ley aplicable, sino que también afectan a la determinación de la competencia judicial internacional. La aplicación de los foros de la LOPJ en lugar de los previstos en las normas europeas se ha presentado en el caso mencionado resuelto por el Tribunal Supremo en 2021. En la sentencia de primera instancia el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena considera que tiene competencia judicial internacional con base en el artículo 22 de la LOPJ en lugar de aplicar al caso el Reglamento 44/2001 en vigor en ese momento⁷⁹. La demanda de responsabilidad civil presentada el 29 de julio de 2011 por la damnificada y los herederos de los dos fallecidos (dos viudas de uno de los fallecidos y sus hijos personados y las tres viudas del otro de los fallecidos y sus 13 hijos) contra el conductor del vehículo y la compañía aseguradora cumplía con el ámbito de aplicación temporal, material y personal de aplicación del Reglamento europeo.

47. La aplicación de la norma de origen interno no cambia la resolución final ya que los tribunales españoles son competentes tanto en aplicación de la LOPJ, como de los dos Reglamentos europeos ya que los dos demandados (el conductor del vehículo y la compañía aseguradora están domiciliados en España.

VI. Conclusiones

Primera. La firma de convenios internacionales, que se ha planteado como una ventaja para evitar la relatividad de soluciones y el *forum shopping*, así como para potenciar la seguridad jurídica, no se produce en la práctica judicial española en materia de accidentes de circulación por carretera, y, en cambio prevalecen los inconvenientes por la falta de coordinación con el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea⁸⁰.

Segunda. El análisis de la práctica judicial española en esta materia confirma la necesidad de denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 ya que su vigencia en España aumenta la inseguridad jurídica y fomenta el *forum shopping* en los litigios en materia de responsabilidad extracontractual por accidentes en carretera.

C-166/02, ECLI:EU:C:2003:417 y STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y 475/14 ecli , apdo. 50 ECLI:EU:C:2016:40 para justificar la aplicación a estas acciones del foro del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis por A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 3606. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas...* op. cit., p. 166.

⁷⁷ H. HEISS, “Articles 10-11”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2019, pp. 407-437, coner. p. 413.

⁷⁸ P. BLANCO-MORALES LIMONES, en A.-L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid. BOE., Madrid, 1994, p. 124.

⁷⁹ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho Reglamento era aplicable al caso ya que entró en vigor el 1 de marzo de 2002 y hasta su derogación por el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20 de diciembre de 2012. Por tanto, debió ser aplicado hasta el 10 de enero de 2015 (artículo 81 RB I bis).

⁸⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 282.

Tercera. La complejidad de la determinación de la ley aplicable en España por la falta de una política convencional coherente ha justificado la no condena en costas en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020. En dicho caso y en el resto de resoluciones analizadas se ha terminado aplicando al fondo del asunto una ley estatal distinta determinando una solución material completamente diferente. Se pone de manifiesto en esta materia que la falta de justicia conflictual impide la consecución de la justicia material.

Cuarta. La dificultad en la determinación de la norma aplicable reflejada en los casos estudiados demuestra que no faltan razones a la doctrina que ha recomendado la denuncia del Convenio de La Haya 1971 o la reforma el artículo 28 Roma II para otorgar preferencia a la aplicación de las normas en el contenidas en caso de que la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se invoca y de la víctima se encuentre en un Estado miembro en el momento de producirse el daño.

La doctrina española y europea es unánime en la afirmación de que la mejora de la regulación en esta materia requiere o que España denuncie el Convenio de la Haya como se ha pedido por la doctrina *internacionalprivatista* o que el legislador europeo modifique las normas de convivencia del Reglamento Roma II.

Quinta. La solución preferida de la doctrina es la de la denuncia, sin embargo, si ésta no se produjera sería conveniente reformar el artículo 28 Roma II para disponer la aplicación preferente del Reglamento en las relaciones que incumben únicamente a dos Estados miembros del mismo estableciendo no de manera abstracta su aplicación para las situaciones europeas sino para casos concretos, por ejemplo, si ambas partes tienen su domicilio o el accidente se ha producido en un Estado miembro del Reglamento o si un tribunal de la Unión es competente para conocer del litigio.

Esta recomendación se justifica también porque la correcta aplicación de las normas en esta materia requiere incluso que el operador jurídico examine el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1971 para su correcta aplicación.

Sexta. La dialéctica entre el universalismo y el regionalismo no se ha solucionado correctamente en materia de accidentes de circulación por carretera. De los casos analizados se deduce la dificultad de los órganos judiciales españoles en la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado y en la resolución de las cuestiones de derecho internacional privado que plantean las reclamaciones de indemnización por accidentes de tráfico con elementos extranjero.