CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 8 de junio de 1994 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante resolución de 25 de mayo de 1993, el Bundesgerichtshof planteó al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 13 y 14 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Convenio»), en su versión de 9 de octubre de 1978, [1] indicando que tres de ellas son de idéntico contenido a las planteadas por este mismo órgano jurisdiccional en el asunto que dio lugar a la sentencia Shearson Lehman Hutton. [2]

2. Recordaré brevemente los hechos del presente asunto. Dos particulares, los Sres. Brenner y Noller, confiaron a la sociedad de mediación Dean Witter Reynolds Inc., domiciliada en los Estados Unidos de América, la realización de operaciones a plazo sobre mercaderías, sin relación alguna con su actividad profesional. Dicha sociedad dispone de una agencia en Frankfurt-am-Main, Dean Witter Reynolds GmbH, que realiza publicidad en su nombre, pero el contrato entre las partes exclusivamente se gestionó a través de la Metzler Wirtschafts-und Börsenberatungsgesellschaft mbH, independiente de la demandada en el litigio principal.

3. Las inversiones realizadas por esta última por cuenta de los demandantes en el litigio principal hicieron perder a éstos, como resultado de especulaciones, la casi totalidad de los pagos efectuados. Los Sres. Brenner y Noller presentaron contra la sociedad de mediación sendas demandas de indemnización de daños y perjuicios por las que exigían la devolución de las cantidades perdidas, alegando el incumplimiento por parte de dicha sociedad de sus obligaciones contractuales y precontractuales; un acto ilícito consistente en la presentación de falsas facturas de gastos y en la realización de numerosas transacciones en parte absurdas («churning»), y, por último, su enriquecimiento sin causa.

4. El Landgericht, que conoció del litigio en primera instancia, se declaró incompetente, siendo sus resoluciones confirmadas en la instancia de apelación. Los demandantes en el litigio principal recurrieron entonces en casación («Revision» alemana) ante el órgano jurisdiccional remitente, que, con carácter previo, plantea al Tribunal de Justicia su competencia a la luz del párrafo primero, *in fine,* del artículo 14 del Convenio cuando, como en el presente caso, el cocontratante está domiciliado en un Estado tercero y en la celebración o la ejecución del contrato no

* Lengua original: francés.

1 — DO L 304, p. 1; texto en español en DO 1990, C 189, p. 2.

2 — Sentencia de 19 de enero de 1993, Shearson Lehmar Hutton (C-89/91, Rec. p. I-139).

participó ninguna sucursal, agencia o establecimiento. [3]

5. Mediante las demás cuestiones, planteadas con carácter subsidiario, el Bundesgerichtshof desea, básicamente, que el Tribunal de Justicia interprete los siguientes conceptos:

— «Contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías», recogido en el número 3 del párrafo primero del artículo 13, con el fin de determinar si el contrato de comisión relativo a la realización de operaciones a plazo sobre mercaderías pertenece a esta categoría.

— «Publicidad», en el sentido de ese mismo precepto, con el fin de determinar si implica la existencia de un vínculo con la celebración de un contrato.

— «Materia de contratos», mencionada en el párrafo primero del artículo 13, con el fin de saber si incluye no sólo las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivadas del incumplimiento de obligaciones contractuales, sino también las basadas en el incumplimiento de obligaciones precontractuales y en el enriquecimiento sin causa y si, en este caso, incluye, por razón de conexidad, una competencia accesoria en materia no contractual.

6. Recordemos que estas últimas cuestiones ya fueron examinadas en las conclusiones que presenté en el asunto Shearson Lehman Hutton. No obstante, el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de responder a tales cuestiones, por considerar, siguiendo mi propuesta, que

«[...] el artículo 13 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que el demandante que actúa en ejercicio de su actividad profesional y que, por tanto, no es, él mismo, el consumidor que es parte en uno de los contratos enumerados por el párrafo primero de este artículo no puede beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por dicho Convenio en materia de contratos celebrados por los consumidores». [4]

7. De este modo, el Tribunal de Justicia consideró que el cesionario de un crédito que actúa en ejercicio de su actividad profesional no podía ampararse en las normas protectoras del artículo 13, de las que se habría beneficiado el consumidor cedente.

3 — Resolución de remisión del Bundesgerichtshof.

4 — Apartado 24 y fallo.

8. En este caso, sin embargo, el litigio se refiere efectivamente, según comprobaciones del Juez *a quo*, a dos consumidores que celebraron con una sociedad establecida en un Estado tercero un contrato de comisión relativo a la realización de operaciones a plazo sobre mercaderías. La cuestión previa que hay que resolver en el presente caso es la de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores contenidas en la Sección 4 del Título II del Convenio. [5]

«[...] puede considerarse que el territorio de los Estados miembros constituye un todo del que resulta, en particular, desde el punto de vista del establecimiento de las reglas de competencia, una distinción muy clara según que las partes en litigio tengan o no su domicilio dentro de la Comunidad», [7]

de manera que

9. Antes de nada indicaré que, en mi opinión, puesto que en el presente caso el demandado no está domiciliado en la Comunidad y que en la celebración y/o ejecución del contrato no intervino ninguna sucursal, agencia o establecimiento, el Juez nacional sólo puede aplicar sus propias reglas de competencia, de manera que no sólo no es aplicable una de las dos alternativas del párrafo primero del artículo 14, sino la Sección 4 en su totalidad.

«si una persona estuviere domiciliada fuera de un Estado contratante, es decir, fuera de la Comunidad, se le aplicarán las reglas de competencia vigentes en cada Estado, incluidas las que son calificadas de exorbitantes». [8]

10. En efecto, el Convenio de Bruselas no tiene por objeto resolver los conflictos de competencia que puedan surgir entre órganos jurisdiccionales de un Estado contratante, por una parte, y de un Estado tercero, por otra. Precisamente, como señala el Informe Jenard, [6]

11. El informe Evrigenis y Kerameus, [9] sobre la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, indica asimismo:

«Si [...] el demandado no está domiciliado en el territorio de un Estado contratante, el Convenio no contiene ninguna disposición autónoma que regule este caso, sino que

5 — Obsérvese que, inicialmente, esta Sección sólo se refería a los contratos de venta a plazos de bienes muebles y de préstamos a plazos destinados a financiar tales ventas. La modificación introducida en 1978 extendió su ámbito de aplicación.

6 — DO 1979, C 59, p. 1; traducción al español en DO 1990, C 189, p. 122.

7 — Página 13; p. 134 de la traducción al español.

8 — *Ibidem*.

9 — DO 1986, C 298, p. 1; traducción al español en DO 1990, C 189, p. 257.

remite a la ley interna del Estado en cuyo territorio se encuentre el órgano jurisdiccional que conoce del litigio (párrafo primero del artículo 4). El Convenio autoriza a toda persona domiciliada en el territorio de un Estado contratante, sea cual fuere su nacionalidad, a invocar contra dicho demandado la ley de dicho Estado [...]». [10]

12. En efecto, el párrafo primero del artículo 4 del Convenio dispone:

«Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado contratante, la competencia judicial se regirá, en cada Estado contratante, por la ley de este Estado, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.»

13. Ciertamente, aunque el artículo 4 no lo precise, aparte del artículo 16, otras disposiciones pueden ser aplicables incluso cuando el demandado esté domiciliado en un Estado no contratante.

14. Así ocurre cuando la competencia se basa en una cláusula atributiva de competencia conforme al párrafo primero del artículo 17, puesto que, en tal caso, las partes han decidido, de común acuerdo, «anclar» el litigio al ordenamiento jurídico comunitario. Basta, entonces, con que una de ellas tenga su domicilio en un Estado contratante.

15. Debe citarse, asimismo, el artículo 18, que se refiere al caso del demandado que comparece ante el Juez de un Estado contratante, siempre y cuando no alegue la incompetencia de éste y ello sea compatible con las disposiciones del artículo 16. [11]

16. El artículo 21 también es aplicable independientemente de cualquier requisito de domicilio. Por lo demás, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia Overseas Union Insurance y otros [12] que

«[...] el artículo 21 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que resulta aplicable sin que haya de tenerse en cuenta el domicilio de las partes de los dos procesos». [13]

17. Ahora bien, no puede permitirse que el demandante invoque las reglas de determinación de la competencia contenidas en la Sección 4 cuando el demandado no está domici-

10 — Apartado 44.

11 — Véase, en este sentido, Gaudemet-Tallon, H.: *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 1993, apartado 79. Véase, asimismo, Droz: *Compétence judiciaire et effet des jugements dans le marché commun*, Dalloz, 1972, apartados 228 y ss.; Gothot y Holleaux: *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, apartados 35 y ss.

12 — Sentencia de 27 de junio de 1991 (C-351/89, Rec. p. I-3317).

13 — Apartado 18.

liado en un Estado contratante y no se cumplen los requisitos del párrafo segundo del artículo 13. [14]

18. Precisamente, el artículo 13 dispone:

«En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada "el consumidor", la competencia quedará determinada por la presente Sección, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4* y en el punto 5 del artículo 5.» [15]

19. Así, la referencia expresa al artículo 4 contenida en el párrafo primero del artículo 13 viene a recordar que el ámbito de aplicación de los artículos 13 a 15 se limita al caso de que el demandado esté domiciliado en un Estado contratante. [16]

20. En estas circunstancias, las reglas de determinación de la competencia contenidas en el Convenio no son aplicables a un litigio como el pendiente ante el Tribunal de remisión, de manera que continúan siendo aplicables las reglas sobre competencia internacional del Tribunal ante el que se ha presentado la demanda. En tal supuesto, el consumidor debe basarse en éstas, aun cuando se trate de reglas exorbitantes del Derecho común.

21. Como señalan Gothot y Holleaux: [17]

«[...] si el demandado no tiene su domicilio en el territorio de un Estado contratante, el párrafo primero del artículo 4 remite expresamente a la Ley de cada Estado contratante la determinación, en ese caso, de la competencia *internacional* de los Jueces del Estado [...] Por consiguiente, es preciso y suficiente que el demandado esté domiciliado fuera de la Comunidad para que se apliquen todas las reglas sobre competencia internacional del Juez ante el que se presenta la demanda, es decir, en su caso, las reglas de competencia llamadas exorbitantes. El artículo 3 da una lista de ellas: [...] el fuero del patrimonio del artículo 23 del ZPO alemán [...]

El mero hecho de que su domicilio esté fuera de la Comunidad hace, pues, que el demandado, aun siendo nacional de un Estado contratante, pierda el derecho a invocar el sistema europeo de competencia de los artículos 2 a 15 [...].» [18]

14 — Recuérdese, sobre este último aspecto, que el Tribunal remitente considera «[...] que ninguna sucursal, agencia u otro establecimiento en el sentido del párrafo segundo del artículo 13 participó en la celebración o ejecución del contrato».

15 — El subrayado es mío.

16 — Véase, en particular, Lasok y Stone: *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, 1987, p. 228.

17 — *Loc. cit.* en la nota 11.

18 — Apartado 35, p. 20.

22. En materia de contratos celebrados por los consumidores, la única excepción a la norma del artículo 4 se contiene en el párrafo segundo del artículo 13, que se aplica cuando el cocontratante del consumidor, domiciliado en un Estado tercero, posee, en un Estado contratante, una sucursal, agencia o establecimiento que le represente y que pueda obligarle frente a terceros, requisito que no concurre en el presente caso.

23. Como indica el Profesor Kaye: [19]

«[...] a non-Contracting State domiciled non-consumer, which possesses a branch, agency or other establishment within the Community *from which it transacts* with the consumer, is deemed to be domiciled in the Contracting State in which the branch, agency or other establishment is situated, so that instead of being subject to national jurisdiction rules by virtue of Article 4, it can be proceeded against by the consumer in the latter State, as its domicile, under Article 14, para. 1.» [20]

24. Indicaré no obstante que, suponiendo que se cumpliera este requisito, los artículos 13 a 15 tampoco serían aplicables porque el litigio no es internacional en el sentido del Convenio, dado que Dean Witter Reynolds GmbH y los Sres. Brenner y Noller están domiciliados en el mismo Estado contratante.

25. En su citada obra, Droz ya señalaba que

«[...] siempre que el Convenio fija una competencia especial directa, por ejemplo el Tribunal del lugar del domicilio del tomador del seguro, se está refiriendo al caso de que el demandado lo sea ante los Tribunales de un Estado distinto del de su domicilio». [21]

26. Asimismo, en su comentario a la sentencia Shearson Lehman Hutton, Gaudemet-Tallon señala que

«[...] el principio de base [...] pretende que el Convenio de Bruselas establezca normas para los litigios intracomunitarios, y no para los litigios internos [...]». [22]

19 — *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Professional Books Limited, 1987.

20 — Páginas 842 y 843; el subrayado es mío.

21 — Apartado 30.

22 — *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 325 y 330.

27. El litigio principal queda fuera, pues, de las reglas sobre competencia directa enunciadas por el Convenio y, especialmente, de las del párrafo primero de su artículo 14.

28. Por consiguiente, no procede responder a las cuestiones subsidiarias.

29. Así fue, por lo demás, como procedió el Tribunal de Justicia en su sentencia Shearson Lehman Hutton. Por mi parte, entonces propuse tal respuesta con carácter subsidiario. Así pues, me limitaré a remitirme a lo que expuse en relación con dicha sentencia, [23] para el supuesto de que, apartándose de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia considere que el artículo 14 del Convenio es aplicable en el presente caso.

30. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el artículo 14 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil no es aplicable a la acción entablada por un consumidor de un Estado contratante frente a su cocontratante domiciliado en un Estado tercero cuando no se cumplen los requisitos del párrafo segundo del artículo 13. En cualquier caso, esta disposición no es aplicable, por no existir el elemento de extranjería, cuando la sucursal, agencia o establecimiento de una sociedad que tenga su domicilio en un Estado tercero estén situados en el mismo Estado contratante en el que el consumidor tiene su domicilio.

23 — Puntos 73 y ss.