

DAÑOS PUNITIVOS. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL

Javier Carrascosa González

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

SUMARIO

1. LOS DAÑOS PUNITIVOS. CUESTIONES BÁSICAS. 1.1. Daños punitivos. Concepto y caracteres. 1.2. Daños punitivos y Derecho Privado español. 2. Litigación internacional y Punitive Damages. 2.1. Forum Shopping y paraísos para demandar. La litigación internacional en los Estados Unidos de América. 2.2. Los pactos internacionales de sumisión jurisdiccional y la búsqueda de los Punitive Damages en los Estados Unidos de América. La STS de 12 enero 2009. 2.3. El Forum Non Conveniens y la búsqueda de los Punitive Damages en los Estados Unidos de América. El caso de hemofílicos irlandeses (1994) y el caso del accidente aéreo del lago de Constanza (2002). 3. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES Y PUNITIVE DAMAGES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL. 3.1. Mapa normativo de las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. 3.2. Reglamento Roma II y daños punitivos. Aspectos básicos. 3.3. Reglamento Roma II, daños punitivos y orden público internacional. Análisis del Considerando (32). 3.3.1. Reglas generales de aplicación del art. 26 y Considerando 32 del Reglamento Roma II. 3.3.2. Test de «moderación-exceso» de los daños punitivos. 3.3.3. Test de «oportunidad de unos daños punitivos excesivos». 3.3.4. Test de «vinculación espacial» del supuesto fáctico. 3.4. Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. 3.5. Artículo 10.9 del Código Civil y daños punitivos. 4. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y PUNITIVE DAMAGES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL. 5. RECONOCIMIENTO Y EXEQUATUR EN ESPAÑA SENTENCIAS EXTRANJERAS Y PUNITIVE DAMAGES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL. 5.1. El marco legal vigente en España. Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 y art. 954.1 LEC 1881. Aspectos generales. 5.2. El debate. Punitive Damages y orden público internacional español. 5.3. La solución del Tribunal Supremo español: el triple test («test de moderación-exceso de los daños punitivos»/«test de oportunidad de los daños punitivos excesivos»/«test de vinculación espacial del supuesto con España»). 5.4. Ejecución de la sentencia extranjera en sus propios términos.

1. LOS DAÑOS PUNITIVOS. CUESTIONES BÁSICAS

1.1. Daños punitivos. Concepto y caracteres

1. Los daños punitivos (*Punitive Damages/Exemplary Damages*) consisten en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño con la triple finalidad de (a) castigar al responsable (= «función punitiva-represiva»), (b) impedir que se lucre con sus actos antijurídicos (= «función evitadora del enriquecimiento injusto del infractor») y (c) de disuadir a dicho demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante (= «función disuasoria-admonitoria»)¹.

2. Los «daños punitivos» constituyen, por tanto, una institución legal diferente a los «daños y perjuicios» propios del Derecho europeo continental. En efecto, la finalidad de estos daños punitivos no radica en compensar al demandante/víctima por el perjuicio sufrido, sino en «castigar una conducta».

3. En consecuencia, en los sistemas jurídicos que admiten estos «daños punitivos», el responsable del daño debe satisfacer al demandado-víctima, aparte del importe del «perjuicio efectivamente ocasionado», una «suma adicional», que suele ser muy elevada, en concepto de tales «daños punitivos».

4. Los daños punitivos se regulan y aceptan en el Derecho de la mayor parte de los Estados anglosajones, especialmente, en el Derecho Privado de los distintos *States* que forman los Estados Unidos de América. En concreto, debe recordarse que los daños punitivos son admitidos en cuarenta y seis de los cincuenta *States* de la Unión. Además, los *Compensatory Damages* que se recogen en la legislación de dos de estos cuatro *States* disidentes, –New Hampshire y Washington–, se definen de modo muy amplio de modo que pueden también ser calificados como «daños punitivos encubiertos». Nebraska y Michigan son los dos *States* de la Unión sin auténticos daños punitivos en sus respectivas legislaciones².

5. Estos «daños punitivos» constituyen una especie de «pena privada» prevista sólo para castigar actos particularmente dañosos, graves, vejatorios y ofensivos, tales como los daños al medio ambiente, a la salud y a la vida de las personas, y a la seguridad pública³. Debe subrayarse, igualmente, que la

¹ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª ed., Ed.Comares, Granada, 2012, pp. 18-20; Id. en CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª edición, Comares, Granada, 2012, pp. 845-872.

² GUANZIROLI, «Reflexiones»; REQUEJO ISIDRO, *REDI*, 1996-II, p. 71; BLATT, *Punitive Damages*.

³ Como se puede leer en <http://centerjd.org/cjrg/Punitive.html>, «*Punitive damages are reserved for the most egregious conduct. Juries award punitive damages to punish and deter reckless or outrageous conduct that threatens the public safety or interest. Punitive damages are rarely awarded and are tightly*

denominación «daños punitivos» no constituye una traducción correcta del original inglés «*Punitive Damages*». En efecto, en lengua inglesa, daño debe decirse «*damage*», en singular, mientras que «indemnización» debe traducirse como «*damages*». Por ello, la palabra «*damages*» debe ser traducida como «indemnizaciones» o «compensaciones económicas» y no como «daño». Son las indemnizaciones concedidas por el tribunal a favor de la víctima, las que revisten un carácter de pena o sanción. Son tales indemnizaciones las que son «punitivas». El daño (*damage*) no es punitivo. Por tanto, debería mejor designarse el concepto con otras expresiones, tales como «condenas punitivas», «pena privada», «indemnizaciones punitivas» o «multas civiles»⁴. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia europeas han acogido de modo unánime y uniforme la incorrecta traducción literal de *Punitive Damages* por «daños punitivos».

6. Las cifras de las condenas a pagar daños punitivos en los Estados Unidos de América alcanzan proporciones astronómicas. Además, tales cantidades no guardan una proporción clara ni exacta con el perjuicio realmente sufrido por la víctima. Así, por ejemplo, en el caso fallado por la sentencia del OLG Munich 15 julio 1992, un tribunal alemán tuvo que decidir en torno al reconocimiento en Alemania de una sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992, en la que dicho tribunal concedió 4000 dólares por daños compensatorios y cuatro millones de dólares como daños punitivos⁵.

7. El impacto social de los daños punitivos es enorme, como se puede apreciar en famosos films *made in Hollywood* como «*A Civil Action*» o «*Erin Brokovich*». La popularidad de los daños punitivos en los Estados Unidos de América se explica, como ha subrayado F. PANTALEÓN, por una particular combinación de factores propios de la estructura fundamental de la litigación judicial norteamericana⁶: (a) La existencia de acciones colectivas (*Class Actions*) que permiten agrupar a muchos interesados en una única posición procesal como demandantes, organizados tras una dirección letrada única y común. Los litigios presentan, por esta razón, cuantías inmensas. Ello incita a los perjudicados a litigar en busca de daños punitivos; (b) La aceptación general de los pactos de *Quota Litis* en toda su extensión, lo que permite a los bufetes de abogados de los Estados Unidos cobrar cifras muy elevadas en el caso de victoria judicial en supuestos de responsabilidad civil extracontractual. Ello ha fomentado la creación y expansión de despachos profesionales de abogados específica y

controlled by judges». Vid. SALVADOR CORDECH, *Indret*, 2001; D'ALESSANDRO, *Rivista di diritto civile*, 2007, p. 384; PARDOLESI, *Rivista critica del diritto privato*, 2007, p. 341; SARAVALLE, *RDIPP*, 1993, p. 867.

⁴ GUANZIROLI, «Reflexiones...».

⁵ Sentencia del OLG Munich de 15 julio 1992, *RIW*, 1993, pp. 70-71 [sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992].

⁶ PANTALEÓN, «La importación de frigoríficos jurídicos», *Diario El País*, 18 julio 1999.

concretamente especializados en litigación masiva por daños, despachos que, a tal efecto, disponen de un departamento de marketing dispuesto para la caza y captura de clientes que litigan en busca de daños punitivos. Es frecuente, incluso, que los abogados creen sociedades para la llevanza de un concreto y lucrativo caso en el que se esperan cobrar cantidades muy elevadas en concepto de daños punitivos; (c) El hecho de que estos pleitos por responsabilidad extracontractual suelen decidirse por jurados compuestos por personas particulares, sujetos privados, muy propensos a conceder indemnizaciones y castigos pecuniarios de montante formidable contra grandes empresas, al contrario que los jueces, siempre más moderados en estos casos.

De todos modos no conviene exagerar. Como ha subrayado P. SALVADOR CORDECH, en la práctica judicial de los Estados Unidos, estos daños punitivos sólo se conceden en casos contados, sólo se otorgan en supuestos de extraordinaria gravedad y de conducta particularmente dolosa y antisocial del infractor, suelen terminar con una transacción o arbitraje pactado entre los litigantes y muchos veredictos judiciales condenatorios son apelados con éxito ante instancias judiciales superiores. Por otro lado, el importe de los daños punitivos varía de *State* a *State* y de tribunal a tribunal⁷.

8. El origen de los daños punitivos en los Estados anglosajones se halla en ciertos casos fallados por los tribunales ingleses en la década de 1760 (casos «*Wilkes vs. Wood*» y «*Huckle vs. Money*»)⁸. Resulta que el gobierno inglés había tratado de impedir la publicación de un panfleto (*The North Briton*) relacionado con un conocido político llamado John Wilkes. En el curso de tales acciones, diversos particulares fueron privados de su libertad por los funcionarios del gobierno y, por ello, acudieron a los tribunales. Éstos, ante la ausencia de legislación al respecto, concedieron daños no compensatorios o indicaron a los jurados que deberían hacerlo, siempre que la conducta de los demandados pudiera calificarse como suficientemente torticera («*bad enough*») y sin clasificar estos daños bajo ningún epígrafe o título específico. El tribunal indicó, expresivamente, que «*entrar ilegalmente en la casa de una persona en virtud de una autorización innominada con el fin de procurarse evidencias, es actuar peor que la Inquisición Española; ningún inglés quisiera vivir ni una sola hora bajo una ley que lo permitiera*»⁹. A partir de ese momento, los tribunales ingleses de grado inferior a la House of Lords concedieron estos daños punitivos por diversas razones en relación con supuestos, por ejemplo, de intromisiones y asaltos en domicilios, encarcelamientos injustos, difamación, enjuiciamientos

⁷ SALVADOR CORDECH, «Punitive Damages», *Indret*, septiembre 2001.

⁸ SIR HENRY BROOKE, *A Brief Introduction*, 2009, p. 1; COESTER-WALTJEN, «Deutsches internationales...», 1994, p. 15.

⁹ GUANZIROLI, «Reflexiones...».

dolosos, pero también en casos de daños a las propiedades inmuebles y muebles. No obstante, cabe subrayar que, en Inglaterra, el alcance y utilización de los daños punitivos se ha reducido y racionalizado de manera significativa, pero otros Estados han seguido una vía más radical al respecto.

9. Con el paso del tiempo, cada ex-colonia inglesa formó su propio concepto de daños punitivos en sus respectivas propias versiones del *Common Law*. Es el caso de Australia, Canadá y Nueva Zelanda y, sobre todo, de los Estados Unidos de América. Los daños punitivos se admiten igualmente en Irlanda del Norte, en la República de Irlanda y en Gales. En Escocia nunca fueron admitidos.

10. En los Estados Unidos de América, actual paraíso por excelencia de los daños punitivos, ya en 1780 (caso «*Genay vs. Norris*») se condenó a pagar daños punitivos al responsable de un envenenamiento. Los daños punitivos fueron igualmente empleados en litigios de la más variada índole: ruptura de promesa de matrimonio («*Coryell vs. Colbaugh*»), vulneración de patentes («*Boston manufacturing Co. vs Fiske*») y otros. Sin embargo, los daños punitivos fueron especialmente utilizados para castigar supuestos de ataques violentos, tales como asaltos, violaciones y acoso sexual. Este dato reviste una importancia clave. En efecto, los tribunales norteamericanos comienzan a aplicar los daños punitivos para castigar el «abuso de poder» de los sujetos situados en «posiciones superiores» tanto *de jure* (= fuerzas de seguridad, autoridades), como *de facto* (= empresarios acaudalados, compañías, firmas y empresas con gran influencia en el mercado, monopolios empresariales, etc.). Los daños punitivos fueron concedidos para castigar, por ejemplo, el comportamiento abusivo y vejatorio que ciertos sujetos que trabajaban para las empresas norteamericanas de ferrocarriles daban a los viajeros, especialmente mujeres, personas con deficiencias físicas y menores¹⁰.

11. En otros países de tradición legal no anglosajona estos daños punitivos se admiten sólo con carácter totalmente puntual y excepcional, o bien no se admiten en absoluto. Curioso resulta el caso argentino, pues el art. 52 bis de la ley 24240, de 22 de septiembre de 1993, de Defensa del Consumidor de Argentina recoge expresamente la admisión de los daños punitivos:

«Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumi-

¹⁰ *Vid.* nota anterior.

dor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley».

12. La razón de ser de los daños punitivos en las legislaciones de los países que los admiten radica en que constituyen una vía legal para reprimir actos dolosos y maliciosos situados en una zona gris de comportamientos fuera de la Ley que, o bien no constituyen formalmente «delitos» castigados por el Derecho Penal, o bien son castigados por éste de manera poco significativa o son, en la práctica, ignorados por los tribunales. Los daños punitivos servirían para reforzar la Ley («*burtress the Law*»). En efecto, en más ocasiones de las deseables, los infractores de la Ley se aprovechan de un sistema penal y administrativo completamente inefectivo e ineficiente que, por ello, constituyen «*un sistema de disuasión [que] no es siempre suficiente*»¹¹. Es claro que los sistemas de responsabilidad civil fundados en el estricto criterio de la «mera reparación del daño», pueden resultar insatisfactorios. En ocasiones, tales sistemas no impiden que el infractor se lucre con actos ilícitos y tampoco impiden que el infractor desarrolle una conducta de desprecio hacia los derechos de terceros. Por otro lado, la reparación integral del daño puede ser una meta inalcanzable en el caso de perjuicios auténticamente irreparables.

De ese modo, los daños punitivos, como se ha indicado, desarrollan diversas funciones: (a) Castigar al infractor en casos especialmente graves, con el objetivo de evitar, fundamentalmente, que dicho infractor extraiga beneficio de estos actos ilegales particularmente serios (= función represora-punitiva); (b) Prevenir, evitar y desincentivar que estos infractores vuelvan a cometer este tipo de actos (= función de prevención especial); (c) Prevenir, evitar y desincentivar que terceras personas puedan igualmente cometer estos actos ilegales (= función de prevención general).

13. Se ha discutido hasta la extenuación sobre el carácter «civil» o «penal» de los daños punitivos. En los Estados Unidos, estos daños punitivos se contemplan en la normativa civil que regula la responsabilidad civil extracontractual, se deciden por tribunales civiles con la participación de jurados populares y el montante de los mismos debe ser abonado por el responsable del perjuicio a los concretos sujetos particulares que han sufrido el perjuicio. No obstante, en determinados casos, ciertas legislaciones obligan a entregar parte de lo obtenido en concepto de daños punitivos al Estado o organizaciones de caridad. El debate ha sido y es arduo sobre todo en Europa. Ello se debe, fundamentalmente, a que no existen tales daños punitivos en las legislaciones de los Estados europeos, lo que impide una calificación *lege fori* de los daños

¹¹ REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», 2009, p. 76».

punitivos. No obstante, parece claro que, desde el punto de vista del Derecho español, los daños punitivos presentan un carácter civil y no penal¹². Varios argumentos permiten mantener esta tesis: (a) Presentan un carácter rogado: los daños punitivos hay que solicitarlos, pues el tribunal no los concede nunca de oficio; (b) Se trata de indemnizaciones que no percibe el Estado, sino los particulares que han sufrido el perjuicio; (c) Los daños punitivos se obtienen, en los Estados Unidos de América, tras litigar en la vía civil, no en un procedimiento penal; (d) Los daños punitivos son renunciables, lo que no sucede con las sanciones de tipo penal.

14. Un caso emblemático de *Punitive Damages*, y que explica a la perfección la naturaleza y finalidad de los mismos, es el «caso del Ford Pinto»¹³. El Ford Pinto fue un automóvil muy popular en los Estados Unidos durante los años setenta del siglo XX. La reacción norteamericana frente a los pequeños coches japoneses y europeos. El ford Pinto se vendió muy bien en los Estados Unidos. Dicho automóvil presentaba una particular estructura en su parte posterior. En efecto, con el objetivo de ahorrar costes en su fabricación, el Ford Pinto presentaba dos carencias básicas: (a) El depósito de combustible se situaba tras el eje trasero. Por esa razón, en caso de un golpe, incluso leve, en la parte trasera del coche, éste explotaba envuelto en llamas; (b) El metal empleado para elaborar su carrocería era extraordinariamente débil. Por ello, en el supuesto de un accidente, el automóvil se arrugaba como si fuera de papel de aluminio, las puertas no podían abrirse y los ocupantes del vehículo quedaban atrapados en el automóvil envuelto en llamas. Pues bien, la Ford examinó las quejas de los consumidores sobre estos aspectos y calculó la cantidad que debería invertir para reparar todos los ejemplares de ford Pinto ya fabricados y lanzados al mercado, cantidad que resultó ser de 137.500 millones de dólares. También calculó a cuánto ascenderían las indemnizaciones que debería pagar en el caso de que todas las unidades de Ford Pinto fallaran y produjeran daños a sus ocupantes, lo que ascendía a 49.500 millones de dólares. Esta cantidad (= la que debía pagar por indemnizaciones derivadas de accidentes causados por el diseño erróneo del coche) era, evidentemente, menor que la que debería invertir para cambiar los desaciertos en la construcción del automóvil. La empresa decidió no revisar el Ford Pinto, dejar que se produjeran accidentes, muertes, lesiones y daños, y pagar las correspondientes indemnizaciones compensatorias. Su coste le iba a resultar menor que el que tendría que afrontar si revisaba todas las unidades comercializadas.

¹² REQUEJO, *REDI*, 1996-II, p. 71-98.

¹³ *Grimshaw v Ford Motor Company*, 119 Cal App 3d 757 (1981)

En el mes de mayo del año 1972, la señora Lily Gray conducía un ford Pinto en el que también se encontraba un niño de 13 años llamado Richard Grimshaw. El automóvil fue embestido por la parte de atrás por otro automóvil que circulaba a una velocidad muy moderada, treinta kilómetros por hora. Sin embargo, la colisión provocó un incendio en el ford Pinto. Ambos ocupantes del mismo sufrieron quemaduras graves. La Sra. Lily Gray falleció debido a los problemas cardíacos consecuencia de las quemaduras sufridas. Richard Grimshaw no falleció. Hubo de ser intervenido en numerosas ocasiones en operaciones de cirugía reconstructiva e injertos de piel y perdió parte de sus dedos y de su oreja izquierda. Richard Grimshaw y los herederos de la Sra. Gray demandaron ante los tribunales norteamericanos a Ford Motor Company, fabricante del vehículo. Tras un largo juicio, el tribunal falló a favor de la parte demandante y en contra de la demandada, la firma Ford Motor Company. Grimshaw recibió 2,5 millones de dólares en concepto de daños compensatorios y 125 millones de dólares por daños punitivos. Los herederos de la Sra. Gray percibieron medio millón de dólares en compensación por daños. En apelación esta cifra fue revisada y se redujo notablemente.

1.2. Daños punitivos y Derecho Privado español

15. Frente a la situación legal antes descrita en los Estados Unidos de América y otros Estados que admiten los daños punitivos, los países europeos, España incluida, carecen en su legislación de estos daños punitivos. En Europa, el Derecho de la responsabilidad civil desarrolla, fundamentalmente, una función reparadora del perjuicio causado. El responsable del daño debe, en efecto, reparar tal perjuicio causado a la víctima (art. 1902 CC). No debe ni puede ser condenado por un tribunal civil al pago de una cantidad en concepto de daños punitivos como castigo y como medida de prevención especial y general. En los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos, las funciones propias de la «política social» (= prevenir, en general, los daños, así como castigar los comportamientos socialmente intolerables), las llevan a cabo las normas de Derecho Penal y de Derecho Administrativo¹⁴. Como escribe F. PANTALEÓN, «[p]ara prevenir y castigar está el derecho penal y el administrativo sancionador: está el derecho público, que no lucra a las víctimas. El derecho de la responsabilidad civil es derecho privado, que soluciona el conflicto privado entre el perjudicado y el causante de daño, sin tratar de hacer política social»¹⁵.

16. Los daños punitivos suscitan multitud de cuestiones legales desde el punto de vista jurídico del Derecho español. En especial, doctrina y jurisprudencia

¹⁴ REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», 2009, p. 76.

¹⁵ PANTALEÓN, «La importación...», 1999.

dencia se han interrogado sobre la existencia o inexistencia, en muy concretos sectores del Derecho civil español, de indemnizaciones de tipo punitivo. También se han llevado a cabo interesantes estudios *de lege ferenda* sobre la conveniencia de incorporar al Derecho español ciertos daños punitivos para castigar conductas particularmente inapropiadas desde un punto de vista social así como para prevenir abusos y actos notablemente dañinos para los particulares y para la sociedad.

17. Desde el punto de vista del Derecho de la UE, debe recordarse que el TJUE no se ha mostrado contrario a que puedan pagarse cantidades en concepto de daños punitivos si ello se halla previsto en la legislación nacional aplicable al caso. En un supuesto de Derecho europeo de la Competencia, el TJUE se expresó en estos términos (STJCE 13 julio 2006, *Manfredi*, ass. C-295/04 y C-298/04, FD 99):

«en consecuencia, por un parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios».

Como ha indicado J. RODRIGUEZ RODRIGO, sólo Chipre, Irlanda y Reino Unido admiten los daños punitivos. Por otro lado, en estos países, los daños punitivos se aplican con escasa frecuencia. Sin embargo no debe olvidarse que diversos Estados miembros cuentan en sus respectivas legislaciones con un abanico de «coerciones económicas» cuya finalidad es muy similar a la que muestran los clásicos daños punitivos. Ello se aprecia, especialmente en los casos de vulneración de las normas del Derecho *antitrust*, en las leyes de Francia, Italia, Países Bajos o Polonia. En este país, además, los demandados pueden ser obligados a donar a la caridad, también con esta intención de que esta obligación sirva para prevenir futuros comportamientos de ese tipo¹⁶.

18. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español y europeo, la doctrina ha identificado tres grandes escenarios de cuestiones jurídicas que reclaman una respuesta jurídica: (a) La posibilidad de aplicar una Ley extranjera que otorgue daños punitivos y su posible contrariedad con el orden público internacional español; (b) La posibilidad de otorgar reconocimiento/exequatur en España a una sentencia extranjera que concede estos

¹⁶ RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: «Aplicación privada del Derecho de la competencia», en CALVO ARAVACA A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho del comercio internacional*, Colex, Madrid 2012, p. 1417-1473. *Vid.* <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

daños punitivos y de ejecutarla materialmente, así como su posible contrariedad con el orden público internacional español; (c) La posibilidad de los tribunales españoles de colaborar con un tribunal extranjero que conoce de un asunto en el que el demandante ha solicitado la imposición de daños punitivos al demandado, y especialmente, la cuestión de saber si se puede y/o debe notificar a un demandado con residencia en España, la demanda que ha dado lugar a un proceso en el extranjero en el que se debate la imposición de estos daños punitivos¹⁷. En el presente trabajo se hará referencia, exclusivamente, a las dos primeras cuestiones.

2. LITIGACIÓN INTERNACIONAL Y PUNITIVE DAMAGES

2.1. *Forum Shopping y paraísos para demandar. La litigación internacional en los Estados Unidos de América*

19. Los Estados Unidos de América son un gran país. Y son también un gran país que atrae grandes litigios. Es un buen lugar para litigar. Ello se explica por varias razones¹⁸.

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª ed., Ed.Comares, Granada, 2012, pp. 18-20; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª edición, Comares, Granada, 2012, pp. 845-872; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento «Roma II»*, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 55-59; R. DE ÁNGEL YAGUEZ, *Daños punitivos*, Madrid, Thomson, 2012; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003, París, 2003; Z. CRESPI REGHIZZI, «Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a *punitive damages*», *RDIPP*, 2002, pp. 977-990; Y. DERAÏNS, «Intérêts moratoires, dommages-intérêts en droit international privé», *Études offertes à Bellet*, 1991, pp. 101-121; J. DROLSHAMMER/H. SCHÄRER, «Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei Vollstreckung eines US-amerikanischen "punitiv-damage-Urteils"», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1986, pp. 309-318; F.-X. LICARI, «Nota a Sent Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009 (*punitive damages*)», *JDI Clunet*, 2010, pp. 1221-1263; R. MORSE, «Accidents, damages and the English Conflict of Laws, Three cases and a question», *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, Munich, 2004, pp. 593-613; J. REINHARD, «Philip Morris v. Williams – eine neue Leitentscheidung des US Supreme Court zu den punitiv damages im US amerikanischen Recht», *IPRax*, 2008, pp. 49-52; J.A. RUÍZ GARCÍA «Otra Vuelta de Tuerca a los daños punitivos (Philip Morris v. Williams, tras la estela de State Farm v. Campbell y BMW v. Gore)», *Indret*, nº 3, 2007; M. REQUEJO ISIDRO, «Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: Estado de la cuestión», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 17, 2009; M. REQUEJO ISIDRO, «Punitiv damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965», *REDI*, 1996-II, pp. 71-98; P. SALVADOR CORDECH, «Punitiv Damages», *Indret*, septiembre 2001; S. SYMEONIDES, «Resolving Punitiv-Damages Conflicts», *Yearbook of Private International Law*, 2003, pp. 1 ss.; E. D'ALESSANDRO, «Pronunce americane di condanna al pagamento di punitiv damages e problemi di riconoscimento in Italia», *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pp. 384 ss.; R. PARDOLESI, «Danni punitivi: frustrazione da «vorrei, ma non posso»», *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pp. 341 ss.; A. SARAVALLE, «I punitiv damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali», *RDIPP*, 1993, pp. 867-892.

¹⁸ REQUEJO ISIDRO, 2011; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª edición, Ed.Comares, Granada, 2012, pp. 18-20.

1º) *Por razones de Derecho Internacional privado y de Derecho sustantivo*. Los Estados Unidos disponen de un sistema fragmentario de DIPr. Cada *State* posee sus propias normas de «Conflicto de Leyes». En materia de daños a terceros, existen fuertes divergencias entre los diferentes *States*. Ahora bien, aunque se emplean criterios muy distintos según sea el *State* que se considere (= aplicación de la Ley del lugar donde se ha producido el daño o *Lex Loci Delicti Commissi*, aplicación de la Ley más estrechamente vinculada con el supuesto o *Proper Law of the Tort*, etc.), en todos los *States* existe una muy fuerte tendencia a aplicar, con más o menos justificaciones o más o menos subterfugios jurídicos o simples trucos legales, la Ley del *State* al que pertenece el tribunal ante el que se litiga (*Lex Fori*). Es poco frecuente que un *State* aplique la Ley de otro *State* en casos de responsabilidad civil extracontractual y es realmente muy infrecuente que se aplique la Ley de un Estado extranjero, la Ley de otro país¹⁹. Pues bien, la legislación de los Estados Unidos de América dispone de ciertas normas de protección de determinados intereses. Normas que no existen en la mayor parte de los Estados europeos. Entre ellas destacan, naturalmente, las normas que establecen indemnizaciones (*damages*) en casos de vulneración de los derechos humanos. Además, las normas legales norteamericanas sobre indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual permiten a los perjudicados obtener cifras fabulosas que deben pagar los causantes del daño en concepto de *Punitive Damages*. Estos «daños punitivos» alcanzan tales cifras porque, como se ha visto, no se limitan a compensar al perjudicado por los daños realmente causados, sino que se imponen como una «pena» o castigo pecuniario» que debe satisfacer el responsable del acto.

2º) *Por razones de Derecho Procesal*. El procesal civil norteamericano resulta extraordinariamente flexible. Algunos ejemplos serán suficientes: (a) En los Estados Unidos de América, se permite la obtención de pruebas e informaciones antes del inicio del proceso mediante el procedimiento conocido como *Discovery*; (b) En los Estados Unidos de América, existe un acreditado sistema de juicios por jurado popular y es sabido, aunque sea exclusivamente por cultura cinematográfica hollywoodiense, que los jurados tienden a conceder, no siempre pero con frecuencia, grandes indemnizaciones a los consumidores o

¹⁹ *Vid.* el caso de <http://conflictoflaws.net/2012/a-case-of-renvoi-or-something-akin-to-renvoi/>, bajo el título «A Case of Renvoi (or Something Akin to Renvoi)», por M. REQUEJO (27 febrero 27 2012): «*Last Thursday R. Alford (Opinio Iuris) published a very interesting post on choice-of-law rules as applied to torts in Iraq. The question to be decided in McGee v. Arkel Int'l was what substantive law governs when a National Guardsman is electrocuted in Iraq while cleaning a Humvee due to faulty wiring of an electric generator maintained by a Defense Department contractor. Applying Louisiana choice-of-law principles, the Fifth Circuit concluded that Iraqi substantive law applied: the wrongful conduct and resulting injury occurred in Iraq, therefore Iraqi law should apply. This outcome was reached notwithstanding and in perfect awareness of Iraqi law: Order 17, passed by the Coalition Provisional Authority, tries to avoid the application of Iraqi tort and contract law to contractors working in Iraq for the U.S. Defense Department.*»

personas físicas frente a las grandes empresas, como fabricantes de tabaco y de automóviles; (c) En los Estados Unidos de América, se admite la «litigación masiva» mediante la agrupación de demandantes o perjudicados (= las llamadas *Class Actions*); (d) En los Estados Unidos de América, las tasas judiciales no son elevadas y los honorarios de los abogados tampoco lo son, pues algunos de ellos operan en régimen de voluntariado o bajo *quota litis*, pues estos acuerdos se admiten en toda su extensión, de modo que es habitual que los abogados inicien a litigar sin haber cobrado un céntimo de dólar de sus clientes; (e) En los Estados Unidos de América, no es preciso proceder a una provisión de fondos antes de iniciar el procedimiento judicial; (f) En los Estados Unidos de América, puede afirmarse que, en general, la formación de los jueces norteamericanos reviste una alta calidad, pues se llega a ser juez tras haber acreditado una larga, fecunda y contrastada carrera jurídica. Ello permite augurar un resultado jurídicamente bien construido; (g) Los criterios de competencia judicial internacional norteamericanos son, en general, generosos (*jurisdiction in personam*), sobre todo si el demandado es extranjero. En efecto, basta una conexión, no particularmente estricta, entre el demandado y los Estados Unidos de América, para que los tribunales de este país se declaren competentes para conocer del litigio. Las cosas cambian, naturalmente, cuando el demandado es norteamericano, supuesto en el que los tribunales de ese país suelen recurrir con demasiada facilidad al expediente conocido como *Forum Non Conveniens*. Ello obliga a las partes, en tales casos, a demandar ante tribunales extranjeros incluso cuando resulta evidente que el supuesto está muy vinculado con los Estados Unidos de América.

20. En consecuencia, la fuerza de atracción que ejercen los Estados Unidos de América como «buen lugar para litigar» en los casos internacionales, tiene como consecuencia el incremento de supuestos en los que una empresa o un particular europeo pueda accionar ante los tribunales norteamericanos para obtener daños punitivos. E, igualmente, visto el proceso de apertura de los mercados nacionales, incluido el norteamericano, resulta cada vez más frecuente que las empresas europeas sean condenadas por dichos tribunales al pago de daños punitivos.

2.2. Los pactos internacionales de sumisión jurisdiccional y la búsqueda de los Punitive Damages en los Estados Unidos de América. La STS de 12 enero 2009

21. Para protegerse de una litigación de alto riesgo ante tribunales norteamericanos, es también frecuente que los empresarios y comerciantes europeos traten de blindar su posición jurisdiccional mediante cláusulas de sumisión en

favor de tribunales de Estados miembros de la UE. De esa manera, en el caso de controversia judicial, serán competentes para conocer de la misma los tribunales designados por las partes (= tribunales de un Estado miembro) y no los tribunales norteamericanos. Se evita así que, sean cuales fueren los contactos del supuesto con los Estados Unidos de América y sean cuales fueran las normas de competencia judicial internacional de dicho país, los tribunales norteamericanos puedan declararse competentes y decidir la cuestión litigiosa.

22. La sumisión constituye un acuerdo entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por dichas partes (STS 16 mayo 2008 [contrato de salvamento]) (RJ 2008, 3080).

23. El foro de la sumisión de las partes presenta grandes ventajas: a) *Potencia la unidad jurisdiccional de litigios*. Las partes pueden concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes; b) *Proporciona una elevada seguridad jurídica en las transacciones internacionales*. Gracias a la sumisión, sobre todo a la sumisión en forma expresa, las partes saben, desde el momento de la operación comercial, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio. Se evitan incertidumbres y se evita litigar sobre «qué tribunal debe resolver» la controversia; c) *Permite elegir el mejor tribunal (Better Court)*. Las partes pueden elegir los tribunales estatales que consideren «mejores» para resolver sus disputas, por su rapidez, calidad de la Justicia, etc. El vigente Reglamento 44/2001 potencia la sumisión, y la sujeta a escasos límites de fondo y forma. En efecto, el art. 23 R.44/2001, precepto regulador de la sumisión, fomenta la litigación económica, esto es, permite litigar al menor coste posible para los concretos particulares implicados en el proceso internacional; d) *El pacto de elección del tribunal competente se convierte en un elemento de la negociación en las transacciones internacionales*. Una parte puede ofrecer a la otra buenas condiciones comerciales si a cambio esta otra parte accede a incluir una cláusula de sumisión en favor de los tribunales del país donde radica la primera parte. Ello refleja la idea de que «*las opciones jurisdiccionales se pueden comprar y vender*»²⁰. Por ello, efectivamente, las cláusulas de sumisión constituyen elementos mismos de la transacción internacional cuyo sentido y alcance puede ser negociado por las partes igual que se negocia la calidad de las mercancías, el precio de las mismas y el lugar de su entrega.

24. Pues bien, el art. 23 del Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil regula la sumisión expresa y

²⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2012, p. 49.

recoge el régimen jurídico de la misma²¹. Con arreglo al precepto citado, el pacto de sumisión expresa debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro del Reglamento 44/2001. En efecto, el objetivo del Reglamento 44/2001 no estriba en determinar los casos en los que los tribunales de «terceros Estados» son competentes, sino los casos en los que son competentes los tribunales de los Estados miembros, y, además, los terceros Estados no han participado en la adopción del Reglamento.

La sumisión expresa sirve para hacer competentes a jueces que inicialmente no disponían, según otros criterios del Reglamento 44/2001, de «competencia judicial internacional». Así, por ejemplo, si el demandado tiene su domicilio en Zaragoza, los tribunales españoles son competentes *ex art. 2 R.44/2001*, por lo que un pacto de sumisión expresa realizado en favor de los tribunales de La Coruña no se regula por el art. 23 R.44/2001 ni surte efectos según dicho precepto. Dicho pacto de sumisión será válido y/o producirá efectos en la medida en que así lo estime el Derecho Procesal español.

El art. 23 R.44/2001 sólo se aplica a los acuerdos de sumisión que se refieren a situaciones jurídicas «internacionales». No se aplica a los acuerdos de sumisión relativos a situaciones jurídicas meramente «internas» o «nacionales». La internacionalidad debe derivar de los factores presentes en el litigio: domicilio de las partes en diferentes Estados, objeto del litigio, etc. La internacionalidad del litigio puede concurrir tanto en el momento de conclusión del pacto de sumisión como en el momento de inicio del proceso, aunque hay quien opina que debe concurrir sólo en el momento de la conclusión del pacto de sumisión (sent. Cour Cassation Francia 4 octubre 2005)²².

25. La sumisión válidamente realizada con arreglo a lo recogido en el art. 23 R.44/2001 produce distintos efectos jurídicos: a) *Efecto de prórroga*. Se atribuye competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro que de otro modo no serían competentes según el Reglamento 44/2001 (*pro-rrogatio fori*). De este modo, los tribunales designados por las partes serán los «únicos competentes» para conocer de la cuestión (art. 23 R.44/2001) en los términos pactados en el acuerdo de sumisión inter partes; b) *Efecto de derogación*. Mediante el acuerdo expreso de sumisión se excluye la competencia judicial internacional de cualquier otro tribunal que pudiera ser competente según el Reglamento 44/2001 de no existir el acuerdo expreso de sumisión (STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani*, STJCE 14 diciembre 1976, *Segoura*, AAP Madrid 23 abril 2010 [sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque] (JUR 2010, 232790), SAP Madrid 10 diciembre 2002 (JUR 2003,

²¹ DOCE L 12 de 16 enero 2001.

²² *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 413.

33370), AAP Madrid 30 abril 2004 (JUR 2004, 316253), AAP Madrid 22 marzo 2004 (JUR 2004, 260346), AAP Barcelona 22 abril 2008 [sumisión a tribunales de Dinamarca e incompetencia de los tribunales españoles] (JUR 2008, 206309). El demandado puede hacer valer la sumisión a tribunales de otro Estado miembro, mediante la oportuna declinatoria, cuando así convenga a su estrategia procesal. Todo demandado tiene derecho a invocar una cláusula de sumisión válida a favor de tribunales de otros Estados miembros (muy correctamente, AAP Madrid 18 noviembre 2010 [contrato de transporte y sumisión expresa a tribunales de Londres] (AC 2010, 2176), STS 15 noviembre 2010 [contrato de agencia celebrado entre partes españolas a desarrollar en Turquía] (RJ 2010, 8871), AAP Madrid 23 abril 2010 [sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque] (JUR 2010, 232790). El demandado se limita a ejercer su derecho subjetivo, que para eso lo tiene y para eso está protegido por los arts. 23 y 26 R.44/2001.

26. La sumisión expresa es obligatoria para las partes y es aquí donde surge la conexión entre «sumisión jurisdiccional» y «daños punitivos». En efecto, las partes deben litigar ante el tribunal previamente acordado por las mismas. Sólo un mutuo acuerdo de sumisión posterior, tácito o expreso, entre las mismas partes, puede «derogar» el primer acuerdo de sumisión (STJCE 24 junio 1981, as. 150/80, *Elefanten*). Pues bien, es cierto que los pactos de sumisión en favor de un concreto tribunal se celebran para ser cumplidos. Por eso, el foro elegido no es renunciabile sin más. Se debe litigar ante el tribunal al que las partes sometieron sus disputas (SAP Barcelona 26 febrero 2009 [sumisión no exclusiva a los tribunales de Munich] (JUR 2009, 170250).

27. Sin embargo, si una parte no respeta el pacto de sumisión y provoca el conocimiento de un litigio por parte de tribunales de un Estado diferente a los tribunales designados, la sanción para dicha ruptura del pacto de sumisión no debe ser la incompetencia del tribunal ante el que se acude, sino la imposición de daños y perjuicios que debe satisfacer la parte que no ha respetado el acuerdo de sumisión.

28. El caso fallado por la STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544) puede servir de ejemplo. Una empresa española firmó con una empresa norteamericana un «contrato de participación» que contenía un pacto de sumisión en favor de los tribunales de Barcelona, España. Ese pacto constituye, en sí mismo, un contrato de elección del tribunal competente y debe respetarse. Sin embargo, la empresa española acudió a los Tribunales de la Florida (Estados Unidos de América) y solicitó 455 millones de dólares más intereses y costas correspondientes, por daños y perjuicios presuntamente causados por la conducta de la otra parte en el contrato, la empresa norteamericana. La parte demandante en el procedimiento norteamericano perseguía lograr, en los Estados Unidos de

América, una sentencia favorable a sus intereses en la que se condenara a la otra parte al pago de daños punitivos. De ahí la elevada suma solicitada. Pues bien, resulta claro que la empresa española ha vulnerado de modo flagrante el pacto de sumisión. Para valorar su propia competencia internacional en relación con el litigio, el tribunal norteamericano aplicará sus propias normas de competencia judicial internacional (= normas estadounidenses), y decidirá lo que proceda. En el caso de la STS 12 enero 2009 (RJ 2009, 544), el tribunal de Florida al que se dirigió el demandante se declaró internacionalmente incompetente debido, precisamente, a la presencia, en el contrato, de una cláusula de sumisión perfectamente válida. Sin embargo, la defensa del demandado ante los tribunales de La Florida le comportó enormes gastos en forma de honorarios a abogados norteamericanos y demás perjuicios. En concreto, tuvo que afrontar gastos por un total de 139.186.072 pesetas. Tras diversas vicisitudes en primera instancia y en apelación ante la Audiencia, el TS casó la sentencia recurrida e indicó que:

«[e]n el caso, se ha concertado entre las partes un pacto específico respecto del Derecho aplicable a la relación establecida entre ellas y respecto del fuero de los Tribunales a los que hay que acudir en el supuesto de desavenencia. Este pacto (...) determina la competencia territorial (...). El pacto de sumisión expresa a determinado fuero es obligatorio entre las partes y su específica naturaleza no dispensa del deber de ajustarse a lo convenido en las actuaciones posteriores. El incumplimiento de las obligaciones válidamente establecidas (artículos 1091 y 1258 CC) por omisión de la prestación en el tiempo convenido, o por ejecución defectuosa, genera la responsabilidad del deudor; que se traduce en la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1101 CC)». Así las cosas, el TS recuerda que «[el] pacto de sumisión a fuero (...) tiene un significado propio y comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Sin embargo, incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria (...). Desde esta perspectiva, la elección (...) del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual (...). El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América, ante un tribunal de esta República, en reclamación de una importante cifra por «daños punitivos», ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual». Por ello, el TS indica que «los honorarios de abogado y otros gastos no son tratados como costas ante aquella jurisdicción [norteamericana], y, en cuanto a los gastos que soportan esta calificación, criterios de imputación obje-

tiva autorizan a considerarlos como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues la demanda presentada ante una jurisdicción territorial distinta de la pactada por conceptos cuya invocación sólo es admisible ante aquella, los cuales podían determinar una cuantía mucho más elevada que la previsible según el Derecho aplicable a tenor del contrato imponían a la hoy recurrente la carga de la defensa».

29. En consecuencia, el TS dejó claro que la sanción, esto es, que la condena a pagar daños y perjuicios impuesta a la parte que inició un proceso ante tribunales de la Florida con la intención de provocar que éstos obligasen a la otra parte al pago de daños punitivos, surge de las consecuencias de la ruptura de un pacto de sumisión válido²³. Con dicho comportamiento de «ruptura del pacto de sumisión», el actor obligó a la otra parte a tener que defenderse en un «foro extranjero imprevisto» e incompetente. Ello le puede ocasionar gastos que derivan del incumplimiento del pacto de sumisión: gastos materiales para dotarse de una mínima infraestructura en el país donde se ha visto obligada a litigar, contratación de abogados en dicho país, costas procesales, etc. Y como el pacto de sumisión es un contrato, ese incumplimiento genera responsabilidad contractual que puede ser reclamada a la parte que no respetó el pacto de sumisión. Debe tenerse presente que la cláusula de elección de tribunal es, con frecuencia, decisiva para la conclusión de un concreto contrato material, ya que las partes, al haber pactado, por ejemplo, que litigarán en España, excluyen con ello la litigación en países que permiten obtener *Punitive Damages*. Si luego ello no es así, surge una responsabilidad. Esta especie de «*antisuit injunction a posteriori* a la española» resulta muy razonable, y también otros tribunales de otros países han seguido esta vía (Sent. Cass Francia 14 octubre 2009, *Wolberg*). Ahora bien, no siempre será sencillo detectar si ha sido la parte misma la que no respetó el pacto de sumisión previamente firmado o fue su abogado el responsable. O si lo fueron ambos (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO)²⁴.

2.3. El Forum Non Conveniens y la búsqueda de los Punitive Damages en los Estados Unidos de América. El caso de hemofílicos irlandeses (1994) y el caso del accidente aéreo del lago de Constanza (2002)

30. Son numerosos los casos judiciales que prueban la atracción que la jurisdicción norteamericana ejerce sobre los demandantes gracias a la presencia de los *Punitive Damages* en la legislación de dicho país. Dos ejemplos bastarán para poner de relieve este fenómeno.

²³ JIMÉNEZ BLANCO, P.: «Acciones de resarcimiento por incumplimiento de los acuerdos de elección de foro», *AEDIP*, 2009, pp. 225-248.

²⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., «Nota a STS 12 enero 2009, *RCIDP*, 2009, pp. 756-765.

31. El primer caso es el supuesto fallado por el Tribunal Supremo de Irlanda el 9 marzo 1994, citado y muy bien explicado por E. JAYME²⁵. Se trata de un supuesto extremadamente interesante, ya que pone de relieve la sinergia dinámica en la litigación internacional contemporánea de tres instituciones jurídicas claves de origen anglosajón: el *Forum Non Conveniens*, los *Punitive Damages* y el *Forum Shopping*.

32. En este caso, varios hemofílicos irlandeses infectados por el virus del SIDA como resultado del uso de un producto médico fabricado en los Estados Unidos de América, reclamaron «daños y perjuicios» al fabricante del producto, una empresa norteamericana. Presentaron su demanda ante los tribunales de Nueva York, que eran los tribunales correspondientes al «domicilio del demandado». Los demandantes albergaban la esperanza de lograr una sentencia condenatoria que acordase, especialmente, el pago a su favor de elevadísimas sumas en concepto de *Punitive Damages*, debido a los graves daños materiales y morales sufridos por las víctimas. La empresa demandada argumentó que el foro norteamericano era un foro existente (= previsto en el *Common Law* norteamericano, recogido en su Derecho positivo) pero resultaba ser, al mismo tiempo, un foro «no conveniente» (= *Forum Non Conveniens*).

33. El *Forum Non Conveniens* es un mecanismo técnico-jurídico en cuya virtud, los tribunales de un país, pese a disponer en su legislación de un foro de competencia judicial internacional para conocer de un litigio, rechazan entrar a conocer del mismo, por estimar que existe otra «jurisdicción extranjera mejor situada» para conocer de la cuestión. Se trata de una figura jurídica nacida en Derecho escocés y propia de países anglosajones como Inglaterra, USA, Canadá, Australia, etc. (*vid.* un magnífico ejemplo en la sent. CA Paris 6 marzo 2008 [acción contra cuatro sociedades norteamericanas y decisión del tribunal norteamericano en favor de la competencia de los tribunales franceses en caso derivado de catástrofe aérea]).

34. De este modo, el demandado solicitó a los jueces neoyorkinos que rechazaran su competencia judicial internacional ya que la vinculación del litigio con Nueva York era escasa (*Forum Non Conveniens*) y los tribunales irlandeses estaban «mejor situados» para conocer del caso (*Forum Conveniens*). Pues bien, los tribunales de Nueva York acogieron las pretensiones del demandado y se declararon «foro no conveniente». No obstante, los jueces neoyorkinos indicaron que, en el caso de que la jurisdicción irlandesa no pudiera entrar en el conocimiento del asunto, ellos podrían «retomar el caso» y entrarían a fallar sobre el fondo del asunto.

²⁵ JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *RCADI*, 1995, vol. 251, pp. 9-267, esp. p. 48, caso *Doe vs Armour Pharmaceutical Co. Inc.* [1994] 1 ILRM 416, Blaney J. (Supreme Court Ireland 9 mars 1994).

35. La existencia de esta «batalla transoceánica de competencia judicial internacional» se explica de modo muy sencillo por dos factores: 1º) En materia de daños, por diversas razones, los tribunales irlandeses aplican su propia Ley material (= Ley sustantiva irlandesa) y los tribunales neoyorkinos, a su vez, aplican también su propia Ley material (= Ley sustantiva del *State* de Nueva York). No existe una norma de conflicto de leyes uniforme en esta materia en vigor entre Irlanda y los Estados Unidos de América que pudiera conducir a la aplicación de la misma Ley material al fondo del asunto. Cada tribunal aplica su propia Ley material, de modo la Ley aplicable al supuesto cambia según se litigue en Irlanda (= se aplica la Ley irlandesa), o en Nueva York (= se aplica la Ley de Nueva York); 2º) Las diferencias entre la legislación material irlandesa y la legislación material de Nueva York en lo relativo a la responsabilidad del fabricante son muy marcadas. En efecto, en ese caso, los demandantes-víctimas sólo podían obtener una cantidad en concepto de daños y perjuicios en Derecho irlandés. Sin embargo, tales víctimas hubieran podido conseguir tras un proceso judicial en Nueva York regido por el Derecho de dicho *State*, no sólo tal cantidad en concepto de «reparación del perjuicio», sino otra cantidad mucho más elevada en concepto de *Punitive Damages*, previstos en las leyes neoyorkinas. Finalmente, el Tribunal Supremo irlandés falló a favor de la competencia de los tribunales de su país y los demandantes-víctimas no pudieron litigar en los Estados Unidos de América y no pudieron conseguir *Punitive Damages*. En definitiva, al declararse internacionalmente incompetentes, los tribunales de Nueva York evitaron que la empresa norteamericana fuera condenada a pagar elevadísimas cantidades a las víctimas en concepto de *Punitive Damages*.

36. El segundo caso es el triste accidente aéreo del Lago de Constanza. En este caso, la combinación entre *Forum Non Conveniens* y *Punitive Damages* resulta muy llamativa. Este «caso del Lago de Constanza» o «caso *Honeywell*» ha sido magníficamente analizado por A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuyas consideraciones se siguen a continuación²⁶.

37. El 1 julio 2002 se produjo un accidente aéreo en el espacio aéreo alemán, sobre la localidad germana de Überlingen, al norte del lago Constanza. Un aparato Tupolev de la Bashkirian Airlines y el Boeing 611 de DHL, colisionaron en pleno vuelo a las 23,35 hrs. Todos los pasajeros y toda la tripulación fallecieron en el accidente. En total, 71 personas perdieron la vida.

Las 69 personas (12 tripulantes y 57 pasajeros) que viajaban en el vuelo 2937 de la Bashkirian Airlines realizaban un trayecto desde Moscú a Barcelona. La mayor parte de los pasajeros eran niños y adolescentes que se trasla-

²⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a., «Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España», *CDT*, octubre 2012, vol. 4, n. 2, pp. 307-321.

daban a España en un viaje promovido por la UNESCO con la República de Bashkortostán, integrada actualmente en Rusia. Por otro lado, el Boeing operado por DHL había despegado de Bergamo (Italia) y se dirigía al aeropuerto de Bruselas (Bélgica), y no transportaba pasajeros.

38. Hubo diversas causas que provocaron este desgraciado accidente. Es claro que se produjo una «sobrecarga de trabajo del controlador aéreo de *Skyguide*», en Suiza, completamente saturado de tareas. *Skyguide* era la empresa encargada del control aéreo en Suiza. Dicha sobrecarga hizo que el controlador aéreo que operaba en Suiza, al advertir la posibilidad real de colisión en vuelo de ambos aparatos, enviara la instrucción de «descender» a la tripulación del Tupolev. Pues bien, todos los aviones comerciales deben estar equipados con un mecanismo llamado TACS (*Traffic Alert and Collision Avoidance System*/«sistema de alerta de tráfico y aviso de colisión»). Este mecanismo advierte a los pilotos de posibles colisiones en el aire y, en caso de probable colisión, dicho sistema TCAS emite unas llamadas «órdenes de evasión» (RA o *Resolution Advisory*). Así las cosas, mientras el controlador suizo ordenaba a los pilotos del Tupolev que debían «descender», resulta que el mecanismo TCAS del Tupolev les ordenaba «ascender». Estas órdenes contradictorias produjeron una total confusión en la tripulación del vuelo de Bashkirian Airlines. Los pilotos del Tupolev decidieron «ascender», como les había indicado el controlador desde Suiza y no «descender» como les indicaba el TCAS. Las aeronaves colisionaron en vuelo y se precipitaron a tierra.

En el manual de uso del sistema TCAS existe una contradicción fatal. Dicho manual indica que, ante el peligro de una colisión, deben prevalecer, ante todo, las instrucciones dadas por el controlador aéreo desde tierra por encima de lo que señale o indique el sistema TCAS. Sin embargo, en las páginas siguientes de ese mismo manual aparece la «recomendación» dirigida a los pilotos de no ignorar nunca el TCAS. Esta contradicción entre lo que indicaba el TCAS y lo que ordenó hacer el controlador aéreo desde Suiza, para evitar la colisión fue la clave que explica por qué pilotos del Tupolev 154 decidieron no ascender a pesar de que el TCAS les indicaba que debían «ascender». Obedecieron al controlador y no al sistema TCAS.

Sin excluir otras causas concomitantes, los errores del software del sistema TACS y los defectos de su manual operativo constituyeron la causa principal de la colisión aérea y del accidente.

39. Como se aprecia, este caso presenta vínculos objetivos con múltiples países: Rusia (= país de origen de la mayor parte de los fallecidos y de uno de los aviones), Alemania (= país en cuyo territorio ocurrió el accidente y donde se encuentran los restos de la tragedia), Suiza (= país desde donde intervino el controlador aéreo que emitía órdenes a ambos aparatos), Estados Unidos de América

(= país donde tenían sus sedes y domicilios las empresas que habían fabricado y diseñado el «sistema anticollisiones aéreas TCAS» y su manual operativo, centro de la polémica judicial y, al parecer, causante fundamental del desastre), España (= país de destino del Tupolev ruso), Italia, país de origen del Boeing operado por DHL y Bélgica (= país de destino de este último aparato).

40. Con posterioridad a diversos avatares judiciales, los familiares de los fallecidos demandaron ante los tribunales norteamericanos a las empresas *Honeywell Internacional Inc*, y *Aviation Communicartion & Surveillance Systems* (ACSS). Estas empresas habían diseñado y fabricado el sistema TCAS y sus manuales operativos. Ambas empresas tenían su domicilio en los Estados Unidos de América. ACSS tenía su sede Arizona y Honeywell la tenía en New Jersey. Los demandantes accionaron con arreglo al Derecho norteamericano y ejercitaron ante los tribunales norteamericanos, entre otras, una acción de «muerte injusta» en la que solicitaban unas fuertes indemnizaciones en concepto de daños pecuniarios (*economic damages*) y en concepto de daños no pecuniarios (*non-economic damages*). Ejercitaron también una acción por daños punitivos (*punitive damages*). Los demandantes, la mayor parte familiares de los pasajeros rusos fallecidos en el accidente ocurrido en Alemania, unidos todos como una única parte demandante en una *Class Action*, acudieron ante el *U.S. District Court of New Jersey*.

41. Las empresas norteamericanas, parte demandada, solicitaron al juez de New Jersey que se declarase internacionalmente incompetente mediante el mecanismo del *Forum Non Conveniens*. Indicaron los demandados que había tribunales situados en otros países, y en concreto en España, mejor situados para conocer del asunto que el tribunal norteamericano. Barcelona era el destino del Tupolev ruso.

42. El tribunal de New Jersey dictó sentencia el 5 julio 2005, y rechazó su competencia en relación con el caso en virtud del *Forum Non Conveniens*, siempre que los litigantes se comprometieran a litigar ante los tribunales españoles para resolver sus diferencias (*Faat v. Honeywell Int'l Inc*, No. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005).

43. Tras esta sentencia, los demandados suspiraron aliviados al comprobar que el tribunal de New Jersey había aceptado su falta de competencia internacional para juzgar el caso. En efecto, en el sector del Derecho internacional privado de daños, la mayor parte de los tribunales norteamericanos de la mayor parte de States de la Unión acaban, en virtud de diversos mecanismos, por aplicar su propia Ley material. Y visto que en el Derecho de New Jersey las indemnizaciones compensatorias derivadas de daños a terceros son elevadas y que, sobre todo, es posible que el responsable del perjuicio sea condenado al pago de muy sustanciosos daños punitivos, las sociedades demandadas parecían haber ganado la primera batalla legal.

De ese modo, las sociedades demandadas lograron que la litigación se «re-localizara» ahora ante tribunales extranjeros. Estos tribunales, muy probablemente, no iban a aplicar al fondo del asunto el muy riguroso Derecho norteamericano de daños. De ese modo, los demandados se liberaban de dicho ordenamiento jurídico, con arreglo al cual deberían haber pagado fortísimas indemnizaciones a los familiares de los fallecidos. Las empresas estadounidenses pensaron que, al litigar en otro país, en un país europeo, la Ley reguladora del fondo del litigio sería otra Ley estatal, sin duda menos estricta con ellos que la legislación estadounidense. Las sociedades norteamericanas pensaron que los tribunales españoles aplicarían al caso el art. 10.9.I CC, precepto que conduce a la aplicación de la Ley del país donde se ha producido el daño, esto es, la Ley alemana. El Derecho alemán de daños está construido, de manera muy estricta, sobre el clásico principio europeo-continental de la «reparación integral del daño». Por ello, en dicha Ley no se contempla la posibilidad de condenar al pago de daños punitivos y además, el nivel de sus indemnizaciones compensatorias es inferior al nivel estadounidense.

44. El Tribunal de Distrito de New Jersey indicó a las partes que litigaran en España debido a varios «factores de contacto» del caso con España. En efecto, como indica A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el tribunal de New Jersey tuvo presentes «intereses privados» (= intereses de las partes en el litigio) e «intereses públicos» (= de los Estados implicados).

En lo que se refiere a los «intereses privados», el tribunal señaló que para las partes era más conveniente litigar en España por diversos motivos: 1º) Ya se había abierto ante jueces españoles un proceso judicial contra la compañía aérea rusa, empresa transportista que fletó el Tupolev. En efecto, los familiares de los fallecidos habían ejercitado acciones judiciales en España por responsabilidad civil contra la compañía aérea rusa *Bashkirian Airlines* y también contra la empresa privada que estaba encargada de la gestión del control aéreo en Suiza (= la empresa *Skyguide*). En virtud del AAP Barcelona 3 marzo 2009, los tribunales españoles declararon su competencia internacional en relación con la demanda dirigida contra la empresa transportista al mismo tiempo que se declararon internacionalmente incompetentes para conocer de la demanda dirigida contra la empresa suiza *Skyguide*. Esta circunstancia inclinó al tribunal de New Jersey a afirmar que si conocían los tribunales españoles iba a resultar más sencillo y veloz el acceso a los medios de prueba en España que en ningún otro país, ya que toda la documentación relativa al accidente aéreo obraba ya en manos de los tribunales españoles; 2º) Según el tribunal de New Jersey, la obtención de pruebas en el extranjero es más sencilla para un tribunal español que para un tribunal de los Estados Unidos de América, lo que resultaba conveniente para los litigantes, al procurar pruebas más veloces y económicas;

3º) La inmensa mayoría de los testigos propuestos por la parte ahora demandante, los familiares de los fallecidos, se encontraban en Europa y no en los Estados Unidos de América. Ello agilizaría notablemente el proceso; 4º) Las empresas norteamericanas ahora demandadas se habían comprometido a comparecer y a prestar testimonio ante tribunales europeos, por lo que, tanto para demandante como para demandado, pleitear en España parecía una opción que comportaba unos costes de litigación internacional reducidos.

En cuanto a los intereses públicos, el tribunal de New Jersey afirmó que Estados Unidos no tenía un interés directo en que sus tribunales conocieran de un supuesto que derivaba de un accidente que no había ocurrido en territorio norteamericano y que no afectaba al tráfico aéreo de dicho país. En efecto, el vuelo siniestrado cubría una ruta «íntegramente europea». Señaló, al contrario, que España tendría un mayor interés en que sus tribunales fueran internacionalmente competentes para fallar el caso debido a dos factores: 1º) El accidente afectó a un aparato que se dirigía a España, de modo que se produjo en una ruta aérea con destino a España; 2º) Al haberse abierto en España un previo proceso judicial contra la empresa transportista rusa, los tribunales españoles ya disponían de la documentación necesaria para la llevanza del litigio. Ello reducía los costes intrínsecos del proceso, de modo que se veía reforzada la «buena administración de la Justicia».

45. Sin embargo, las ironías legales hicieron que, contra todo pronóstico, los tribunales españoles acabaran por aplicar el Derecho sustantivo de New Jersey y de Arizona. Las empresas demandadas fueron condenadas al pago de unas fuertes indemnizaciones compensatorias. El tribunal español también evaluó la posibilidad de condenar a los responsables al pago de daños punitivos. Sin embargo, analizadas las circunstancias, el tribunal comprobó que no concurrían los requisitos necesarios exigidos por el Derecho norteamericano para la imposición de los daños punitivos, como se analizará más adelante.

3. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES Y DAÑOS PUNITIVOS. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

3.1. Mapa normativo de las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado

46. En la actualidad, las normas de DIPr. más relevantes vigentes en España para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en los casos internacionales, son las que siguen.

47. a) *Reglamento (CE) 864/2007 de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II»)*. El texto legal más significativo para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II»). El Reglamento Roma II señala la Ley aplicable a la mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales. Sin embargo, debe subrayarse que el Reglamento Roma II no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros.

48. b) *Otros textos de Derecho internacional privado*. Existen también otras normativas contenidas en convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales: daños nucleares, contaminación del mar por hidrocarburos, etc.

49. c) *El art. 10.9 del Código Civil*. El art. 10.9 CC no ha sido derogado por el Reglamento Roma II. Por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. El art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento Roma II ni por otros convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Por otro lado, visto que ciertas CCAAs españolas disponen de normas sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales (art. 16 CC).

3.2. Reglamento Roma II y daños punitivos. Aspectos básicos

50. La pieza central del DIPr. europeo en el sector de la responsabilidad civil no contractual es, por tanto, el *Reglamento Roma II*²⁷. El Reglamento Roma II contiene normas de conflicto cuya misión radica en señalar la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Los Estados miembros, naturalmente, mantienen intactas sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales. Cada Estado miembro conserva su «Derecho de daños». El Reglamento Roma II unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales. Con ello, dicho Reglamento persigue diversos objetivos.

²⁷ Reglamento (CE) No 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») (DOUE L 199/40 de 31 julio 2007).

1º) *Acabar con el «Forum Shopping»*. Gracias al Reglamento Roma II, la Ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma, con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro.

2º) *Potenciar la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal*. Los sujetos que operan y habitan en la UE pueden saber, *ex ante*, con total certeza, cuál es la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y con absoluta independencia del Estado miembro cuyos tribunales conozcan. Ahora bien, aunque el Reglamento Roma II persigue potenciar la «previsibilidad» en el sector de las obligaciones extracontractuales, ésta puede ser entendida de dos maneras: (a) Como la aplicación de la Ley que las partes esperan ver aplicada a la situación privada internacional que les afecta, esto es, como una directriz que conduce a aplicar la Ley más estrechamente conectada con el litigio, la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos; (b) Como la determinación segura, cierta, estable y clara de la Ley aplicable a la situación privada internacional. El legislador de la UE, sin excluir la primera noción, parece primar la segunda. El legislador de la UE está obsesionado con la elaboración de normas de conflicto rígidas porque piensa que eso aumenta la «seguridad jurídica» y la «previsibilidad».

3º) *Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la UE*. El traslado de empresas y personas de uno a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que potencia la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.

51. El Reglamento Roma II no se aplica, en particular, a las siguientes materias (art. 1.2 RR-II): 1º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho Público*. El Reglamento Roma II no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*) (Cons. 9 RR-II). Son «actos *iure imperii*» todos aquellos que los Estados o sus órganos llevan a cabo cuando operan y actúan en cuanto Estados u órganos del mismo, es decir, «actos de autoridad»; 2º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos de Derecho de Familia*; 3º) *Responsabilidad civil derivada en casos de Derecho sucesorio y matrimonial*; 4º) *Obligaciones cartáceas*; 5º) *Obligaciones propias del Derecho societario*; 6º) *Trust*; 7º) *Obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear*; 8º) *Obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad*; 9º) *Cuestiones relativas de la prueba y el proceso*. El Reglamento Roma II no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de los arts. 21 y 22 RR-II.

52. La Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II es, en todo caso, la Ley material de dicho país, es decir, las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado (art. 24 RR-II). El reenvío es imposible. Debe tenerse presente que sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley estatal designada por el Reglamento Roma II si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 RR-II).

53. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 RR-II).

1º) *Ley elegida por las partes*. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del art. 14 RR-II.

2º) *Ley de la residencia habitual común de las partes*. En defecto de Ley elegida en las condiciones del art. 14 RR-II, las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 RR-II).

3º) *Lex Loci Delicti Commissi*. En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 RR-II).

4º) *Cláusula de excepción*. No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable con arreglo al art. 14 RR-II, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 ó 4.2 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 RR-II).

3.3. Reglamento Roma II, daños punitivos y orden público internacional. Análisis del Considerando (32)

3.3.1. Reglas generales de aplicación del art. 26 y Cons. 32 del Reglamento Roma II

54. Se plantea, pues, la cuestión de determinar si un juez español puede aplicar el Derecho de un Estado que contemple la imposición de indemnizaciones específicas en concepto de «daños punitivos» al demandado responsable de un daño extracontractual si la norma de conflicto aplicable contenida en el Reglamento Roma II remite la regulación de la cuestión a dicha Ley esta-

tal o si, por el contrario, debe intervenir la cláusula de «orden público internacional» y evitar la aplicación de dicha Ley extranjera en un Estado miembro (art. 26 RR-II)²⁸.

55. La función del orden público internacional consiste en descartar la aplicación de la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto (= daños a los «intereses generales», y a la «sociedad» del país cuyos tribunales conocen del asunto). El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional. Así, por ejemplo, la Ley extranjera que no permita reparar daños morales puede considerarse contraria al orden público internacional español, pues la reparación de tales daños es un eje fundamental del Derecho español de la responsabilidad civil extracontractual (en Francia: sent. CA Paris 2 octubre 1963).

56. En el supuesto de una Ley que produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el mismo Reglamento Roma II y no por la *Lex Fori*. Esta solución respeta el principio de proximidad que inspira las soluciones contenidas en el Reglamento Roma II y evita las inadecuadas tentaciones de legerismo de los tribunales.

57. Pues bien, el orden público internacional (art. 26 RR-II) suele esgrimirse, en materia extracontractual, como motivo de rechazo de la aplicación en España de una legislación estatal que admite los «daños punitivos». Se suscita la cuestión, por tanto, de decidir si una Ley extranjera que, con arreglo al Reglamento Roma II, regule las obligaciones extracontractuales y que conceda «daños punitivos» o «daños e intereses ejemplares» puede aplicarse en España o, por el contrario, debe ser rechazada por generar efectos contrarios al orden público internacional español. Así las cosas, debe subrayarse que el Reglamento Roma II no contiene una disposición específica sobre este concreto tema en su articulado. Ahora bien, esta cuestión sí que es abordada, de forma expresa, en el Considerando (32) de dicho Reglamento. El texto señalado indica lo siguiente:

²⁸ Art. 26 RR-II: «Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro».

«(32) Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro».

58. Resulta interesante recordar que en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (COM/2003/0427 final – COD 2003/0168), el art. 24 de dicho texto indicaba que:

«[l]a aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario». Dicha Propuesta explicaba esta solución del siguiente modo: «[e]l artículo 24 concretiza en forma de norma especial la excepción orden público comunitario prevista en el tercer guión del apartado 1 del artículo 23. | En efecto, en el marco de la consulta escrita, numerosas contribuciones expresaron la inquietud en cuanto a la aplicación de la ley de un tercer Estado que prevea daños e intereses cuya función no sea compensar a la persona perjudicada. Por eso se emitió la idea de que sería preferible adoptar una norma específica más que de remitirse simplemente a la excepción de orden público del foro, tal como ocurre con la precisión contenida en el artículo 40-III del EGBGB alemán. | El artículo 24 del Reglamento propuesto precisa en consecuencia que es contraria, en particular, al orden público comunitario la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que conduzca a la asignación de daños e intereses no compensatorios, como los daños e intereses ejemplares o punitivos. | Los términos elegidos son descriptivos y no términos jurídicos precisos, que estarían demasiado vinculados a un sistema jurídico particular. Los daños e intereses compensatorios tienen por objeto reparar las pérdidas sufridas por la víctima o las pérdidas que esta última pueda sufrir en el futuro. Los daños e intereses no compensatorios tienen al contrario una función punitiva o disuasiva».

Ahora bien, este precepto desapareció en la «Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE el 21 junio 2006 (COM(2006) 83 final 2003/0168 (COD)). Ello se debió a que, aunque es cierto que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y sus respectivos «órdenes públicos internacionales contienen *«por supuesto, elementos comunes»*, no puede decirse que exista un orden público internacional de la Unión

Europea que haya hecho desaparecer el orden público internacional de cada Estado miembro. Efectivamente, aunque tales elementos comunes están presentes, existen «*variaciones de un Estado miembro a otro*». Por tanto resultaba improcedente obligar a todos los Estados miembros a aceptar los daños punitivos como contrarios a «su» particular y nacional orden público internacional. En otras palabras, puede decirse que para ciertos Estados miembros, la aplicación de una Ley extranjera podía vulnerar su orden público internacional, pero para otros Estados miembros, ello no tenía por qué ser así.

En definitiva, en la redacción final del art. 26 RR-II no se recogió ninguna referencia a los daños punitivos ni al orden público internacional «de la Unión Europea». La cuestión debe enmarcarse, en la actualidad, en el texto positivo vigente del art. 26 RR-II (cláusula de orden público internacional) y en el citado Considerando (32) del Reglamento Roma II.

59. Ciertos autores han subrayado que la aplicación, en España, de Leyes extranjeras que contemplan el pago de daños punitivos vulnera el orden público internacional español protegido por el art. 26 RR-II. Esta posición se ha construido sobre diferentes argumentos.

60. *Primer argumento anti-Punitive Damages.* Estos *Punitive Damages*, se dice, presentan una «naturaleza penal». Constituyen «penas privadas» impuestas por los tribunales a ciertos particulares para beneficio de otros particulares. Si ello es así, resultaría que las Leyes que permiten ordenar el pago de *Punitive Damages* dañan la función represora de ciertas conductas particularmente lesivas para la sociedad, función que corresponde desarrollar, en España, y en exclusiva, al Estado. El Estado y sólo el Estado puede castigar los comportamientos más graves y lo hace mediante el Derecho Penal y mediante las acciones penales. En consecuencia, se dice, también, que no puede permitirse la aplicación en España de Leyes extranjeras que obligan al pago de *Punitive Damages*, porque ello vulneraría el monopolio del que disfruta el Estado para la imposición, en España, de «penas» o «castigos pecuniarios» de naturaleza pública.

61. *Segundo argumento anti-Punitive Damages.* Las Leyes que ordenan el pago de *Punitive Damages* infringen, se dice, el principio de «reparación integral del daño». Dicho principio, se dice, constituye un eje férreo y fundamental del Derecho Privado español en el sector de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (art. 1902 CC). En efecto, los *Punitive Damages* van más allá de la mera reparación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Constituyen una reparación «más que integral» de los daños y perjuicios realmente causados a la víctima. Este argumento anti-daños punitivos fue acogido, aunque referido al reconocimiento en Europa de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos, tanto por la jurisprudencia alema-

na (sentencia del OLG Munich 15 julio 1992²⁹, sentencia BGH 4 junio 1992³⁰), como por la jurisprudencia francesa (Sent. Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009). Por tanto, la mera existencia de estos daños punitivos en la legislación extranjera comportaría su contrariedad radical con el orden público internacional español e impediría la aplicación de dicha Ley extranjera³¹. Los daños punitivos quedan sistemáticamente estigmatizados como contrarios al orden público internacional del foro.

62. *Tercer argumento anti-Punitive Damages*. Las Leyes extranjeras que conceden daños punitivos en favor de las víctimas vulneran igualmente, según ciertos expertos, el principio de prohibición del «enriquecimiento injusto». En efecto, se ha indicado que estos daños punitivos comportan un «desplazamiento patrimonial sin causa» que quiebra el principio de proporcionalidad. Las cantidades a pagar por este concepto resultan excesivas en relación con el daño realmente causado y sufrido por las víctimas. Éstas se enriquecen más allá de los perjuicios verdaderamente sufridos, por lo que aumentan, sin causa jurídica alguna, su patrimonio.

63. Sin embargo, la postura anterior *anti-Punitive Damages* no parece exacta. Afirmar, de modo categórico, que toda Ley extranjera que condena al pago de indemnizaciones pecuniarias en concepto de daños punitivos comporta una vulneración del orden público internacional español, constituye un error de envergadura. Existe un poderoso arsenal de argumentos jurídicos que permite demostrar la tesis contraria³².

64. *Primer argumento pro Punitive Damages*. Debe tenerse presente que, en Derecho español, también existen actos *contra legem* que no son suficientemente graves para activar la aplicación del Derecho Penal español. En efecto, el Derecho Penal, cuya aplicación puede comportar penas privativas de libertad, está guiado por el principio de «intervención mínima». Esto es, las normas penales sólo deben ser aplicadas a ciertos actos especialmente graves que dañan la estructura jurídica social. Existe, naturalmente, toda una zona gris de actos *contra legem* que, aunque revisten una gravedad indiscutible, no alcanzan un grado de importancia negativa suficiente para justificar la aplicación de las normas penales. Pues bien, estos actos particularmente lesivos y graves, pero no lo bastante para desencadenar la aplicación del Derecho Penal, situados en la «zona gris», pueden y deben ser castigados mediante «penas privadas»

²⁹ Sentencia del OLG Munich de 15 julio 1992, *RIW*, 1993, pp. 70-71 [sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992].

³⁰ Citado por BOSKOVIC, O, «Nota a Sent. Cour Cassation (Francia) 1 diciembre 2010, *JDI Clunet*, 2011, pp. 614-622.

³¹ BOSKOVIC, *JDI Clunet*, 2011, pp. 614-622; LICARI, *JDI Clunet*, 2010, pp. 1221-1263.

³² LICARI, «Nota a Sent Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009 (*punitive damages*)», *JDI Clunet*, 2010, pp. 1221-1263.

y no mediante penas criminales impuestas por el aparato represor del Estado. En consecuencia, la condena al pago de daños punitivos recogida en ciertas Leyes extranjeras no es una condena de carácter «penal», sino una condena de carácter civil que agrava la «responsabilidad civil». Ello sintoniza perfectamente con el «principio de intervención mínima» del Derecho Penal español (ATS 13 noviembre 2001 (RJ 2002, 1513))³³.

65. *Segundo argumento pro Punitive Damages*. Es cierto que, en Derecho español, la regla básica y general consiste en que el sujeto responsable de un daño está obligado reparar el daño causado y nada más (art. 1902 CC: «[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»). Ahora bien, admitido lo anterior, cabe introducir diversas precisiones.

66. Primera precisión. Las normas jurídicas españolas que imponen indemnizaciones para reparar el daño causado cumplen no sólo una función reparadora del perjuicio causado, sino también una función punitiva (= de castigo al concreto infractor), y una función previsor-admonitoria (= de advertencia y disuasión a terceros indeterminados y al mismo infractor específico para desincentivar la comisión de ciertos actos lesivos de derechos ajenos), como ha indicado el TS (ATS 13 noviembre 2001, RJ 2002, 1513)³⁴ y como subraya la mejor doctrina³⁵. Por ello, no puede afirmarse que una Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos resulte contraria al orden público internacional español por la razón de que tales daños punitivos presentan una finalidad sancionadora y admonitoria. En efecto, ello constituiría un error, porque también la Ley española persigue tales finalidades. La más reciente jurisprudencia francesa, si bien referida a supuestos de reconocimiento de sentencias extranjeras, ha aceptado que la mera existencia de daños punitivos en un Derecho extranjero no implica la contrariedad de la aplicación del mismo con el orden público internacional del foro (Sent. Cour Cassation Francia 1 diciembre 2010). La función punitiva de los daños punitivos es, por tanto, compatible con el orden público internacional del foro.

³³ ATS 13 noviembre 2001: «Por otra parte, y además, hay que tener en cuenta que los referidos «punitive damages» han utilizado la responsabilidad civil como ente del derecho privado, como un menoscabo del derecho punitivo, lo que está totalmente de acuerdo con la doctrina de la intervención mínima en el indicado ámbito penal, y por ello, en base a dicha doctrina absolutamente generalizada, no puede hablarse de los daños punitivos como una entidad atentatoria para el orden público».

³⁴ ATS 13 noviembre 2001: «A la hora de concretar los principios y valores jurídicos esenciales con los que cabe identificar el concepto de orden público internacional, no se puede desconocer que aquellos bajo los que se desenvuelve el mecanismo de la indemnización de los daños y perjuicios no son ajenos enteramente a la idea de prevención (...). No siempre es fácil, además, diferenciar los conceptos indemnizatorios y delimitar el quantum correspondiente a esa sanción coercitiva y el que responde a la reparación de daños morales».

³⁵ SALVADOR CORDECH, «Punitive Damages», *Indret*, septiembre 2001.

67. Segunda precisión. Es también cierto que el mismo Derecho español conoce mecanismos jurídicos de Derecho Privado a través de los cuales se «penalizan» ciertos comportamientos de los particulares más allá de la mera reparación puramente compensatoria de los perjuicios irrogados. En efecto, como muy bien ha explicado P. DEL OLMO, ciertas disposiciones del Derecho Civil español establecen como consecuencia de determinadas infracciones jurídicas, que el responsable o causante debe no sólo reparar el daño causado, sino proceder al pago de una cierta cantidad adicional en favor de la víctima³⁶. Dicha cantidad debe pagarse por la especial gravedad de ciertas conductas y con el objetivo de castigar, precisamente, tales comportamientos. Entre tales supuestos legalmente previstos cabe citar los que siguen.

(a) El art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, indica que *«[l]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido»*. Aunque la interpretación de esta disposición es extraordinariamente controvertida. Algunos expertos han visto en la misma un modo de penalizar comportamientos antijurídicos que tiene en cuenta el beneficio del infractor y la gravedad de su conducta. Otros han entendido que el legislador trata de evitar un enriquecimiento injusto por parte del infractor y que no se aprecian elementos propios de los daños punitivos en la disposición legal transcrita.

(b) Ciertas disposiciones legales relativas a la propiedad industrial e intelectual han sido, igualmente, contempladas como reglas que permiten imponer daños punitivos al infractor de estos derechos. Así el art. 44 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, dispone:

«Indemnizaciones coercitivas. Cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia». El art. 43.5 de la misma Ley dispone: *«El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 % de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su mar-*

³⁶ DEL OLMO, «Punitive Damages...», 2009, pp. 137-154.

ca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores».

La doctrina ha indicado que se observa un cierto componente punitivo en este precepto, ya que es perfectamente posible que el titular de la marca no haya experimentado daño alguno, caso, por ejemplo, de una marca que no es explotada en el mercado. Otras disposiciones legales se expresan en términos similares. Así puede observarse en el art. 66.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad, el art. 55.2 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, art. 140 de la Ley de propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia).

(c) El art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto permite aumentar las indemnizaciones en caso de accidente si el empresario ha incumplido ciertas medidas de seguridad e higiene en el trabajo³⁷. Estas indemnizaciones complementarias no revisten carácter penal y su objetivo, es claro, reside en disuadir estos comportamientos particularmente malintencionados en el futuro.

(d) Ciertos preceptos del Código Civil español relativos al régimen de las obligaciones también admiten la imposición de indemnizaciones más elevadas en el caso de comportamientos particularmente torticeros o con mala fe. Se castiga con mayor intensidad al que produjo un daño de manera dolosa que al que lo produjo por simple culpa o negligencia, aunque el daño sea el mismo (*vid.* arts. 1107.2, 14976 y 1487 CC)³⁸.

³⁷ Art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: «*Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional. 1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. | 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. | 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».*

³⁸ Art. 1107 CC: «*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. | En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».* Art. 1486 CC: «*En los casos de los dos artículos*

(e) Por otra parte, el Derecho Civil español admite remedios contractuales frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas de contrato, que persiguen una transparente finalidad punitiva, como es el caso de la «cláusula penal» (art. 1154 CC).

68. Tercera precisión. El mismo TS español ha subrayado que el Derecho contractual español admite «remedios punitivos» frente a un incumplimiento total de las obligaciones (ATS 13 noviembre 2001)³⁹. En estos supuestos, los remedios punitivos recogidos en el Derecho español, tanto en la esfera contractual como en la esfera extracontractual, persiguen cumplir dos funciones: (a) *Función punitiva concreta ad intra*. Con ello se trata de castigar al sujeto que, en el caso concreto, ha realizado actos particularmente graves bien por la entidad o carácter en sí mismo del acto en cuestión, particularmente reprochable, o porque el responsable se ha aprovechado del sistema legal en su exclusivo beneficio con un manifiesto desprecio por la víctima y por su situación. Así, el causante del daño no debe poder extraer beneficios económicos de sus actos antijurídicos; (b) *Función disuasoria concreta*. Se trata de advertir al infractor de la gravedad de su conducta, de modo que resulte desincentivado para no volver a cometerla; (c) *Función disuasoria general ad extra*. Se trata de advertir a terceros de la gravedad de tales conductas y de lo severo de la respuesta jurídica, de modo que los terceros se vean desincentivados y no lleven a cabo tales actos en el futuro. El coste de la prevención es siempre menor que el coste del daño evitado si éste es muy elevado (*a stitch in time saves nine/Praestat cautela quam medela*).

69. *Tercer argumento pro Punitive Damages*. Estas Leyes extranjeras que conceden daños punitivos en favor de las víctimas no comportan un «enriquecimiento injusto» de la víctima. La causa del desplazamiento patrimonial desde el patrimonio del responsable–demandado al patrimonio de la víctima–demandante existe, y radica, precisamente, en la existencia acreditada de una ofensa o comportamiento de especial gravedad personal y social, que ha recaído sobre el perjudicado. Las víctimas no se enriquecen sin causa, ya que, con frecuencia,

anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándose le los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. | Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión». Art. 1487 CC: «Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador». Vid. REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», 2009, p. 80.

³⁹ ATS 13 noviembre 2001: «... no se puede desconocer que aquellos bajo los que se desenvuelve el mecanismo de la indemnización de los daños y perjuicios (...) tampoco les son extraños los instrumentos sancionatorios coercitivos, tanto en el ámbito material –contractual, específicamente–, como en la esfera procesal».

el pago del mero perjuicio económico realmente causado es inferior al daño real sufrido por la víctima, daño que resulta por otro lado y con frecuencia, «no valorable mediante parámetros objetivos» (L.F. REGLERO CAMPOS)⁴⁰.

70. En consecuencia, puede afirmarse que la solución del debate relativo a la posible contrariedad de la aplicación en España de estas Leyes extranjeras que otorgan daños punitivos debe estar guiada por los siguientes parámetros.

1º) Los daños punitivos impuestos por una Ley extranjera aplicable en España según las normas de conflicto europeas o españolas, no constituyen «sanciones de naturaleza penal» en favor de ciertos sujetos privados. Los daños punitivos constituyen sanciones económicas de carácter civil.

2º) El Derecho español regulador de la responsabilidad civil por daños no desconoce, en absoluto, la finalidad ejemplarizante y disuasoria de las indemnizaciones que se imponen como consecuencia de un daño extracontractual o contractual.

3º) El sistema legal español no es radicalmente contrario a la imposición, en determinados casos, de ciertos «castigos económicos punitivos». Tales sanciones de carácter punitivo existen, para casos muy específicos y explícitamente contemplados por la Ley, también en Derecho español.

4º) Visto que el principio general de «reparación integral del daño» conoce excepciones en el mismo Derecho español, no puede afirmarse que dicho principio constituya un principio férreo e inflexible del Derecho español que pudiera considerarse como parte integrante del orden público internacional español

5º) Por todo ello, no puede denegarse, de manera sistemática, la aplicación en España de una Ley extranjera que condena al pago de *Punitive Damages* con el falso y débil argumento de que el principio de reparación integral del daño forma parte del orden público internacional español.

71. Así pues, el mero hecho de que una Ley extranjera conceda daños punitivos no supone, necesariamente, una vulneración del orden público internacional español. Esta perspectiva de principio es asumida por el Reglamento Roma II. Un análisis detallado y prudente del régimen jurídico de los daños punitivos contenido en el art. 26 RR-II y en el citado Considerando (32) RR-II exige arrancar de varios datos previos.

1º) El Reglamento Roma II asume que el mero hecho de que una Ley extranjera, aplicable al fondo del asunto, admita la imposición de indemnizaciones específicas en concepto de «daños punitivos» o «ejemplares» no debe

⁴⁰ REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», 2009, p. 88.

llevar, de modo automático, a la intervención del orden público internacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Esto es, el «simple contenido» del Derecho extranjero, el hecho aislado de comprobar que la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales admite, en abstracto, la imposición de daños punitivos al responsable del perjuicio, no activa la excepción de orden público internacional.

2º) Es preciso valorar el impacto real que la aplicación de dicha legislación extranjera produce sobre los intereses públicos esenciales propios del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. En efecto, para que pueda intervenir el orden público internacional español y evitarse, así, la aplicación de una Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos, es necesario que la aplicación en España de dicha Ley extranjera dañe los «intereses públicos» protegidos por el Derecho español. Es la «aplicación» del Derecho extranjero lo que puede dañar tales intereses generales. En efecto, el mismo art. 26 RR-II indica que *«[s]ólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro»*. En realidad, el orden público internacional opera contra la «aplicación» de un Derecho extranjero, no contra su «contenido»⁴¹.

3º) El impacto real de la aplicación del Derecho extranjero en un Estado miembro sólo pueden valorarse, lógicamente, en el caso particular suscitado ante tribunales de dicho Estado miembro. Por ello, es necesario analizar las circunstancias del supuesto en particular. Los datos del caso concreto son relevantes. El orden público internacional debe ser interpretado y aplicado de modo restrictivo en el caso de leyes extranjeras que admiten la imposición de daños punitivos. En consecuencia, deben concurrir, en el caso concreto, «circunstancias excepcionales» que hagan absolutamente necesaria la intervención del orden público internacional español (art. 26 RR-II) y la consiguiente inaplicación de la *Lex Causae* (= Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II).

72. Con mayor detalle, puede afirmarse que, a la vista del art. 26 y Cons. (32) RR-II, el juez español debe practicar un triple test jurídico de legitimidad de la Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos: 1º) «Test de moderación-exceso de los daños punitivos» (= que permite, directamente, la aplicación de Leyes extranjeras que admiten daños punitivos no excesivos); 2º) «Test de oportunidad de los daños punitivos excesivos» (= que permite, bajo determinadas condiciones, la aplicación de Leyes extranjeras que admi-

⁴¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

ten daños punitivos excesivos); 3º) «Test de vinculación espacial del supuesto con España» (= que exige, en el caso de daños punitivos excesivos, que el supuesto presente una vinculación débil con el país cuyos tribunales conocen del asunto). El resultado es el siguiente: una Ley extranjera que admite la condena a pagar daños punitivos podrá aplicarse en España si tales daños punitivos no son excesivos o en el caso de que lo sean, siempre que concurren circunstancias objetivas que lo aconsejen y si, además, el supuesto del que tales daños punitivos traen causa presenta una débil o inexistente vinculación con España. En el caso de que se verifiquen estos tres requisitos, la aplicación de dicha Ley extranjera por un juez español no vulnerará el orden público internacional español, razón por la que debe aceptarse.

3.3.2. Test de «moderación-exceso» de los daños punitivos

73. En este primer «test de moderación-exceso de los daños punitivos», se valora la cuantía de estos daños punitivos y no el caso que ha lugar a su posible imposición. En relación al mismo, deben formularse varias observaciones.

74. a) La aplicación en España de una Ley extranjera que concede estos *Punitive Damages* no será considerada contraria al orden público internacional español si tales daños e intereses ejemplares o punitivos no son «excesivos».

Conviene recordar que, para la posible aplicación en España de una Ley extranjera que admite el pago de daños punitivos, el Cons. (32) RR-II no exige que los daños punitivos sean «proporcionales». Exige, simplemente, que no sean «excesivos». No hay que valorar si los daños punitivos son «proporcionales al daño causado» o «proporcionales a la gravedad del hecho u ofensa» de la que es autor el responsable. Lo que hay que valorar es si tales daños punitivos son o no son «excesivos». El Cons. 32 RR-II sigue un criterio cuantitativo y no proporcional. En efecto, no es lo mismo conceder a título de daños punitivos el triple de un daño valorado en 200 euros (= total 600 euros), que conceder a título de daños punitivos el triple de un daño valorado en 2 millones de euros (= total 6 millones de euros). Ambas condenas son «el triple» y por tanto son «proporcionales» en la misma medida, pero la diferencia entre los dos es evidente. En el primer caso, los daños punitivos son «moderados». En el segundo caso, los daños punitivos resultan «excesivos». Por ello, en esta fase del razonamiento dedicada a detectar si unos daños punitivos son «excesivos» o no lo son, no deben valorarse ni «*las circunstancias del caso*» ni las vinculaciones del caso con «*el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente*». Estos datos se deben valorar, exclusivamente y como se verá mas adelante, para decidir si se debe dar aplicación en España a una Ley extranjera que admite unos daños punitivos «excesivos».

El rechazo de la idea de «proporcionalidad» de los daños punitivos por parte del Reglamento Roma II resulta verdaderamente acertado. Y ello por varios motivos: (1) En los Derechos de los países anglosajones que admiten los daños punitivos, éstos tienen la función primordial de castigar conductas, hechos, actos y comportamientos particularmente graves: dolo de los particulares, intención de hacer sufrir al perjudicado, negligencia inexcusable del infractor, conducta malvada del responsable del daño, indiferencia del infractor hacia el sufrimiento del perjudicado provocado por el mismo infractor, y otras conductas similares que merecen el más riguroso reproche jurídico y moral. Por tanto, la proporcionalidad de los daños punitivos no puede determinarse en relación con los daños compensatorios, como de manera muy criticable ha llevado a cabo cierta jurisprudencia francesa (sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka*). Los daños punitivos son un castigo legal que se impone al infractor debido a la gravedad de su «conducta», no debido a la gravedad de los «daños» causados. Por ello, en los Derechos anglosajones, los daños punitivos no son «proporcionales al daño ocasionado», sino que son más o menos elevados según sea más o menos grave la «conducta» del responsable. Así las cosas, un comportamiento o hecho de extrema gravedad puede producir un perjuicio de escaso relieve económico. En este caso, aceptar la imposición de unos daños punitivos proporcionales al daño causado no tiene el más mínimo sentido y vulnera la misma estructura y la misma razón de ser de los daños punitivos. En consecuencia, el criterio de la proporcionalidad no puede ser aplicado ni puede ser medido en relación con el daño causado por el responsable; (2) Visto que los daños punitivos sirven para castigar una conducta, hecho o comportamiento grave del infractor, el criterio de la proporcionalidad debería ser aplicado a la gravedad de tales conductas, hechos o comportamientos. Ahora bien, visto que la gravedad de las conductas, de los hechos o de los comportamientos no puede valorarse en términos económicos, resulta muy complejo imponer un castigo «estrictamente proporcional» a la ofensa sufrida por la víctima en concepto de daños punitivos. ¿A cuánto ascenderían, por ejemplo, unos daños punitivos «proporcionales» en el caso de un artículo en prensa escrita que difama a un personaje público? ¿A cuánto ascenderían, por ejemplo, unos daños punitivos «proporcionales» en el caso de un trato vejatorio y discriminatorio por parte del personal de una compañía aérea e infligido a unos menores y a sus familias?

75. b) En el caso de que una Ley extranjera imponga daños punitivos «no excesivos», dicha Ley estatal debe aplicarse sin intervención del orden público internacional español. Todos los daños punitivos que no sean «excesivos» deben admitirse. En una escala general de valoración de las indemnizaciones concedidas al perjudicado en concepto de daños punitivos, éstos pueden clasificar-

se, de manera aproximativa, en tres grupos: (a) Daños punitivos «excesivos o muy elevados»; (b) Daños punitivos «moderados, comedidos o prudentes»; (c) Daños punitivos «escasos o de exigua relevancia económica». Pues bien, *a contrario sensu*, el Cons. (32) RR-II admite la aplicación directa, sin mayores investigaciones ni condiciones, de una Ley extranjera que permita imponer daños punitivos «moderados, comedidos o prudentes», o bien «escasos o de exigua relevancia económica». Por tanto, no se trata de admitir unos daños punitivos porque representan el doble o menos del doble del daño causado ni de rechazar unos daños punitivos porque suponen el triple o más del triple de dicho daño, por ejemplo. Se trata de examinar y comprobar que los daños punitivos que impone la Ley extranjera sean «moderados» o «escasos». En efecto, unos daños punitivos de cuantía moderada o escasa refuerzan, simplemente, la función punitiva y preventiva que de por sí desarrollan, de forma ponderada, las normas españolas de responsabilidad civil que obligan a «reparar el daño causado». Por tanto, la aplicación de una Ley extranjera que impone unos daños punitivos reducidos (= «moderados» o «escasos») no podrá ser considerada, en ningún caso, contraria al orden público internacional español.

76. c) Debe definirse, en consecuencia, qué se debe entender por daños punitivos «excesivos». Este concepto debería ser definido en una doble fase.

En la primera fase (= «fase europea»), el carácter «excesivo», «moderado» o «escaso» de los daños punitivos debe ser precisado en términos europeos, pues el Reglamento Roma II es una norma de DIPr. europeo.

En una segunda fase (= «fase nacional»), dicho carácter debe ser valorado en términos nacionales, pues el orden público internacional es un concepto nacional y su contenido se extrae del Derecho nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (= cada Estado miembro dispone de «su» orden público internacional).

En otras palabras, puede afirmarse que los requisitos para considerar si los daños punitivos son excesivos, moderados o escasos, los fija el Derecho europeo pero es el Derecho nacional de cada Estado miembro el que llena de contenido tales «requisitos europeos». En relación con el modo operativo de ambas fases, cabe indicar lo siguiente:

- (1) El concepto «excesivo» es necesariamente relativo, pues depende del sujeto que se pronuncia al respecto y de los parámetros que utilice al respecto. Así, por ejemplo, a un consumidor, el precio de un producto suele parecerle excesivo, pero ese mismo precio al vendedor le parece muy reducido. A un empresario, el salario que paga a su trabajadores le parece excesivo, pero a éstos les parece muy limitado. Pues bien, el sujeto que debe valorar si unos daños punitivos

son excesivos, es el juez español que debe aplicar una Ley extranjera que admite estos daños punitivos. En efecto, es el juez español, en funciones de «juez europeo», el máximo intérprete de la Ley, en este caso, el máximo intérprete del Reglamento Roma II. Dicho juez es, también, el responsable máximo de la correcta aplicación de dicho texto legal europeo. El Reglamento Roma II exige que los daños punitivos no sean «excesivos». Y «excesivo» significa «exagerado», «desmesurado», «exorbitante», «formidable», «gigantesco», «enorme»⁴². El DIPr. europeo exige al juez español que compruebe si los daños punitivos impuestos por una Ley extranjera son escasos o moderados, o por el contrario, son unos daños punitivos realmente «exagerados», «desmesurados», «exorbitantes», «formidables», «gigantescos», o «enormes». En consecuencia, unos daños punitivos excesivos son, simplemente, los que alcanzan una cuantía muy elevada.

- (2) A la hora de concretar si unos daños punitivos alcanzan una cuantía «muy elevada» o no, el juez español debe arrancar de las valoraciones propias del Derecho sustantivo español. Se trata, en efecto, de decidir si la aplicación, en España, de una Ley extranjera que admite daños punitivos vulnera el orden público internacional «español». Por ello, el carácter «excesivo», «moderado» o «escaso» de los daños punitivos lo debe decidir el juez español y con arreglo a los criterios propios del Derecho material español.

77. d) Con mayor detalle, y para identificar de modo más concreto unos daños punitivos «excesivos», «moderados» o «escasos» en el marco de la aplicación en España de una Ley extranjera, puede subrayarse lo que sigue: (1) No son «excesivos» los daños punitivos cuya cuantía, sumada a la concedida por la Ley extranjera a título de daños y perjuicios reparatorios del perjuicio causado, equivale a las cantidades que, según la Ley material española, corresponde pagar como indemnización por el daño causado (*vid.* para España, art. 1902 CC); (2) No son «excesivos» los daños punitivos cuya cuantía global simplemente supera la que hubiera debido pagarse con arreglo a la Ley material española; (3) Un «exceso» se produce cuando la cantidad otorgada como daños punitivos supera «los límites de lo normal, de lo lícito o de lo ordinario»⁴³. Pues bien, unos daños punitivos son «excesivos» en España si alcanzan una suma global extraordinariamente elevada considerados los parámetros habituales de las indemnizaciones que proceden en Derecho español. Resulta importante proceder con ponderada cautela en esta segunda «fase nacional», pues es cla-

⁴² *Vid. Diccionario de sinónimos y antónimos*, Espasa Calpe, Madrid, 2000.

⁴³ Voz «excesivo», en *Diccionario de sinónimos y antónimos*, Espasa Calpe, Madrid, 2000.

ro que unos daños punitivos de cuantía muy elevada pueden no ser excesivos para un juez alemán (= Alemania es un país con un alto nivel de vida en cuyo sistema jurídico las indemnizaciones por daños son elevadas), pero sí para un juez español o griego (= países donde el nivel de vida es más bajo y en cuyo ordenamiento jurídico las indemnizaciones por daños son reducidas). Así, por ejemplo, si la Ley extranjera aplicable concede unos daños punitivos por valor de un millón de euros, puede decirse que tales daños punitivos son «excesivos», pues se trata de una cifra extraordinariamente elevada en el contexto jurídico y social español, sin que sea relevante si se trata del doble, el triple o de la mitad del perjuicio causado.

3.3.3. Test de «oportunidad de unos daños punitivos excesivos»

78. En este segundo «test de oportunidad de unos daños punitivos excesivos», lo que se valora no es la cuantía de los posibles daños punitivos, sino las «circunstancias del caso». En relación con este segundo test cabe introducir ciertas observaciones.

79. a) Si las cantidades que la Ley extranjera permite imponer al infractor en concepto de daños punitivos son elevadas o *«de naturaleza excesiva»* (Cons. 32 RR-II), ello tampoco comporta que deba intervenir necesariamente el orden público internacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto para evitar la aplicación de dicha Ley extranjera. En tal supuesto, debe practicarse un auténtico «test de oportunidad de los daños punitivos excesivos». A través de dicho test, el órgano jurisdiccional competente debe valorar *«las circunstancias del caso»* (Cons. 32 RR-II) para decidir si resulta vulnerado o no el orden público internacional del foro y, en consecuencia, debe rechazarse o admitirse la aplicación de la Ley extranjera que admite tales daños punitivos excesivos.

80. b) El juez español debe valorar *«las circunstancias del caso»* para decidir si la aplicación de una Ley extranjera que supone la imposición, al responsable de un perjuicio, de unos daños punitivos excesivos, *«puede (...) considerarse contraria al orden público del foro [orden público internacional español]»*. La valoración de estas *«circunstancias del caso»* supone, como regla general, que el juez español debe tener presentes diversos parámetros (sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka*). Se trata de variables o «datos del supuesto concreto» que ayudan al juez español a calificar dicho «caso» como un supuesto en el que resulta más «justa» la imposición de estos daños punitivos y pueden concretarse en los que siguen.

Primer parámetro valorativo de las «circunstancias del caso»: la gravedad de la conducta, hecho o comportamiento del infractor y la gravedad del perjuicio sufrido por la víctima. Si el acto, hecho, conducta o comportamiento

del infractor es particularmente grave, y lo es también el perjuicio sufrido por la víctima, los daños punitivos excesivos recogidos en la Ley extranjera deben poder imponerse al responsable de tal perjuicio. En general, puede afirmarse que la gravedad de la conducta y del perjuicio concurre en varios casos.

(1) *Daños infligidos a la víctima en su misma persona.* Son conductas particularmente graves las que afectan a la víctima en su misma persona. Se trata de supuestos de fallecimiento, lesiones personales físicas serias, lesiones emocionales significativas, e infracciones importantes de los derechos de la personalidad, como el derecho al honor, derecho a la propia imagen y derecho a la intimidad, tráfico ilegal de datos personales automatizados, etc. Todos estos son bienes o derechos sujetos, en Derecho español, a una especial protección y particularmente vinculados con la persona, centro máximo de la protección por parte del Derecho (*vid.*, en particular, art. 10 Constitución Española de 27 diciembre 1978)⁴⁴. Se trata, en realidad, de bienes cuyo menoscabo o destrucción no puede compensarse con dinero.

(2) *Creaciones intelectuales personales.* También pueden considerarse conductas graves las que suponen una vulneración de las creaciones personales de la víctima y en particular, de la propiedad intelectual. Se trata, en efecto, de proyecciones materiales de la personalidad del perjudicado, merecedoras de especial protección legal. Supuestos como la infracción del derecho moral de autor, el plagio masivo y otras conductas similares pueden considerarse daños «graves».

(3) *Daños de escaso valor económico sufridos en el patrimonio personal.* Cuando se trata de daños sufridos por la víctima en ciertos bienes que integran su «patrimonio personal», bienes cuyo valor pecuniario es reducido pero que poseen un valor personal muy elevado para el perjudicado (= bienes por los que la persona siente un apego especial). En estos casos la reparación económica del daño real sufrido es, generalmente, escasa. Por ello, unos daños punitivos permiten «reparar mejor» el perjuicio real causado a la víctima. Estos daños punitivos logran, igualmente, disuadir al responsable y a terceros, de conductas que comportan daños especialmente graves desde el punto de vista del perjudicado. Es el supuesto de menoscabo sufrido en recuerdos personales o familiares, escritos íntimos, destrucción de obras artísticas de exclusivo valor personal para su autor, etc.

(4) *Daños experimentados en el patrimonio profesional indispensable de la víctima.* Son graves las conductas que producen daños a los bienes y recur-

⁴⁴ Art. 10 CE 1978: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. | 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

sos profesionales de la víctima, de modo que impiden a ésta el normal desarrollo de su actividad económica. Se trata de daños que recaen sobre el patrimonio de la víctima y que impiden a ésta el normal desarrollo de su actividad económica. Es el caso de daños infligidos a los bienes y recursos que el perjudicado necesita forzosamente para poder operar en el mercado o para prestar sus servicios profesionales (= daños a instrumental médico que sufre una clínica profesional o un médico particular, daños al automóvil de un representante comercial o agente, daños importantes a la estructura informática de un despacho profesional de abogados, etc.). Estas conductas se dirigen a destruir la estructura económica de la actividad profesional de una persona, y por ello merecen un severo reproche moral.

(5) *Daños subjetivamente muy graves sobre el patrimonio de la víctima.* Cuando se trata de daños de una entidad extraordinaria para el perjudicado, el daño es «grave» y la conducta es «grave». Estos daños subjetivamente importantes se verifican cuando la víctima, habida cuenta de sus recursos económicos normales, y pese a la indemnización del perjuicio causado, no puede reponer el menoscabo y quebranto económico que ha sufrido. Es el caso, por ejemplo, de la destrucción total de un automóvil matriculado hace años, cuyo valor en el mercado es ya muy escaso, pero que para el propietario posee un valor único, ya que con la escasa indemnización percibida, no podrá adquirir otro automóvil, que además, necesita imperiosamente para desarrollar una vida normal. La conducta del infractor ha sido muy grave, dado que, aunque ha provocado daños de valor escaso, ha sido realizada con la intención de destruir la economía vital del perjudicado.

82. Segundo parámetro valorativo de las «circunstancias del caso»: los deberes jurídicos del infractor. Si los deberes jurídicos que debía haber respetado el infractor le eran especialmente exigibles, entonces los daños punitivos impuestos por la Ley reguladora de la responsabilidad civil, aunque resulten «excesivos», deben poder exigirse al responsable del daño. En tal sentido se ha pronunciado el TS español (ATS 13 noviembre 2001)⁴⁵ y, con mayor detalle, la jurisprudencia de otros Estados europeos (sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka*). Ello se verifica, en particular, en estos casos.

(1) Cuando se trata de deberes propios de los profesionales de un concreto sector comercial. Es el caso, por ejemplo, del deber del fabricante, importador y vendedor, de garantizar la seguridad para las personas del objeto puesto en el mercado, y del deber de informar al público sobre los riesgos específicos

⁴⁵ ATS 13 noviembre 2001: «En cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista (...) especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares».

de un concreto producto o servicio puesto en el mercado) (*vid.* aunque relativo al reconocimiento en España de una sentencia norteamericana que concede daños punitivos, ATS 13 noviembre 2001)⁴⁶.

(2) Igualmente, si tales deberes jurídicos exigibles al infractor constituyen deberes jurídicos básicos y fundamentales, exigibles a toda persona en una concreta sociedad, deberes esenciales para una convivencia social pacífica. Es el caso del deber de no operar con dolo en las relaciones jurídicas y en especial, en el mercado.

83. En consecuencia, si unos daños punitivos son excesivos (= de muy elevada cuantía considerados los parámetros del Derecho español), y el perjuicio sufrido por la víctima no reviste una gravedad evidente o los deberes del infractor no le eran especialmente exigibles, entonces deberá rechazarse la aplicación en España de la Ley extranjera que admite tales daños punitivos excesivos, por resultar contraria al orden público internacional español. La jurisprudencia comparada, en especial y entre otros, de los tribunales franceses, suizos, alemanes e italianos se orienta en dicha dirección (*vid.* Sent. Corte appello Trento-Bolzano 16 agosto 2008 [sentencia dictada en Florida], Sent. Corte Cass. Italia 19 enero 2007 [daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia], Sent. Trib. Venezia 15 octubre 2001, Sent. Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009).

84. Cabe indicar, por último, que cuando un juez español debe aplicar una Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos, debe aplicar dicha Ley tal y como lo haría un juez de ese país. No puede tergiversar ni desnaturalizar la Ley extranjera a su antojo y «reducir», por ejemplo, los daños punitivos como a él le parece adecuado hacerlo. Deberá moverse en los términos equitativos de la Ley extranjera que rige la responsabilidad extracontractual. Debe ajustarse al principio de aplicación integral del Derecho extranjero⁴⁷.

3.3.4. Test de «vinculación espacial» del supuesto fáctico

85. El tribunal español que deba aplicar una Ley extranjera que admita la imposición de unos daños punitivos debe realizar, en todo caso, un «test de

⁴⁶ ATS 13 noviembre 2001: «Lo mismo cabe decir del pronunciamiento referido a la violación del derecho de marca de la mercantil de la que la aquí actora trae su derecho, pues el juicio de proporcionalidad que pueda hacerse sobre el triple de las cantidades correspondientes a los daños materiales efectivamente causados no puede desconectarse del hecho de su previsión legal, y, por tanto, de su origen en la propia norma materialmente aplicable, ni, especialmente, de la trascendencia de los intereses a cuya tutela y salvaguardia están notoriamente orientados en el marco de una economía de mercado, relevancia no estrictamente local, sino de general y universal apreciación en los Estados que participan de similares concepciones jurídicas, sociales y económicas».

⁴⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

vinculación espacial». Ello significa que el juez español debe valorar las «vinculaciones específicas del supuesto con España». Si el caso presenta «vinculaciones significativas» o «estrechas» con España, la aplicación de una Ley extranjera que admite el pago de *Punitive Damages* excesivos, lesionará el orden público internacional español. En efecto, en tal supuesto, el sistema «español» de responsabilidad civil se verá amenazado de forma muy grave. Se producirá una «externalidad negativa» o «distorsión estructural» que dañará la coherencia jurídica del mercado español y de la sociedad española. Si el supuesto aparece alejado de la esfera española, no hay razón para una intervención del orden público internacional «español», pues la estructura jurídica básica del Derecho de daños «español» no se hallará amenazada.

El Cons. 32 RR-II refleja esta idea, esto es, la necesidad de practicar un «test de vinculación espacial» del supuesto con el Estado cuyos tribunales conocen del asunto: *«En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según (...) el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro»*. Esto es, este Cons. (32) RR-II obliga a considerar cuáles son los contactos espaciales del supuesto con el Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Sólo en el caso de que el juez observe que el supuesto regido por una Ley extranjera que impone el pago de daños punitivos presenta una clara, evidente y estrecha vinculación con el Estado del foro, podrá invocarse el orden público internacional de dicho Estado para rechazar la aplicación de dicha Ley extranjera.

86. En efecto, un tribunal español o de otro Estado miembro puede tener que fallar en relación a un caso de responsabilidad civil extracontractual cuyos elementos se localizan, fundamentalmente, en un Estado extranjero, normalmente, en el Estado cuya Ley es aplicable a la responsabilidad extracontractual. Pues bien, es justo y adecuado que una situación vinculada estrechamente con un Estado sea decidida con arreglo a la Ley sustantiva de ese Estado. De ese modo, la aplicación de dicha Ley, aunque comporte la exigencia de unos daños punitivos no puede resultar contraria al orden público internacional «español». En efecto, la sociedad española no se ve afectada por los daños punitivos impuestos por el tribunal español, ya que la aplicación de dicha Ley recae sobre un supuesto estrechamente conectado con un Estado extranjero y poco o nada conectado con España. En el fondo, se trata de un supuesto de daños que se localiza entera o sustancialmente en otro país y que es justo que se rija por la Ley de ese otro país. Por esa razón, en tal supuesto, no debe activarse el orden público internacional «español» para impedir la aplicación de una Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos.

87. Este «test de vinculación espacial» resulta particularmente indicado en los casos de daños producidos en un país extranjero como consecuencia de la comercialización de productos en dicho país. En el Derecho del Comercio internacional es preciso diferenciar tres mercados relevantes: (a) «Mercado de venta del producto». Es el mercado donde el producto o servicio se pone al alcance del consumidor o cliente; (b) «Mercado de publicidad del producto o servicio». Es el mercado en el que la empresa o el comerciante difunde la existencia de su producto o servicio y en el que desea captar consumidores o clientes de sus productos o servicios; (c) «Mercado de fabricación del producto». Es el mercado en el que se elaboran y confeccionan los productos que serán posteriormente ofrecidos en ese u otro mercado nacional. Cada actividad de mercado debe quedar sujeta a las reglas jurídicas propias del mercado nacional donde se opera. Así, por ejemplo, todos los sujetos y agentes económicos que operan en un mismo «mercado de publicidad» deben someterse a las normas legales que regulan la competencia leal y la publicidad en dicho mercado nacional, esto es, al Derecho del Estado donde la publicidad se difunde (*Lex Mercatus Protectionis*) (art. 6 RR-II)⁴⁸. Del mismo modo, las condiciones de trabajo en las que prestan sus servicios los empleados que fabrican productos destinados al consumo, deben quedar sujetas a un mismo standard legal mínimo, que es está constituido por la Ley del Estado donde los empleados realizan su trabajo habitualmente (*Lex Loci Laboris*) (arts. 8.1 y 2 RR-I y art. 3 RR-D)⁴⁹. Igualmente, puede decirse que los operadores económicos que colocan u ofrecen sus productos en un concreto mercado nacional a los potenciales clientes que acuden a dicho mercado, deben responder por los defectos de tales productos con arreglo a la misma normativa legal (*vid.* la regla general «lugar donde se ha producido el daño», en el art. 4 del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973)⁵⁰

⁴⁸ Art. 6 RR-II: «Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados».

⁴⁹ Art. 8 RR-I: «Contratos individuales de trabajo. 1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo. | 2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país».

⁵⁰ Art. 4 del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973: «La legislación aplicable será el derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: | a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o | b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o | c) el Estado en cuyo territorio el producto ha

y en el art. 5 RR-II⁵¹). Ello significa que los sujetos que penetran en un mercado nacional para vender sus productos o servicios a consumidores y clientes, para difundir su publicidad entre potenciales y futuros clientes o para fabricar sus mercancías, son conscientes de que deben operar con arreglo a las reglas jurídicas de dicho mercado y las aceptan. Se les puede exigir que se comporten con arreglo a tales Leyes (*Lex Mercatus*). En efecto, tales sujetos se han sumergido intencional y conscientemente en dicho mercado, de modo que se les puede y se les debe exigir que se ajusten a la Ley que gobierna dicho mercado. Ello supone que la competencia entre todos los operadores económicos, en cada mercado de venta, publicidad o fabricación, se realizará con arreglo al mismo standard jurídico. De ese modo se garantiza una competencia leal en cada mercado nacional.

88. En consecuencia, resulta profundamente injusto en relación con la víctima, y resulta también plenamente contrario también a la conocida «doctrina de los actos propios», negarse a aplicar una Ley extranjera que admite la imposición de *Punitive Damages* como consecuencia de conductas y actos realizados en un mercado y en un Estado extranjero con arreglo a las Leyes de dicho Estado⁵². En efecto, al sumergirse en un mercado extranjero, el sujeto que opera en tal mercado ha asumido previamente, que dicho mercado está sujeto a sus propias reglas y se le puede exigir que sea coherente con tal comportamiento.

89. Así, por ejemplo, una empresa española que penetra en el mercado norteamericano para vender sus productos se aprovecha de las enormes ventajas de un mercado de gran tamaño y fuertemente liberalizado como es el estadounidense. Por eso es justo que, al igual que todos sus competidores, empresas de todo el mundo que operan en el mercado norteamericano, dicha empresa española quede sujeta a las reglas de comportamiento comercial vigentes en los Estados Unidos de América. Si dicho Estado cuenta con normas legales que imponen daños punitivos por los perjuicios derivados de los defectos de los productos comercializados en los Estados Unidos, todos los operadores

sido adquirido por la persona directamente perjudicada». Texto del convenio citado en BOE núm.21 de 25 enero 1989. Dicho Convenio entró en vigor para España el 1 febrero 1989.

⁵¹ Art. 5 RR-II: «Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 1. Sin perjuicio del artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: | a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; | b) la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; | c) la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. | No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c)».

⁵² El famoso adagio «*venire contra factum proprium non valet*» (ÚLPIANO en *Digesto*, 1,7,25), juega perfectamente su papel normativo también en la regulación de los conflictos de Leyes.

que ofrecen sus productos en tal mercado estarán sometidos a tales normas—. A todos ellos se les tratará con plena «igualdad comercial».

90. Por otra parte, el consumidor y el cliente también quedan protegidos por la *Lex Mercatus*. En efecto, tales sujetos bien pueden ignorar cuál es el país de fabricación del producto o la empresa que lo elaboró y el país de la sede de dicha empresa fabricante. Pero clientes y consumidores son conscientes de que si adquieren un bien o servicio en un mercado nacional, los daños derivados de los defectos de los productos adquiridos en tal mercado están sujetos a las normas reguladoras en dicho mercado y a sus normas de responsabilidad civil extracontractual. Clientes y consumidores confían en la aplicación de la Ley que rige ese mercado. Es la Ley del país más vinculado con la situación jurídica en cuestión. Es la Ley cuya aplicación al caso resulta más previsible para todos los sujetos implicados.

Un ejemplo permite demostrar que la tesis anterior es correcta. Una empresa española comercializa vasos de vidrio en los Estados Unidos y se aprovecha, así, de ese gran mercado. Posteriormente, se descubre que tales vasos se deterioran rápidamente y causan daños corporales a los que los utilizan. Si los perjudicados demandan a la empresa española ante los tribunales españoles (*vid.* art. 2 R.44/2001: foro general del domicilio del demandado en España), la Ley norteamericana es aplicable (art. 4 RR-II: *Lex Loci Delicti Commissi*)⁵³. En el supuesto de que dicha Ley comporte la exigencia de daños punitivos a la empresa española, es justo que dicha Ley sea aplicable *in casu* y que se impongan tales daños punitivos al responsable del perjuicio. Resultaría profundamente injusto y completamente contrario al art. 26 RR-II negar la aplicación de la Ley norteamericana por la simple razón de que ésta comporta daños punitivos a satisfacer por el responsable. Y ello por tres razones. *Primera*: las empresas norteamericanas que compiten en el mercado estadounidense de los vasos de vidrio con la empresa española competirían, en tal supuesto, en una desleal inferioridad de condiciones (= negación de la *par conditio concurrentium*). En efecto, en el caso de defectos en los casos de vidrio, tales empresas locales podrían ser condenadas al pago de daños punitivos si son demandadas en los Estados Unidos de América y deberían pagarlos. Por el contrario, la empresa española podrá evitar su pago si se niega la aplicación, en España, de la Ley norteamericana que impone esos daños punitivos. *Segunda*: se fomentaría la deslocalización fraudulenta y desleal del mercado de fabrica-

⁵³ Art. 4 RR-II: «Norma general. 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión».

ción de los productos. En efecto, a una empresa española le bastaría con situar sus fábricas, su producción y su patrimonio en España para después exportar sus vasos de vidrio con destino al mercado de Estados Unidos. De ese modo, si fuera posteriormente demandada en España por los perjuicios derivados de los defectos en sus vasos de vidrio, no tendría que responder, en su caso, por daños punitivos, pues el orden público internacional español «blindaría» la responsabilidad patrimonial de la empresa española frente a cualquier pretensión de daños punitivos por parte de la víctima. Si los tribunales españoles se negaran a aplicar la Ley norteamericana que impone daños punitivos en este caso, se estaría incitando a una «deslocalización comercial internacional desleal». Por eso, paradójicamente, la negativa de los tribunales europeos a aplicar las Leyes norteamericanas que imponen daños punitivos desemboca en una política comercial nacionalista cerrada por parte de los Estados Unidos de América. Una política económica que no resulta reprochable. Este país es, por ello, muy restrictivo en la introducción, en su mercado, de productos fabricados por empresas extranjeras. *Tercera:* el consumidor que adquiere productos en los Estados Unidos y que cree estar protegido por la legislación que, en su caso, ordena pagar daños punitivos como consecuencia de las lesiones graves que pueden derivarse de tales productos comercializados en los Estados Unidos, ve frustradas sus legítimas expectativas jurídicas cuando el producto ha sido fabricado en un país extranjero, España, en el caso de que sus tribunales se negaran a dar aplicación a las leyes norteamericanas que imponen el pago de daños punitivos.

91. En consecuencia, si el caso del que trae causa el litigio desarrollado ante tribunales españoles comporta la aplicación de una Ley extranjera que supone el pago de daños punitivos, está razonable y estrechamente vinculado con el dicho Estado extranjero y no con España, la Ley extranjera supera el «test de vinculación espacial». En tal supuesto, dicha Ley debe aplicarse y no existe ninguna lesión a los intereses generales de España, ni a la «ordenación jurídica española del mercado español». En efecto, el caso no se enmarca ni repercute, en realidad, en el mercado español. Por ello, la aplicación de la Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos tampoco produce efecto ni impacto alguno en el mercado español. En condiciones normales, cuando la Ley de un Estado X rige unos daños causados a terceros porque tales daños se han verificado en dicho país X, puede afirmarse que si la Ley del Estado X concede daños punitivos, el tribunal español debe aplicar dicha Ley por mandato del art. 4.1 RR-II sin que pueda intervenir el orden público internacional español.

92. Por el contrario, si la Ley extranjera que admite la satisfacción de daños punitivos excesivos es aplicable a un supuesto de daños a terceros estre-

chamente conectado con España, puede afirmarse que la aplicación de dicha Ley vulnera el orden público internacional español (art. 26 RR-II). Ello sucederá, en especial, si se trata de daños verificados en España derivados de productos adquiridos en España o actos realizados en España.

Así, por ejemplo, si un turista norteamericano adquiere en España un producto de fabricación norteamericana y resulta dañado por el mismo, el Derecho regulador de la responsabilidad civil derivada del daño es el Derecho norteamericano (art. 4.2 RR-II: Ley de la residencia habitual común de víctima y del responsable del daño)⁵⁴. Esa Ley podría imponer el pago de daños punitivos. En tal caso, los intereses públicos españoles, reflejados en la necesidad de que el mercado español se rija por una regla firme y básica como es la regla de que la producción de un daño comporta la reparación integral del mismo pero no la imposición de «condenas punitivas», se verían amenazados. Existirían, en tal caso, daños verificados en España que supondrían el pago de daños punitivos y daños también verificados en España que no comportarían tales daños punitivos. Ello pondría en peligro la estabilidad del sistema español de Derecho de daños e introduciría confusión en la ordenación estructural del mercado español. En tal supuesto, dicho orden público internacional español debe intervenir para proteger la «estructura jurídica fundamental del mercado español», en la que los *Punitive Damages* no existen como mecanismo general de castigo y prevención de los comportamientos y actos verificados en el mercado español y en el ámbito territorial español. No sería justo que una persona con residencia habitual en los Estados Unidos de América, víctima en España de daños derivados de productos fabricados y vendidos en España pudiera reclamar ante tribunales españoles el pago a su favor de los daños punitivos recogidos en la Ley norteamericana, pues si la víctima tuviera su residencia habitual en España, dicha víctima no podría reclamar daños punitivos por la sencilla razón de que, en dicho caso, la Ley aplicable a la responsabilidad civil es la Ley española, donde tales indemnizaciones no están previstas. En tal caso, la estructura jurídica primordial del mercado español, construida sobre el principio de «reparación exclusiva del daño integral», resultaría seriamente dañada.

3.4. Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos

93. Está en vigor para España este Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos. Este convenio

⁵⁴ Art. 4.2 RR-II: «No obstante, 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».

contiene normas de conflicto de Leyes que pueden conducir a la aplicación de una Ley que permita imponer daños punitivos al responsable extracontractual de un perjuicio derivado de un «producto». Dos datos previos deben subrayarse: 1º) En España, las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por los productos no se rigen por el Reglamento Roma II ni por el art. 10.9 CC, sino por este Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor para España desde el 1 febrero 1989⁵⁵; 2º) La Directiva 85/374/CEE sobre daños causados por los productos no contiene regla alguna sobre su aplicación en casos internacionales. La Directiva citada armoniza las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre estas materia pero no recoge ninguna regla sobre su «ámbito de aplicación en el espacio» o sobre la Ley estatal aplicable a esta responsabilidad en los casos «internacionales».

94. Resulta conveniente recordar algunos rasgos básicos de este Convenio internacional.

1º) El convenio se aplica para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes de productos acabados o de componentes, productores de productos naturales, proveedores de productos y otras personas, comprendidos los reparadores y almacenistas, que intervienen en la cadena comercial de preparación y de distribución de un producto, por los daños causados por un producto (arts. 1 y 3 Convenio).

2º) No se aplica este Convenio a los daños producidos un producto si éste ha sido transferido al destinatario final por la persona a la que se imputa la responsabilidad. La responsabilidad, en este caso, será «contractual», y se regirá por la Ley aplicable al contrato de que se trate (art. 1).

3º) El Convenio presenta un carácter aplicativo *erga omnes*. Se aplica con independencia de las circunstancias del caso (art. 11): nacionalidad o residencia habitual de las partes implicadas, país donde se verifica el daño o se adquiere el producto, etc. Además, el Convenio se aplica con independencia de cual sea la jurisdicción o la autoridad que haya de conocer del litigio: penal, civil, administrativa, etc. (art. 1).

4º) El Convenio proporciona un amplio catálogo de conceptos propios del mismo: (a) Concepto de «producto»: se entiende por tal los productos naturales y los productos industriales, bien sean en bruto o manufacturados, muebles o inmuebles; (b) «Daño»: cualquier daño a las personas o bienes, así como la pérdida económica, pero no el daño al producto en sí; (c) «Persona»: tanto las personas jurídicas como las personas físicas.

⁵⁵ Texto en BOE núm.21 de 25 enero 1989. Entrada en vigor para España: 1 febrero 1989.

5º) El tribunal que aplica la Ley que, en virtud del Convenio, rige las obligaciones extracontractuales derivadas de daños causados por productos, podrá tomar en consideración las «normas de seguridad vigentes en el Estado en cuyo territorio se hubiere introducido el producto en el mercado» (art. 9). El fabricante puede haber confiado en la aplicación de la Ley del país donde se comercializa su producto. En la medida en que ello sea así, es justo no defraudar las expectativas jurídicas del fabricante.

95. El Convenio recoge diversas reglas para fijar la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de daños causados por «productos».

1º) *Regla general.* Es la siguiente (art. 4): la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o (b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o (c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada.

El Convenio sigue, en los anteriores puntos de conexión, la tesis de la llamada «agrupación de contactos». Que significa que sólo en el caso de que un supuesto presente distintos aspectos que lo vinculan con un país, la norma de conflicto hace aplicable la Ley de ese Estado a las obligaciones extracontractuales que derivan de los daños ocasionados por los productos. De ese modo, la misma norma de conflicto precisa el «centro de gravedad» del supuesto. El juez no debe determinar cuál es la *Proper Law Of the Tort*. Ya lo hace la norma de conflicto. O al menos, lo intenta.

2º) *Excepciones.* Son las que siguen (art. 5): (a) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, dicha Ley es aplicable; (b) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado en cuyo territorio ha adquirido el producto, dicha Ley es aplicable.

3º) *Regla residual.* Si no es aplicable el art. 4 ni el art. 5 del Convenio, entonces la cuestión se regulará por el Derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o por el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, a elección del demandante (art. 6).

4º) *Excepción: la «cláusula de comercialización».* No obstante, no será aplicable la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto habría de

comercializarse en el Estado de que se trate (art. 7 Convenio). Se trata de una «cláusula de previsibilidad» que facilita la exportación de productos, que se vería frenada en el caso de que la Ley del país de destino del producto fuera aplicable a la responsabilidad de un fabricante extranjero que no puede razonablemente saber ni controlar que los productos que elabora van a ser desplazados a determinados países. Algunos autores han sugerido que esta cláusula es incompatible con el Derecho de la UE. En efecto, comercializar un producto en un Estado miembro significa que el fabricante asume y conoce que el producto puede circular libremente por toda la UE.

96. La Ley aplicable determinará en especial lo siguiente (art. 8): los requisitos y la extensión de la responsabilidad; las causas de exención, así como cualquier limitación o partición de responsabilidad; la índole de los daños que puedan dar lugar a indemnización; las modalidades y alcance de la indemnización; la transmisibilidad del derecho a indemnización; las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan personalmente sufrido; la responsabilidad principal por hechos de sus empleados; la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de responsabilidad; las normas de prescripción y caducidad, fundamentadas en la expiración de un plazo, comprendido en el inicio, la interrupción y la suspensión de los plazos.

97. Este Convenio ha alcanzado un protagonismo indudable en relación con la aplicación de una Ley extranjera que admite la imposición de daños punitivos al responsable del perjuicio, en el caso, antes citado, del «Lago de Constanza» o «caso *Honeywell*» (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)⁵⁶. Como se ha indicado, el 1 julio 2002 se produjo un accidente aéreo en el espacio aéreo alemán, sobre la localidad germana de Überlingen, al norte del lago Constanza. Un aparato Tupolev de la Bashkirian Airlines y el Boeing 611 de DHL, colisionaron en pleno vuelo a las 23,35 hrs. Todos los pasajeros y toda la tripulación fallecieron en el accidente. En total, 71 personas perdieron la vida. Tras diversos sucesos legales, los demandantes ejercitaron sus acciones antes los tribunales españoles. Éstos comprobaron que, para acreditar su competencia internacional, era de aplicación el art. 24 R.44/2001 y el foro de la sumisión táctica de los litigantes. Es cierto que ni demandantes ni demandados tenían su domicilio en un Estado miembro, pues unos tenían su domicilio en Rusia y otros en los Estados Unidos de América, pero ello no impide que si las partes desean litigar en España, puedan hacerlo en virtud de su propia «voluntad procesal» tácitamente expresada. En este caso, el demandante presentó su demanda y el

⁵⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: «Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España», *CDT*, octubre 2012, vol. 4, n. 2, pp. 307-321.

demandado contestó a la misma. Por esta razón, el JPI núm. 34 de Barcelona, ante el que se presentó la demanda, no realizó consideración alguna sobre su competencia judicial internacional y entró a conocer del fondo del asunto.

98. La sentencia dictada por este juzgado fue apelada, y la SAP Barcelona 7 mayo 2012 (JUR 2012, 224600), que resolvió la apelación, aceptó los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia, aunque aumentó, con arreglo al Derecho norteamericano (= que era el Derecho estatal aplicable al fondo del asunto), la cuantía de las indemnizaciones. El fallo de la AP de Barcelona puede resumirse en estos extremos: 1º) Existió una *«relación de causalidad exclusiva directa entre los defectos de diseño, fabricación e información, del TCAS (...) y el accidente de Überlingen, de julio de 2002, en el que murieron los familiares de los ahora demandantes»*..., de modo que quedó claro, apara el tribunal, que *«[e]l TCAS generó un RA, que no fue seguido por la tripulación del Tupolev, ello debería haber provocado, de haber funcionado correctamente el TCAS, conforme a su diseño, un RA reverso, que no se produjo. Y no se generó un RA reverso a pesar de que se dieron las condiciones teóricas para que se produjera. El RA reverso hubiera evitado sin duda el accidente, y era lo que de él se esperaba. Por tanto, no puede atribuirse la responsabilidad del accidente a la negligencia de terceros. La responsabilidad es exclusiva de las demandadas»*; 2º) La tripulación del Tupolev no fue la causante del accidente, pues *«[p]ocos reproches caben hacer a la tripulación, como han concluido hasta ahora los demás jueces en estos otros procedimientos mencionados»*; 3º) Tampoco las actuaciones del controlador de vuelo en Suiza fueron las responsables directas del desastre, pues *«...incluso el mal funcionamiento del Centro de Control Aéreo de Zúrich, gestionado por Skyguide, no fue la causante final de la colisión»*. En consecuencia, la AP de Barcelona condenó a las empresas norteamericanas fabricantes del sistema TCAS a pagar entre tres y once millones de dólares a cada una de las treinta familias afectadas que se habían personado en esta causa como demandantes. A grandes rasgos, la AP de Barcelona concedió indemnizaciones quince veces superiores a las que había determinado el Juzgado de Primera Instancia. Las demandadas debían abonar, en total, unos 66 millones de dólares, más las costas procesales del recurso de apelación.

99. El iter jurídico seguido por esta SAP Barcelona 7 mayo 2012 resulta de extremo interés y para su análisis resulta preciso diferenciar tres aspectos: 1º) Aspectos relativos a la aplicación del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad derivada del erróneo funcionamiento del TCAS que provocó el accidente aéreo; 2º) Aspectos de precisión de la concreta Ley estatal aplicable a dicha responsabilidad por daños; 3º) Aspectos

relativos a la aplicación del Derecho de los *States* de New Jersey y de Arizona en lo que afecta a los daños punitivos.

100. a) *Aspectos relativos a la aplicación del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad derivada del erróneo funcionamiento del TCAS que provocó el accidente aéreo.* La AP dejó claro lo siguiente.

1º) La Ley aplicable a la responsabilidad de las demandadas, las sociedades norteamericanas fabricantes del TCAS, se debe determinar con arreglo a las normas de conflicto de leyes contenidas en el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973⁵⁷. Los «sistemas anticolisión TCAS» son un «producto» en el sentido del convenio internacional citado. En efecto, el art. 2 del convenio indica que: «A efectos del presente Convenio: | a) la palabra «producto» comprenderá los productos naturales y los productos industriales, bien sean en bruto o manufacturados, muebles o inmuebles». Para la aplicación del Convenio en cuestión, no es preciso que el producto sea «defectuoso» o no lo sea.

2º) El Convenio mencionado sólo determina la «la legislación aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas señaladas en el artículo 3 por los daños causados por un producto, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo» (art. 1 Convenio). En consecuencia, los daños derivados de la errónea descripción y modo de funcionamiento del TCAS en el manual del mismo, también están cubiertos por el Convenio a efectos de señalar la Ley aplicable a la cuestión.

3º) No es exigible, para la aplicación del Convenio, que los dañados hayan adquirido el producto. Tampoco es preciso para la aplicación del Convenio que se verifique una relación de causalidad entre el producto y el daño. Esta cuestión pertenece al fondo del asunto y debe ser determinada con arreglo a la Ley que rige la sustancia del litigio. Del mismo modo, tampoco es preciso para la aplicación del Convenio, que el producto sea «defectuoso». Basta con que el demandante alegue que un producto le ha causado un daño.

4º) Como antes se ha indicado, el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 es aplicable con carácter *erga omnes*. Esto es, el Convenio se aplica con independencia de las circunstancias del caso (art. 11): nacionalidad o residencia habitual de las partes implicadas, país donde se verifica el daño o se adquiere el producto, etc. Además, el Convenio se aplica con independencia de cual sea la juris-

⁵⁷ Texto en BOE núm.21 de 25 enero 1989. Entrada en vigor para España: 1 febrero 1989.

dicción o la autoridad que haya de conocer del litigio: penal, civil, administrativa, etc. (art. 1). En este caso, aunque los Estados Unidos no son un parte en el Convenio, ello no impide que los tribunales españoles lo apliquen.

101. b) Aspectos de precisión de la concreta Ley estatal aplicable a la responsabilidad civil por daños derivados de los productos en el «caso del Lago de Constanza».

1º) Es aplicable el Derecho sustantivo norteamericano a la responsabilidad civil derivada de los daños derivados de los productos. El Convenio contiene diversas reglas para fijar la concreta Ley estatal aplicable a la responsabilidad civil derivada de daños ocasionados por los productos.

a) *Regla general.* Es la siguiente (art. 4): la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o (b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o (c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada. Ninguna de estas circunstancias concurría en este caso, razón por la que el art. 4 no resultó aplicable.

b) *Excepciones recogidas en el art. 5 del Convenio.* Son las que siguen (art. 5): (a) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, dicha Ley es aplicable; (b) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado en cuyo territorio ha adquirido el producto, dicha Ley es aplicable. Tampoco concurría en este caso ninguna de estas circunstancias. En efecto, los pasajeros no adquirieron el «producto» que provocó los daños, esto es, el TCAS, en Rusia. La compra en Rusia, por los pasajeros, del necesario «billete aéreo» no supone adquisición del «producto» que provoca el «daño». El billete no provocó ningún daño. Éste lo provocó el sistema TCAS. En efecto, «...por muchas vueltas que se dé al lenguaje, los pasajeros del avión siniestrado en ningún caso adquirieron el sistema para evitar colisiones TCAS». Ello evita la aplicación del Derecho ruso al fondo del asunto.

c) *Excepciones recogidas en el art. 6 del Convenio.* Si no resulta aplicable el art. 4 ni el art. 5 del Convenio, entonces la cuestión se regulará por el Derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o por el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, a elección del demandante (art. 6). Pues bien, es claro que al demandar los familiares de los fallecidos con arreglo al Derecho norteamericano, la parte actora eligió la primera opción. *Ergo*, la Ley reguladora de la responsabilidad era el Derecho norteamer-

ricano y en concreto, el Derecho de New Jersey y de Arizona: «... es de aplicación al presente litigio la Ley del Estado de Arizona respecto la entidad demandada ACSS y la Ley del Estado de New Jersey respecto la entidad Honeywell».

2º) Los demandantes probaron el contenido del Derecho de New Jersey y de Arizona con arreglo a lo exigido por el art. 281.2 LEC mediante la oportuna prueba pericial.

102. c) *Aspectos relativos a la aplicación del Derecho de los States de New Jersey y de Arizona en lo que afecta a los daños punitivos.* La AP Barcelona constató, en primer lugar, que «tanto en el derecho del Estado de Arizona como en el derecho del Estado de New Jersey se conciben los daños punitivos como los causados por una ‘mente malévola’, que requiere que el demandado haya actuado con intención de dañar al demandante o con una indiferencia gratuita e intencionada para con las personas que podrían resultar dañadas (...), y «no cabe concluir de ningún modo que las demandadas tuvieran ni, por supuesto, intención de dañar ni siquiera indiferencia por la vida de las personas que han resultado dañadas. En consecuencia, no es posible conceder ninguna indemnización por este tipo de daños». Esta afirmación, ya contenida en la sentencia de instancia, resulta refrendada por la AP de Barcelona, que añade, al efecto, que «[r]ecordando lo explicitado por los peritos, tanto en el derecho de Arizona, como en el de New Jersey, para apreciar este tipo de daños es precisa una «mala intención real», no es suficiente con cualquier grado de negligencia, incluida la negligencia grave, debe existir una maldad en los actos. Y consideramos que, si bien la conducta realizada por las demandadas, hasta el momento del accidente que nos ocupa, fue claramente negligente (revistiendo gravedad diseñar y fabricar defectuosamente un producto que no resuelve uno de los escenarios principales para cuya resolución ha sido diseñado; no intentar reparar estos defectos con mayor celeridad; y no advertir correctamente de los problemas en su manual de uso), resulta difícil encajarla en una intencionalidad malévola. Distinto sería de producirse un accidente en el momento actual en que los informes son claros y contundentes en la identificación del problema y en las soluciones ya existentes». Estos dos pronunciamientos relativos a los *Punitive Damages* revisten una extrema importancia metodológica, y sobre los mismos caben indicar lo siguiente.

1º) La AP de Barcelona no rechaza la aplicación de la legislación norteamericana por el mero hecho de que dicho ordenamiento contemple la posibilidad de condenar al pago de daños punitivos. Tampoco rechaza la aplicación de la legislación norteamericana por el mero hecho de que los daños punitivos resulten «desproporcionales» o «excesivos».

2º) La AP de Barcelona acepta la aplicación del Derecho norteamericano que permite ordenar al pago de daños punitivos por el hecho, evidente, de

que el supuesto de responsabilidad por daños examinado no tiene conexión objetiva alguna con el sistema legal español. En efecto, se trataba de un accidente aéreo ocurrido en Alemania, las víctimas eran, en su inmensa mayoría, de nacionalidad rusa y de Rusia había partido el vuelo, desde Suiza se estaban controlando y monitorizando los aparatos, y los demandados tenían su sede en los Estados Unidos de América. España era, exclusivamente, el país de destino del Tupolev ruso. La aplicación del Derecho de New Jersey y de Arizona no repercutía de ningún modo en la esfera jurídica española. Los demandados que debían pagar esos hipotéticos daños punitivos estaban domiciliados en los Estados Unidos de América y allí tenían su patrimonio. Esos eventuales daños punitivos repercutirían en beneficio de sujetos rusos con residencia en Rusia. Por tanto, la AP acepta la aplicación de los daños punitivos porque, en modo alguno, dañan la estructura jurídica fundamental del Derecho de daños español. El supuesto está claramente desconectado de la esfera española. El orden público internacional español no puede verse afectado si un tribunal español acepta aplicar, en el presente supuesto, la legislación norteamericana que admite el pago de daños punitivos.

3º) Por todo ello, la AP entra a valorar si, realmente, y con arreglo al Derecho sustantivo de New Jersey y de Arizona, procedía otorgar esos daños punitivos en favor de los demandantes. Su conclusión es clara: no procede otorgar los daños punitivos solicitados porque no concurren las exigencias materiales requeridas por el Derecho de New Jersey y de Arizona, que exigen la presencia de una «*mente malévola*» en el responsable de los perjuicios sufridos por las víctimas, lo que significa que tales ordenamientos exigen que el responsable haya actuado con intención de dañar al demandante o con una indiferencia gratuita e intencionada para con las personas que podrían resultar dañadas. La AP indica que tales exigencias no se verifican en este caso y por ello no concede los daños punitivos solicitados por los demandantes. Pero esta conclusión no deriva de ninguna contrariedad de la aplicación en España del Derecho de estos Estados con el orden público internacional español.

3.5. Artículo 10.9 del Código Civil y daños punitivos

103. El art. 10.9 CC señala la Ley reguladora de las obligaciones no contractuales. Su redacción data de 1974 (Reforma del Título Preliminar del Código Civil). En la actualidad, el precepto ha quedado seriamente afectado por el Reglamento Roma II y por una larga lista de instrumentos legales internacionales que regulan supuestos concretos de obligaciones no contractuales. En consecuencia cabe afirmar que el párrafo primero del art. 10.9 CC ha quedado desplazado por el Reglamento Roma II y por toda la normativa internacional

específica que señala el régimen jurídico de las obligaciones no contractuales en casos internacionales. De todos modos, sigue conservando un valor aplicativo residual notable. En efecto, el art. 10.9.I CC señala la Ley aplicable a aquellas obligaciones no contractuales que no son objeto de regulación ni por la normativa internacional específica ni por el Reglamento Roma II. De ese modo, por ejemplo, la Ley aplicable a las obligaciones no contractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad se determina con arreglo al art. 10.9 CC. Igualmente cabe afirmar en relación con la precisión de la Ley aplicable a las responsabilidades civiles derivadas de actos de guerra llevados a cabo por órganos de un Estado (sent. trib. Bologna, Italia, 11 enero 2010 [sujeto capturado en Italia y deportado a Alemania: acto ocurrido en Italia y aplicación de la Ley italiana], sent. trib. Torino, Italia, 20 mayo 2010 [militar italiano capturado en Italia y sometido a trabajos forzados en Alemania]).

104. El art. 10.9.I CC indica: «*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*». Varios datos relativos a este precepto deben subrayarse.

1º) El punto de conexión utilizado por el precepto es el tradicional *Locus Delicti Commissi*: el «*lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva la obligación*» (STS 10 mayo 2007 [responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima por actos realizados en Inglaterra]). El precepto parece inclinarse por el «lugar del hecho causal» y no por el «lugar del daño». Sin embargo, la dicción legal no es clara y permite ciertos movimientos interpretativos perfectamente legítimos. De hecho, la doctrina española mayoritaria siempre ha preferido sostener que el art. 10.9.I CC permite considerar como lugar relevante a efectos de la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, tanto el lugar del «hecho causal» como el lugar del «evento dañoso».

2º) Para potenciar la claridad normativa y la armonía del sistema español de DIPr. cabe interpretar este precepto en sintonía con el mismo criterio contenido en el Reglamento Roma II. Por tanto, debe estimarse que, en los casos de ilícitos a distancia, sólo es relevante el «lugar del daño» y no el «lugar del acto causal» (Sent. Cour d'appel Paris 10 febrero 1999).

3º) El art. 10.9.I CC recoge este punto de conexión «*Locus Delicti Commissi*» con una rigidez de acero. El legislador no ha previsto «conexiones especiales» para casos específicos de obligaciones no contractuales. Para los casos en los que la *Lex Loci Delicti Commissi* no se corresponda con la Ley que comporta los costes de transacción conflictuales menores para los sujetos implicados, y conduzca, por el contrario, a una Ley imprevisible y costosa para las partes, cabe introducir ciertas válvulas de flexibilización al precepto. Un moderado desarrollo judicial del precepto puede ayudar a ello. En estos casos, el juez

español puede descartar la Ley del país del daño y aplicar la Ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos. Por ejemplo, cuando se compruebe que el lugar donde se verificó el daño fue meramente fortuito y totalmente imprevisible para las partes, cabe estimar que el legislador no ha podido «querer la aplicación de la Ley del lugar del daño». Se produce, en tal caso, una laguna en el art. 10.9.I CC, y el juez puede integrar dicha laguna mediante el principio de proximidad y la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado al caso específico.

4º) A diferencia de lo que se aprecia en el Derecho alemán, el sistema español de responsabilidad civil es un «sistema de cláusula general» (*vid.* art. 1902 CC). Este dato se refleja en el supuesto de hecho del art. 10.9.I CC. El precepto cubre todo tipo de reclamación indemnizatoria que no pueda ser encajado en otras categorías jurídicas, como la responsabilidad contractual, alimentos, matrimonio, etc.

105. Visto lo anterior, puede sostenerse que, en el caso de obligaciones extracontractuales cuya Ley aplicable se determina con arreglo al art. 10.9.I CC, la aplicación de una Ley extranjera que conceda daños punitivos a la víctima es perfectamente posible y deberá llevarse a cabo, *mutatis mutandis*, con los mismos parámetros aplicativos ya examinados en relación con el Reglamento Roma II. Ése puede ser el caso de una Ley extranjera que otorgue daños punitivos por infracción del derecho al honor, derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen.

4. LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y PUNITIVE DAMAGES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL

106. La Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina, en Derecho internacional privado español, con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I» (*vid.* arts. 28-29 RR-I)⁵⁸. Este Reglamento constituye, en el momento presente, el centro del paisaje contractual europeo. Obliga y se aplica a todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca.

⁵⁸ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008).

El Reglamento Roma I recoge, sustancialmente, el texto del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980. La Comisión UE redactó una propuesta para transformar dicho Convenio en un Reglamento de la UE (Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005).

No obstante, el texto final del Reglamento Roma I ha aprovechado el momento de la «transformación» del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I, para realizar también cambios sobre el texto de dicho Convenio y para introducir ciertas innovaciones de importancia en la regulación de los contratos internacionales (*«fine-tuning of Rome I»*).

107. La Ley aplicable a los contratos internacionales se determina, por lo tanto, con arreglo a las normas de conflicto que contiene el mencionado Reglamento Roma I. Dicho texto legal no incluye ninguna advertencia ni en sus preceptos ni en sus «considerandos» sobre la cuestión de los daños punitivos que pueden imponerse a un contratante por aplicación de la Ley que regula el contrato (*Lex Contractus*) o por previsión de las partes en el mismo contrato. No obstante, no existen motivos para razonar de modo distinto a como se ha razonado en relación con el Reglamento Roma II en el campo de las obligaciones extracontractuales. Por ello, cabe afirmar que debe ser posible la aplicación de la Ley extranjera ya sea elegida por las partes o fijada con arreglo a los criterios objetivos recogidos en el art. 4 RR-I, que contemple unos daños punitivos, siempre y cuando la aplicación de dicha Ley no vulnere el orden público internacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto al respetar y superar un test de «moderación-exceso», un test de «oportunidad de unos daños punitivos excesivos» y un test de «vinculación espacial» del supuesto fáctico. Ello resulta especialmente relevante en los casos en los que la *Lex Contractus* permite a las partes la inclusión en su contrato de cláusulas penales que comportan el pago de cantidades extraordinariamente elevadas para el contratante incumplidor.

108. En los ordenamientos jurídicos de los países de *Civil Law*, la función punitiva de la cláusula penal es generalmente admitida sin demasiados recortes⁵⁹. Algunos ejemplos pueden resultar útiles: (a) En Derecho francés era criterio tradicional prohibir totalmente la intervención de los jueces para «moderar» la cláusula penal. El contrato era considerado una «Ley entre las partes». Esta previsión, a todas luces exagerada, hizo que modificase el *Code* francés a fin de consentir a los jueces una posibilidad de reducción de la cláusula penal en el caso de que ésta resultara «manifiestamente excesiva». Del mismo modo, si concurren determinadas circunstancias que hacen excesiva la cláusula penal,

⁵⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La redacción de los contratos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 101-106.

ésta puede ser reducida en los Ordenamientos de otros países como Italia, Austria y Suiza; (b) En Alemania, la cláusula penal puede ser reducida por el juez si es «desproporcionadamente alta», si bien en las relaciones entre comerciantes, la cláusula penal no se puede reducir en ningún caso; (c) En Holanda está prohibida la liquidación anticipada de los daños (*Liquidated Damages*); (d) En Bélgica, extrañamente, y como en los países anglosajones, la «cláusula penal con función punitiva» está prohibida, y sólo se admite una «liquidación anticipada del daño contractual».

109. En Derecho español, la regla general consiste en que las partes pueden fijar en su contrato una cláusula penal cuya satisfacción sustituye a la indemnización de daños y a los intereses en caso de falta de cumplimiento, y también puede fijarse una cantidad como «pena privada» por no haber cumplido (= «función punitiva de la cláusula penal»). En caso de no haber dispuesto nada las partes en su contrato, la cláusula penal se limita a «sustituir» a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento (art. 1154 CC). Por lo tanto, el deudor no puede eximirse de cumplir la obligación pagando la pena pactada, a menos que expresamente así se hubiere pactado. Y paralelamente, tampoco el acreedor puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, salvo que ello haya sido pactado en tal sentido por las partes (art. 1153 CC). En cuanto a las facultades del juez para reducir la cláusula penal, el art. 1154 CC dispone que *«el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»*.

110. De ello se deriva que, en Derecho español, cabe fijar una cláusula penal muy elevada y el tribunal no está facultado para reducirla si la considera «excesiva» a menos que el deudor haya cumplido en parte o haya cumplido irregularmente. Frente a un total incumplimiento de su obligación por parte del deudor, la pena se aplicará en toda la extensión previamente acordada por los contratantes.

111. Este dato reviste capital importancia frente a los llamados *«damages et intérêts punitifs»* (*«punitive damages in contractual law»*). Se trata de indemnizaciones de montante muy elevado, pactadas en el contrato y cuyo pago procede en caso de incumplimiento por una parte y que se recogen en una cláusula penal. Estos daños punitivos se admiten, en general, en el Derecho contractual norteamericano. Tales daños punitivos contractuales despliegan una función represiva, preventiva-admonitoria y reparatoria en el escenario contractual. Visto el tenor del art. 1154 CC, si la Ley del contrato (= en su caso, Ley de los Estados Unidos de América) prevé tales daños punitivos contractuales, no parece posible que ello suscite una intervención del orden público internacional español (art. 21 RR-I) contra la aplicación de dicha Ley

extranjera. Tampoco parece probable que pueda ser invocado el orden público internacional frente a una sentencia extranjera o laudo arbitral extranjero en el que se ordena pagar ciertos «*punitive damages in contractual law*» pactados por las partes en su contrato (art. 34.1 R.44/2001, art. 954.3 LEC 1881 y art. V del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 junio 1958⁶⁰).

5. RECONOCIMIENTO Y EXEQUATUR EN ESPAÑA SENTENCIAS EXTRANJERAS Y PUNITIVE DAMAGES. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL

5.1. El marco legal vigente en España. Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 y art. 954.1 LEC 1881. Aspectos generales

112. Las sentencias dictadas en los Estados Unidos de América y otros Estados que condenan al pago de *Punitive Damages* suscitan serias dudas jurídicas sobre la posibilidad de su reconocimiento/*exequatur* en España, como también lo han suscitado en otros Estados europeos⁶¹. Puede decirse, con matices y siempre con carácter general, que la jurisprudencia germana, francesa e italiana ha sido reacia a reconocer las sentencias norteamericanas que otorgaban daños punitivos, mientras que la española ha sido mucho más abierta y generosa.

113. En efecto, numerosos expertos legales han indicado que el otorgamiento del *exequatur* a las sentencias extranjeras que acuerdan el pago de *Punitive Damages* no es posible, pues ello vulneraría el «orden público internacional español». La infracción del «orden público internacional español» es una causa de denegación del reconocimiento/*exequatur* en España de las resoluciones judiciales extranjeras (*vid.* art. 954.1º LEC 1881 y art. 34.1 R.44/2001, como preceptos más relevantes).

114. El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil es, para España, el instrumento jurídico más importante en el sector de la validez extraterritorial de resoluciones judiciales en el

⁶⁰ Texto en BOE núm.164 de 11 julio 1977, en vigor para España desde el 10 agosto 1977.

⁶¹ *Vid.* para Alemania: Sent. OLG Munich de 15 julio 1992, *R/W*, 1993, pp. 70-71 [sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992]; Sent. OLG Düsseldorf de 19 febrero 1992, *N/W*, 1992, pp. 30110-3112.

campo patrimonial⁶². Con arreglo a su art. 34, «[l]as decisiones no se reconocerán: | 1) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (...)».

115. Se deniega el reconocimiento de resoluciones dictadas por tribunales de otros Estados miembros de la UE cuando dicho reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, esto es, cuando vulnera de manera manifiesta principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido en el momento del que se trate (art. 34.1 R.44/2001). Algunos aspectos generales deben tenerse presentes.

1º) La contrariedad de una resolución extranjera con el orden público internacional se debe decidir en el caso concreto, cuyas circunstancias son siempre relevantes. En efecto, el orden público internacional actúa contra el efecto intolerable que el reconocimiento de una resolución concreta produce sobre la estructura jurídica de la sociedad del Estado requerido. La sentencia extranjera que provoca una «externalidad negativa» no puede obtener el reconocimiento en un Estado miembro porque daña de modo muy grave la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad del Estado requerido. La cohesión de la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés «público» que se defiende a través del mecanismo del orden público internacional (art. 34.1 R.44/2001).

2º) El orden público internacional no implica nunca una «revisión de fondo» de la resolución extranjera. No se deniega el reconocimiento porque el juez del Estado miembro de origen haya actuado de una u otra manera en relación con los hechos o con el Derecho en el proceso de origen, sino porque la resolución extranjera provoca un resultado intolerable en el Estado miembro de destino.

3º) Si el reconocimiento de la resolución foránea es contrario sólo parcialmente al orden público del Estado requerido, no se denegará el reconocimiento de aquellos extremos de la resolución compatibles con el mismo. Se producirá un «reconocimiento parcial» de la resolución (AAP Barcelona 15 marzo 2010 [sentencia alemana y medidas cautelares], AC 2010, 1203).

4º) El concepto de orden público internacional y su misma intervención deben ser objeto de una interpretación restrictiva, ya que el orden público supone una excepción al principio de mutua confianza europea y al principio

⁶² DOCE L 12 de 16 enero 2001. *Vid.* también Reglamento (UE) 156/2012 de la Comisión de 22 febrero 2012 por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 50 de 23 febrero 2012).

de libre circulación de decisiones en los que se basa el Reglamento 44/2001 (STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency*, FD 48; STJCE 4 febrero 1988, as. 145/86, *Hoffmann*). Por eso el art. 34.1 R.44/2001 indica que, para que opere el orden público internacional, el reconocimiento debe resultar «manifiestamente contrario» al orden público del Estado requerido. El orden público interviene, exclusivamente, en «casos excepcionales» (STJCE 4 febrero 1988, as. 145/86, *Hoffmann*, STJCE 28 marzo 2000, as. C-7/98, *Krombach*, STJCE 11 mayo 2000, as. C-38/98, *Renault*, STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*, STJCE 28 abril 2009, as. C-420/07, *Apostolides*, FJ 58-60).

116. Cada Estado miembro define qué entiende por su propio «orden público» (STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi* [orden público internacional italiano y sentencia inglesa *freezing order*], STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency*, FD 49, STJCE 28 abril 2009, as. C-420/07, *Apostolides*, FJ 58-60). Ello es lógico. En efecto, cada Estado miembro dispone de «su» propio ordenamiento jurídico, con «sus» propios principios inspiradores básicos. El Tribunal de Justicia de la UE puede, solamente, fijar los «límites aplicativos» del orden público internacional, sus condiciones de aplicación, pero no puede determinar su contenido, pues ello depende de cada Estado miembro. Dicho esto, varios aspectos necesitan ser perfilados.

117. El orden público internacional cubre, en el marco del Reglamento 44/2001, la defensa de los principios básicos y esenciales del Derecho del Estado requerido, así como la defensa de los derechos fundamentales (STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency*, FD 50-51, STJCE 11 mayo 2000, as. C-38/98, *Renault*, STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*). Es, por ello, un orden público «de fondo». Así, en el caso de una sentencia extranjera que contiene diversos pronunciamientos de condena subsidiarios y el último de ellos es una medida de privación de libertad en el orden jurisdiccional civil, esto es, la «prisión por deudas», podrá otorgarse el reconocimiento a la resolución judicial en todos sus pronunciamientos de condena salvo en el relativo a la medida de privación de libertad en el orden civil. Tal pronunciamiento es contrario al orden público internacional español (AAP Barcelona 15 marzo 2010 [sentencia alemana y medidas cautelares], AC 2010, 1203). De igual modo, una sentencia extranjera que ordenara a la Administración Española o a S.M. el Rey que expidiese carta de sucesión de título nobiliario sería contraria al orden público internacional español, pues en Derecho español, tales cartas se libran de manera graciosa (AAP Madrid 16 diciembre 2011 [*exequatur* de laudo dictado en Italia relativo a título nobiliario español], AC 2012, 246).

En opinión del TJUE y de buena parte de los expertos en la materia, la vulneración de los derechos de defensa implica igualmente una vulneración del orden público internacional. Esta tesis es, en efecto, la preferida por el TJUE

(STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency Ltd vs. Seramico Investments Ltd.*, STJCE 28 marzo 2000, as. C-7/98, *Krombach*, STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*, Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 133 en DOUE 13 diciembre 2009). Ello significa que la vulneración, durante el proceso llevado a cabo ante los tribunales del Estado de origen, de un derecho de defensa incluso no contemplado en el art. 34.2 R.44/2001 pero que el Estado miembro de destino de la decisión considera como derecho integrante de su orden público internacional, puede suponer una vulneración del orden público internacional de dicho Estado de destino. En tal caso, el art. 34.1 R.44/2001 impedirá que dicha decisión sea reconocida y ejecutada en dicho Estado. Así pues, son derechos procesales «protegidos por el orden público internacional», entre otros, los que siguen.

(a) El derecho a una sentencia motivada. El demandado tiene derecho a una resolución judicial motivada, para que éste pueda «*comprender las razones de su condena e interponer contra tal resolución un recurso de forma útil y efectiva*» (STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency*, FD 53).

(b) El derecho a ser oído durante el procedimiento judicial (STJCE 28 marzo 2000, as. C-7/98, *Krombach*, STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*).

Ahora bien, el TJUE ha estimado que estos derechos procesales del demandado no son absolutos. Pueden ser legítimamente restringidos en el proceso de origen. Puede señalarse, por ello, lo que sigue: (I) El derecho a ser oído durante el procedimiento desarrollado en el Estado de origen no es un «derecho absoluto». Admite restricciones legalmente previstas. El juez del Estado requerido debe valorar, en el caso concreto, si ha habido una restricción indebida y/o desproporcionada de los derechos fundamentales de defensa en estos supuestos, de modo que deba ser activada o no la cláusula de orden público internacional para denegar el reconocimiento, en el Estado de requerido, de la sentencia dictada en otro Estado miembro (STJCE 2 abril 2009, as. C-394/07, *Gambazzi*); (II) El derecho a una resolución judicial motivada dictada por el tribunal del Estado miembro de origen, puede ser también restringido de manera legítima. Así, el Derecho inglés permite que la sentencia se dicte sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos y que se refiera, de manera implícita, a la *causa petendi* y a las pretensiones contenidas en la demanda si el demandado, aun habiendo sido informado en tiempo y forma de la acción ejercida contra él, no presenta un escrito de contestación de la demanda en el plazo impartido, o no hace patente su intención de presentarlo (STJUE 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade Agency*, FD 56-57). Ese sistema sumario de dictar sentencia permite «*un desarrollo rápido, eficaz y menos costoso de los procedimientos iniciados para recuperar créditos indiscutidos, en aras*

de una buena administración de la justicia». Las circunstancias del caso concreto son relevantes y deben ser analizadas por el tribunal del Estado requerido para dejar claro si el demandado tuvo una oportunidad real de conocer el fundamento de la sentencia y de interponer un recurso.

119. El orden público (art. 34.1 R.44/2001) no alcanza a las siguientes cuestiones (STJCE 28 abril 2009, *Apostolides*, FJ 58-60): (a) *Control de la Ley aplicada*. No puede invocarse el orden público si el juez de origen aplicó una Ley distinta a la que hubiera aplicado un juez del Estado requerido en el mismo caso, o si aplicó una norma de DIPr. distinta a la que hubiera aplicado un juez del Estado requerido; (b) *Inaplicación del Derecho de la UE*. No puede invocarse el orden público si el tribunal del Estado miembro de origen no aplicó el Derecho de la UE. No obstante, los principios básicos del Derecho Privado de la UE deben ser considerados principios básicos del Estado requerido (STJCE 11 mayo 2000, *Renault*, citada); (c) *Control de la competencia judicial internacional del juez de origen*. No puede invocarse el orden público por la razón de que el tribunal del Estado miembro de origen se haya declarado competente sobre la base de una u otra norma de competencia judicial internacional (art. 35.3 R.44/2001). Excepciones: el art. 35.1 R.44/2001 permite denegar el reconocimiento si el tribunal del Estado de origen no hubiera observado las normas de competencia judicial internacional recogidas en el Reglamento en ciertas materias: contratos de consumo, seguros y competencias exclusivas (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, citada); (d) *Resolución obtenida mediante fraude de ley, engaños, trucos procesales o delitos*. Es ésta una cuestión controvertida. La mayor parte de la doctrina niega que en tales casos se pueda recurrir a la noción de «orden público».

120. Por otro lado, para las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages* dictadas en terceros Estados no miembros de la UE, el precepto aplicable es, salvo convenio bilateral vigente con el Estado de origen de la sentencia, el art. 954 LEC 1881. Con arreglo a este art. 954.3º LEC 1881, para proceder al reconocimiento/*exequatur* de la sentencia extranjera en España se exige que «*la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España*». Ello significa que no se reconocerá la sentencia extranjera si su cumplimiento en España supone una infracción del «orden público internacional español». Las consideraciones generales vertidas anteriormente sobre el orden público internacional español en el marco del art. 34 R.44/2001 son reproducibles en relación con el art. 954.3º LEC 1881. En definitiva, también en el marco del art. 954.3º LEC 1881, el orden público internacional constituye el «*conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados*» (STC 54/1989 de 23 febrero

1989, SAP Madrid 23 febrero 2011 [laudo arbitral dictado en Madrid], JUR 2011, 202913). Pues bien, se rechaza el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en un tercer Estado si ello comporta la vulneración de principios fundamentales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Ello significa que dicha sentencia resuelve una cuestión jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares pero, al mismo tiempo, esa misma sentencia puede causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la «sociedad española». En tal caso, es aconsejable rechazar el *exequatur* de estas sentencias extranjeras. Sólo así se evita ese daño «colateral» y «externo» que la sentencia extranjera puede causar a la estructura jurídica de la sociedad española, daño que es mayor que el beneficio que el *exequatur* puede comportar para los particulares implicados. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés «público». Cuando el reconocimiento/*exequatur* de una sentencia extranjera daña un interés «público», el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo de tal reconocimiento/*exequatur*.

El orden público internacional opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado, también, naturalmente, en el marco del art. 954.3º LEC 1881. Por ello, el reconocimiento y *exequatur* de la sentencia extranjera debe comportar una contradicción manifiesta y flagrante con los principios que componen el orden público internacional español (AAP Pontevedra 10 septiembre 2009 [*exequatur* de sentencia holandesa] JUR 2009, 429092, ATS 23 julio 1996, RJ 1998, 2907, ATS 17 septiembre 1996, RJ 1998, 3556, ATS 18 abril 1998, RJ 1998, 3594). Debe conducir a un resultado inadmisibles en el caso concreto, por lo que los datos del caso concreto son siempre relevantes (ATS 21 abril 1998, RJ 1998, 3562). Ello significa debe intervenir sólo y exclusivamente si con ello se defiende una «necesidad social imperiosa» (STEDH Estrasburgo 3 mayo 2011 [adopción de menor griego en Estados Unidos por sujeto con cualidad de monje]). Deben tenerse presentes los principios básicos del Derecho español «en el momento presente» o «actual» (ATS 24 octubre 1979, RJ 1979, 3459, ATS 19 enero 1981, RJ 1981, 36). Es decir, es relevante el momento en el que se pretende introducir la sentencia extranjera en España y no el momento en el que tal sentencia extranjera fue dictada. Cabe otorgar un reconocimiento y *exequatur* «parcial» en el caso de que sólo determinados pronunciamientos contenidos en la sentencia extranjera resulten contrarios al orden público internacional español.

El orden público internacional «español» sólo se ve perjudicado y dañado si se causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad «española». Por ello, el orden público internacional español sólo debe intervenir para evitar el *exequatur* de sentencias extranjeras que se refieren a situaciones «suficientemente vinculadas» con España (en Francia: Sent. CA Bordeaux 10 enero

2005). Una situación no vinculada «con España» no justifica la intervención del orden público internacional «español», pues no hay daño alguno a la sociedad «española» y el interés público «español» no se ve perjudicado.

El hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiera aplicado el juez español, no supone vulneración alguna del orden público internacional español. En el art. 954 LEC 1881 no hay lugar para un «control de la Ley aplicada» ni existe ninguna «dimensión conflictual» del orden público internacional. El art. 954.3º LEC 1881 no permite revisar los hechos apreciados por el juez de origen. Lo apreciado por el juez extranjero como hechos probados se respeta en su integridad.

5.2. El debate. Punitive Damages y orden público internacional español

121. Ciertos autores y determinada jurisprudencia ha subrayado que las sentencias por las que se acuerda el pago de daños punitivos, dictadas en otros Estados miembros de la UE o en otros Estados, vulneraran el orden público internacional español protegido por el art. 34.1 R.44/2001 y por el art. 954.3º LEC 1881. Esta posición se ha construido sobre diferentes argumentos, que son, como se ha visto, idénticos a los que se han esgrimido en contra de la aplicación de Leyes extranjeras que conceden daños punitivos. Así, se ha dicho: (a) Que los *Punitive Damages* presentan una «naturaleza penal» y que, por ello, no puede permitirse la ejecución en España de sentencias extranjeras que acuerdan el pago de *Punitive Damages* porque ello vulneraría el monopolio del que disfruta el Estado para la imposición de «penas» o «castigos pecuniarios» de naturaleza pública; (b) Que las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages* infringen el principio de «reparación integral del daño»; (c) Que estas sentencias extranjeras que conceden daños punitivos en favor de las víctimas vulneran, igualmente, según ciertos expertos legales, el principio de prohibición del «enriquecimiento injusto».

122. Sin embargo, como también antes se ha examinado, estos argumentos no son definitivos ni son tampoco, en realidad, exactos. Afirmar, de modo categórico, que toda sentencia extranjera que condena al pago de indemnizaciones pecuniarias en concepto de daños punitivos comporta vulneración del orden público internacional español, constituye un error notable. Existen varios argumentos jurídicos, también examinados anteriormente, que permiten demostrar que no es posible afirmar, de modo categórico, que el reconocimiento/*exequatur* de las sentencias en España vulnera el orden público internacional español. En efecto, las sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos no vulneran el orden público internacional español porque

tales daños punitivos no constituyen una condena «penal», porque las mismas normas jurídicas españolas reguladoras del Derecho de daños cumplen no sólo una función reparadora del perjuicio causado, sino también una función «punitiva» y una función «previsora-admonitoria», como los daños punitivos, porque existen concretas disposiciones legales españolas que penalizan ciertos comportamientos de los particulares al obligar a reparar más allá del daño causado, y porque las condenas al pago de daños punitivos en favor de las víctimas no provocan un «enriquecimiento injusto» de la víctima.

Por otro lado, esta afirmación se ve reforzada por dos apoyos metodológicos colaterales: a) Como se ha visto, con arreglo al Reglamento Roma II es factible la aplicación de una Ley extranjera que recoge la posibilidad de imponer daños punitivos. Pues bien, la congruencia conceptual y operativa del sistema de Derecho internacional privado de la UE exige que la respuesta legal que se dé a la cuestión del reconocimiento en España de sentencias dictadas en otros Estados miembros que otorgan daños punitivos sea coherente con la respuesta que se ofrece en el sector del Derecho aplicable⁶³; b) En relación con las sentencias que acuerdan el pago de daños punitivos y dictadas en terceros Estados, visto que el motivo que se suele invocar para denegar efectos en España a tales sentencias es la contrariedad de las mismas con el orden público internacional español, la interpretación que se realice en torno al Derecho internacional privado europeo (art. 34.1 R.44/2001) debe coincidir, por razones de coherencia básica del sistema legal vigente en España, con la que se lleve a cabo en relación con el Derecho internacional privado español (art. 954.3 LEC 1881).

Por todo ello, no puede denegarse, de manera sistemática, el reconocimiento/*exequatur* en España de una sentencia extranjera que condena al pago de *Punitive Damages* vulnera del orden público internacional español.

5.3. La solución del Tribunal Supremo español: el triple test («test de moderación-exceso de los daños punitivos»/«test de oportunidad de los daños punitivos excesivos»/«test de vinculación espacial del supuesto con España»)

123. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, es claramente favorable a la posibilidad de otorgar el reconocimiento y el *exequatur* en España a las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages*. Ello no significa que el TS conceda el reconocimiento/*exequatur* a toda sentencia extranjera que otorga daños punitivos. Significa que, para el TS,

⁶³ Vid. Cons. (7) RR-I y Cons. 7 RR-II. Adde, P. DIAGO DIAGO, *Las Cartas de Patrocinio en los Negocios Internacionales. Estudio jurídico*, 2012, pp. 84 y 116.

la regla general es, efectivamente, la concesión del reconocimiento/*exequatur* a estas sentencias y la excepción es la denegación, en supuestos tasados, de su reconocimiento/*exequatur* en España. En esta línea, deben ser apuntados varios datos.

Primero. Las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages* deben, inexcusablemente, cumplir los requisitos legales generales relativos al reconocimiento/*exequatur* según el régimen jurídico aplicable a la sentencia extranjera en cuestión (= Reglamento 44/2001, art. 954 LEC 1881, etc.).

Segundo. Estas sentencias extranjeras que condenan a pagar estos daños punitivos deben, en general, ser reconocidas y *exequaturizadas* en España. Ahora bien, tal reconocimiento/*exequatur* deberá denegarse, en particular, si dichas sentencias no superan un triple doble «test de legitimidad». Así lo indica el paradigmático ATS 13 noviembre 2001 [sentencia dictada por tribunal de Texas, Estados Unidos de América, por la que se condena a empresa española a pagar daños punitivos en favor de empresa norteamericana y de empresa italiana como consecuencia del uso indebido de propiedad intelectual y violación de marca registrada así como por competencia desleal]. La postura seguida desde 2001 por el TS español encaja perfectamente con el criterio, ya examinado, que debe seguirse para la aplicación, en los Estados miembros, de Leyes extranjeras que admiten la imposición de daños punitivos en virtud de los Reglamentos Roma I y Roma II. En efecto, una concreta sentencia extranjera que concede daños punitivos en favor de la víctima de un perjuicio vulnerará el orden público internacional español sólo si se verifican, cumulativamente, estas tres circunstancias: (a) Que tales daños punitivos supongan el pago de indemnizaciones excesivas (= «test de moderación-exceso de los daños punitivos»); (b) Que tales daños punitivos excesivos no resulten objetivamente justificados (= «test de oportunidad de los daños punitivos excesivos»); (b) Que el supuesto litigioso esté significativa o estrechamente «vinculado con España» o con el «mercado español» (= «test de vinculación espacial del supuesto con España»).

El resultado es el siguiente: una sentencia extranjera que contiene una condena a pagar daños punitivos podrá obtener el reconocimiento y el *exequatur* en España si tales daños punitivos no son excesivos o en el caso de que lo sean, siempre que concurren circunstancias objetivas que lo aconsejen y si, además, el supuesto del que tales daños punitivos traen causa presenta una débil o inexistente vinculación con España. Sólo en el caso de que no se verifiquen estas tres circunstancias, el reconocimiento/*exequatur* de la sentencia extranjera en España vulnerará el orden público internacional español, razón por la que deberá denegarse (= regla especial).

124. *Primero. Test de moderación-exceso de los daños punitivos.* Si las cantidades concedidas por la sentencia extranjera en concepto de daños puni-

tivos no son excesivas, el TS ha concedido el *exequatur* a tales sentencias (ATS 13 noviembre 2001). En Francia se ha seguido un criterio similar frente a las sentencias norteamericanas que acuerdan el pago de daños punitivos (sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka*).

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que el TS exige que las cantidades a pagar como daños punitivos no sean «excesivas», a pesar de que emplea la palabra «proporcionales». El TS da a este adjetivo (= «proporcionales») el significado de «no excesivas»: cuando se refiere a «daños punitivos no proporcionales», quiere decir «daños punitivos no excesivos». Por ello, el TS no indica en ningún momento que los daños punitivos deban ser sólo el doble o el triple de los perjuicios causados. Se limita, en realidad, a exigir que estos daños punitivos no sean «desmesurados», que no consistan en el pago de cantidades muy elevadas⁶⁴. Para valorar si unos daños punitivos acordados en virtud de sentencia extranjera resultan «excesivos», el TS arranca de las valoraciones propias del Derecho sustantivo español. Se trata, en efecto, de decidir si la ejecución, en España, de una sentencia extranjera que concede unos daños punitivos vulnera el orden público internacional «español». Por ello, el carácter «excesivo», «moderado» o «escaso» de los daños punitivos debe lo debe decidir el juez español y con arreglo a los criterios propios del Derecho material español.

En tal sentido, y como antes se ha subrayado, unos daños punitivos son «excesivos» en España si alcanzan una suma global extraordinariamente elevada considerados los parámetros habituales de las indemnizaciones que proceden en Derecho español. Así, por ejemplo, si la sentencia extranjera concede unos daños punitivos por valor de un millón de euros, puede decirse que tales daños punitivos son «excesivos» o «desmesurados», pues se trata de una cifra extraordinariamente elevada en el contexto jurídico y social español, sin que sea relevante si se trata del doble, el triple o de la mitad del perjuicio causado.

En España, y para el caso de daños punitivos «excesivos» (= llamados por el TS daños punitivos «no proporcionales»), es frecuente que los sujetos que han obtenido en país extranjero una sentencia de condena al pago de daños y perjuicios reparatorios por un lado, y además hayan obtenido estos daños punitivos «excesivos», por otro lado, soliciten en España, exclusivamente, el reconocimiento del pronunciamiento judicial extranjero que condena al pago

⁶⁴ ATS 13 noviembre 2001: «*Lo mismo cabe decir del pronunciamiento referido a la violación del derecho de marca de la mercantil de la que la aquí actora trae su derecho, pues el juicio de proporcionalidad que pueda hacerse sobre el triple de las cantidades correspondientes a los daños materiales efectivamente causados no puede desconectarse del hecho de su previsión legal, y, por tanto, de su origen en la propia norma materialmente aplicable, ni, especialmente, de la trascendencia de los intereses a cuya tutela y salvaguardia están notoriamente orientados en el marco de una economía de mercado, relevancia no estrictamente local, sino de general y universal apreciación en los Estados que participan de similares concepciones jurídicas, sociales y económicas.*»

de daños y perjuicios «reparatorios». Estos sujetos evitan, mediante este «reconocimiento parcial», solicitar el reconocimiento/*exequatur* del pronunciamiento de condena extranjero que ordena pagar *Punitive Damages* «excesivos» (ATS 18 septiembre 2001)⁶⁵.

125. *Segundo. Test de oportunidad de los daños punitivos excesivos.* El TS valora, en este segundo «test de oportunidad de unos daños punitivos excesivos», no la cuantía objetiva de los posibles daños punitivos, sino las «circunstancias del caso» que dio lugar a la imposición de tales daños punitivos. Ello significa que incluso si las cantidades a pagar en concepto de daños punitivos en virtud de una extranjera son elevadas o «excesivas» no se producirá necesariamente la vulneración del orden público internacional español si el perjuicio sufrido por la víctima fue «especialmente grave» (= «criterio de la gravedad del perjuicio») o si el responsable infringió deberes jurídicos fundamentales (= «criterio de los deberes jurídicos esenciales del infractor»). En tal sentido es preciso subrayar varios aspectos.

1º) *Primer parámetro valorativo de las «circunstancias del caso»: la gravedad de la conducta, hecho o comportamiento del infractor y la gravedad del perjuicio sufrido por la víctima.* Si la conducta del infractor ha sido particularmente grave y/o el daño también lo ha sido, los daños punitivos excesivos recogidos en la Ley extranjera deben poder imponerse al responsable de tal perjuicio. En general, y como ya ha sido indicado, puede afirmarse que la gravedad de la conducta del infractor y del perjuicio real causado concurre en varios casos: (1) *Daños infligidos a la víctima en su misma persona* (= fallecimiento, lesiones personales físicas serias, lesiones emocionales significativas, e infracciones importantes de los derechos de la personalidad, como el derecho al honor, derecho a la propia imagen y derecho a la intimidad, tráfico ilegal de datos personales automatizados, etc.); (2) *Creaciones intelectuales personales.* Son conductas graves las que han dañado las creaciones personales de la víctima y en particular, la propiedad intelectual, como ha apuntado el TS (ATS 13 noviembre 2001)⁶⁶; (3) *Daños de escaso valor económico sufridos en el*

⁶⁵ ATS 18 septiembre 2001: «D. (...) formuló demanda de *exequatur* parcial de la sentencia de 3 de enero de 1.997 del Tribunal Superior de Nueva Jersey, Estados Unidos de América, confirmada y ratificada por sentencias de 17 de febrero de 1.998 del Tribunal Superior de Nueva Jersey (División de Apelación) y de 20 de marzo de 1.998 del Tribunal Superior del Estado de Nueva Jersey (Condado de Monmouth), por las que se condenó a los demandados «Bel-Ray España, S.A.» y D. Armando al cumplimiento de las medidas permanentes que en ella se indicaban y al pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por importe de 9.842.779.- dólares americanos, excluyendo de su solicitud de reconocimiento y ejecución el pronunciamiento también recogido en la sentencia extranjera y relativo a la condena al pago de 5.000.000.- de dólares en concepto de daños punitivos».

⁶⁶ ATS 13 noviembre 2001: «Las anteriores consideraciones llevan a considerar que el pronunciamiento de la sentencia por reconocer relativo a la violación del derecho de propiedad intelectual de la cedente de la actora no resulta contrario al orden público, no obstante el marcado carácter sancionador y preventivo que presenta la condena indemnizatoria, surgida «ex lege» de la vulneración de aquellos

patrimonio personal. Se trata de daños sufridos por la víctima en ciertos bienes que integran su «patrimonio personal», bienes cuyo valor pecuniario es reducido pero que poseen un valor personal muy elevado para el perjudicado. La conducta del infractor es particularmente grave; (4) *Daños sufridos en el patrimonio profesional indispensable de la víctima*. Son graves los daños infligidos a los bienes y recursos de la víctima, de modo que impiden a ésta el normal desarrollo de su actividad económica; (5) *Daños subjetivamente muy graves sobre el patrimonio de la víctima*. Se trata de daños que la víctima, vistos sus recursos económicos normales, no puede reponer. La conducta que ha provocado dicha situación resulta particularmente reprochable.

2º) *Segundo parámetro valorativo de las «circunstancias del caso»: los deberes jurídicos del infractor*. Si los deberes jurídicos que debía haber respetado el infractor le eran especialmente exigibles, entonces los daños punitivos impuestos por la sentencia extranjera, aunque resulten «excesivos», deben poder exigirse al responsable del daño. En tal sentido se ha pronunciado el TS español (ATS 13 noviembre 2001)⁶⁷ y también la jurisprudencia de otros Estados europeos (sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka*). Así, el TS ha hecho referencia expresa a la justicia de los daños punitivos impuestos por una sentencia extranjera cuando los deberes jurídicos que debía haber observado el infractor estaban perfectamente previstos «*en la propia norma materialmente aplicable*» y cuando dichos daños punitivos se han fundamentado en la «*la intencionalidad de la conducta del infractor*» (ATS 13 noviembre 2001). Con mayor detalle, puede afirmarse, como ya se ha examinado, que existe infracción de deberes jurídicos fundamentales por parte del infractor cuando se trata de deberes propios de los profesionales de un concreto sector comercial y también cuando se trata de deberes jurídicos básicos y fundamentales. El TS se ha referido, expresamente, a los deberes jurídicos esenciales exigibles a los operadores que intervienen en el mercado en una economía libre (ATS 13 noviembre 2001)⁶⁸.

derechos, y, por tanto, sin una finalidad estrictamente restitutoria y reparadora, para cuya fijación, en cambio, se tuvo en cuenta la intencionalidad de la conducta del infractor y su gravedad...».

⁶⁷ ATS 13 noviembre 2001: «*En cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista (...) especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares.*»

⁶⁸ ATS 13 noviembre 2001: «*Lo mismo cabe decir del pronunciamiento referido a la violación del derecho de marca de la mercantil de la que la aquí actora trae su derecho, pues el juicio de proporcionalidad que pueda hacerse sobre el triple de las cantidades correspondientes a los daños materiales efectivamente causados no puede desconectarse del hecho de su previsión legal, y, por tanto, de su origen en la propia norma materialmente aplicable, ni, especialmente, de la trascendencia de los intereses a cuya tutela y salvaguardia están notoriamente orientados en el marco de una economía de mercado, relevancia no estrictamente local, sino de general y universal apreciación en los Estados que participan de similares concepciones jurídicas, sociales y económicas.*»

3º) En consecuencia, si unos daños punitivos concedidos por sentencia extranjera son «excesivos» (= de muy elevada cuantía en el marco de los parámetros del Derecho español), y la conducta del infractor no reviste una gravedad evidente o los deberes del infractor no le eran especialmente exigibles, entonces deberá rechazarse el reconocimiento/*exequatur* de la sentencia extranjera en España por resultar contraria al orden público internacional español. La jurisprudencia de otros Estados europeos se ha movido con dificultad al manejar estos parámetros (*vid.* Sent. Corte appello Trento-Bolzano 16 agosto 2008 [sentencia dictada en Florida], Sent. Corte Cass. Italia 19 enero 2007 [daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia], Sent. Trib. Venezia 15 octubre 2001, Sent. Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009).

126. *Tercero. Test de vinculación espacial.* Si el supuesto no presenta un ligamen sustancial con España, el reconocimiento/*exequatur* en España de una sentencia extranjera que otorga *Punitive Damages* debe admitirse. Esta exigencia de «contacto estrecho con el orden jurídico del Estado requerido» (*Inlandsbeziehung*) ha sido exigida, para España, por el mismo TS, que ha señalado que «[e]n cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista (...) la relación que el asunto presenta con el foro (...)» (ATS 13 noviembre 2001). En idéntico sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia extranjera (Sent. Cass Francia 20 febrero 2007, *Cornelissen*, sentencia OLG Munich de 15 julio 1992)⁶⁹. En efecto, es justo y adecuado que una situación vinculada estrechamente con un Estado se juzgue y se decida con arreglo a la Ley de ese Estado. Si el supuesto aparece alejado de la esfera española, no hay razón para excluir la ejecución en España de una sentencia extranjera que acuerda el pago de daños punitivos mediante la invocación del orden público internacional «español». Es claro que, en estos supuestos, la estructura jurídica básica del Derecho de daños «español» no se hallará amenazada. La sentencia desplegará sus efectos fundamentales «fuera de España». De ese modo, la sentencia dictada por tribunales extranjeros en relación con tal situación y que concede *Punitive Damages*, no puede, *ex ipsa natura sua*, resultar contraria al orden público internacional «español». La sociedad española no se ve afectada por los daños punitivos impuestos en la sentencia de condena extranjera. Por esa razón, en tal supuesto, no debe activarse el orden público internacional «español» para impedir que se otorgue el reconocimiento/*exequatur* a la sentencia extranjera.

⁶⁹ Sentencia del OLG Munich de 15 julio 1992, *RIW*, 1993, pp. 70-71 [*exequatur* de sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992].

Por el contrario, si la sentencia extranjera que impone «daños punitivos excesivos» se refiere a un supuesto fáctico que muestra una «estrecha vinculación» con España, la ejecución de tal sentencia extranjera lesionará el orden público internacional español. En efecto, en tal supuesto, el sistema español de responsabilidad civil se verá amenazado de forma muy grave. Se producirá una «externalidad negativa» o «distorsión estructural» que dañará la coherencia jurídica del mercado español y de la sociedad española. Por ello, se tratará de un supuesto de daños localizado entera o sustancialmente en España, de modo que resulta justo que la ejecución de la sentencia extranjera respete los ejes cardinales del Derecho español de daños.

Este «test de vinculación espacial» resulta particularmente indicado en los casos de daños derivados de la comercialización de productos en el extranjero. Puede decirse que, en general, los daños punitivos impuestos por un tribunal extranjero en relación con conductas y actos realizados en un mercado extranjero y/o en el territorio de un Estado extranjero no repercuten en España ni en la ordenación jurídica básica del mercado español. Por dicha razón, tal sentencia debe poder ganar en España su reconocimiento/*exequatur*. Por el contrario, si la sentencia extranjera que ordena pagar daños punitivos excesivos se refiere a daños verificados en España derivados de productos adquiridos en España o a daños y actos ocurridos y realizados en el mercado español, puede afirmarse que la ejecución de tal sentencia en España vulneraría el orden público internacional «español», que es el que protegen tanto el art. 34.1 R.44/2001 como el art. 954.3 LEC 1881.

Por el contrario, y pese a lo que han indicado algunos autores⁷⁰, si ambos litigantes tienen su residencia en España pero el acto ha ocurrido en otro país y ha afectado a otro mercado, debe estimarse que la conexión estrecha con los «intereses públicos» españoles no se verifica. Tampoco concurre si el patrimonio del demandado condenado en otro país a pagar daños punitivos por actos ocurridos en ese otro país, se halla en España. En efecto, la *Inlandsbeziehung* o «conexión con el foro», protege la estructura del mercado del Estado requerido. Por ello, tal *Inlandsbeziehung* debe concretarse sólo cuando el mercado del Estado requerido se ve afectado por una condena extranjera al pago de daños punitivos, lo que sólo sucede si dicha condena tiene su origen en actos, conductas o comportamientos que han afectado al correcto funcionamiento del mercado del Estado requerido. La exigencia de *Inlandsbeziehung* es una «exigencia de protección de mercado».

⁷⁰ Es el caso de BACHMANN, B.: «Neue Rechtsentwicklungen bei punitive damages?», en B. BACHMANN Y OTROS (eds.), *Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tubinga, 2005, pp. 1-14.

Así, por ejemplo, si un turista español adquiere en Estados Unidos un producto de fabricación española y resulta dañado por el mismo, la empresa fabricante española puede haber sido condenada en los Estados Unidos de América a pagar daños punitivos. Si la víctima insta el reconocimiento/exequatur de dicha sentencia en España, lo cierto es que los intereses públicos españoles, reflejados en la necesidad de que el «mercado español» se rija por una regla firme y básica como es la regla de que la producción de un daño comporta la reparación integral del mismo pero no la imposición de «condenas punitivas», no se verían, en modo alguno, amenazados. Existirían, en tal caso, daños verificados en los Estados Unidos de América (= en el «mercado estadounidense») que supondrían el pago de daños punitivos. La ejecución en España de tal sentencia no pone en peligro la estabilidad e imperatividad del sistema español de Derecho de daños. No sería justo que una persona con residencia habitual en España pero que se desplaza a los Estados Unidos «a consumir» (= «consumidor activo»), víctima en los Estados Unidos de América de perjuicios derivados de productos fabricados y vendidos en dicho país no pudiera cobrar los daños punitivos contemplados en la Ley norteamericana. Se trata de conductas que afectan al mercado norteamericano y verificadas en los Estados Unidos de América, conductas y actos que deben enjuiciarse y castigarse, en su caso, con arreglo a la Ley de ese país. En tal caso, la estructura jurídica básica del mercado español, construida sobre el principio de «reparación exclusiva del daño integral», no resultaría afectada de ningún modo. De esa forma, igualmente, se impide que ciertas empresas «deslocalicen su sede» y la sitúen, junto con su patrimonio principal, en *Procedural Havens*, países cuyos tribunales se niegan a ejecutar sentencias que condenan al pago de daños punitivos dictadas en Estados que sí contemplan tales daños punitivos como castigos específicos por actos, conductas y comportamientos que han tenido lugar en dichos Estados y que afectan al mercado de tales Estados.

127. Un caso resuelto por la jurisprudencia italiana resulta revelador al respecto. Una empresa italiana comercializa cascos para motocicletas en los Estados Unidos y se aprovecha, así, de ese gran mercado. Posteriormente, se descubre que tales cascos presentan defectos de fabricación y debido a ello, un particular pierde el casco en un accidente ocurrido en Alabama, y desgraciadamente, fallece. Los herederos de la víctima demandan a la empresa fabricante italiana ante los jueces norteamericanos y éstos condenan a la firma demandada al pago de los daños y perjuicios irrogados a la víctima, así como al pago de una fuerte suma en concepto de «daños punitivos». La empresa italiana no tiene patrimonio en los Estados Unidos, razón por la que la sentencia de condena norteamericana no puede ejecutarse en ese país. Los demandantes herederos de la víctima solicitan el *exequatur* en Italia de la sentencia

de condena ante los jueces italianos. Resultaría profundamente injusto denegar tal *exequatur* en Italia y ello por tres razones. *Primera*: las empresas norteamericanas que compiten en el mercado estadounidense de los cascos para motocicletas con la firma fabricante italiana, compiten con ésta en una llamativa «inferioridad de condiciones legales». En efecto, en el caso de defectos en sus cascos, tales empresas norteamericanas pueden ser condenadas al pago de daños punitivos y deben pagarlos, pero la empresa italiana puede evitar su pago si los tribunales italianos rechazan el *exequatur* en Italia de la sentencia norteamericana. *Segunda*: se fomenta la deslocalización fraudulenta y desleal del mercado de fabricación de los productos. En efecto, una empresa italiana le basta con situar sus fábricas y su patrimonio en Italia para comercializar sus casos para motocicletas en los Estados Unidos pero no responder, en su caso, por daños punitivos. Si Italia niega el *exequatur* a las sentencias norteamericanas que condenan a empresas italianas al pago de daños punitivos por lesiones producidas en los Estados Unidos y derivadas de productos allí comercializados, se incita a esta «deslocalización comercial internacional desleal». No es de extrañar que, si es ése el caso, los Estados Unidos apliquen una política comercial nacionalista cerrada, muy restrictiva contra los productos fabricados por empresas extranjeras. El mercado norteamericano es nacionalista y cerrado pero eso no es una casualidad. Es un arma legítima de política comercial internacional. *Tercera*: el consumidor que adquiere productos en los Estados Unidos y que cree estar protegido por la legislación que, en su caso, ordena pagar daños punitivos como consecuencia de las lesiones graves que pueden derivarse de los productos comercializados en los Estados Unidos, ve frustradas sus legítimas expectativas jurídicas cuando el producto ha sido fabricado en un país extranjero, Italia, en el que no se otorga ejecución a las sentencias norteamericanas que condenan al pago de daños punitivos⁷¹.

128. En consecuencia, si el caso del que trae causa la condena judicial extranjera al pago de daños punitivos está razonablemente vinculado con el Estado cuyos tribunales han dictado tal sentencia de condena, ésta supera el «test de vinculación espacial». En tal supuesto, la sentencia debe poder obtener su reconocimiento/*exequatur* en España. Es el caso de daños punitivos concedidos por sentencias extranjeras como resultado de daños verificados en el extranjero por productos vendidos o servicios prestados en el extranjero. Por el contrario, si la sentencia extranjera de condena al pago de daños punitivos es consecuencia de daños verificados en España o de conductas, comportamientos y actos ocurridos que afectan al mercado español, la sentencia no superará el

⁷¹ Vid. Sent. Corte Cass. Italia 19 enero 2007 [daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia], y Sent. Trib. Venezia 15 octubre 2001, de la que trae causa la primera. Ambas muy bien comentadas por D'ALESSANDRO, *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pp. 384 ss.

«test de vinculación espacial» con el Estado de origen de la sentencia. En dicho caso, el reconocimiento/*exequatur* de tal sentencia en España debe denegarse, por infracción del orden público internacional español. En tal supuesto, dicho orden público internacional debe intervenir para proteger la estructura jurídica fundamental del mercado español, en la que los *Punitive Damages* no existen como mecanismo general de castigo de los comportamientos en el mercado. No sería justo, en tal supuesto, que la víctima norteamericana de daños derivados de productos fabricados y vendidos en España pudiera ejecutar en España una sentencia de condena al pago de daños punitivos ante los jueces norteamericanos. En ese caso, la estructura jurídica primordial del mercado español, construida sobre el principio de «reparación exclusiva del daño integral», resultaría seriamente dañada, lo que constituiría un resultado inadmisibles.

5.4. Ejecución de la sentencia extranjera en sus propios términos

129. En los supuestos en los que se solicita en España el *exequatur* de una sentencia extranjera que concede unos daños punitivos, caben diversas posibilidades en cuanto a la «extensión objetiva» de dicho *exequatur*.

1º) El juez español puede conceder un reconocimiento y/o *exequatur* parcial, esto es, que cubre sólo ciertos pronunciamientos de condena contenidos en la sentencia extranjera. El reconocimiento y/o *exequatur* parcial puede solicitarse por el demandante o acordarse de oficio (AAP Murcia 2 julio 2007 [*exequatur* parcial de sentencia norteamericana de divorcio], JUR 2008, 43253). Esta posibilidad es factible cuando en la sentencia extranjera que condena al pago de daños punitivos se diferencian, con claridad, las cantidades que procede abonar en concepto de daños y perjuicios «reparatorios», «costas» y, en su caso, daños punitivos.

2º) Ahora bien, cuando lo anterior no es posible porque la sentencia extranjera condena al pago de una cantidad global en la que no se diferencia qué montante corresponde a los daños y perjuicios «reparatorios», a las «costas» y, en su caso, a los daños punitivos, se plantea un problema de envergadura notable. Surge, en efecto, la duda de saber si el juez español puede, en el caso de daños punitivos contrarios al orden público internacional español, alterar los términos de la sentencia extranjera y otorgar *exequatur* en España a la sentencia extranjera pero sólo por una cantidad determinada que dicho juez español estime que corresponde a los «daños y perjuicios reparatorios». Visto que el principio general del sistema español de Derecho internacional privado en lo relativo a la validez extraterritorial de decisiones se orienta a la «libre circulación internacional de sentencias», debería permitirse que el juez llevara

a cabo dicha «operación de reducción cuantitativa». De ese modo, la sentencia podría obtener un *exequatur* parcial en España.

3º) El juez español no puede conceder un reconocimiento y/o *exequatur* a una sentencia que ordena el pago de una concreta cantidad en concepto de daños punitivos y proceder, al mismo tiempo, a una «reducción cuantitativa» de estos daños punitivos porque le parecen inadecuados, excesivos o improcedentes. La sentencia debe reconocerse y/o *exequaturizarse* en sus propios términos. El juez español no está autorizado a alterar los «términos originales» de la sentencia extranjera⁷². Este criterio permite la continuidad espacial de las sentencias entre distintos países (= es la misma sentencia la que debe cumplirse, en su caso, en varios países).

130. En lo que se refiere a la ejecución material del fallo contenido en una sentencia extranjera que concede daños punitivos, cabe subrayar que el art. 18.2 LOPJ es aplicable a todas las sentencias extranjeras que han ganado el *exequatur* en España. Por tanto, la sentencia extranjera previamente *exequaturizada* en España se ejecutará en España «en sus propios términos» (AAP Madrid 5 julio 2011 [sentencia de alimentos dictada en Colombia] JUR 2011, 287307, AAP Baleares 9 junio 2009 [medidas cautelares *Freezing Order* acordadas en el Reino Unido] JUR 2009, 439908, AAP Baleares 13 noviembre 2006) [sentencia de divorcio dictada en China], JUR 2007, 46062). No es relevante que la sentencia extranjera *exequaturizada* en España ordene actividades que no se contemplan en la Ley española: se cumplirá en sus propios términos (AAP Madrid 24 marzo 2009 [*exequatur* de sentencia brasileña que ordena pagar pensión de alimentos calculada mediante porcentaje], JUR 2009, 233661). Esta doctrina es perfectamente aplicable a las sentencias extranjeras que ordenan el pago de los daños punitivos.

131. En consecuencia, en los supuestos en los que se ha otorgado en España el *exequatur* de una sentencia extranjera que concede unos daños punitivos, el juez español competente para la ejecución de la misma no puede alterar el montante de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

Daños punitivos y Derecho internacional privado

D'ALESSANDRO, E.: Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia, *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pp. 384 ss.

⁷² BOSKOVIC, *JDI Clunet*, 2011, pp. 614-622, esp. p. 621.

- DE ANGEL YAGUEZ, R.: Daños punitivos, Madrid, Thomson, 2012.
- BOSKOVIC, O.: La réparation du préjudice en droit international privé, LGDJ, 2003, París, 2003.
- BOSKOVIC, O.: Nota a Sent. Cour Cassation (Francia) 1 diciembre 2010, *JDI Clunet*, 2011, pp. 614-622.
- BROCKMEIER, D.: Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public. Tübingen. Mohr Siebeck, 1999.
- BROOKE, SIR HENRY.: A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages, en HELMUT KOZIOL/VANESSA WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, Vol. 25, Edited by the Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, SpringerWienNewYork, Vienna, 2009, pp. 1-8.
- CAVALIER, G./QUÉGUINER, J.-S.: Punitive Damages and French Public Policy, octubre 2007 (en <http://hal.inria.fr/>).
- COESTER-WALTJEN, D.: Deutsches internationales Zivilverfahrensrecht und die punitive damages nach U.S.-amerikanischem Recht, en A. HELDRICH/T. KONO (eds.), *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 1994, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1994, pp. 15-34.
- CRESPI REGHIZZI, Z.: Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages, *RDIPP*, 2002, pp. 977-990.
- DERAINS, Y.: Intérêts moratoires, dommages-intérêts en droit international privé, *Études offertes à Bellet*, 1991, pp. 101-121.
- DIAGO DIAGO, P.: *Las Cartas de Patrocinio en los Negocios Internacionales. Estudio jurídico*, 2012.
- DROLSHAMMER, J./SCHÄRER, H.: Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei Vollstreckung eines US-amerikanischen 'punitive-damage-Urteils', *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1986, pp. 309-318.
- GUANZIROLI, J.E.: Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el Derecho ambiental argentino, en http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/23/06_reflexiones_sobre_la_posibilidad.html.
- LICARI, F.-X.: Nota a Sent Cour d'appel Poitiers 26 febrero 2009 (punitive damages), *JDI Clunet*, 2010, pp. 1221-1263.
- MORSE, R.: Accidents, damages and the English Conflict of Laws, Three cases and a question, *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, Munich, 2004, pp. 593-613.
- PANTALEÓN, F.: La importación de frigoríficos jurídicos, *Diario El País*, 18 julio 1999.

- PARDOLESI, R.: Danni punitivi: frustrazione da «vorrei, ma non posso»? Rivista critica del diritto privato, 2007, pp. 341 ss.
- REINHARD, J.: Philip Morris v. Williams – eine neue Leitentscheidung des US Supreme Court zu den punitive damages im US amerikanischen Recht, IPRax, 2008, pp. 49-52.
- REGLERO CAMPOS, L.F.: Conceptos generales y elementos de delimitación, en L.F. REGLERO CAMPOS (coord.), Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi, Navarra, 4ª ed., 2009, esp. pp. 69-90.
- REQUEJO ISIDRO, M.: Violación de acuerdos de elección de foro y derecho a indemnización: Estado de la cuestión, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 17, 2009.
- REQUEJO ISIDRO, M.: Punitive damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965, REDI, 1996-II, pp. 71-98.
- REQUEJO ISIDRO, M.: Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin del ATS?, Indret.com, julio 2011.
- REQUEJO ISIDRO, M.: Punitive damages from a Private International Law perspective, en HELMUT KOZIOL/VANESSA WILCOX (eds.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law, Vol. 25, Edited by the Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, SpringerWienNewYork, Vienna, 2009, pp. 237-246.
- RUÍZ GARCÍA, J.A.: Otra Vuelta de Tuerca a los daños punitivos (Philip Morris v. Williams, tras la estela de State Farm v. Campbell y BMW v. Gore), InDret, nº 3, 2007.
- SALVADOR CORDECH, P.: Punitive Damages, Indret, septiembre 2001.
- SALVADOR CODERCH, P.: Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras, www.indret.com, Working Paper nº: 135, Barcelona, abril de 2003.
- RUSTAD, M. L.: The Closing of Punitive Damages' Iron Cage, Loyola Los Angeles Law Review, 2005, pp. 1297-1420.
- SARAVALLE, A.: I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali, RDIPP, 1993, pp. 867-892.
- SHARKEY, C.: Punitive Damages as Societal Damages, Yale Law Journal, 2003, n.113, pp. 347-364.
- STIEFEL, E.C./STÜRNER, R./STADLER, A.: The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damages Awards in Germany, AJCL, 1991, pp. 779-809.
- SYMEONIDES, S.: Resolving Punitive-Damages Conflicts, Yearbook of Private International Law, 2003, pp. 1 ss.