

EL LITISCONSORCIO PASIVO, LA VALIDEZ DE LA SUMISIÓN
EXPRESA Y LA NOCIÓN DE MATERIA CONTRACTUAL EN EL
SECTOR FINANCIERO: NOTA A LA STJUE DE 20 DE ABRIL DE 2016

JOINDER OF DEFENDANTS, LEGALITY OF A CHOICE-OF-COURT
AGREEMENT AND THE CONCEPT OF MATTERS RELATING TO
A CONTRACT IN THE FINANCIAL AREA: COMMENTARY TO ECJR
20 APRIL 2016

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Prof. visitante lector de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 12.07.2016 / 21.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3264>

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en su sentencia de 20 de abril de 2016 sobre tres de los artículos más controvertidos en la aplicación del Reglamento 44/2001 (actual Reglamento Bruselas I bis). Estas cuestiones son planteadas al Tribunal de Justicia por la Corte de Casación italiana en torno a un procedimiento en materia financiera. El tribunal italiano solicita que se le aclaren básicamente tres aspectos: 1) si el art. 6.1 del Reglamento 44/2001(actual art. 8.1 RBI-bis) debe ser aplicado restrictivamente sólo en el caso de riesgo de resoluciones inconciliables o puede ser utilizado cuando procesalmente convenga al demandante aunar demandas ante un único tribunal; 2) si una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro recogida en un folleto de emisión de títulos de crédito cumple con los criterios exigidos por el art. 23 del Reglamento Bruselas I. Es más, cabría oponer dicha cláusula recogida en el folleto de emisión a un tercero que adquiere los bonos en el mercado secundario; 3) si una acción judicial dirigida a anular un contrato es “materia contractual” en el sentido del art. 5.1.a R.44/2001(actual art. 7.1.a) RBI-bis).

Palabras clave: competencia judicial internacional, conexión entre demandas, resoluciones inconciliables, sumisión expresa, materia contractual, usos del comercio internacional, bonos ligados a riesgo de crédito.

Abstract: The European Court of Justice has hold in its resolution of 20 April 2016 about three of the most difficult articles to enforce Brussels I Regulation. These questions are formulated by the Italian High Court regarding a financial issue process. The Italian court asked basically about these questions: 1) if art. 6.1 BI can be used in every case the defendant consider it is interesting to join claims or only when there is a risk of irreconcilable judgments; 2) if an agreement conferring jurisdiction is legal according to art. 23 RBI when it is inserted in the prospectus created unilaterally by a bond issuer; 3) if an action addressed to void a contract could be understood as “matters relating to a contract” according to art. 5.1. A) BI.

Keywords: international jurisdiction, related actions, irreconcilable judgments, choice-of-court agreement, matters relating to a contract, usage in international trade, credit linked notes.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. Hechos. III. Los problemas jurídicos y sus soluciones. 1. El foro de vinculación procesal del art. 6.1 del RBI: ¿Mera oportunidad o necesidad de resoluciones inconciliables? A. El estado de la cuestión en el Reglamento Bruselas I/Bruselas I-bis. B. Problema Jurídico. C. La solución del TJUE. 2. La validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos. A) Aproximación inicial. B) El problema jurídico. C) Su solución. 3. La anulación de un contrato y la restitución del precio como “material contractual” para el art. 5.1.a) RBI. A) Estado de la cuestión y su problemática jurídica. C. La Solución del TJUE.

I. Aproximación inicial

1. El objeto del siguiente trabajo es realizar un comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2016, C-366/13, planteada por *la Corte Suprema di Cassazione italiana*¹. El asunto versa sobre dos demandas interpuestas por compañía italiana (*Profit*) ante tribunales italianos en las que solicita de un lado, la nulidad de un contrato de compra de bonos financieros que adquirió en el mercado secundario y la restitución de las cantidades pagadas contra *Commerzbank* (entidad bancaria alemana) y *Redi* (sociedad inglesa), de otro, reclama daños y perjuicios a su filial (*Profit Holding*) por haberla embarcado en operaciones que la han llevado a la liquidación.

2. Antes de resolver sobre el fondo del asunto, el tribunal italiano necesita resolver su propia competencia, ya que los demandados una de las cuestiones que plantean es la validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en el “folleto de emisión” de los bonos a favor de tribunales ingleses. De este modo, el TJUE, debe básicamente resolver sobre la validez de dicha cláusula de prórroga de competencia, sobre la posibilidad de un litisconsorcio pasivo debido a la pluralidad de demandados y en relación a la noción de materia contractual de acuerdo al art. 5.1.a) del *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, RBI)².

II. Hechos

3. Los hechos que dan lugar al presente litigio podrían quedar resumidos en lo siguiente: en la primavera de 2004, un banco de negocios alemán, *Commerzbank*, emitió unos bonos ligados a riesgo de crédito³. Estos bonos también conocidos como *bonos indexados a un riesgo de crédito* o *credit linked notes* fueron emitidos en el marco de un programa de emisión que podía emitir bonos hasta un importe de 4.000 millones de euros.

4. La base legal y económica de estos bonos quedaba regulada en un documento denominado “folleto de emisión”. En dicho documento, además de recoger las condiciones de emisión de los bonos, se establecía una cláusula de competencia. Es decir, en dicho folleto de emisión se atribuía competencia judicial internacional a los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio derivado de los títulos o que tuvieran alguna vinculación con los mismos.

5. Después de la emisión, los bonos fluyeron por mercados financieros primarios y secundarios, las personas físicas y jurídicas relacionadas con los bonos se fueron sucediendo, por lo que las controversias no tardaron en aparecer. En concreto la que a continuación se recoge:

En octubre de 2004, de acuerdo al programa de emisión, *Commerzbank* comercializó bonos por un valor de 2.300.000 euros y se vincularon a la empresa *E3*, con sede social en Luxemburgo.

Ese mismo mes, *Profit*, con sede social en Italia, adquiere a través de un intermediario financiero —*Redi*, con sede social en Reino Unido— bonos por valor de 1.100.000 euros. Del mismo modo lo hizo *Profit Holding*, matriz de *Profit*, también con sede social en Italia- que adquirió bonos por valor de 1.200.000 euros.

¹ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

² DO L 12, de 16 de enero de 2001.

³ Los bonos ligados a riesgo de crédito son instrumentos financieros derivados. Es decir, el valor de los títulos se deriva de la evolución de los precios de otro activo, denominado “activo subyacente”. Éste activo podría ser una acción, una cesta de acciones, materia primas o una renta fija como es el caso de los bonos que dan lugar al asunto objeto de comentario. Este tipo de títulos, los *credit linked notes*, están referenciados a un índice, de este modo, el rendimiento financiero del bono se vincula a la evolución de una determinada magnitud macroeconómica. Para un mayor detalle sobre el Derecho financiero y estos instrumentos financieros en particular *vid.* T. BONNEAU/F.DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3ª ed, Economica, Paris, 2010; P.DERLEDER/K.O.KNOPS/H.G. BAMBERGER, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2ª ed., Springer, 2008, Springer; F. ZUNZUNEGUI PASTOR, *Derecho del mercado financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005.

Llegado el momento de la ejecución de las obligaciones, o lo que es lo mismo, del pago de un tramo de intereses, E3 no cumple y se declara insolvente. Estos hechos obligaron a *Commerzbank* a cancelar los *credit linked notes* y a entregar a *Profit* los títulos correspondientes de E3. Esta situación puso a *Profit* entre las cuerdas, ya que la sociedad tuvo que liquidarse forzosamente.

6. Ante estos acontecimientos, *Profit* interpuso dos demandas ante tribunales italianos, en concreto ante los tribunales de Milán. La primera de ellas dirigida contra *Commerzbank*, su matriz *Profit Holding*, dos personas del consejo de dirección de esta última, *Redi*, E3 y un socio de ésta. En base a los hechos acaecidos, *Profit* pretende que se declare nula la operación que dio lugar a la adquisición de los bonos para que así le restituyan el importe abonado.

La segunda demanda iba dirigida de forma solidaria contra *Redi*, los máximos responsables de *Profit Holding* y el Sr. Fiore, socio de E3. Esta demanda solicitaba la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de no haber cumplido con los principios de buena gestión empresarial (art. 2497 CC italiano) y haber llevado a cabo transacciones que han acabado en un daño injustificado para *Profit*.

7. Como consecuencia de que las demandas se interpusieron en Italia, *Commerzbank* junto con el Sr. Ossi, miembro del Consejo de Administración de *Profit Holding*, impugnaron la competencia del tribunal italiano. Esto dio lugar a que la *Corte Suprema di Cassazione* tuviera que decidir sobre el conflicto de competencia, pero en el curso de dicha misión se le plantearon tres cuestiones relativas al RBI que necesitaba que el Tribunal de Justicia le aclarase antes de resolver.

8. El problema jurídico que plantea este asunto no es otro que de competencia judicial internacional. El alto tribunal italiano tiene claro que es competente para conocer de la acción por daños y perjuicios contra *Profit Holding*, el Sr. Ossi —Director General de *Profit Holding*—, el Sr. Magli —miembro del Consejo de Administración de *Profit Holding*— ya que el domicilio de todos ellos se encuentra en Italia. El problema surge respecto a la demanda que tiene como fin anular las operaciones que dieron lugar a la adquisición de los bonos ya que va dirigida contra *Redi* y *Commerzbank*, ambas sociedades domiciliadas fuera de Italia. Así, para poder resolver el conflicto de competencia necesitaba resolver previamente varias cuestiones:

9. 1º) Debido a la interposición de dos demandas, es necesario determinar si existe una relación estrecha entre ambas en el sentido del art. 6.1 del RBI. Esta cuestión es importante para el tribunal italiano, ya que en el caso de que dicha relación entre ambas acciones existiera, el tribunal italiano que se declarara competente para conocer de la indemnización por daños y perjuicios también podría declararse competente para conocer de la acción que persigue la nulidad de las operaciones y la restitución del precio pagado por los bonos. Esta cuestión que se plantea el tribunal italiano no es otra que sí en virtud de los datos del caso sería posible la activación del foro especial de vinculación procesal del art. 6.1 RBI para que así un tribunal italiano pueda conocer de ambas demandas en único proceso.

10. 2º) La segunda cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es en relación a la cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales ingleses recogida en el folleto de emisión de los bonos. El tribunal italiano quiere saber: a) si el requisito de forma escrita exigido por el art. 23.1.a) RBI se cumple; b) si puede oponerse dicha cláusula de sumisión a *Profit*, tercero que adquirió los bonos en el mercado secundario; c) si se podría entender que dicha forma se adapta a los “usos del comercio internacional” de acuerdo a lo establecido en el art. 23.1.c) RBI. En definitiva, el tribunal italiano se pregunta por la validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos.

11. 3º) La tercera cuestión íntimamente relacionada con las anteriores solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si la acción de nulidad y restitución de los importes abonados puede considerarse “material contractual” en el sentido del art. 5.1.a) RBI.

III. Los problemas jurídicos y sus soluciones

1. El foro de vinculación procesal del art. 6.1 del RBI: ¿Mera oportunidad o necesidad de resoluciones inconciliables?

A) El estado de la cuestión en el Reglamento Bruselas I/Bruselas I-bis

12. El art. 6.1 del R. 44/2001 es la norma de competencia judicial internacional que permite aunar demandas contra varios demandados en un único Estado⁴. Este foro actualmente recogido en el art. 8.1 del *Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, RBI-bis)⁵, permite al actor que tiene pensado interponer varias demandas contra diferentes demandados interponer una única acción contra todos ellos ante un único tribunal, el del domicilio de cualquiera de ellos⁶. Este foro no permite otra cosa que llevar a cabo un litisconsorcio pasivo. Se podría decir que este foro ha resultado vinculado especialmente a determinadas materias como las que tienen relación con los mercados financieros⁷ y los derechos de propiedad industrial e intelectual⁸. Las notas características de este foro son las que siguen:

- a) *Foro especial*. Este foro está en la categoría de los denominados especiales por razón de la materia. Así, decaería ante pacto de sumisión expresa válido⁹.
- b) *Foro opcional*. La elección de agrupación de demandas ante un único tribunal no es una obligación para el demandante, es una alternativa más que ofrece el Reglamento. El hecho de que puedan existir resoluciones inconciliables es el precio a pagar debido a las diferencias que existen entre los derechos materiales de los Estados miembros¹⁰.
- c) *Las demandas y los demandados deben guardar vinculación entre sí*. Las demandas deben estar vinculadas, deben tener conexión. Según el TJUE tal vinculación entre demandas existe cuando es necesario tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo, ya que de lo contrario, se podría dar lugar a resoluciones inconciliables¹¹. Dicha relación estrecha debe apreciarse en un momento procesal concreto, al interponer las acciones¹². Es decir, la aplicación del art. 6.1 RBI/art. 8.1 RBI-bis es restrictiva, está condicionada a la conexión entre las demandas y también conexión entre los demandados. Es decir, entre los demandados debe existir una vinculación

⁴ Sobre el art. 6 RBI/art. 8 RBI-bis *vid.*, sin carácter exhaustivo: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. I, décimo cuarta ed., 2014, pp. 249-252; *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 290-294; E. D'ALESSANDRO, *La connessione Tra Controversie Transnazionali*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2009; P. MANKOWSKI, "Verdrängt das europäische Internationale Arbeitsprozessrecht (Art. 18(2)1 EuGVVO) auch den Gerichtsstand der Streitgenossenschaft aus Art. 6 Nr.1 EuGVVO?", *euZA*, 2008, pp. 104 y ss.; H. MUIR WATT, "Article 8", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 369-405; M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 211-216.

⁵ DOUE L 351/1, de 20 de noviembre de 2012.

⁶ STJCE de 27 de septiembre de 1998, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565; STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319.

⁷ STJUE de 16 de mayo de 2013, *Melzer*, C-288/11, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 39.

⁸ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319; STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798.

⁹ STJCE de 9 de noviembre de 1978, *Meeth*, as. 23/78, *Rec.* 1978, p. 00597, apartado 5.

¹⁰ *Vid.* H. MUIR WATT, "Article 8", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 373.

¹¹ STJCE de 27 de septiembre de 1998, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 12.

¹² STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 54. Si el demandado cambiara su domicilio a lo largo del procedimiento sería indiferente en lo que al art.6 RBI/art.8 RBI-bis respecta. Se sigue la regla de *perpetuatio jurisdictionis*. Lo relevante es que el demandado esté domiciliado en dicho Estado al momento de interponer la demanda, es irrelevante si lo está antes o después. La fijación del momento procesal oportuno en el que deben apreciar aspectos como el domicilio del demandado evita, *ad ex.*, la posibilidad de huir de una jurisdicción por el simple hecho de cambiar el domicilio.

jurídica previa. Esta conexión entre los demandados les permite prever la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio de cualquiera de los demandados¹³.

En principio, las demandas no guardan conexión entre sí en el sentido del art. 6 RBI/art. 8 RBI-bis si el Derecho aplicable a los asuntos no coincide, con independencia de que las demandas compartan el mismo objeto y los hechos en los que se basan coincidan¹⁴. Esta situación puede darse en los asuntos en los que se reclama la violación de un derecho de patente en diferentes Estados miembros¹⁵. No obstante, el TJUE ha ido modulando su postura a una menos estricta manteniendo que la aplicación de Leyes diferentes en las distintas pretensiones jurídicas no debe ser *per se* un impedimento para la aplicación del art. 6.1 RBI/art. 8.1 RBI-bis¹⁶. En esa línea, el TJUE también ha afirmado que el hecho de que las demandas presentadas se basen en diferentes fundamentos jurídicos no impide apreciar la conexión que exige el art. 6.1 RBI/art. 8 RBI-bis¹⁷.

- d) *Domicilio de todos los demandados en Estados miembros*. Los demandados deben estar domiciliados en un Estado miembro del Reglamento. En el caso de que alguno carezca de domicilio no es posible activar el foro de vinculación procesal en relación a ese demandado¹⁸. Eso sí, no hay jerarquía entre los domicilios de los demandados, el art. 6.1 RBI/art.8.1 RBI-bis se puede activar en base a cualquier domicilio. Para algunos autores que no haya diferencias entre los domicilios podría dar lugar a fraudes, ya que se podría atraer a una jurisdicción en base a “asuntos menores” demandas que no interesa que sean juzgadas en determinados Estados, que es en realidad donde deberían sustanciarse¹⁹.
- e) *El Derecho procesal del Estado miembro que conoce del asunto es el que determina la existencia de litisconsorcio pasivo*. En el caso de España, se deberá atender a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, el Reglamento Bruselas I, del mismo modo que el RBI-bis, dejan al Derecho procesal de los Estados miembros que determine cuándo según su normativa procesal puede entenderse que existe litisconsorcio pasivo necesario o voluntario, el momento procesal en el que se debe fijar dicha pluralidad o las formas de comparecer y contestar de los demandados²⁰. Pero cuidado, esto no quiere decir que el art. 6.1 del RBI/ art. 8 RBI-bis, dependa para su aplicación de las normas nacionales de los Estados miembros. El TJUE ha sostenido que el art. 6.1 no remite expresamente a ninguna norma nacional, por lo tanto ningún requisito de las Leyes nacionales de los Estados miembros supedita su aplicación²¹. Esta posición puede tener la siguiente consecuencia: el art. 6.1 RBI/art.8 RBI-bis se puede utilizar incluso en los casos en los que la demanda inicial es declarada inadmisibles por las normas nacionales²².

13. En definitiva, el art. 6.1 RBI/art.8.1 RBI-bis es una solución *ex ante* a la conexión que puede existir entre litigios. El Reglamento soluciona de forma diferente la conexión en función de la fase pro-

¹³ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 81.

¹⁴ STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne*, C-539/03, *Rec.* 2006, p. 5635, apartados 29-31.

¹⁵ Algunos tribunales nacionales no lo han entendido del mismo modo que el Tribunal de Justicia y han considerado que en los casos que afectan a derechos de propiedad industrial e intelectual hay que tener una visión más flexible sobre la conexión entre demandas. Así, han entendido que las demandas puede guardar conexión cuando están basadas en los mismos hechos a pesar de que existan diferencias tanto en el Derecho aplicable como en la base legal en la que se sustenta el asunto. *Ad ex.* sentencia francesa de la Cass. Com 26 février 2013, *Pucci*, nº11-27.139. *Vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 385-388.

¹⁶ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, apartado 41; STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, apartados 80-84.

¹⁷ STJCE de 11 de octubre de 2007, *Freeport*, C-90/06, *Rec.* 2007, p. I-08319, apartado 38.

¹⁸ STJUE de 11 de abril de 2013, *Land Berlin*, ECLI:EU:C:2013:228, apartados 55 y 56.

¹⁹ *Vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, p. 383.

²⁰ *Vid.* al respecto, M.VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 216.

²¹ STJCE de 13 de julio de 2006, *Reisch Montage AG*, C-103/05, *Rec.* 2006, p.06827, apartado 27.

²² *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 293.

cesal²³. Así, el citado artículo 6 RBI/art. 8 RBI-bis representaría el primer estadio, pero hay otros, como cuando ya existen dos litigios pendientes en dos tribunales de dos estados miembros diferentes entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa. En este caso serán las reglas de litispendencia y de conexidad las que entren en juego (arts.29 y ss. RBI-bis). Ya en una fase posterior, con el proceso acabado, la sombra de la conexión entre demandas vuelve aparecer como “motivo de rechazo del reconocimiento” si existen dos sentencias, entre las mismas partes, y se pretende el reconocimiento de una sentencia posterior en un Estado miembro que ya dictó otra entre las partes con anterioridad a la que se pretende reconocer (art. 45.1.d) RBI-bis).

B) Problema jurídico

14. El problema jurídico que se plantea en este asunto en relación al art. 6.1 del citado Reglamento es que la empresa italiana, *Profit*, interpuso dos demandas ante dos tribunales italianos diferentes. Dichas demandas tenían objetivos diferentes. La primera dirigida contra *Commerzbank* (banco domiciliado en Alemania) y *Redi* (empresa domiciliada en Inglaterra) pretendía la nulidad de las operaciones y la restitución del precio, mientras que la otra, dirigida contra *Profit Holding* (matriz domiciliada en Italia), pedía el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la mala administración de esta última.

15. La estimación de un foro de vinculación procesal para sustanciar ambas demandas bajo un único proceso implicaría que el tribunal italiano del domicilio de uno de los demandados en Italia, *ad ex.*, *Profit Holding*, podría conocer de también de la demanda de nulidad contra demandados domiciliados fuera de Italia.

16. Esta cuestión prejudicial es planteada por el tribunal italiano porque considera que el resultado de la demanda de nulidad y restitución podría afectar en la valoración de los daños y perjuicios que *Profit* reclama a su matriz por la mala administración realizada. Así, el tribunal nacional quiere saber si la activación del foro especial de vinculación procesal del art. 6.1 de. RBI se basa en un criterio de “mera oportunidad” o en un criterio más riguroso basado en el “riesgo de resoluciones inconciliables”.

C) La solución del TJUE

17. EL TJUE justifica la existencia del art. 6.1 del RBI en el principio de buena administración de justicia, como ya había realizado en asuntos anteriores²⁴. Así, en atención a esta máxima del Tribunal, este foro tiene el fin de evitar procedimientos paralelos que pueden llevar a resoluciones inconciliables²⁵. No obstante, el propio TJUE reconoce que este foro es una excepción a la regla general de que el tribunal competente debe ser el del domicilio del demandado. Por esa razón, se debe aplicar con carácter restrictivo. Es decir, no puede aplicarse más allá de los supuestos contemplados por el propio Reglamento 44/2001²⁶. La razón es que se debe evitar un uso fraudulento de este foro. Por eso no sería posible activarlo: (1) si ninguno de los demandados está domiciliado en ese Estado miembro, o (2) los demandados están domiciliados en terceros Estados. De este modo, una vez que el tribunal nacional comprueba que al menos uno de los demandados está domicilio en dicho Estado, debe analizar también si existe conexión entre ambas demandas. Pero no basta con una mera vinculación entre sí, es necesario que de dicha relación exista riesgo de resoluciones inconciliables. La razón de la aplicación restrictiva del art. 6.1 RBI/ art. 8.1 RBI-bis

²³ Sobre este particular *vid.* H. MUIR WATT, “Article 8”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 376-378.

²⁴ STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, apartado 77; STJUE de 12 de julio de 2012, *Solvay*, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445, apartado 19.

²⁵ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 23.

²⁶ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 63; STJUE de 12 de julio de 2012, *Solvay*, C-616/10, ECLI:EU:C:2012:445, apartado 21.

18. El Abogado General Bot reconoce en sus conclusiones que son las circunstancias de cada caso lo que determina si dicha conexión existe entre las demandas²⁷. Ahí, por tanto, reside la dificultad de trazar una línea clara y evidente que identifique en qué supuestos existe tal conexión entre demandas.

19. Aun así, el TJUE siguiendo lo establecido en asuntos previos ha sostenido que para la aplicación del art. 6.1 del R.44/2001 es necesario una relación o conexión entre las demandas que pueda ocasionar divergencias a la hora de solucionar los litigios. Pero no cualquier divergencia, sino aquellas que se basen en la misma situación de hecho y de derecho²⁸.

20. En el caso concreto que nos ocupa, el TJUE se apoya en lo sostenido por el Abogado General Bot en sus conclusiones²⁹. Ambos coinciden que hay diferencias de hecho y de derecho entre las dos demandas presentadas. Una es de daños y perjuicios y la otra de nulidad de un contrato. Estas diferencias en el objeto de las acciones hace que los resultados de las mismas vayan a ser independientes. De este modo, no existe riesgo de resoluciones inconciliables. Por lo tanto, en atención a la aplicación restrictiva del art. 6.1 RBI, la mera oportunidad de sustanciar dos procesos en uno solo en base a que uno puede influir en el resultado del otro no es suficiente para calificar las resoluciones de inconciliables y que así resulte de aplicación el citado foro.

2. La validez de una cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión de bonos

A) Aproximación inicial

21. El art. 23 del RBI es la norma que permite a las partes de una relación contractual atribuir libremente de forma expresa competencia jurisdiccional a los tribunales de un Estado miembro³⁰. Desde el 10 de enero del 2015, es el art. 25 del RBI-bis la norma que se encarga de regular los pactos de sumisión expresa sustituyendo al art. 23 del R.44/2001³¹.

22. El art. 23 RBI/ art. 25 RBI-bis ofrece amplia libertad a las partes para que en base a una relación jurídica determinada acuerden que la controversia(s) que pudiera surgir entre ellas se someta

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 94.

²⁸ STJCE de 13 de julio de 2006, Roche Nederland y otros, C-539/03, apartado 26.

²⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartados 88-101.

³⁰ Sobre el art. 23 del RBI/art. 25 RBI-bis, *vid.* entre la abundante doctrina, J. BASEDOW, "Exclusive choice-of-Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", en *Essays in honour of Michael Bogdan*, 2013, pp. 15-31; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "The Application of the Brussels I Regulation to Defendants Domiciled in Third States: From the EGPII to the Commission Proposal", en E. LEIN (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 57 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimocuarta ed., Comares, Granada, 2014, pp. 217-235; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 245-272; U. MAGNUS, "Article 23", U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd revised edition, Selp, Munich, 2012, pp. 436-514; U. MAGNUS, "ARTICLE 25", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 584-669; U. MAGNUS, "Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I Regulation", en E. LEIN, *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 83 y ss.; F. POCAR, "On the Substantive validity of Choice-of-Court Agreements under the EU Brussels I Regulation Recast", en *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, pp.471 y ss.; M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 273-304.

³¹ Sobre las novedades que presenta el art. 25 RBI respecto al art. 23 RBI se podrían señalar las siguientes: 1) ya no es necesario que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro. De este modo, se ha eliminado el apartado 3 del antiguo art. 23 RBI; 2) la validez sustancial o de fondo de la cláusula de sumisión se determina conforme al Derecho del tribunal elegido; 3) el actual apartado 4 del art. 25 RBI-bis se corresponde con el anterior art. 23.5; 4) el art.25.5 RBI-bis recoge expresamente una cuestión repetida por el TJUE en numerosas resoluciones "la independencia" de la cláusula de sumisión expresa respecto del resto del contrato. Para un estudio más detallado sobre estos cambios *vid.* U. MAGNUS, "ARTICLE 25", en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 594 y ss.

exclusivamente a los tribunales de un Estado miembro. Así, *grosso modo* es posible afirmar que es necesario para que este foro opere:

- a) *Acuerdo inter partes*. Las partes contratantes deben recoger la sumisión expresa en un acuerdo³². El propio RBI/RBI-bis hace mención a dicho pacto en su articulado denominándolo “acuerdo atributivo de competencia”. Dicho acuerdo es independiente a la validez del contrato, así el contrato donde se contiene la cláusula de sumisión puede ser nulo pero no afectar a la validez de dicha sumisión expresa³³. Además, es importante, que quede constancia del consentimiento de las partes. Así, el TJUE ha entendido que dicho consentimiento es libre y consciente cuando el pacto de sumisión cumple con los requisitos formales del art. 23 R. 44/2001³⁴. Íntimamente relacionado con el consentimiento se encuentra el hecho de que los efectos del pacto de atribución de competencia sólo tengan como regla general efectos *inter partes*³⁵. Por lo tanto, en principio, una cláusula de sumisión expresa no podría obligar a un tercero. La explicación es sencilla, no es posible que una cláusula de sumisión obligue a alguien que no ha dado su consentimiento, bien porque no la conocía, bien porque no está conforme. Como se ha señalado esta es la regla general, ya que éste es uno de los problemas que plantea el asunto objeto del comentario.
- b) *Requisitos de forma solemnes*. El art. 23 RBI/art. 25 RBI-bis exige que el acuerdo de sumisión se celebre siguiendo cualquiera de estas opciones: a) por escrito; b) oralmente pero con confirmación escrita; c) conforme a alguna forma que se ajuste a la práctica habitual de las partes; d) conforme a alguna forma de las conocidas en el comercio internacional. El Reglamento se ha preocupado por no dejar estos requisitos formales al arbitrio de los derechos nacionales de los Estados miembros³⁶. Por su parte, el TJUE se ha esforzado en proporcionar un criterio lo más uniforme posible para que las partes cuenten con la mayor certeza jurídica, ya que un pacto de sumisión válido es obligatorio para las partes y tiene como consecuencia que no pueda conocer del asunto un tribunal diferente al que se eligió en la cláusula atributiva de competencia³⁷. El cumplimiento de cualquiera de estas <<formas>> que señala el RBI/RBI-bis implica que las partes tienen constancia del pacto de sumisión y garantiza en gran medida que han prestado su consentimiento³⁸. Por ese motivo, surge la duda de si una cláusula de sumisión recogida en una cláusula de folleto de emisión de bonos cumple con el requerimiento de forma escrita. De no ser así, podría salvarse el requisito formal si se entiende que tal forma se corresponde con un uso del comercio internacional.
- c) *Asignación de competencia a un Estado miembro*. La cláusula de atribución de competencia debe designar como competentes a los tribunales de un Estado miembro. Dicha designación puede ser tanto de forma directa –tribunales portugueses– como indirecta –los tribunales del domicilio del distribuidor–³⁹. Del mismo modo, las partes pueden designar tanto a los tribunales que en su conjunto podrían ser competentes –tribunales franceses– como a un concreto tribunal –tribunales de Lyon–. Además, es posible elegir a más de un tribunal competente para el conocimiento de controversias distintas que nacen de una misma relación jurídica, es lo que se conoce como sumisión múltiple fraccionada⁴⁰. El TJUE ha interpretado el art. 23 del R. 44/2001

³² Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. I, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 248-249.

³³ STJCE de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, Rec. 1997, p. I-3788, apartados 20-32.

³⁴ STJCE 16; de 20 de febrero de 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. 1997, p. I-911, apartado STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, Rec. 2000, p. I-09337, apartado 13.

³⁵ STJUE de 21 de mayo de 2015, *Cartel Damage Claim (CDC) Hydrogen Peroxide Sa vs. Akzo Nobel NV*, C-352/13, Rec. 2015, apartado 64.

³⁶ STJCE de 24 de junio de 1981, *Elefanten Schuh GmbH*, as. 150/80, Rec. 1981, p. 00457, apartados 25-29.

³⁷ STJCE de 14 de diciembre de 1976, *Galeries Segoura SPRL*, as. 25/76, Rec. 1976, p. 00609, apartado 6; STJUE de 21 de mayo de 2015, *Jaouad El Majdoub*, C- a C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334, apartado 25.

³⁸ STJCE de 20 de febrero de 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. 1997, p. I-911, apartado 15.

³⁹ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, Rec. 2000, p. I-09337, apartado 15.

⁴⁰ Sobre la sumisión múltiple fraccionada y otras opciones que pueden tener las partes *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 262 y ss.

de forma amplia para que las partes cuenten con las máximas posibilidades. Así, en el mismo sentido, el tribunal elegido por las partes para que conozca de sus controversias no tiene por qué guardar conexión con el caso⁴¹. La conexión se la dan las partes al elegirlo como competente.

- d) *Situación jurídica determinada*. Este es el único requisito sustancial que exige el Reglamento⁴². La sumisión no puede ser general, es decir, abarcar todo tipo de controversias que surjan entre las partes. La sumisión debe ceñirse a una relación jurídica determinada, *ad ex.*, si fabricante alemán y distribuidor español de automóviles pactan resolver sus posibles controversias derivadas de su relación contractual —contrato de concesión— ante tribunales españoles, dicha cláusula de competencia no cubriría una posible reclamación del distribuidor por los daños y perjuicios sufridos debido al incumplimiento por parte del fabricante de normas medioambientales⁴³. Aparte de referirse la sumisión a un litigio concreto, es necesario que se base en una relación internacional y que la misma entre dentro del ámbito material del RBI/RBI-bis, con la excepción de las materias consideradas competencias exclusivas (art. 22 RBI/art. 24 RBI-bis) y demás materias especiales⁴⁴.

B) El problema jurídico

23. En relación a la sumisión expresa recogida en un “folleto de emisión de bonos” de la sentencia que comentamos cabe plantearse:

- 1) La existencia de acuerdo *inter partes* entre *Commerzbank* y *Profit* en el sentido del art. 23 del R. 44/2001.
- 2) Si la forma escrita exigida por el art. 23 del R.44/2001 queda satisfecha o podría considerarse “un uso de del comercio internacional”.
- 3) Si se podría considerar que la cláusula de sumisión recogida en el folleto de emisión se ha transmitido válidamente a un tercero. Es decir, podría dicha forma en el sector financiero de emisión de bonos de crédito constituir una excepción junto otras que ya ha señalado el TJUE en asuntos previos como en el de accionista que suscribe los estatutos de una sociedad en los que se recoge un acuerdo de prórroga de competencia (*Powell Duffryn*) o el del conocimiento de tarjeta de embarque (*Russ*)⁴⁵.

C) Su solución

24. Respecto a si existe un *pacto inter partes* entre *Commerzbank* (emisor de los bonos) y *Profit* respecto a la cláusula de sumisión cabe decir que no. La empresa italiana adquirió los bonos en el mercado secundario a través de un intermediario (*Redi*), no entabló relación alguna con *Commerzbank*. Así, ante inexistencia de acuerdo entre *Profit* y *Commerzbank* cabe preguntarse si dicha cláusula de sumisión pudiera ser opuesta a *Profit*.

25. Pero antes de resolver la oponibilidad es necesario plantearse como hace el TJUE una cuestión anterior y es si existe acuerdo de sumisión válido (al menos formalmente). Es decir, si se cumple el requisito

⁴¹ STJCE de 17 de enero de 1980, *Zelger*, as. 56/79, *Rec.* 1980,p. 00063, apartado 4.

⁴² STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 23.

⁴³ El TJCE ha considerado que la necesidad de que la cláusula de sumisión expresa se refiera a litigios concretos pretende evitar que una de las partes se vea sorprendida por una demanda interpuesta ante un foro que se pactó para dirimir unas posibles controversias que en nada tienen que ver con las que sustentan la demanda actual (STJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, C214/89, *Rec.* 1992, p. I-01745, apartado 31).

⁴⁴ Sobre este particular *vid.* U. MAGNUS, “ARTICLE 25”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 651-652.

⁴⁵ STJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, C214/89, *Rec.* 1992; STJCE de 19 de junio de 1984, *Russ*, as. 71/83, *Rec.* 1984, p. 0057.

de forma exigido por el art. 23.1.a) del RBI cuando se incluye una cláusula de sumisión expresa a favor de tribunales ingleses en un folleto de emisión de bonos. El TJUE siguiendo lo ya sostenido en resoluciones previas, considera que el requisito de forma “por escrito” se cumple cuando queda constancia de forma clara y precisa que ambas partes han manifestado su consentimiento⁴⁶. El consentimiento a dichas cláusulas no puede ser tácito ni inferirse de las circunstancias⁴⁷. Así, considera que en el asunto concreto que es objeto de análisis es necesario que en el contrato mediante el cual *Commerzbank* emite los títulos al mercado primario se mencione la aceptación de dicha cláusula de prórroga de competencia a favor de tribunales ingleses o que dicho contrato remita expresamente al “folleto de emisión de bonos” que es donde se encuentra la cláusula de sumisión. Por lo tanto, para oponer dicha cláusula de sumisión a *Profit* es necesario lo anterior (cláusula de sumisión expresa o remisión expresa a los bonos en el contrato de emisión para el sector primario), pero además, el tribunal nacional debe comprobar si el contrato de emisión de bonos al mercado secundario, es decir, si en el contrato entre *Profit* y *Redi* se recogió la cláusula de sumisión o existe remisión expresa. En el caso de que este aspecto falle, cabe plantearse si aun así sería posible oponer a *Profit* dicha cláusula de sumisión expresa cuando ni en su contrato con *Redi* se ha recogido dicha sumisión a favor de tribunales ingleses ni tampoco hay remisión expresa al documento donde se recoge la misma.

26. El Reglamento Bruselas I, del mismo modo que su antecesor el Convenio de Bruselas de 1968, ni tampoco el actual Reglamento Bruselas I-bis especifican si un acuerdo de sumisión expresa puede ser oponible a un tercero por una de las partes que firmó originariamente dicho acuerdo. El TJUE sí se ha pronunciado sobre cómo debe interpretarse el art. 23 del R. 44/2001 sobre este aspecto en asuntos previos⁴⁸. En el asunto que nos ocupa el TJUE ha considerado que es posible oponer la cláusula de sumisión expresa recogida en un folleto de emisión realizada de forma unilateral por el emisor a un tercero que adquiere los títulos en el mercado secundario si se acredita (lo debe comprobar el tribunal nacional)⁴⁹: 1) *que la cláusula de competencia entre el emisor (Commerzbank) y el intermediario (Redi) sea válida*. Para que se cumpla tal fin, no podemos olvidar lo ya expuesto, el contrato de emisión de bonos en el sector primario debe bien recoger dicha cláusula de sumisión o remitir de forma expresa al folleto de emisión de bonos; 2) *que dicho tercero (Profit) suscribiendo los títulos en el mercado secundario sucedió a dicho intermediario (Redi) en los derechos y obligaciones ligados a dichos títulos*. La Ley aplicable al contrato será la que determine si dicha sucesión existe o no; 3) *que el tercero pudo conocer dicho folleto donde se recogía la cláusula de competencia*. Es decir, de nada sirve que la cláusula de competencia sea válida y que el tercero ocupe la posición del contratante inicial si desconoce el documento donde se recoge. Sin constancia de la misma, no se ha podido consentir. Aspecto clave para la validez del pacto de sumisión.

27. Sobre este aspecto el Abogado General Bot mostró una posición diferente a la sostenida finalmente por el Tribunal de Justicia. Para el Abogado General debido a la falta de relación contractual entre *Commerzbank* y *Profit*, no se podía considerar que existiera acuerdo según el art. 23.1 RBI. Según su visión, no es posible presumir que *Profit* por el hecho de haber adquirido los títulos prestó su consentimiento respecto a la cláusula atributiva de competencia⁵⁰. Es necesario un consentimiento expreso, el cual no puede deducirse de simple adquisición de los títulos⁵¹. Sin embargo, el TJUE no comparte la

⁴⁶ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck*, C-387/98, *Rec.* 2000, p. I-09337, apartado 13; STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*, C-543/20, ECLI:EU:C:2013:62, apartado 27.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 42.

⁴⁸ STJUE de 21 de mayo de 2015, *Cartel Damage Claim (CDC) Hydrogen Peroxide Sa vs. Akzo Nobel NV*, C-352/13, *Rec.* 2015, apartado 64; STJUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*, C-543/20, *Rec.* 2013, apartado 29; STJCE de 19 de junio de 1984, *Russ*, as. 71/83, *Rec.* 1984, p. 0057, apartado 24.

⁴⁹ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartados 35-37.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi, Andrea Mirone, Commerzbank*, apartado 52.

⁵¹ Según Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 23 de abril de 2015, C-366/13, *Profit Investment SIM Spa c. Stefano Ossi y otros*, apartados 54-55.

opinión del Abogado General, ya que el asunto *Profit* sigue la línea abierta en asuntos anteriores como *Powell Duffryn* (contrato de sociedad) y *Russ* (conocimiento de embarque marítimo). Por lo tanto, en visión del Tribunal de Justicia este asunto —*Profit*— podría entenderse también como una excepción como la del contrato de sociedad y la del conocimiento de la tarjeta de embarque siempre y cuando se cumplan los tres criterios que señala —validez de la cláusula, subrogación y conocimiento—.

28. Desde nuestro punto de vista, es complicado que dicha cláusula de competencia sobreviva al análisis de validez que debe realizar el tribunal italiano. Si en el contrato entre *Commerzbank* y *Redi* no hay mención de tal cláusula o remisión expresa al folleto no habrá nada más que analizar.

29. El tribunal italiano sigue preguntado, así en el caso de dicha cláusula de sumisión no fuera acorde con la forma escrita exigida por el art. 23.1.a) ni tampoco oponible a un tercero sería posible considerarla válida conforme al art. 23.1.c). Es decir, la cláusula de competencia recogida de forma unilateral por el emisor de los títulos de crédito en el folleto de emisión se podría corresponder con un “uso del comercio internacional”. El hecho de que dicha forma de establecer una cláusula de competencia sea considerado un “uso” habitual en el tráfico comercial internacional en materia de emisión y adquisición de bonos de crédito permitiría presumir el consentimiento de *Profit*.

30. En este sentido, el TJUE considera que debe ser el tribunal nacional el que precise si una cláusula de sumisión expresa en un folleto de emisión de bonos puede ser considerada un uso del comercio internacional en el sentido del art. 23 RBI en atención a los siguientes criterios:

- 1) Los operadores del sector deben considerar tal comportamiento como general y habitual al celebrar los contratos de ese tipo.
- 2) Las partes debían haber mantenido relaciones comerciales previas entre ellas o con otras del sector en las que hubieran procedido de tal modo — pactando cláusulas de competencia en los folletos de emisión-. El TJUE considera que este requisito no debe cumplirse cuando dicho comportamiento es lo bastante conocido en el sector de referencia⁵².

3. La anulación de un contrato y la restitución del precio como “material contractual” para el art. 5.1.a) RBI

A) Estado de la cuestión y su problemática jurídica

31. El art. 5.1 a) RBI es un foro especial de los previstos por el Reglamento para las relaciones basadas en un contrato⁵³. Actualmente, este foro se recoge en el art. 7.1.a) del RBI-bis. Este foro no ha

⁵² STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 50. Esta visión ya se ha sostenido previamente por el TJUE en otros asuntos, *vid., ad. ex.*, STJCE de 16 de marzo de 1999, *Castelleti*, C-159/97, *Rec.* 1999, 01597, apartados 26-28 y 43.

⁵³ Sobre este foro *vid. ad. ex.*, P. BEAUMENT, “The Brussels Convention Becomes a Regulation: implications for Legal Basis, External Competence and Contract Jurisdiction”, en *Essays in Honour of Sir Peter North*, Oxford, 2002, pp. 9 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Decimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 839-863; E. CASTELLANOS RUIZ, “Compraventa Internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 194-198; M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, nº 6, vol. II, 2014, pp. 318-319; FERRARI, *Verkaufengerichtsstand auch nach Art. 5, n.1, lit b. EuGVVO?*, *ecolex*, 2007, pp. 303 y ss.; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L’art. 5 n. 1 del regolamento. 44/2001 nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El fuero especial en materia de obligaciones contractuales en el Reglamento Bruselas I: El status quaestionis interpretativo”, *Int. J. Proced. L.*, 3, 2003, pp. 22 y ss.; S. LEIBLE, *Warenversteigerungen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, IPRax, 2005, pp. 424 y ss.; P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 88-294; P. MANKOWSKI, “ARTICLE 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 121-369. P. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación*

dejado indiferente a nadie, prueba de ello son las abundantes opiniones doctrinales y resoluciones judiciales que existen al respecto. Dichas aportaciones, con mayor o menor calado, han tenido un nexo común: aclarar cuándo y cómo un tribunal nacional debe declararse competente en virtud del art. 5.1 a) RBI.

32. De los muchos aspectos que han suscitado dudas en la aplicación del art. 5.1.a) RBI nos vamos a centrar en la “noción de materia contractual” y si tiene cabida dentro de la misma las acciones que persiguen la nulidad de un contrato. En otras palabras, podría un tribunal de un Estado miembro declararse competente vía art. 5.1.a) RBI/art. 7.1.a) RBI-bis para conocer de la nulidad de un contrato.

33. La noción “material contractual” es propia del Reglamento. El derecho nacional de los Estados miembros no se tiene en cuenta para determinar qué engloba materia contractual en relación al art. 5.1.a) RBI /7.1.a) RBI-bis. Así, lo ha sostenido el TJUE en numerosas resoluciones⁵⁴. Por lo que de las mismas se puede extraer que la noción de “materia contractual” debe ser entendida en sentido amplio, por lo que podría tener cabida cualquier obligación libremente asumida por las partes⁵⁵. En definitiva, todas aquellas acciones judiciales que se deriven de relaciones contractuales podrían tener cabida dentro del art. 5.1⁵⁶. Sin embargo, esta amplitud no está exenta de problemas a la hora de aplicar este foro especial, ya que al ser “el cumplimiento de la obligación” la circunstancia que otorga competencia judicial internacional no deja de suscitar dudas si un tribunal podría conocer en base a este foro de la acción que pretende la nulidad, la invalidez de un contrato o incluso cuando la acción plantea la propia existencia del mismo.

34. Para poder solucionar el problema anteriormente mencionado es necesario hacer un planteamiento previo. Una de las dificultades con las que se encuentran los operadores jurídicos para la aplicación de este foro es que con anterioridad a determinar si la existencia o nulidad de un contrato es materia contractual, es necesario precisar cómo el juez va a analizar si existe o no contrato y si éste es válido. Es decir, qué criterios debe tener en cuenta el juez para saber si existe o no relación contractual y si esta es válida. Y una vez precisado esto, se podrá precisar si dicha validez del contrato supedita la aplicación del foro.

35. En relación a qué criterios debe tener en cuenta el juez para analizar la existencia o no de contrato para así poder apreciar su competencia es necesario destacar dos posturas al respecto:

- a) *Ley aplicable al contrato.* El juez debe analizar conforme a la Ley aplicable al contrato si el contrato existe y si es válido. El operador jurídico deberá aplicar las normas de conflicto de su sistema de Derecho internacional privado para llegar a dicha Ley aplicable⁵⁷.
- b) *Elementos constitutivos del contrato.* El juez debe prescindir de la Ley aplicable al contrato y basarse en las circunstancias particulares del caso concreto. Esta es la postura seguida por

internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-307; A. FONT I SEGURA, “La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales”, *RJC*, vol. 2006, n° 2, pp. 391-424; C. REYDELLET, “La pluralité des contrats de distributions et l’article 5.1 du règlement Bruxelles I”, *RLDA*, n° 103, 2015, pp. 46 y ss; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Contratos de agencia: aplicación del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I a la obligación contractual de no competencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J.OVIEDO ALBÁN, (Dir.), *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, pp. 497-522; F. SALERNO, “La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita”, *RDIPP*, 2008, pp. 381-394.

⁵⁴ STJCE de 22 de marzo de 1983, *Peters*, as. 34/82, *Rec.* 1983, p. 987; apartado 10; STJCE de 8 de marzo de 1988, *Arcado*, as. 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539, apartados 10-11; STJCE de 17 de junio de 1992, *Handte*, C-26/91, apartado 10; STJCE de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne*, C- 51/97, *Rec.* 1998, p. I-6541; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Ceská sporitelna*, C-19/11, apartado 45; STJUE de 13 de marzo de 2014, *Brogssitter*, C- 548/12, ECLI:EU:C:2014:148, STJUE apartado 19; STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, apartado 37.

⁵⁵ STJUE de 21 de enero de 2016, *ERGO Insurance*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apartado 44.

⁵⁶ Así, *ad. ex.*, las demandas derivadas de obligaciones unilaterales (STJCE de 14 de mayo de 2009, *Renate Ilsinger*, C-180/06, *Rec.* 2009, p. 03961, apartado 51); de obligaciones derivadas de los aspectos privados de Convenios colectivos de trabajo; de obligaciones que surgen por imperativo legal; de obligaciones derivadas de los precontratos (*vid. ad. ex.* P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 129 y ss.).

⁵⁷ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 845.

el TJUE, le cual considera que son los “elementos constitutivos del propio contrato” los que deben determinar si tal relación contractual existe y si ésta es válida⁵⁸.

36. Una vez apreciada la competencia del tribunal, bien mediante la Ley aplicable al contrato o los elementos del mismo, si de dicha valoración el tribunal se da cuenta de que dicho contrato no existe o simplemente la relación no es válida o incluso nula, es posible determinar su competencia mediante el art. 5.1 RBI/7.1 RBI-bis. A este respecto se podrían señalar tres grandes posiciones⁵⁹:

- a) *Necesidad de que exista contrato y una obligación válida entre las partes*. En base a esta posición para que opere el foro del art. 5.1 RBI/art. 7.1 RBI-bis es necesario que exista una relación válida entre las partes⁶⁰. Así, no tendrían cabida dentro del foro especial contractual las acciones dirigidas a que un juez se pronunciara sobre la existencia o no de un contrato, su validez o nulidad. En ese caso, según esta postura, un juez no podría declararse competente vía art. 5.1/art. 7.1 para determinar la existencia de un contrato, se debería atender a algún otro foro de los previstos en el Reglamento, *ad. ex.* el foro del domicilio del demandado⁶¹. Desde nuestro punto de vista esta posición no casa ni con el espíritu ni con la letra del RBI/RBI-bis.
- b) *No necesidad de contrato ni tampoco obligación válida*. Según otros autores, el art. 5.1 del R.44/2001 puede activarse también para aquellas acciones dirigidas a discutir la existencia, inexistencia, validez o nulidad de un contrato. Es decir, la nulidad o la existencia de una relación contractual es *per se* “materia contractual” en aras de aplicar el art. 5.1/7.1, con independencia de que posteriormente exista obligación contractual válida entre las partes.
- c) *Necesidad de un contrato pero no necesariamente válido*. Según esta posición doctrinal, el juez debe apreciar la existencia de un contrato, sin embargo, el mismo no tiene por qué ser válido para que el foro se active⁶². En otras palabras, el juez al analizar el contrato puede apreciar su existencia, es decir, que la obligación entre las partes exista, pero, aun así, el foro especial en materia contractual podría aplicarse con independencia de su validez.

B) La solución del TJUE

37. El TJUE entiende que es necesario que el tribunal aprecie “la existencia de elementos constitutivos” del contrato para poder declararse competente vía art. 5.1 RBI. La mera alegación del demandado de que no existe contrato entre las partes no es suficiente, ya que de ser así, dicho foro quedaría en la práctica inoperativo⁶³.

38. Desde nuestro punto de vista, el TJUE requiere que el juez nacional compruebe la existencia del contrato, pero no bajo una Ley específica, sino conforme a los elementos que le brinde el caso concreto. Así, se podría afirmar que lo importante para poder aplicar el art. 5.1 RBI/art. 7.1 RBI-bis es

⁵⁸ STJCE de 4 de marzo de 1983, *Effer*, as-38/81, *Rec.* 1983, p. 185, apartado 7.

⁵⁹ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, pp. 845-846.

⁶⁰ Dudosa de que se pueda interpretar en este sentido, STJCE de 4 de marzo de 1983, *Effer*, as-38/81, *Rec.* 1983, p. 185, apartado 7; STJCE de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, *Rec.* 2005, p. 00481, apartado 50.

⁶¹ Uno de los problemas que podría tener esta interpretación es que el actor tenga que plantear dos demandas en dos tribunales de Estados miembros diferentes, una para dirimir si el contrato existe y otra sobre reclamaciones que se basen en dicho contrato. Sobre este particular *vid.* C. CARRILLO LERMA, “Capacidad del vendedor de un inmueble y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”, *CDT*, Vol. 6, nº 1, 2014, p. 355; P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Selp, 2016, p. 172.

⁶² Así lo entiende P. MANKOWSKI, “Article 5”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2nd Revised edition, Selp, 2012, pp. 128. En el mismo sentido para el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, P. MANKOWSKI, “Article 7”, en U.MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Selp, 2016, p. 172.

⁶³ STJUE de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA contra Stefano Ossi y otros*, C-366/13, *Rec.* 2016, apartado 54.

que exista una relación contractual que vincule a las partes, con independencia de que el elemento que sustenta dicha relación – el contrato- sea válido. Por lo tanto, las acciones dirigidas a solicitar la nulidad de un contrato pueden tener perfectamente cabida dentro del término “materia contractual” que existe en el cosmos jurídico del RBI/RBI-Bis. Así, también deben incluirse dentro de la noción “materia contractual” demandas que persiguen la validez, la rescisión, la existencia, etc.⁶⁴. Esta posición casa perfectamente con la sostenida en el Reglamento Roma I en su art. 12.1.e), en el que la nulidad del contrato está incluida en la noción de materia contractual⁶⁵. El propio Reglamento Roma I alude expresamente en su considerando 17 a la necesidad interpretar ambos textos (RBI y R.Roma I) en el mismo sentido, todo ello con el fin de evitar incoherencias.

39.En atención al asunto objeto de análisis, el Tribunal de Justicia no duda en la relación contractual existente entre *Profit* y *Redi*. Por lo tanto, afirma que es totalmente posible la utilización del foro contractual por parte de *Profit* y así demandar a *Redi* ante el tribunal del lugar del cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Respecto a la relación entre *Profit* y *Commerbank*, el TJUE entiende que es posible utilizar el foro especial en materia de contratos siempre y cuando exista relación contractual entre ambas compañías. Así, si el tribunal nacional estima que dicha relación contractual existía entre *Profit* y *Commerzbank*– según el TJUE dicha relación tendría lugar si *Profit* sucedió a *Redi* en los derechos y obligaciones respecto a los bonos emitidos por *Commerzbank*-, en ese caso, también será posible que la empresa italiana plantee una acción judicial ante el tribunal del lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa.

⁶⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Décimosexta ed., Comares, Granada, 2016, p. 845.

⁶⁵ DOUE 177/6, de 4 de abril de 2008.