

Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ

Profesor Contratado
Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Navarra

RESUMEN

En cuatro sentencias recientes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha clarificado la delimitación entre la materia contractual y extracontractual en sus Reglamentos de Derecho internacional privado. En estos pronunciamientos ha subrayado que la calificación no depende de las normas nacionales en las que se base la acción. El elemento decisivo es la existencia o no de una obligación libremente asumida por una parte frente a otra. Sin embargo, pese a que este criterio no es nuevo, la delimitación sigue siendo controvertida como lo demuestran las constantes cuestiones prejudiciales que se elevan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este punto.

PALABRAS CLAVE

Acciones de responsabilidad, Materia contractual, Materia delictual o cuasidelictual, Calificación, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Reglamento Bruselas I, Competencia judicial internacional.

ABSTRACT

In four recent judgments the European Court of Justice has clarified the delimitation between contract and tort matters in the EU Regulations on Pri-

vate International Law. In these pronouncements it stressed that the characterization does not depend on national rules on which the claim is based. The decisive element is the existence of an obligation freely assumed by one party against another. However, the characterization remains controversial as evidenced by the constant requests for preliminary ruling submitted to the European Court of Justice on this matter.

KEY WORDS

Liability claims, Matters relating to a contract, Matters relating to a tort, Characterization, European Court of Justice, Brussels I Regulation, Jurisdiction.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Interpretación y calificación en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado.*
 1. Interpretación autónoma para garantizar la aplicación uniforme.
 2. Interpretación con arreglo al sistema y objetivos de las normas.
 a) Interpretación sistemática. b) Interpretación teleológica.—
 III. *Definición previa de «materia contractual» y «materia delictual o cuasidelictual» en los reglamentos de DIPR.* 1. *Introducción.*
 2. Concepto de «materia contractual» / «obligaciones contractuales» en materia civil y mercantil. 3. Concepto de «materia delictual o cuasidelictual» / «obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil».—IV. *Nuevas precisiones en la delimitación de los conceptos de materia contractual y extracontractual.* 1. Responsabilidad de un accionista y de un miembro del consejo de administración negligentes ante deudas sociales de origen contractual. a) *Acción de responsabilidad por conducta negligente del miembro del consejo de administración y excepción a la responsabilidad limitada del accionista, cuando sus actuaciones obstaculizan el pago de las deudas sociales.* b) *Acción frente al accionista que se había comprometido a pagar las deudas de la sociedad.* c) *Efectos de la cesión de créditos sobre la calificación de las pretensiones frente a un accionista o un miembro del consejo de administración derivadas de deudas sociales.* d) *Acción social interpuesta por un acreedor de la sociedad que ha sufrido un daño indirecto.* 2. *Acción frente al accionista que incumple deberes de información por deudas sociales de origen contractual.* 3. *Acciones de responsabilidad por competencia desleal entre contratantes.* 4. *Responsabilidad por daños financieros.*—V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En 1997 la Unión Europea asumió competencia para dictar normas en los distintos ámbitos del Derecho internacional pri-

vado. Desde entonces ha adoptado numerosos Reglamentos que afectan a cada uno de los sectores de esta rama del ordenamiento y a distintos ámbitos del Derecho privado¹. Sobre cuestiones de carácter patrimonial cabe destacar, en los sectores de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de resoluciones extranjeras, el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000 («Reglamento Bruselas I», en adelante RBI), recientemente sustituido por el Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre («Reglamento Bruselas I bis», en adelante RBI Bis); y en el de la ley aplicable los Reglamentos 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales («Reglamento Roma I», en adelante RRI) y el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II», en adelante RRII).

Mediante el ejercicio de esta competencia la Unión Europea contribuye al objetivo de crear progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para alcanzar esa meta se considera que es preciso adoptar ciertas medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.

A ese buen funcionamiento del mercado interior contribuyen las disposiciones que unifiquen las normas de jurisdicción en materia civil y mercantil, ya que la presencia de diferencias en las normas nacionales sobre competencia judicial internacional constituyen una dificultad para esa buena marcha del mercado interior².

Favorecen de igual modo el buen funcionamiento del mercado interior la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales. Ello exige, según el legislador comunitario, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional, con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio³.

Sin embargo, la unificación de las normas de competencia y de conflicto de leyes entre los Estados miembros no garantiza la seguridad en cuanto al tribunal competente y en cuanto a la ley aplica-

¹ Sobre la llamada «europeización» o «comunitarización» del Derecho internacional privado, v. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001, 2002*, pp. 285-318 y DURÁN AYAGO, A., «Europeización del Derecho Internacional Privado del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (EU) 1215/2012: notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 29, 2013, pp. 1-55.

² Cdos. 1 y 2 RBI.

³ Cdos. 1-6 RRI y cdos. 1-6 RRII.

ble. Es preciso también que los jueces nacionales hagan una misma interpretación de los conceptos que utilizan los textos comunitarios. Si un juez español no sigue la misma interpretación del concepto «materia contractual» que un juez alemán, por poner un ejemplo, existe el riesgo de que califiquen de un modo distinto una misma acción y apliquen un artículo distinto (art. 7.1, foro en materia contractual; art. 7.2, foro en materia delictual o cuasi-delictual; o art. 17 del RBI bis, foro en materia de contrato de consumo) o un Reglamento diferente (RRI o RRII) y den una respuesta diferente a la cuestión de la competencia o de la ley aplicable al fondo del asunto⁴.

El objetivo de este artículo es señalar las pautas para una correcta calificación de las pretensiones de carácter contractual o extracontractual a los efectos de la aplicación de estos instrumentos. Se trata, en definitiva, de establecer una delimitación de las fronteras más conflictivas entre los dos instrumentos sobre ley aplicable (RRI y RRII), por un lado, y entre los artículos 7.1, 7.2 y, en ocasiones 17 del RBI bis, por otro. Existen importantes trabajos que han afrontado esta problemática con anterioridad⁵. Sin embargo, algunos pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exigen volver sobre este tema. En cualquier caso se tomarán siempre como punto de partida los sobresalientes estudios existentes.

Para trazar los límites entre ambas categorías se debe partir del propio texto de los Reglamentos. Como se verá, no es suficiente con remitirnos a los artículos que establecen el ámbito de aplicación material. Es preciso analizar e interpretar muchos otros preceptos. Como ocurre con otros instrumentos comunitarios sobre Derecho internacional privado, estos Reglamentos emplean conceptos que deben ser interpretados de un modo autónomo.

Además, las normas aquí estudiadas forman un círculo hermenéutico que se traduce en el principio de continuidad de los conceptos. Como es bien sabido, cuando del tenor de los regla-

⁴ Estos temores no son nuevos. Ya Bartin advertía que aunque se unificasen las normas de conflicto, las diferencias en la calificación podían frustrar el objetivo de dar solución definitiva a los conflictos de leyes. BARTIN, «De l'impossibilité d'arriver à une suppression définitive des conflits des lois», *Journal de Droit International*, 1897, pp. 225-255, 466 a 495 y 722-728, citado por MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Atlas, Madrid, 1976, pp. 330-331.

⁵ Entre otros, ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 393-415 (antes de la entrada en vigor de los Reglamentos); PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *The European private international law of obligations*, 3.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, pp. 47-76.

mentos se susciten dudas interpretativas, estas habrán de ser resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su calidad de garante institucional de la interpretación uniforme de estas normas.

Otra idea importante a tener en cuenta es el carácter complementario de los reglamentos a los que se ha hecho referencia. Tanto el legislador como el Tribunal de Luxemburgo destacan la necesidad de coherencia entre los dos reglamentos sobre ley aplicable y los de competencia de autoridades, tanto en lo referente al ámbito de aplicación como al resto de sus disposiciones.

Tras una breve referencia al modo de llevar a cabo la interpretación en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado –cuestión ya estudiada suficientemente por otros autores–, se analizarán los conceptos de obligaciones contractuales y no contractuales que ha ido forjando el TJUE. Posteriormente se analizarán cuatro sentencias recientes que vienen a demostrar que el tema aquí tratado sigue suscitando problemas que los conceptos formulados no terminan de resolver.

De las distintas fases que se siguen en el proceso de calificación –delimitación del supuesto de hecho de la norma de conflicto, descripción de la pretensión/institución, subsunción de la pretensión en el supuesto de la norma– veremos cómo la última sigue siendo problemática.

Como señala Calvo Caravaca, el demandante no puede calificar jurídicamente su propia pretensión de modo vinculante para el juez. Será el tribunal el que califique la pretensión y establezca si se encuadra en la materia contractual o extracontractual. Por otro lado, la calificación a efectos de determinar la competencia judicial internacional no prejuzga la posterior calificación destinada a resolver el fondo del asunto.⁶

De los numerosísimos supuestos de compleja calificación nos limitaremos a analizar aquí hasta qué punto es o no decisiva la existencia de un vínculo contractual entre quienes son parte en el litigio. ¿Está comprendida en la materia contractual toda pretensión ejercitada por una parte frente a otra cuando están unidas por una relación contractual y el litigio tiene que ver con dicha relación (*Asunto Brogsitter*)? ¿Es posible en algún caso la calificación contractual cuando entre las partes en litigio no existe una vinculación contractual directa (*Asuntos OTP Bank, ÖFAB y Kolassa*)?

⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2014, p. 146.

II. INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS COMUNITARIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA PARA GARANTIZAR LA APLICACIÓN UNIFORME

Como acabamos de señalar, uno de los objetivos principales de la UE al dictar normas sobre DIPR es asegurar la previsibilidad en cuanto al tribunal competente y el derecho nacional aplicable a la resolución de los litigios. Eso se consigue, en principio, unificando las normas de CJI y de conflicto de leyes⁷. Sin embargo, esto no es suficiente. También es necesario que esas normas sean interpretadas de modo uniforme en los distintos Estados de la UE. Es preciso que los conceptos de obligación contractual u obligación extracontractual que utilizan los Reglamentos tengan el mismo significado con independencia del juez ante el que se plantee la demanda. De lo contrario, llegado el momento de la calificación, existiría el riesgo de que subsumieran una misma relación jurídica en supuestos de hecho de normas de conflicto diferentes.

A diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos comunitarios, los reglamentos aquí estudiados apenas contienen definiciones en sus articulados. Carecen, por ejemplo, de una definición de qué entender por materia contractual o materia extracontractual. Por lo tanto, es preciso acudir a otras vías para conocer el contenido de esos conceptos. Como señalaba Miaja de la Muela, los conceptos que emplean las normas de conflicto sólo serán susceptibles de una exacta delimitación conforme a un determinado sistema de conceptos jurídicos⁸. La Unión Europea no posee un sistema de Derecho privado material completo al que los tribunales puedan acudir como sistema de referencia. Por esta razón y por la importancia de mantener una aplicación uniforme de los textos, es fundamental la labor interpretativa del TJUE, que hace posible establecer un «significado y alcance común a todos los Estados miembros

⁷ El cdo. 6 del RRI –y en términos similares el cdo. 6 RRII– establece que: El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.

⁸ MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7.ª ed., Atlas, Madrid, 1976, pp. 328-342.

de los conceptos y categorías jurídicas utilizadas en los distintos instrumentos del DIPr.»⁹

La necesidad de una aplicación uniforme impide que cada juez resuelva los problemas de interpretación acudiendo a su propio Derecho. Son raras las veces que el legislador comunitario remite el significado de un concepto a los derechos nacionales. La alternativa a ello es entender que los términos empleados por los Reglamentos hacen referencia a conceptos autónomos, propios de estos instrumentos. El TJUE ya estableció la interpretación autónoma de los términos utilizados por los Convenios de Bruselas de 1968 (en adelante CB) y de Roma de 1980 (en adelante CR), predecesores del RBI y del RRI, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dichas normas, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros¹⁰. En ocasiones se ha indicado la posibilidad de tener también en consideración los principios comunes de los estados miembros. Este modo de interpretar se ha incorporado de modo explícito en el cdo. 11 del RRII al señalar que:

«el concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo».

Antes de analizar los cánones interpretativos más relevantes, es oportuno recordar que la jurisprudencia dictada por el TJUE sobre los Convenio de Bruselas y Roma es válida para los Reglamentos que los han sucedido, cuando sus disposiciones puedan considerarse equivalentes¹¹.

2. INTERPRETACIÓN CON ARREGLO AL SISTEMA Y OBJETIVOS DE LAS NORMAS

a) Interpretación sistemática

Una directriz fundamental que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar los conceptos aquí estudiados es que el ámbito de

⁹ GUZMÁN ZAPATER, M., «Tema II. El sistema español de Derecho internacional privado», en ABARCA JUNCO, A. P. (dir.), *Derecho internacional privado*, Uned, Madrid, 2013, p. 83.

¹⁰ V., entre otras, las SSTJCE 22 marzo 1983, C-34/82, *Peters*, cdos. 9 y 10; 8 mazo 1988, C-9/87, *Arcado*, cdos. 10 y 11; 17 junio 1992, C-26/91, *Handte*, cdos. 10 y ss.; 27 octubre 1998, C-51/97, *Réunion*, cdo. 15. En relación con el RBI, v. las STJCE 20 enero 2005, *Engler*, C-27/02, cdo. 33; de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, cdo. 55, y de 6 de septiembre de 2012, *Mühlleitner*, C-190/11, cdo. 28; 16 mayo 2013, *Melzer*, C-228/11, cdos. 22; 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, cdo. 27).

¹¹ Entre otras muchas, v. STJUE de 11 abril 2013, C-645/11, *Sapir y otros*, en relación con la aplicación al RBI de la jurisprudencia recaída sobre el CB.

aplicación y las disposiciones de los reglamentos deben ser *coherentes* entre sí¹². La necesidad de un sistema coherente de normas de Derecho internacional privado para los Estados miembros es patente desde el primer momento y ha sido recogida ya en los preámbulos de los nuevos reglamentos¹³. De aquí se desprende también la *complementariedad* de algunos preceptos del RBI bis y de los Reglamentos sobre ley aplicable, y el carácter *subsidiario* de unos conceptos respecto de otros. En muchas ocasiones las normas deben ser interpretadas «unas en función de las otras»¹⁴. Como ha señalado el profesor Garcimartín Alférez, los Reglamentos RBI, RBI bis, RRI y RRII configuran el círculo hermenéutico interno del Derecho internacional privado de la UE. Una de sus consecuencias es el denominado *principio de continuidad de los conceptos*, según el cual, «cuando un mismo término es empleado en dos o más textos, ese término debe recibir el mismo significado en todos ellos»¹⁵. En esa medida, las definiciones que ha ido elaborando el TJUE al hilo de cualquiera de estos Reglamentos son válidas para los otros, salvo que existan motivos suficientes para argumentar lo contrario¹⁶.

No obstante, conviene también recordar –como ha señalado recientemente el TJUE– que si bien el legislador pretende garantizar la coherencia entre el RBI y el ámbito de aplicación material y las disposiciones de los reglamentos sobre ley aplicable (cdo. 7 de ambos reglamentos), de ello no se desprende que las disposiciones del RBI deban, por lo tanto, interpretarse a la luz de las del RRII (o RRI). En ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del RBI de una manera ajena a su sistema y objetivos¹⁷. Por lo tanto la interpretación sistemática y

¹² Sobre este aspecto, v. CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., «Connections and coherence between and among European instruments in the private international law of obligations», *International and Comparative Law Quarterly*, num. 63, pp. 1-29.

¹³ V. cdo. 7 RRI y RRII. El primero de ellos señala que: «El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) núm. 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 (Bruselas I), y el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)».

¹⁴ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 175.

¹⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 374. V., también, ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 396, y CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 722.

¹⁶ V. nota anterior.

¹⁷ STJUE de 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz vs. Pantherwerke AG*, cdo. 20.

teleológica de los instrumentos puede actuar como corrector del principio de continuidad de los conceptos.

b) *Interpretación teleológica*

El TJUE ha ido haciendo referencia en sucesivas sentencias a los objetivos que han de tenerse en cuenta a la hora de interpretar los conceptos. El asunto *Handte* (en adelante «Handte») es particularmente claro a la hora de señalar estos objetivos y los principios que se derivan de ellos.

Así por ejemplo, en relación con el CB (válido también para el RBI), se ha señalado que uno de sus objetivos principales es el de «reforzar en la Comunidad la *protección jurídica de las personas establecidas en la misma*»¹⁸. Para ello pretende constituirse en un instrumento que aporte mayor seguridad, y ello lo consigue a través de normas que, *teniendo en cuenta los intereses concurrentes*, determinen el juez más cualificado para conocer del litigio¹⁹.

El legislador considera que, con carácter general, este será el del domicilio del demandado, salvo en los casos exhaustivamente enumerados en la norma. De aquí se extrae una regla importante en la interpretación de los conceptos aquí estudiados: dado que las reglas especiales de competencia constituyen una excepción a la regla general, no pueden dar lugar a una *interpretación que vaya más allá de los supuestos contemplados por el Convenio*²⁰.

Un segundo principio que se deriva del objetivo de protección jurídica de las personas domiciliadas en la UE es el de *previsibilidad*. Los reglas especiales de competencia deben interpretarse de tal modo que permitan al demandado que posea una información normal prever razonablemente ante qué tribunales puede ser demandado cuando no sea el Estado de su domicilio²¹. Este principio está estrechamente vinculado con el de *seguridad jurídica*²².

Muy vinculado a las consideraciones anteriores está el *objetivo de proximidad de competencia especiales*²³. Su justificación radica en la conexión particularmente estrecha entre el contrato o el lugar donde se ha producido el hecho dañoso y el tribunal que debe conocer. Como veremos, este criterio ha sido utilizado reciente-

¹⁸ Preámbulo del CB; «Handte», cdo. 11.

¹⁹ «Handte», cdo. 12.

²⁰ «Handte», cdos. 13 y 14. Como veremos, este criterio llevará al TJUE a señalar que el concepto de materia contractual no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra.

²¹ «Handte», cdo. 18; cdo. 11 RBI, cdos. 15 y 16 RBI Bis.

²² «Handte», cdo. 19. En ese caso, por ejemplo, la calificación como contractual y por consiguiente la aplicación del art. 5.1 CBr determinaría la competencia de los tribunales de un Estado que difícilmente podía prever un fabricante.

²³ Cdo. 12 RBI; cdo. 16 RBI Bis.

mente por el TJUE para llevar a cabo su tarea interpretativa. Pese a que aparentemente son aspectos relacionados con el criterio de determinación de la competencia, el Tribunal los ha tomado en consideración a la hora de calificar las acciones²⁴.

Aunque, como se ha apuntado, los tribunales internos no deben acudir a los derechos nacionales para interpretar los conceptos empleados por los reglamentos, el TJUE sí que ha acudido en alguna ocasión al criterio de los *principios comunes a los Estados miembros* a la hora de llevar a cabo su labor interpretativa²⁵.

De lo visto en este apartado podemos extraer cuatro principios que guiarán este trabajo, todos ellos encaminados a garantizar que la respuesta a las cuestiones de Derecho internacional privado será la misma con independencia del país cuyos tribunales conozcan del asunto:

1. La interpretación de los conceptos que utilizan los instrumentos debe hacerse de modo autónomo para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados.
2. Esa interpretación debe tener en cuenta los objetivos y la sistemática de la norma.
3. En principio, los conceptos que se emplean en más de uno de los instrumentos tienen el mismo significado en cada uno de ellos.
4. Debe existir una coherencia en la delimitación de los ámbitos de aplicación entre los distintos reglamentos.

En el siguiente apartado abordaremos precisamente los conceptos de «materia contractual» y «materia extracontractual» que el TJUE ha creado. Como acabamos de señalar, estos conceptos son válidos con carácter general para los distintos reglamentos mencionados.

III. DEFINICIÓN PREVIA DE «MATERIA CONTRACTUAL» Y «MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL» EN LOS REGLAMENTOS DE DIPR

1. INTRODUCCIÓN

Como acabamos de señalar, la búsqueda de la uniformidad en la aplicación de los instrumentos comunitarios exige por lo general definir de forma autónoma los conceptos que en ellos aparecen. Así es como está interpretando el TJUE las expresiones «materia

²⁴ Así ocurre, como se verá más adelante, en el asunto «ÖFAB».

²⁵ «Handte», cdo. 20. Este criterio ya fue utilizado en la STJCE 14 octubre 1976, *Eurocontrol*, cdo. 5, para la interpretación del concepto materia «civil y mercantil».

contractual» y «materia extracontractual»²⁶, en la terminología del CB (arts. 5.1 y 5.3) / RBI (art. 5.1 y 5.3) / RBI Bis (art. 7.1 y 7.2), y los de «obligaciones contractuales» y «obligaciones extracontractuales», en los RRI (art. 1.1) y RRII (art. 1.1) respectivamente. Ni el CR ni el CB ofrecían una definición de estos términos, y tampoco lo han hecho los reglamentos que los han sustituido.

Dada la ausencia de una definición explícita de estas materias en los textos, y la importancia de su interpretación uniforme, la labor del Tribunal de Luxemburgo resulta decisiva. Conviene adelantar que la jurisprudencia del Tribunal sigue un principio general según el cual todas las demandas contempladas en el CB (válido también para RBI y RBI Bis), tendentes a que se declare la responsabilidad de un demandado, dan lugar, en todo caso, a la aplicación de uno de los criterios de competencia especial previstos en el artículo 5, números 1 y 3, de dicho Convenio²⁷.

2. CONCEPTO DE «MATERIA CONTRACTUAL» / «OBLIGACIONES CONTRACTUALES» EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Son numerosas las sentencias que el TJUE ha dictado con objeto de aclarar, caso a caso, estos conceptos y determinar qué acciones pueden subsumirse en el foro especial del art. 5.1 RBI / 7.1 RBI bis. Pero más que dar una definición, ha dictaminado sobre la aplicación de este concepto a casos específicos²⁸. En este sentido, el intérprete comunitario ha afirmado que la «materia contractual» comprende los litigios derivados de un «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra»²⁹. Es interesante destacar que inicialmente (en el asunto «Handte») se formuló de modo negativo (que el concepto «materia contractual» «no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra») con intención de evitar que –haciendo referencia a un foro especial– fuera objeto de una interpretación que fuera más allá de los supuestos contemplados en

²⁶ Utilizaré este término («materia extracontractual») en lugar de la expresión «materia delictual o cuasidelictual» empleada por el RBI y el RBI Bis.

²⁷ Sentencias *Kalfelis*, cdo. 18; *Reichert y Kockler*; cdos. 16; 27 de octubre de 1998, *Reunión européenne y otros*, C-51/97, cdo. 22; *Tacconi*, cdo. 21, entre otras.

²⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. y GARCÍA CASAS, M., «Capítulo III. Fueros especiales de competencia internacional («Los fueros en materia contractual y extracontractual (artículos 5.1 y 5.3 RB)»», en DE LA OLIVA SANTOS, A. (Dir.), *Derecho Procesal Civil Europeo*. Vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 101; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 110.

²⁹ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handte*, cdo. 15; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cdo. 17.

el Convenio³⁰. Más recientemente el TJUE ha dado un paso más precisando que hablar de «materia contractual» «presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante».³¹

Por otra parte, el TJUE ha precisado en relación con el art. 5.1 RBI que su aplicación no exige la celebración de un contrato, pero sí que se identifique una obligación que haya sido asumida libremente, dado que la competencia del órgano jurisdiccional en virtud de esta disposición se determina en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda³².

Es irrelevante a efectos de la calificación contractual que la parte respecto de la cual se ha asumido la obligación sea indeterminada o no haya intervenido en un acuerdo o pacto con la persona que libremente se obliga, ni siquiera que haya aceptado la obligación de la primera³³.

Siguiendo esta interpretación amplia, pertenecen a la materia contractual las obligaciones que nacen de actos jurídicos unilaterales³⁴. Calvo Caravaca y Carrascosa González hacen una interesante enumeración de estos: oferta hecha al público, promesa de pago, reconocimiento de deuda, donaciones recepticias y no recepticias, obligaciones contenidas en conocimientos de embarque³⁵. De igual forma tienen naturaleza contractual las obligaciones derivadas de compromisos contraídos en un título-valor³⁶. Como señalan los mencionados autores, son obligaciones que no surgen de «acuerdos» o «compromisos» entre personas distintas, sino que surgen del mismo documento, de su incorporación al mismo, aunque no se pueda identificar en concreto cuál es la otra parte, ni haya contrato. Lo relevante es que la obligación jurídica haya sido «libremente asumida por una parte respecto de otra»³⁷.

³⁰ Handte, cdos. 14 y 15.

³¹ STJCE 20 enero 2005, C-27/02, Engler, cdos. 50 y 51; STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, Česká spořitelna, cdos. 46 y 47; STJUE 18 julio 2013, ÓFAB, C-147/12, cdo. 33, que será analizada más adelante.

³² Así se estableció en Tacconi, cdo. 22; Engler, cdo. 50; STJUE 14 marzo 2013, C-419/11, Česká spořitelna, cdo. 46.

³³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 721. Estos autores indican que este concepto amplio puede advertirse en el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de octubre de 2011, en relación con un contrato de transporte de pasajeros.

³⁴ MANKOWSKI, P., «Art. 5», en CALVO CARAVACA, A. L., MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Sellier, 2014, pp. 125-128.

³⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 722.

³⁶ STJUE 14 marzo 2013, as. C-419/11, Česká spořitelna, en la que se consideró aplicable el art. 5.1 RBI a «la acción jurisdiccional mediante la cual el tenedor de un pagaré, domiciliado en un Estado miembro, invoca los derechos derivados de ese pagaré, incompleto en la fecha de su firma y completado posteriormente por el tenedor, contra el avalista domiciliado en otro Estado miembro».

³⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 722.

El TJCE ha apuntado que la adhesión a una asociación crea entre sus miembros vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes de un contrato –acto de adhesión del que se derivan obligaciones³⁸–, por lo que el vínculo de afiliación entre una asociación y sus miembros debe considerarse que están comprendidas dentro de la «materia contractual»³⁹, siendo irrelevante para esta calificación la circunstancia de que la obligación objeto de litigio derive directamente de la adhesión o sea consecuencia a la vez de ésta y de un acuerdo de un órgano de la asociación⁴⁰.

No altera la naturaleza contractual del asunto el hecho de que uno de los litigantes se haya subrogado en el lugar de una de las partes en el contrato inicial. Refiriéndose al foro en materia de contratos de arrendamientos sobre bienes inmuebles el Tribunal afirmó que dicho foro es aplicable a una «acción por daños y perjuicios relativa a la conservación deficiente y al deterioro causado a una vivienda tomada en arriendo por un particular para pasar unas semanas de vacaciones, aun cuando dicha acción no sea ejercitada directamente por el propietario del inmueble, sino por un organizador de viajes profesional a través del cual dicho particular había arrendado la vivienda y que acude ante el órgano jurisdiccional tras haberse subrogado en los derechos del propietario del inmueble»⁴¹. Es necesario que el demandado o demandante se sitúen en la misma posición de quienes fueron parte en el contrato, de lo contrario, como se verá, la calificación contractual no es posible.

Por lo que hace referencia a las acciones que podrían quedar comprendidas en el concepto de materia contractual, como acertadamente señala Garcimartín Alférez⁴², el TJUE hace una interpretación generosa. Reconoce el carácter contractual de toda obligación que se derive de un contrato, comprendiendo también las que se derivan de la *lex contractus* y no sólo las expresamente recogidas en el contrato. En este sentido, resulta clarificadora la enumeración de acciones comprendidas en el art. 7.1 RBI bis (antes 5.1 RBI) que hace el mencionado autor, entre las que incluye: las acciones de cumplimiento (incluyendo las de exoneración de responsabilidad), las indemnizaciones por incumplimiento contractual, las indemnizaciones por resolución abusiva de un contrato, las restituciones por nulidad o inexistencia contractual o las acciones derivadas de información engañosa que incitó a contratar siempre que sean imputables a la contraparte (no a terceros, en cuyo caso se

³⁸ STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, cdos. 13 y 14.

³⁹ STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, cdo. 15.

⁴⁰ STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, cdos. 17 y 18.

⁴¹ STJCE 27 enero 2000, asunto C-8/98, *Dansommer A/S vs. Andreas Götz*.

⁴² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 110.

aplicará el artículo 7.2)⁴³. y lo que es más importante, se incluyen en mencionado foro las pretensiones que afectan a la totalidad del contrato, por ejemplo, las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia contractual⁴⁴.

De la misma forma que la existencia de un compromiso libremente asumido frente a otro ha permitido admitir la naturaleza contractual de muchas pretensiones, su ausencia permite negar ese carácter a otras muchas reclamaciones cuya calificación podría plantear dudas. Siguiendo de nuevo a Garcimartín Alférez⁴⁵, cabría destacar las siguientes: las obligaciones que se derivan de una negociación precontractual de mala fe, que produce una ruptura injustificada de las negociaciones en la medida en que las partes no llegaron a asumir ningún compromiso; la gestión de negocios ajenos, en la medida en que las obligaciones son *ex lege* y no derivan de una relación voluntariamente asumida por el principal; litigio entre el sub-adquirente y el fabricante de una cosa, que no es vendedor⁴⁶; litigio entre una asociación de consumidores y un comerciante cuyo objeto es obtener la prohibición del uso de cláusulas contractuales consideradas abusivas⁴⁷; cuando el destinatario de unas mercancías, basándose en el conocimiento de embarque que ampara el transporte marítimo no demanda a quien ha emitido dicho documento sino a quien considera ser el verdadero transportista (no hay relación directa entre el destinatario y el supuesto transportista demandado)⁴⁸. Tampoco comprende la obligación cuyo cumplimiento solicita judicialmente un fiador, que ha abonado los derechos de aduana en virtud de un contrato de fianza celebrado con la empresa de transportes, subrogándose en los derechos de la administración de aduanas en el marco de una acción de reembolso frente al propietario de las mercancías importadas, si este último, que no ha sido parte en el contrato de fianza, no ha autorizado la celebración de dicho contrato⁴⁹.

⁴³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 110.

⁴⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 110. En el mismo sentido, v. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.^a ed., Comares, Granada, 2014, p. 722. Estos autores incluyen también los contratos preliminares. Como señalan, para que un litigio verse sobre materia contractual no es necesario que exista un contrato.

⁴⁵ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 111.

⁴⁶ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handte*, cdos. 16-17 y 19-21.

⁴⁷ STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00, cdos. 38 y 39: «... la asociación para la protección de los consumidores, que ha tomado la iniciativa del ejercicio de dicha acción, no será en ningún caso parte en el contrato. Ésta actúa basándose en un derecho que le ha sido atribuido por ley para prohibir el uso de cláusulas que el legislador considera ilícitas en las relaciones entre un profesional y un consumidor final privado».

⁴⁸ STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, cdo. 19 y 20.

⁴⁹ STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, cdo. 26.

3. CONCEPTO DE «MATERIA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL»⁵⁰ / «OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL»⁵¹

A falta de una definición de estos términos en los reglamentos, el TJUE ha ido fraguando un concepto cuya nota principal es su carácter subsidiario, residual o negativo respecto del de «materia contractual». Como señala Garcimartín, no se ha formulado definición precisa, sino que más bien el Tribunal ha señalado unas pautas en su análisis caso por caso para determinar si una determinada acción se encuentra comprendida dentro de dicha materia. Dichas pautas inicialmente dadas para la «materia delictual o cuasidelictual» forman un conjunto hermenéutico con las que el TJUE ofrece para la «obligación extracontractual» en el marco del RRII.⁵² «El concepto materia delictual o cuasidelictual comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 [del art. 5 del RBI]»⁵³, es decir, cuando no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra⁵⁴. Si en el caso de la materia contractual las obligaciones nacían de la voluntad de una persona que consiente en obligarse, en la extracontractual las obligaciones nacen de la ley, que impone un deber a la persona con independencia de su voluntad⁵⁵. Se adopta, por lo tanto, un concepto muy amplio.

⁵⁰ En el sentido del art. 5.3 CB/RBI y 7.2 RBI Bis.

⁵¹ Art. 1.1 RRI.

⁵² STJCE 17 septiembre 2002, as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*; STJCE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros vs. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*; STJCE 19 septiembre 1995, as. C-364/93, *Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc*; STJCE 26 marzo 1992, as. C-261/90, *Reichert vs. Dresdner Bank [II]*; STJCE 27 septiembre 1988, as. 189/87, *Kalfelis vs. Schröder*; STJCE 22 marzo 1983, as. 34/82, *Peters vs. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*.

Hay que tener en cuenta, no obstante, las exclusiones que establece el art. 1.2 del art. RRII, principalmente la que se refiere a las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad.

⁵³ SSTJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, cdos. 17 y 18; 26 marzo 1992, *Reichert y Kockler*, C-261/90, cdos. 16; de 27 octubre 1998, *Reunión européenne y otros*, C-51/97, cdo. 22; 20 enero 2005, *Engler*, C-27/02, cdo. 29; 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, cdo. 32.

⁵⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 118. No obstante, como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, existen obligaciones que no nacen de un contrato y que están sujetas a reglas propias. Son obligaciones que se derivan de relaciones jurídicas preexistentes y que dependen de las normas de DIPr que regulan tales relaciones: conservación de la cosa común, obligación de rendir cuentas del tutor, etc. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.^a ed., Comares, Granada, 2014, p. 1122; MANKOWSKI, P., «Art. 5», en CALVO CARAVACA, A. L., MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Sellier, 2014, pp. 232-233.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.^a ed., Comares, Granada, 2014, p. 1126.

De la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se desprende –como ha destacado Arenas– una prioridad explícita de la calificación contractual en la tarea de delimitación. «Solamente en el caso de que no resulte posible la calificación contractual se abrirá la puerta a la consideración de la responsabilidad extracontractual»⁵⁶. Esta preferencia es coherente con la concepción de acuerdo con la cual ambos tipos de responsabilidad se excluyen mutuamente⁵⁷.

Se establece de esta manera un criterio que facilita la calificación uniforme por todos los Estados miembros y garantiza, en último término, que la ley aplicable no varíe según el tribunal que conozca del asunto.

Tal y como se desprende del artículo 2 del RRII, están comprendidas en la noción de «obligaciones extracontractuales», no solo las derivadas de un hecho dañoso⁵⁸, sino también las que surgen en situaciones de enriquecimiento injusto, la gestión de negocios la *culpa in contrahendo*.

En relación con la responsabilidad extracontractual derivada de un hecho dañoso, el TJUE ha señalado que es indispensable que pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina⁵⁹. Es irrelevante a estos efectos que sea una responsabilidad objetiva o por culpa, por acción u omisión⁶⁰.

Es importante destacar finalmente, como señala Garcimartín Alférez, que a los efectos del foro en materia de responsabilidad extracontractual, los terceros que materialmente se subrogan en el derecho de la víctima o del responsable, sea por ley o en virtud de un contrato, también pueden utilizar, o quedar sometidos, a este foro. Igualmente se sigue aplicando este foro para reclamar la res-

⁵⁶ ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 399.

⁵⁷ ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *op. cit.*, p. 399.

⁵⁸ Entre los múltiples daños que pueden generar esta responsabilidad pueden señalarse, siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González: los accidentes de tráfico, daños derivados de tratamientos médicos, vulneración de derechos de la personalidad, vulneración de derechos fundamentales constitucionales y los recogidos en el derecho de la UE (libre circulación de personas, ilícitos antitrust y competencia desleal), vulneración de patentes, marcas, propiedad intelectual, daños a la propiedad física, infracción de nombres de dominio de Internet, responsabilidad civil derivada de delitos, etc. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, pp. 1126-1127.

⁵⁹ STJCE de 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, cdo. 28; STJCE 30 noviembre 1976, *Bier*, C-21/76, cdo. 16; y la STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, cdo. 34, que analizaremos a continuación.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 1126. Cdo. 11 RRII.

pensabilidad de un sujeto por los daños de otro (por ejemplo, la de los padres por los daños causados por hijos)⁶¹.

IV. NUEVAS PRECISIONES EN LA DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE MATERIA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Podría pensarse que, dada la amplitud de los conceptos analizados y las numerosas sentencias recaídas sobre el tema, no deberían surgir ya problemas de calificación. Basta cotejar la jurisprudencia reciente del TJUE para comprobar que esta afirmación está muy lejos de ser verdadera.

En los últimos dos años, el TJUE ha tenido la oportunidad de perfilar los límites entre la materia contractual y la materia extracontractual al resolver distintas cuestiones prejudiciales en las que se planteaban problemas de calificación. En concreto, vamos a analizar las aportaciones que el Tribunal ha hecho a este debate en cuatro sentencias (SSTJUE de 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB vs. Frank Koot*; 13 octubre 2013, C-519/12, *OTP Bank vs. Hochtief Solution AG*; 13 marzo 2014, C-548/12, *Brogsitter vs. Fabrication de Montres Normandes EURL, Karsten Fräßdorf*; y 28 enero 2015, C-375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*). Las dos primeras sentencias presentan bastantes similitudes, pues hacen referencia a responsabilidad de socios o administradores por deudas de origen contractual de una sociedad. La tercera es quizá la de más compleja solución y ofrece pautas para la calificación de acciones al amparo de en normas de competencia desleal pero interpuestas entre quienes son parte en un contrato. El último asunto se refiere a la acción interpuesta contra el emisor de unos títulos al portador por un demandante que, como consumidor, ha adquirido dichos títulos de un tercero profesional.

1. RESPONSABILIDAD DE UN ACCIONISTA Y DE UN MIEMBRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN NEGLIGENTES ANTE DEUDAS SOCIALES DE ORIGEN CONTRACTUAL

a) *Acción de responsabilidad por conducta negligente del miembro del consejo de administración y excepción a la responsa-*

⁶¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 118-119.

bilidad limitada del accionista, cuando sus actuaciones obstaculizan el pago de las deudas sociales

El primero de los asuntos es el C 147/12, *Caso ÖFAB*, resuelto por el TJUE en Sentencia de 18 de julio de 2013 (en adelante «ÖFAB»)⁶². En ella el Tribunal interpreta el supuesto de hecho de los artículos 5.1 y 5.3 del RBI. Los hechos relevantes del caso son los siguientes:

La empresa Coperhill, con domicilio en Suecia, había contraído unas deudas con dos empresas (Tórens y Kakelmässan) domiciliadas en ese mismo país, por impago de unas obras de construcción. La empresa Invest, también sueca, adquirió parte de dichos créditos (la otra parte había sido ya cobrada por las empresas acreedoras tras un procedimiento de reestructuración al que había sido sometida Coperhill).

Invest demandó ante un tribunal sueco al Sr. Koot (que había sido miembro de consejo de administración del Coperhill) y a Evergreen (que era titular del 90% de las acciones de Coperhill), domiciliados en Holanda.

La demanda frente al Sr. Koot estaba basada en unos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas sueca, según los cuales, los miembros del consejo de administración pueden verse obligados a responder cuando no tomen ciertas medidas formales destinadas a controlar la situación económica de la sociedad, si ésta no dispone de medios económicos suficientes⁶³. Contra Evergreen se invocaban, por un lado, los principios de excepción a la responsabilidad limitada y, por otro, su presunta «promesa» de pagar a Toréns y Kakelmässan o transferir recursos a Copperhill para que ésta pudiera pagar.

El tribunal sueco se declaró incompetente por considerar que los litigios no pertenecían ni al ámbito contractual ni al extracontractual, por lo que solo cabía litigar en el domicilio de los demandados, es decir, en Holanda. Invest interpuso recurso de apelación contra las resoluciones solicitando que se presentara petición de

⁶² Sobre esta Sentencia, v. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones de responsabilidad por deudas sociales (comentario a la STJUE de 18 de julio de 2013, as. C-147/12, ÖFAB)», *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, núm. 31, (Enero-Abril 2014), pp. 453-476; Id. «Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado», *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, núm. 1, 2014, pp. 245-248; VAN CALSTER, G., «Christmas crums part II – ÖFAB confirms narrow scope of the insolvency exception and clarifies «place where the harmful event occurred» in case of tort by omission», en <http://gavclaw.com/tag/ofab/>; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Responsabilidad de accionistas y administradores por las deudas sociales: cuestiones de competencia judicial internacional», *La Ley Unión Europea*, núm. 9, noviembre 2013, pp. 35-36. En ellos se explica también por qué se descarta la calificación concursal, aspecto éste que no será abordado en mi estudio.

⁶³ Art. 18 del Cap. 25 Ley de Sociedades Anónimas sueca.

decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Posteriormente, transmitió sus créditos a ÖFAB, con domicilio social en Suecia.

De las siete cuestiones que fueron planteadas al TJUE, cuatro nos interesan de modo especial (2.^a, 3.^a, 4.^a y 7.^a).

Las dos primeras⁶⁴ se refieren a si las demandas planteadas tienen naturaleza contractual o extracontractual, a los efectos de aplicar el artículo 5.1 o 5.3 del RBI. La cuestión tiene mucho interés dado que las deudas objeto de reclamación tiene su origen en un incumplimiento contractual (el impago de los trabajos de construcción realizados). Sin embargo, la base jurídica de la reclamación frente a las partes demandadas se deriva de una actuación negligente que, de acuerdo con la legislación sueca, genera responsabilidad (en el caso del Sr. Koot, la falta de medidas frente a la infracapitalización de la empresa y, en el caso de Evergreen, la excepción a la responsabilidad limitada de los accionistas en ciertas circunstancias). En concreto, se aprecia un nexo causal entre el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de los demandados y la imposibilidad de las empresas demandantes de obtener el pago de sus créditos frente a Copperhill.

Por la primera alternativa se inclinan los Gobiernos sueco y griego que consideran que las demandas frente al accionista y el administrador deben seguir la misma calificación que las deudas de la sociedad, es decir, contractual⁶⁵.

Sin embargo, no es esa la conclusión a la que llega el Tribunal que descarta la calificación contractual, y ello con base en tres argumentos de peso.

En primer lugar, invoca un argumento práctico: se haría depender la calificación de un mismo comportamiento –la actuación ilegal del administrador o del accionista– de la naturaleza de las deudas de la sociedad que pueden ser objeto de tales demandas, y ello provocaría además una multiplicación de los tribunales competentes, según los distintos impagos⁶⁶.

En segundo lugar, y en estrecha relación con el primer argumento, se vería conculcado el principio de proximidad de las reglas de competencia especiales del artículo 5 RBI, que se basan en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre el contrato o el lugar donde se ha producido el hecho dañoso y el tribunal que debe conocer del mismo⁶⁷, y se opone a que la determinación

⁶⁴ Cuestiones prejudiciales 2.^a y 3.^a

⁶⁵ «ÖFAB», cdo. 39.

⁶⁶ «ÖFAB», cdo. 41. V. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, p. 467.

⁶⁷ En este sentido se mencionan las sentencias de 25 febrero 2010, C-381/08, *Car Trim*, cdo. 48; y de 16 mayo 2013, *Melzer*, C-228/11, cdo. 26.

del tribunal competente pueda depender de la naturaleza de las deudas de la sociedad afectada.

El tercer argumento, y para mí el más importante, hace referencia al principio de previsibilidad que el propio RBI recoge en su cdo. 11. Efectivamente, interpretar que los demandados, responsables de deudas ajenas, se deben someter a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde la sociedad debió cumplir con sus obligaciones contractuales, es difícilmente compatible con dicho principio⁶⁸.

Estas razones llevan al tribunal a concluir que la reclamación de unas deudas contraídas por una sociedad como consecuencia de un incumplimiento contractual, cuando se reclaman, no frente a la sociedad, sino frente a un miembro del consejo de administración y frente a un socio y con base en un comportamiento ilegal contemplado por la ley y que permite en esos casos exigir responsabilidad, tienen naturaleza delictual. Como señaló el Tribunal, y ha subrayado Espiniella Menéndez, se cumplían las tres condiciones para llevar a cabo esta calificación:

Primera: se interpone una acción de responsabilidad basada en una conducta negligente sancionada legal y jurisprudencialmente⁶⁹.

Segunda: la pretensión se funda en un nexo causal entre la actuación de los demandados y el daño⁷⁰. No obstante, como veremos más adelante, el TJUE no exige este nexo en la categoría amplia de «materia extracontractual» del RBI.

Tercera: no existe una obligación libremente asumida por los demandados frente a la sociedad demandante⁷¹ y en este caso el demandante no se dirige directamente contra la sociedad deudora⁷². Debe operar, por lo tanto la calificación residual⁷³.

Coincido con Espiniella Menéndez en que el Tribunal omite un argumento decisivo en este análisis: la calificación de la reclama-

⁶⁸ «ÖFAB», cdo. 41.

⁶⁹ «ÖFAB», cdo. 35.

⁷⁰ «ÖFAB», cdo. 34. Conviene señalar que la acción prevista en la Ley de Sociedades Anónimas de Suecia guarda cierta similitud con la prevista en nuestro art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital. En las situaciones previstas por el art. 367 la responsabilidad nace del «simple incumplimiento de estas obligaciones legales, sin que los acreedores tengan que justificar o probar ninguna otra circunstancia (como podría ser la causación de un daño, la insuficiencia patrimonial de la sociedad, o la relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el posible perjuicio padecido)» (IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Lección 26. La disolución y liquidación de las Sociedades de Capital», en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*. Volumen I, 11.^a ed., Madrid, 2013).

⁷¹ «ÖFAB», cdo. 36.

⁷² ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, p. 466.

⁷³ «ÖFAB», cdo. 32. De Miguel Asensio, P. A., «Responsabilidad de accionistas...», *op. cit.*, pp. 35-36.

ción analizada no puede seguir la de la deuda original puesto que «la *causa petendi* de estas acciones no es el cobro de un crédito fallido contra la sociedad, sino el daño causado o la infracción cometida con la conducta del administrador societario y el accionista mayoritario»⁷⁴.

Cabe preguntarse sobre el alcance de la regla establecida por el tribunal ¿Hemos de considerar que la naturaleza de la reclamación a estos efectos depende siempre del fundamento jurídico por el que se exige responsabilidad al demandado y no por el fundamento del derecho de crédito que se quiere hacer valer? ¿O es preciso hacer un análisis *ad casum* del grado de previsibilidad (análisis subjetivo) y de proximidad (análisis objetivo) del foro?

En mi opinión, la respuesta del tribunal hubiera sido muy distinta si la responsabilidad del administrador y del socio no fuera consecuencia de una actuación negligente sino que respondieran directamente de las deudas de la sociedad, con independencia de su comportamiento.

Otra cuestión que nos podríamos plantear es si estos razonamientos serían válidos también si el problema calificadorio hubiera surgido en el ámbito de la ley aplicable en lugar de plantearse en el marco de un problema de competencia judicial internacional.

b) *Acción frente al accionista que se había comprometido a pagar las deudas de la sociedad*

La segunda cuestión prejudicial⁷⁵ de interés para este estudio que se planteó –y que desafortunadamente no fue admitida por el Tribunal– fue la calificación que merece la reclamación contra el accionista fundada en su compromiso de pagar las deudas de la sociedad que había expresado en un momento dado. El pronunciamiento del Tribunal sobre esta cuestión hubiera revestido un interés especial. Sin embargo, estimó que no se habían aportado los elementos de hecho y de derecho necesarios para que el tribunal pudiera cumplir con su cometido de hacer una interpretación del Derecho de la Unión Europea eficaz para el juez nacional. Para ello hubiera sido necesario –según el propio Tribunal– precisar las circunstancias fácticas de la «promesa», así como el fundamento o el objeto de la acción ejercitada contra el autor de la citada «promesa».

⁷⁴ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, p. 467. Como bien apunta este autor, no es relevante para llegar a otra conclusión el hecho de que en Derecho sueco se cuantifique el daño o sanción en la cantidad que le acreedor dejó de percibir de la sociedad ni una posible accesoriedad de la acción contra los aquí demandados respecto de la acción contractual. Efectivamente, la acción extracontractual, que se basa en una conducta distinta, goza de autonomía respecto de la contractual y no puede ser atraída por la calificación de ésta.

⁷⁵ Cuestión prejudicial 4.^a

Efectivamente, coincido con el Tribunal en la necesidad de una mayor precisión de las circunstancias y fundamentos para poder llevar a cabo la calificación. Me inclino a pensar que muy probablemente la acción sería en este caso contractual, ya que estaría basada en una obligación libremente asumida por una parte respecto de otra. Lo sería con toda seguridad si hubiera un compromiso voluntariamente asumido por el accionista frente a los acreedores y la acción se basara en el incumplimiento de dicha promesa en lugar de en la reparación del daño⁷⁶. Hay que recordar que el concepto amplio de materia contractual comprende las obligaciones nacidas de actos jurídicos unilaterales, entre otros, la promesa de pago⁷⁷. Como se ha señalado anteriormente, esta conclusión es válida a los efectos de determinar la aplicación del artículo 5.1 RBI, sin prejuzgar ni la calificación posterior a los efectos de dilucidar la ley aplicable al fondo (aunque en el ámbito europeo se pretende alcanzar la coherencia entre ambas calificaciones) ni la posibilidad de exigirse el pago en virtud de la promesa.

c) *Efectos de la cesión de créditos sobre la calificación de las pretensiones frente a un accionista o un miembro del consejo de administración derivadas de deudas sociales*

La última de las cuestiones⁷⁸ que el tribunal tuvo que resolver fue la de determinar en qué medida afecta a la calificación de la reclamación el hecho de que los créditos hubieran sido finalmente transmitidos a otra persona (en este caso a ÖFAB). Quizá esta cuestión tenga menos interés en la medida en que la calificación de la que se parte es la delictual. Difícilmente la transmisión del crédito puede modificar esa calificación. Efectivamente, el TJUE afirma que la transmisión de créditos realizada por el acreedor inicial a otra persona no tiene, en las circunstancias como las que se trata en el litigio, incidencia sobre la determinación del tribunal competente con arreglo al artículo 5.3 (cdo. 59). Los argumentos que esgrime el tribunal son los mismos que en la primera de las cuestiones a las que he aludido.

En primer lugar, el objetivo de proximidad, que se aprecia cuando existe una conexión particularmente estrecha entre el lugar donde se ha producido el hecho dañoso y el tribunal que debe conocer del mismo. En este caso, el tribunal consideró que un litigio sobre créditos incluidos en el ámbito de la materia delictual

⁷⁶ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, pp. 468-469.

⁷⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 722.

⁷⁸ Cuestión prejudicial 7.^a

sigue teniendo, en principio, una conexión estrecha con el lugar donde se ha producido el hecho dañoso, pese a que dichos créditos han sido objeto de transmisión (cdo. 57).

En segundo lugar, la exigencia de un alto grado de previsibilidad no se alcanzaría si se admitiera que una transmisión de créditos puede tener incidencia en la determinación del tribunal competente.

Como ha destacado De Miguel Asensio, la transmisión del crédito se produce al margen de los demandados, que además no son deudores del mismo, por lo que no estaría justificado que alterase la competencia judicial internacional respecto de ellos⁷⁹.

Pese a que la cuestión que se le planteaba al tribunal parecía referirse a la calificación, no está claro si la respuesta va más orientada a la concreción del tribunal competente a los efectos del foro del artículo 5.3 RB, sin poner en duda la calificación. En este sentido no puede extrañar que el tribunal considere que sigue habiendo una relación estrecha entre el lugar donde se ha producido el hecho dañoso que no se ve alterada por la transmisión del crédito.

Por otro lado, en relación con una hipotética demanda contractual basada en la promesa hecha por *Evergreen* a los acreedores iniciales, la cesión de créditos tampoco afectaría a la calificación. Efectivamente, el hecho de que el ahora demandante no sea el destinatario inicial de la promesa no altera la naturaleza contractual de la acción, puesto que el cesionario se ha subrogado en la posición del cedente⁸⁰.

d) *Acción social interpuesta por un acreedor de la sociedad que ha sufrido un daño indirecto*

Aunque ÖFAB no parece haber interpuesto una acción social –o al menos, no se plantea cuestión prejudicial sobre ese particular– traigo de nuevo a colación una interesante reflexión de Espiniella Menéndez al hilo del caso sobre este tipo de acciones. No pasa desapercibida al mencionado autor la afirmación que el Tribunal hace en el cdo. 38 en el que califica como extracontractuales las demandas de las que trata el litigio «sin perjuicio de la calificación de otras demandas que puedan presentarse contra un administrador o un accionista de una sociedad». Como señala Espiniella Menéndez, el Tribunal puede estar pensando en la acción social. Esta acción se interpone en casos en los que el perjuicio directo lo ha sufrido la sociedad. Aunque su regulación varía de un ordenamiento a otro, en el caso de la Ley de Sociedades de Capital

⁷⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Responsabilidad de accionistas...», *op. cit.*, p. 36.

⁸⁰ Cfr. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, pp. 468-469.

española, la sociedad es la titular de la acción, pero puede ser interpuesta de modo subsidiario por los accionistas y, en último término, por los acreedores sociales, siempre y cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de su crédito. Pero lo más característico de estas acciones es que la cantidad reclamada debe reintegrarse al patrimonio de la sociedad. Como señala Valpuesta Gastaminza en relación con nuestra Ley, la acción prevista en los artículos 236 a 240, establece una responsabilidad contractual por daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones, y es concreción de los artículos 1101 y ss. CC. Se exige daño, antijuridicidad y relación de causalidad⁸¹. En este caso, aunque la acción fuera interpuesta por el acreedor, la *causa petendi* estaría vinculada a la relación –libremente asumida– del administrador con la sociedad al aceptar su cargo⁸².

2. ACCIÓN FRENTE AL ACCIONISTA QUE INCUMPLE DEBERES DE INFORMACIÓN POR DEUDAS SOCIALES DE ORIGEN CONTRACTUAL

Un caso que presenta ciertas similitudes con «ÖFAB» es el resuelto por sentencia de 13 de octubre de 2013, *OTP Bank vs Hochtief Solution*, C-519/12 (en adelante «OTP Bank»). En los litigios que dieron lugar a la cuestión prejudicial, OTP Bank, con domicilio en Hungría, reclamaba la devolución de un préstamo que había concedido a una empresa húngara en 2002. Sin embargo, la reclamación no se dirige contra la compañía prestataria sino contra Hochtief, sociedad con sede en Alemania que había adquirido más del 75% de su capital en 2006.

El fundamento de la demanda era un precepto del Derecho húngaro según el cual, la persona que adquiere una participación que le permite una influencia mayoritaria o un control directo sobre una empresa, debe declararlo ante el tribunal de lo mercantil del lugar donde la sociedad controlada tiene su sede en un plazo de 30 días y publicar un comunicado informando de dicha adquisición y de su cuantía en el «Boletín de la Sociedades»⁸³. En el caso de que la sociedad dominada fuera objeto de liquidación y que sus bienes no pudieran cubrir las deudas, el cumplimiento tardío o el incumpli-

⁸¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 650.

⁸² Dado que la perjudicada por la infracapitalización y por las conductas del administrador es la propia sociedad, la relación está en el marco del contrato societario y la libre aceptación del cargo de administrador (ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, p. 467).

⁸³ Art. 292.1 de la Ley húngara CXLIV de 1997, sobre sociedades mercantiles.

miento de las obligaciones mencionadas por parte de la sociedad dominadora le acarrearía el deber de responder de forma íntegra e ilimitada de las deudas contraídas por la sociedad dominada hasta el momento de cumplimiento⁸⁴.

La demandada no cumplió con las obligaciones mencionadas – aunque sí informó a OTP Bank de la adquisición– y en 2007 la sociedad prestataria fue sometida a un proceso concursal en el que no consiguió satisfacer el crédito que OTP Bank tenía contra ella. Concurrían, por lo tanto, todas las condiciones para que conforme a la ley húngara OTP Bank pudiera exigir el pago a Hochtief. La demanda se interpuso ante un juzgado de Budapest, pero Hochtief objetó su falta de competencia, siendo admitida dicha alegación. El tribunal de apelación sin embargo, anuló la decisión del juzgado señalando que sí podía asumir competencia en virtud del 5.1 a) RBI (foro especial en materia contractual) y remitió de nuevo el asunto al juzgado, que condenó a Hochtief. Ésta apeló primero, y recurrió en casación después, y fue el Tribunal Supremo húngaro quien finalmente interpuso la cuestión prejudicial al TJUE.

En dicha cuestión prejudicial se consultaba si podía subsumirse en el supuesto de hecho del artículo 5.1 a) RBI una pretensión como la presentada por OTP Bank, frente a Hochtief, teniendo en cuenta que esta última dispuso en el período conflictivo de una influencia que le permitía un control directo sobre la sociedad deudora y que ello le obligaba a responder de las deudas contraídas por la sociedad deudora. y ello por la consecuencia jurídica del incumplimiento señalado en el mencionado precepto húngaro.

Los elementos relevantes que debía tener en cuenta el TJUE eran los siguientes:

- La inexistencia de una relación contractual directa, ya que Hochtief no fue parte en el contrato de préstamo.
- El deber jurídico de responder de las deudas es consecuencia del incumplimiento de un precepto legal que imponía unas obligaciones declarativas que debían haberse llevado a cabo tras la adquisición de una parte mayoritaria de capital.

La solución a la que llegó el TJUE es que la inexistencia de un vínculo contractual directo entre OTP Bank y Hochtief impide su inclusión en el concepto de «materia contractual» en el sentido del artículo 5.1 a) del RBI.

Curiosamente, y frente a su modo de proceder habitual, el TJUE no se limitó a negar la calificación contractual de la pretensión. Pese a que no se le había consultado sobre el particular recordó

⁸⁴ Art. 292.3 de la Ley húngara CXLIV de 1997, sobre sociedades mercantiles.

que, según su jurisprudencia, la noción de materia delictual o cuasidelictual a los efectos del artículo 5.3 RBI comprende toda pretensión en la que se exija responsabilidad de un demandado y que no se pueda subsumir en el supuesto del artículo 5.1 RBI.

En mi opinión, en el asunto «OTP Bank» era menos claro que «ÖFAB». Pese a su analogía, existe un aspecto que los diferencia. En el caso estudiado en primer lugar, una de las causas que conllevaba la responsabilidad de los demandados era que su conducta había tenido como consecuencia la infracapitalización de la empresa y la consiguiente imposibilidad de satisfacer las deudas. Sin embargo, en «OTP Bank» no existe o no está demostrado un nexo causal entre la conducta de Hochtief y el daño (la no satisfacción del acreedor). Se trata de una sanción que impone la ley que hace innecesaria esta prueba de la relación de causalidad. Se muestra una vez más la amplitud de las categorías autónomas que emplea el TJUE al aplicar el RBI, que en el caso de las obligaciones extracontractuales comprende todas aquellas que no derivan ni de contrato ni de otra institución jurídica, como los alimentos, matrimonio, filiación, derechos reales, etc.⁸⁵

Sin embargo, lo más importante de la decisión del TJUE es que parece cerrar la posibilidad de incluir en el concepto de «materia contractual» cualquier pretensión en la que no exista vínculo contractual directo⁸⁶ y las reclamaciones de acreedores frente a accionistas o miembros del consejo de administración por deudas sociales⁸⁷.

3. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR COMPETENCIA DESLEAL ENTRE CONTRATANTES

La segunda decisión del TJUE que ha tratado recientemente esta temática es la que resolvió el caso *Brogstetter vs. Fabrication*

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15.ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 1122.

⁸⁶ En el cdo. 25 de la sentencia se afirma lo siguiente:

«En l'espèce, dans une situation où, selon la juridiction de renvoi, il n'existe pas de lien contractuel direct entre OTP Bank et Hochtief qui serait à l'origine des dettes de la société débitrice, l'action intentée par OTP Bank contre Hochtief ne saurait, dès lors, relever de la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n° 44/2001 (voir, par analogie, arrêt Tacconi, précité, points 24 à 26)».

⁸⁷ Como señala ESPINIELLA MENÉNDEZ en relación con «ÖFAB», se sigue la «interpretación jurisprudencial consolidada sobre el concepto de «materia delictual» al caso concreto de la responsabilidad por deudas sociales», que no se ve afectada por el hecho de que en algunos ordenamientos estas acciones tengan un tratamiento especial, distinto de las extracontractuales generales, creando así categorías uniformes más genéricas y abstractas. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Competencia judicial internacional para acciones...», *op. cit.*, p. 466.

de Montres Normandes EURL, Karsten Fräßdorf, C-548/12, de 13 marzo 2014 (en adelante «Brogssitter»)⁸⁸.

El Sr. Fräßdorf⁸⁹ celebró un contrato con el Sr. Brogssitter por el cual el primero se comprometía a diseñar y fabricar dos mecanismos de relojería para el segundo, que se comprometía a financiar la creación. Pero además de los mecanismos acordados, el Sr. Fräßdorf creó al mismo tiempo otros mecanismos de relojería que presentó por su cuenta en el salón mundial de relojería de Basilea, publicitándolos en internet en alemán y francés.

Brogssitter demandó al Sr. Fräßdorf ante un juzgado de Alemania. Sostenía, por un lado, que se había producido un incumplimiento de los compromisos contractuales pues, a su juicio, el demandado se había comprometido a trabajar exclusivamente por su cuenta (de Brogssitter), por lo que no podía desarrollar y explotar en su propio nombre y por su propia cuenta mecanismos de relojería, con independencia de que fueran o no idénticos a los que fueron objeto del contrato. Por otro, solicitaba el cese de las actividades controvertidas y una indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, con base en la normativa alemana sobre competencia desleal⁹⁰, alegando violación

⁸⁸ Una explicación detallada de los hechos y un completo análisis de la decisión puede verse en CEBRIÁN SALVAT, M. A., «Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 325-329. V., también, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Interpretación autónoma de la naturaleza contractual o no de una acción. Comentario a la STJUE de 13 marzo 2014, as. C-548/12, Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes», *Revista Electrónica de Direito*, núm. 1, 2016, pp. 1-23; CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «Competencia judicial internacional: Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y extracontractual», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, núm. 2, pp. 251-253; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Acciones de competencia desleal: delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Reglamento Bruselas I», en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/03/acciones-de-competencia-desleal.html>; LEHMANN, M., «CJEU Rules on Relationship between 5 No. 1 and 3 Brussels I», en <http://conflictoflaws.net/2014/cjeu-rules-on-relationship-between-5-no-1-and-3-brussels-i/>; VAN CALSTER, G., «Calling time on «contract» and «tort» between contracting parties. The ECJ in Brogssitter», <http://gavclaw.com/2014/07/21/calling-time-on-contract-and-tort-between-contracting-parties-the-ecj-in-brogssitter/>.

⁸⁹ El Sr. Fräßdorf desarrollaba su actividad en la sociedad Fabrication de Montres Normandes, de la que era único accionista y gerente.

⁹⁰ Art. 18.1 (sobre uso de modelos) de Ley alemana de Competencia Desleal (*Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG*): «Whoever, acting without authorisation, uses or communicates to another person models or instructions of a technical nature, particularly drawings, prototypes, patterns, segments or formulas, entrusted to him for the purposes of competition or for personal gain shall be liable to imprisonment not exceeding two years or to a fine».

Art. 823 BGB:

Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

de secreto industrial, interferencia en su actividad empresarial, fraude y abuso de confianza.

Los problemas de calificación se concentran en la segunda parte de las pretensiones (no se pone en duda que la primera pretensión pertenece a la materia contractual en el sentido del art. 5.1 RBI).

La cuestión que se eleva al tribunal es la de si el artículo 5.1 RBI debe interpretarse en el sentido de que un demandante que afirma haber sufrido un perjuicio a causa del comportamiento de la otra parte constitutivo de competencia desleal y de carácter extracontractual en virtud del Derecho alemán, invoca también derechos comprendidos en la materia contractual contra esa otra parte contratante, aunque funde su acción en una base jurídica relativa a la responsabilidad civil extracontractual⁹¹.

El primer elemento significativo de estos hechos es que entre las partes existe un contrato.

Sin embargo, y esta es una importante afirmación del tribunal, ello no quiere decir que toda reclamación de responsabilidad civil entre las partes tenga necesariamente carácter contractual⁹², y ello pese a que guarde cierta relación con el contrato.

Los otros dos elementos a tener en cuenta son que el derecho alemán, por un lado, y el propio actor, por otro, sitúan la pretensión en la esfera de la responsabilidad extracontractual.

Pero según el TJUE tampoco esto es lo determinante. Como había reiterado en numerosas ocasiones, la interpretación de los conceptos de materia contractual y extracontractual no depende de los derechos nacionales⁹³, ni tampoco de la calificación hecha por el demandante. Por el contrario, deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose principalmente al sistema y objetivos del Reglamento, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros⁹⁴.

Y el Tribunal establece un criterio para llevar a cabo la calificación en estos casos complejos: para poder constatar la presencia de una «materia contractual» habrá que verificar si el comportamiento

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

Art. 826 BGB: Intentional damage contrary to public policy

A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.

⁹¹ «Brogssitter», cdo. 15.

⁹² «Brogssitter», cdo. 23.

⁹³ «Brogssitter», cdo. 21.

⁹⁴ «Brogssitter», cdo. 18.

recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato⁹⁵.

El Tribunal precisó que este será el caso, en principio, si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento imputado⁹⁶.

Y finalmente señala que corresponderá al juez nacional determinar si con las acciones entabladas se formula una pretensión de resarcimiento que pueda razonablemente considerarse motivada por la inobservancia de los derechos y obligaciones del contrato que vincula a las partes del procedimiento, de tal modo que resulte indispensable tener en cuenta el contrato para resolver el recurso⁹⁷. De lo contrario, las acciones deberán considerarse no contractuales en el sentido del art. 5.3 RBI⁹⁸.

Como señala Van Calster, no se puede ofrecer una regla fija de calificación a supuestos como este. Será preciso tomar en consideración algunas cuestiones de derecho sustantivo para resolver estos casos⁹⁹.

De las palabras del Tribunal en el cdo. 25 se deduce que la pregunta que ha de formularse el juez es la siguiente: con independencia de lo que diga el contrato ¿estaremos igualmente ante un comportamiento infraccional del demandado? y podemos preguntarnos ¿supone este modo de resolver la cuestión una quiebra del carácter residual del concepto «materia extracontractual»?

Sin embargo, de la formulación de la respuesta a la cuestión prejudicial no se deduce esa quiebra, pues en ella se afirma que lo determinante es que el comportamiento imputado pueda considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato. Por lo tanto, de apreciarse la naturaleza contractual de la pretensión, la calificación extracontractual quedaría descartada¹⁰⁰.

De los datos con los que contamos, invitarían a la calificación contractual el hecho de que la violación de secreto alegada, podría estar vinculada a una obligación establecida en el contrato (no necesariamente de forma expresa). Como ha señalado Mankowski, para afirmar que un deber fiduciario es subsumible en el supuesto

⁹⁵ «Brogssitter», cdo. 24.

⁹⁶ «Brogssitter», cdo. 25.

⁹⁷ «Brogssitter», cdo. 26.

⁹⁸ «Brogssitter», cdo. 27.

⁹⁹ VAN CALSTER, G. A., en el blog GAVC, entrada de 21 de julio de 2014. <http://gavclaw.com/?s=brogssitter>.

¹⁰⁰ MANKOWSKI, P., «Art. 5», en CALVO CARAVACA, A. L., MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Sellier, 2014, pp. 231-232.

del artículo 5.3 es preciso que ese deber no pueda ser calificado de contractual, y hay que tener en cuenta que la noción de contrato no está restringida a sus términos expresos sino que incluye también las normas de derecho contractual supletorias o dirigidas a cubrir sus lagunas. Como concluye el mencionado autor, un incumplimiento contractual podría ser ilícito, pero no deja de ser por ello una cuestión contractual y no extracontractual¹⁰¹. En el caso de interferencia desleal en la actividad empresarial y abuso de confianza necesariamente deberá cotejarse el contrato. Lo decisivo es si ha de observarse o no el contrato para fundamentar la acción¹⁰².

Sin embargo, si como parece deducirse de los hechos de la sentencia, el demandante aduce que el demandado utilizó para su propio beneficio modelos o instrucciones que se le habían confiado, podría sostenerse que no será preciso acudir al contrato para determinar la ilicitud de su comportamiento (aunque no se dice en la sentencia, parece que el demandante invocó el art. 18. 1 de la Ley de Competencia Desleal alemana, que tipifica estas conductas).

Como en otras ocasiones, el tribunal recurre a «datos de hecho», sin emplear elementos que pertenecen al fondo del asunto ni acudir a la ley aplicable al mismo¹⁰³. Ello no quiere decir que no haya que tener en cuenta las reglas invocadas por el demandante. En opinión de Bollé, la clave para una correcta calificación está en acudir al fundamento de la acción. Para conocerlo habrá que poner en relación el criterio «de la obligación libremente asumida» con las reglas invocadas por el demandante. Se considerará que la acción tiene un fundamento extracontractual si las normas invocadas son indiferentes a la existencia del vínculo libremente asumido. Si por el contrario dichas normas sólo son aplicables por existir dicha relación o si sus consecuencias se vinculan a la presencia de un contrato, el fundamento de la acción pertenecerá a la materia contractual¹⁰⁴.

¹⁰¹ MANKOWSKI, P., «Art. 5», en CALVO CARAVACA, A. L., MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels I Regulation*, Sellier, 2014, pp. 231-232.

¹⁰² En opinión de Cebrián Salvat, lo que añade el tribunal a la distinción de ambas materias es que «en los casos en que exista un compromiso libremente asumido por las partes, pero la acción que se ejercite no derive de dicho compromiso, no se calificará dicha acción como contractual» (CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op. cit.*, p. 327).

¹⁰³ CEBRIÁN SALVAT, M. A., *op. cit.*, p. 329. Así ocurrió también, como señala la autora, en la STJUE 25 octubre 2012, as. C-133/11, *Folien Fischer*, cdo. 50.

¹⁰⁴ BOLLÉE, S., «La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé», *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, pp. 132-133 y 135. Así lo extrae de la STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis*. En concreto, el cdo. 19 de dicha sentencia señaló que las competencias especiales deben interpretarse en sentido estricto pues constituyen excepciones al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado. Por ello debe admitirse que un Tribunal que conforme al apartado 3 del artículo 5 sea competente para conocer de un aspecto de una demanda que tenga un

Esta idea puede ayudarnos a entender la solución en «Brogstiter». Si la norma invocada por el actor le permite exigir responsabilidad por la conducta del demandado sin necesidad de invocar el contrato, habrá que entender que ha optado por esta vía.

El problema de la calificación de las violaciones de secreto industrial ha sido ampliamente estudiado por Wadlow, si bien sus resultados sólo son parcialmente aplicables a estos efectos ya que están basados principalmente en el derecho inglés, que no conoce acciones específicas para las violaciones de secretos comerciales ni una acción genérica de competencia desleal. Constituyen ambos lo que se denomina como *equitable wrongs*¹⁰⁵.

En todo caso parece que la sentencia deja una duda. Está claro que si solo hay comportamiento ilícito en caso de que el contrato lo prevea, entonces la calificación será en todo caso contractual. Pero ¿qué ocurre si, con independencia de lo que diga el contrato, la actuación del demandado es ilícita, pero además así aparece recogido en el contrato? ¿o, aunque no aparezca en el contrato, una de las partes alega que la obligación está implícita o explícitamente en el contrato?

Plender y Wilderspin¹⁰⁶ se hacen eco de un caso inglés que guarda ciertas similitudes con «Brogstiter». En el asunto *Base Metal Trading Ltd v Shamurin*, el tribunal inglés de apelación conoció de un litigio en el que una sociedad demandó a su antiguo director y empleado. La empresa se dedicaba a dar préstamos a corto plazo a compañías rusas para que pudieran adquirir metales en Rusia. La demanda se basaba en que el director había incumplido un deber contractual implícito de diligencia al entablar negocios especulativos en el London Metal Exchange. La cuestión controvertida era si esos deberes de diligencia debían considerarse contractuales o extracontractuales. Una de las partes sostenía que aunque la obligación venía impuesta por la ley, sin embargo tenía naturaleza contractual a los efectos del CR, en la medida en que el director había asumido la responsabilidad libremente. Sin embar-

fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma demanda basados en fundamentos no delictivos. Como puede observarse, el TJUE considera que lo relevante es el fundamento de cada aspecto de la demanda.

¹⁰⁵ WADLOW, C., «Bugs, spies and paparazzi: jurisdiction over actions for breach of confidence in private international law», *European Intellectual Property Review*, 2008, Vol. 30, Issue 7, pp. 269-279. Se hace referencia a la sentencia que resolvió el caso *Saltman Engineering Co v Campbell Engineering Co*, en la que uno de los magistrados afirmó que si dos partes celebran un contrato por el cual o en relación con el cual una de las partes obtiene alguna información confidencial, en ese caso, incluso si el contrato nada dice sobre la confidencialidad, se entenderá que hay una obligación jurídica de tratar la cuestión de forma confidencial, como un término implícito del contrato.

¹⁰⁶ PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *The European private international law of obligations*, 3.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, pp. 62-64.

go, la opinión mayoritaria del tribunal consideró que las obligaciones del director venían impuestas por la ley y por lo tanto no tenían carácter consensual¹⁰⁷. Sin embargo, los mencionados autores critican esta solución. En primer lugar, porque no explica por qué una obligación impuesta por ley a un director que ha aceptado libremente el nombramiento y que mantiene una relación contractual con la sociedad debe considerarse como extracontractual, mientras que las obligaciones impuestas por ley a quien vende a un consumidor son contractuales incluso si son impuestas por ley y no admiten pacto en contra. En segundo lugar, por la interpretación amplia llevada a cabo por el TJUE, según la cual, la naturaleza contractual de una obligación no depende del carácter consensual sino de si ha sido libremente asumida por quien la contrajo. Con base en ello, se podría argumentar, según estos autores, que cualquier obligación que se derive directamente de una relación contractual pero que venga impuesta por ley –como en ese caso o en los casos de responsabilidad de un empresario frente sus trabajadores, que según el derecho inglés serían extracontractuales– deben considerarse contractuales a los efectos de determinar la ley aplicable. Coincido con estos autores, que consideran que si el TJUE tuviera que llevar a cabo la calificación, ésta situaría la acción en la materia contractual. El ejemplo que utilizan resulta clarificador: la responsabilidad que puede exigirse a un empleador que tiene, por ejemplo, la obligación de garantizar las condiciones de seguridad en el lugar de trabajo, son distintas de las que el empleado podría exigir a otro trabajador de la empresa, con el que no tienen ningún vínculo contractual.

Como puede observarse, estas situaciones presentan una enorme dificultad de calificación.

No es extraño que en casos como el mencionado, el actor pueda contar con más de una acción (contractual y extracontractual) y que pueda invocar la que más le interese. Como es lógico, ello no iría contra la aplicación uniforme de los instrumentos europeos. No es que una misma obligación pueda tener en este marco dos calificaciones alternativas¹⁰⁸, cuestión que los Reglamentos pretenden evitar con su carácter complementario, sino que una conducta puede dar origen a acciones distintas. Como ya hemos señalado, esto no quiere decir que el demandante pueda elegir la norma de

¹⁰⁷ Uno de los magistrados señaló que: «There is nothing consensual about the imposition of a tortious or equitable duty of care. It arises from a voluntary assumption of responsibility, but that is a state of affairs which is not dependant on agreement». [2004] EWCA Civ 1316, Case No: A3/2003/2356, 14th October 2004, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1316.html>.

¹⁰⁸ DICKINSON, A., *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, pp. 186-187.

conflicto en función de la calificación que él mismo haga de su acción. Pero sí que cabe que sea titular de dos acciones distintas. Así se deduce, como ha señalado Dickinson, de las diversas ocasiones en las que el RRII hace referencia a obligaciones extracontractuales que aparecen estrechamente conectadas con un contrato o con una relación previa que no estarían bajo las normas de conflicto de RRII. El art. 14.1 b) de ese mismo Reglamento permite a las partes que llevan a cabo una actividad comercial que elijan la ley aplicable a una obligación no contractual mediante un acuerdo negociado antes de que tenga lugar el daño. Como señala el autor mencionado, estas disposiciones carecerían de sentido si toda pretensión conectada con un contrato tuviera que calificarse necesariamente de contractual. Por otro lado añade que de los considerandos de los Reglamentos Roma I y Roma II se pueden deducir distintos intereses a considerar: los de las partes en unos casos, e intereses públicos más amplios en otros. No existe, recuerda finalmente Dickinson, una subordinación del RRII al RRI de la que pudiera inferirse que en caso de existir un vínculo contractual, éste absorbería toda pretensión entre las partes.¹⁰⁹

4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS FINANCIEROS

El TJUE se pronunció recientemente sobre otra cuestión prejudicial referente a la delimitación de las materias contractual y extracontractual a los efectos de determinar la aplicación del artículo 5.1 a), 5.3 o 15.1 c) del RBI. Estas cuestiones se suscitaron en el Asunto C-375/13, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc*, (en adelante «Kolassa»), resuelto por STJUE de 28 enero 2015¹¹⁰.

¹⁰⁹ DICKINSON, A., *Op. cit.*, pp. 187-188. Este autor subraya que puede haber conductas entre contratantes que generen responsabilidad con independencia del contrato. Existen actos que suponen al mismo tiempo un incumplimiento contractual y un hecho dañoso extracontractual. Señala el ejemplo de un propietario que acuerde permitir a su vecino llevar a cabo ciertas actividades cumpliendo unos mínimos de seguridad. Si el vecino lleva a cabo conductas que violan tanto los mínimos legales como los pactados, esos mismos actos pueden acarrear tanto responsabilidad contractual como extracontractual.

¹¹⁰ Pueden consultarse en <http://curia.europa.eu/>. Sobre este caso v. entre otros: DE MIGUEL ASENSIO, P., *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 67, 2015, pp. 189-192; LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Competencia internacional y protección del inversor en acciones por responsabilidad contractual y delictual frente al banco emisor de títulos (A propósito del asunto *Kolassa*)», *La Ley Unión Europea*, núm. 25, 2015; LEHMANN, M., «Prospectus Liability and Private International Law – Assessing the Landscape After the CJEU *Kolassa* Ruling (Case C-375/13)», (forthcoming in *Journal of Private International Law*, vol. 11, issue 2 August 2016); ARONS, T. M. C., «On financial losses, prospectuses, liability, jurisdiction (clauses) and applicable law», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, núm. 3, 2015, pp. 377-382.

En este asunto se plantean problemas de calificación en el marco de los daños financieros transfronterizos.¹¹¹

Los hechos versan sobre un entramado de relaciones en el que el Sr. Kolassa, con domicilio en Austria, adquirió en el mercado secundario de ese país, unos títulos emitidos por Barclays (bonos al portador) y vendidos a sociedades intermediarias en el mercado primario alemán. Uno de los adquirentes fue DAB Bank AG, con domicilio en Munich. Ésta los transmitió a su filial en Austria, direktanlage.at AG, que los revendió a particulares, entre ellos el Sr. Kolassa, cliente de dicha entidad. Pero el banco del Sr. Kolassa no proporciona los certificados a los clientes, sino que el mismo se encarga de su custodia (como activos de cobertura), por lo que Kolassa solo puede exigir que se le entreguen certificados en proporción a su parte en los activos de cobertura. Por esta razón, el Sr. Kolassa no es el tenedor de los bonos al portador de Barclays. Tras unas complejas operaciones (algunas de ellas constitutivas de delitos) en las que intervinieron diversas entidades, los títulos adquiridos por el Sr. Kolassa perdieron todo su valor¹¹². Conviene señalar también que, a petición de Barclays, los folletos relativos a los bonos se publicaron tanto en Alemania como en Austria.

Ante esta situación el Sr. Kolassa emprendió acciones legales de distinta naturaleza –derechos de carácter contractual (derechos derivados del contrato de empréstito, de la adquisición del empréstito y del incumplimiento de las obligaciones precontractuales de protección e información) y delictual (derechos basados en las irregularidades que afectaron al folleto y al deber de control por vulneración, en particular, de la Ley reguladora de los mercados de capitales y la Ley de fondos de inversión)– frente a Barclays ante un tribunal de Viena. Sostiene que dicho tribunal es competente con base en el artículo 15, apartado 1, letra c) RBI o, con carácter subsidiario, en virtud del artículo 5, puntos 1, letra a), y 3, de dicho Reglamento. *Barclays* impugnó, entre otras cosas, la competencia del tribunal, que decidió interponer una serie de cuestiones prejudiciales para clarificar su posible competencia.

En primer lugar, plantea si son subsumibles en el artículo 15.1 RBI (contratos de consumo) las pretensiones formuladas por el demandante, que había adquirido como consumidor en el mercado

¹¹¹ Sobre esta temática v. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Los daños financieros transfronterizos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014, pp. 51-70; LEHMANN, M., «Proposition d'une règle spéciale dans le Règlement Rome II pour les délits financiers», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2012, pp. 485-519.

¹¹² El coste final de los bonos se determina por referencia a un índice compuesto por una cartera de diferentes fondos subyacentes. Se había nombrado a una sociedad alemana la composición y gestión de esta cartera. Pero esta sociedad llevó a cabo una estafa piramidal que dejó en cero el valor de los bonos.

secundario un título de deuda al portador, frente a la entidad emisora sobre la base de la responsabilidad del folleto y por incumplimiento de las obligaciones de información y de control, así como sobre la base de las condiciones del empréstito si, como consecuencia de la compra del título-valor a un tercero, se ha subrogado en la relación contractual existente entre la entidad emisora y el suscriptor inicial del empréstito.

En caso de respuesta afirmativa, se pregunta si afecta a esa calificación el hecho de que la persona de la que adquirió el consumidor hubiera comprado el título para un uso profesional.

En caso de respuesta afirmativa a ambas cuestiones, se plantea si afecta a la aplicación del artículo 15 RBI el hecho de que el demandante no sea el tenedor del título, sino que es un tercero no consumidor al que el demandante ordenó la compra de los títulos y encargó su custodia con carácter fiduciario, en nombre propio y por cuenta del demandante, y que el demandante solo tenga derecho a exigir su entrega.

Para dar respuesta a estas cuestiones, el primer elemento que hay que tener en cuenta es que, según hace saber el órgano remitente, no se ha comprobado una relación contractual directa entre demandante y demandado.

Pese a existir obligaciones recíprocas entre Barclays y el Sr. Kolassa (como había señalado el Abogado General en sus conclusiones), el TJUE afirma –siguiendo su jurisprudencia– que es necesario que se celebre un contrato entre el consumidor y el profesional demandado (cdo. 25). El hecho de que el banco con el que celebró el contrato el Sr. Kolassa (*direktanlage.at AG*) no asumiera ningún riesgo económico no significa, según el Abogado General, que exista contrato entre el Sr. Kolassa y Barclays. Tampoco consideró el TJUE que en este caso el objetivo de proteger a una parte más débil justifique una interpretación extensiva del artículo 15 RBI. Es más, como el resto de los foros especiales debe ser objeto de una interpretación estricta para garantizar la seguridad jurídica en materia de competencia y asegurar la previsibilidad. Siendo claros los términos del artículo 15, no cabe adoptar un enfoque económico para proteger al consumidor. Como bien explica el TJUE en el cdo. 29, la existencia del contrato entre ambas partes es lo que garantiza la previsibilidad de la atribución de competencia, uno de los objetivos del RBI. No cabe interpretar que ese requisito se cumple «cuando concurre una cadena de contratos en virtud de la cual determinados derechos y obligaciones del profesional de que se trate se transmiten al consumidor» (cdo. 30).

Otro argumento utilizado por el TJUE fue que el artículo 16, donde se establecen los foros en materia de contrato de consumo,

hace referencia a únicamente a la acción entablada por el consumidor contra la otra parte contratante, lo que implica necesariamente la conclusión de un contrato del consumidor con el profesional demandado. Es interesante destacar que el TJUE establece una distinción con lo resuelto en el caso *Maletic*¹¹³, donde se afirmó que en el concepto de «otra parte contratante» debe interpretarse que designa al cocontratante del operador con el que el consumidor haya celebrado dicho contrato. Sin embargo, en aquel caso el consumidor «estaba de antemano vinculado contractualmente, de modo indisociable, a dos cocontratantes». Aquí en ningún momento el consumidor ha celebrado un contrato con el profesional demandado.

La segunda cuestión prejudicial aparece formulada en términos similares pero referida al artículo 5.1 *a*) en lugar de al artículo 15.1 RBI. Sin embargo, el TJUE advierte que la respuesta no debe ser necesariamente la misma ya que la jurisprudencia del TJUE interpreta de modo distinto el concepto de contrato en cada uno de los artículos mencionados. En concreto, en el caso del artículo 5.1, el Tribunal interpreta de manera autónoma y amplía el concepto de materia contractual. En particular, no exige la celebración de un contrato. Sí que es necesario, sin embargo, identificar una obligación contractual, dado que la competencia del órgano jurisdiccional nacional se determina en función del lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación contractual que sirve de base a la demanda. De esta forma, el artículo 5.1 presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante (como se había afirmado en *Česká spořitelna*, cds. 46 y 47).

De esta afirmación deduce el Tribunal que no existe vínculo contractual en el sentido del artículo 5.1 *a*) entre Kolassa y Barclays. Aunque conforme al derecho nacional aplicable existan obligaciones entre ambos, estas no son de naturaleza contractual en el sentido del artículo en cuestión.

La regla que extrae el TJUE es que no existe relación contractual en el sentido del artículo 5.1 cuando el demandante ha adquirido un título de deuda al portador de un tercero, sin que su emisor haya asumido libremente una obligación frente a dicho demandante (cdo. 41)¹¹⁴.

¹¹³ STJUE 14 noviembre 2013, C-478/12, *Maletic v. lastminute.com y TUI Österreich GmbH*.

¹¹⁴ Es interesante constatar que en su momento el Abogado General había invocado la sentencia *Handte* para recordar, por un lado, la necesidad de que exista un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra y, por otro, para mostrar cierto paralelismo entre aquel caso (en el que existía una cadena de contratos internacionales de mercancías en donde las obligaciones contractuales de las partes variaban de un contrato a otro, «de

En la tercera cuestión prejudicial del asunto «Kolassa» se plantea si los derechos basados en la responsabilidad del folleto conforme a la normativa reguladora de los mercados de capitales y derechos basados en el incumplimiento de las obligaciones de protección e información relacionadas con la emisión de títulos de deuda al portador son subsumibles en la materia delictual o cuasi delictual en el sentido del artículo 5.3 RBI.

Tenido en cuenta la opinión del Tribunal sobre las cuestiones anteriores no puede extrañar que se incline por esta calificación. Como ya se ha dicho, el concepto de materia delictual o cuasidelictual comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del artículo 5.1 RBI. Por tanto, las acciones de responsabilidad contra un emisor a causa del folleto y del incumplimiento de otras obligaciones jurídicas de información a los inversores están incluidas en la materia delictual y cuasidelictual en la medida en que no están cubiertas por la materia contractual.

Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González¹¹⁵, en estos casos de daños financieros no suele existir contrato entre el inversor perjudicado y la persona cuya responsabilidad se reclama, y lo más frecuente es que las demandas tengan naturaleza extracontractual, y señalan tres razones: 1) en los pocos casos en que los instrumentos financieros son adquiridos directamente por el inversor en el mercado primario, las reclamaciones no suelen surgir de un compromiso libremente asumido de una parte frente a la otra sino de una sanción por infracción de una norma pública sobre los mercados financieros¹¹⁶. 2) Cuando los instrumentos financieros se adquieren en el mercado secundario lo habitual es que no haya contrato entre el emisor de los títulos y el inversor perjudicado. Los actos ilícitos de los que se derivan daños suelen realizarlos las sociedades de inversión, gestores, etc. En el asunto «Kolassa» el acto ilícito no lo realiza la persona con la que ella contrata, sino una sociedad que contrata, parece ser, con Barclays para rentabilizar el dinero obtenido 3) Incluso si se adquieren directamente por

modo que los derechos contractuales que el subadquirente podía invocar frente a su vendedor inmediato no eran necesariamente los mismos que los asumidos por el fabricante en sus relaciones con el primer comprador»). Pese a lo complejo de los contratos que concurren en el asunto «Kolassa», el Abogado General se inclinaba por que estábamos de nuevo ante una cadena de contratos y no cabía considerar que existía un compromiso asumido libremente por una parte frente a otra, entre el Sr. Kolassa y Barclays.

¹¹⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Los daños financieros transfronterizos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014, pp. 51-70.

¹¹⁶ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma»)», *La Ley*, núm. 6798, 2007.

el inversor en el mercado primario, no suele hacerlo del emisor, sino de un «sindicato de bancos de inversión».

En el asunto «Kolassa» se adquiere en el mercado secundario y, efectivamente, hay una serie de sociedades que cometen actos ilícitos (estafas), pero la responsabilidad no se exige de estas sociedades, sino del emisor por no haber cumplido correctamente con sus deberes de información y de control. Sin embargo, la reclamación no puede ser contractual dado que el agraviado no contrató directamente con el demandado y el actor tampoco es tenedor de los bonos al portador. Los derechos y obligaciones de *direktanlage.at AG* no son los mismos que adquiere Kolassa (no puede enajenarlos, por ejemplo), por lo que no estamos en un supuesto de subrogación. Si la demanda hubiera sido contra *direktanlage.at AG*, sí que hubiera sido subsumible en la materia contractual. También lo hubiera sido una demanda contra Barclays en el caso de que el Sr. Kolassa fuera el tenedor de los bonos al portador. Sería subsumible en el supuesto de hecho del artículo 5.1 RBI y no en el del 15 RBI ya que pese a que Barclays dirigió su actividad a Austria (publicó allí el folleto relativo a los bonos), y que el Sr. Kolassa es un particular, para que pueda considerarse contrato de consumo a los efectos del Reglamento es preciso, como señaló el TJUE, que exista relación contractual directa («contrato celebrado por consumidor»).

V. CONCLUSIONES

Pese a que ya son décadas de jurisprudencia del TJUE dirigida a interpretar los conceptos «materia contractual» y «materia extracontractual» y a establecer sus límites, primero en el marco del CB, y después en el del RBI, el asunto sigue suscitando cuestiones prejudiciales de compleja solución. Pese a que la línea trazada por el Tribunal parece nítida, la realidad demuestra que la casuística desborda con facilidad esa barrera. La labor del TJUE va a seguir siendo fundamental.

Se consolida la calificación extracontractual de las acciones interpuestas por acreedores frente a administradores o socios por deudas de la sociedad, incluso en los casos en los que no haya un nexo causal entre el perjuicio patrimonial y la actuación del socio o administrador.

Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual entre personas vinculadas por un contrato. En estos casos el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en con-

sideración la calificación de las legislaciones nacionales. La calificación requerirá en muchos casos un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual.

El TJUE se reafirma también en interpretar la materia extracontractual como residual respecto de la materia contractual, ya que en la medida en que la determinación de la ilicitud del acto al que se refiere la acción requiera la interpretación del contrato, ésta será la calificación preferente.

En relación con los títulos-valores, cuando una persona adquiere unos derechos sobre unos títulos de una persona distinta de quien los emitió, se hace una interpretación similar a los supuestos de cadena de contratos (como en los casos de responsabilidad por productos), cuando los derechos que adquiere el consumidor son distintos de los del primer adquirente.

El Tribunal sigue utilizando los mismos criterios hermenéuticos que ya empleó en las primeras sentencias sobre el CB. La consecución del objetivo de uniformidad en la aplicación de las reglamentos y el principio de previsibilidad continúan siendo decisivos a la hora de calificar.