Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 5 de septiembre de 2019[1]

Asunto C-272/18

Verein für Konsumenteninformation
contra
TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co. KG

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)]

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Cooperación judicial en materia civil — Ley aplicable — Contratos fiduciarios celebrados entre consumidores que residen habitualmente en un primer país y un profesional con domicilio social en un segundo país, que tienen por objeto la administración de participaciones en sociedades comanditarias reguladas por el Derecho del segundo país — Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales — Reglamento (CE) n.º 593/2008 — Materias excluidas — Artículo 1, apartado 2 — Cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas — Normas de protección en materia de contratos de consumo — Contratos excluidos — Artículo 5, apartado 4, del Convenio de Roma y artículo 6, apartado 4, del Reglamento n.º 593/2008 — Contrato de prestación de servicios con arreglo al cual los servicios deben prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que este tenga su residencia habitual — Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores — Carácter abusivo de una cláusula de elección de la ley aplicable que designa el Derecho del domicilio social del prestador de servicios»

I. Introducción

1. El Verein für Konsumenteninformation (en lo sucesivo, «VKI»), una asociación para la protección de los consumidores con domicilio social en Austria, entabló una acción de cesación[2] contra TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG (en lo sucesivo, «TVP»), sociedad con domicilio social en Hamburgo (Alemania), mediante la que solicitó que se prohíba a esta sociedad utilizar, en sus relaciones comerciales con los consumidores residentes en Austria, determinadas cláusulas contractuales. Dichas cláusulas figuran en los contratos fiduciarios que tienen por objeto la administración de participaciones en fondos de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con domicilio social en Alemania y constituidos en forma de sociedades comanditarias. Entre las cláusulas en cuestión se encuentra una cláusula de elección de la ley aplicable que designa el Derecho alemán.

1 Lengua original: francés.

2 En el sentido de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO 2009, L 110, p. 30).

2. El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) se pregunta si dicha cláusula de elección de la ley aplicable es compatible con la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [3] atendiendo, en particular, a la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esta Directiva en la sentencia Verein für Konsumenteninformation. [4] La respuesta a esta pregunta depende, en particular, de si el Derecho austriaco es aplicable a los contratos fiduciarios controvertidos en defecto de dicha elección de la ley aplicable o si, por el contrario, debe aplicarse el Derecho alemán. La respuesta a esta cuestión depende, por su parte, de la interpretación del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales [5] y del Reglamento (CE) n.º 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. [6]

3. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado al Tribunal de Justicia distintas cuestiones con objeto, *en primer lugar*, de determinar si estos contratos fiduciarios plantean «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas», excluidas del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, en la medida en que versan sobre participaciones en sociedades comanditarias y están estrechamente vinculados a los contratos societarios de las sociedades comanditarias de que se trata. Suponiendo que no sea así, *a continuación*, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de las normas de protección en materia de contratos de consumo establecidas por estos instrumentos debido a que, en virtud de los mencionados contratos, los servicios fiduciarios deben prestarse al consumidor exclusivamente fuera de Austria. Las cuestiones planteadas se refieren, *por último*, a la compatibilidad de la cláusula de elección del Derecho aplicable controvertida con la Directiva sobre las cláusulas abusivas.

4. En las presentes conclusiones explicaré por qué, en mi opinión, el Derecho aplicable a contratos fiduciarios como los controvertidos en el litigio principal debe determinarse de conformidad con las normas que figuran en el Convenio de Roma y en el Reglamento Roma I. Por otra parte, expondré los motivos por los que, a mi juicio, dichos contratos, en virtud de los cuales los servicios deben prestarse a distancia en el país de residencia habitual del consumidor desde el territorio de otro país, están comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas de protección en materia de contratos de consumo establecidas por dichos instrumentos. Por último, explicaré que una cláusula de elección del Derecho aplicable como la que figura en los contratos controvertidos es abusiva en la medida en que no informa al consumidor de que, a pesar de esta elección, le ampara la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual.

II. Marco jurídico

A. Convenio de Roma

5. El artículo 1 del Convenio de Roma, que lleva por título «Ámbito de aplicación», dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

3 Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13; en lo sucesivo, «Directiva sobre las cláusulas abusivas»).

4 Sentencia de 28 de julio de 2016 (C-191/15, en lo sucesivo, «sentencia VKI/Amazon», EU:C:2016:612).

5 Abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO 1980, L 266, p. 1; EE 01/03; en lo sucesivo, «Convenio de Roma»).

6 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (DO 2008, L 177, p. 6), en su versión rectificada (DO 2009, L 309, p. 87) (en lo sucesivo, «Reglamento Roma I»). Tanto el Convenio de Roma como el Reglamento Roma I son aplicables *ratione temporis* al litigio principal (véase el punto 9 de las presentes conclusiones).

2. No se aplicarán:

[…]

e) a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;

[…]».

6. El artículo 5 del Convenio de Roma, titulado «Contratos celebrados por los consumidores», establece:

«1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

– si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o

– si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país […]

[…].

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

4. El presente artículo no se aplicará:

[…]

b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual.

[…]»

B. Reglamento Roma I

7. El artículo 1 del Reglamento Roma I, bajo el encabezado «Ámbito de aplicación material», dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.

2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

[…]

f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas;

[…]».

8. El artículo 6 de este Reglamento, que lleva por título «Contratos de consumo», prevé lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

[…]

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país,

y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

3. Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4.

4. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual;

[…]».

9. El Reglamento Roma I sustituyó al Convenio de Roma. De conformidad con su artículo 28, este Reglamento se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009. No se discute que la acción de cesación controvertida en el litigio principal se refiere tanto a los contratos celebrados antes como a los celebrados o por celebrar después de dicha fecha, de modo que ambos instrumentos son aplicables *ratione temporis*.

C. Directiva sobre las cláusulas abusivas

10. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas establece:

«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

11. La sociedad MPC Münchmeyer Capital AG Hamburg (en lo sucesivo, «MPC») organiza y comercializa fondos de inversión inmobiliaria de tipo cerrado, constituidos en forma de sociedades comanditarias alemanas.[7] TVP, una filial participada al 100 % por MPC, es fiduciaria y socia comanditaria fundacional de las sociedades de que se trata.

12. Desde un principio, estos fondos se concibieron para permitir que los inversores privados e institucionales adquiriesen participaciones como socios comanditarios. En este sentido, los contratos societarios de las sociedades comanditarias que conforman la estructura de estos fondos facultan a TVP, en su condición de fiduciaria y socia comanditaria fundacional, para incorporar a nuevos socios comanditarios.

13. Para ello, se encargó a otra filial de MPC la búsqueda de inversores potenciales. Los folletos correspondientes a las participaciones en los fondos creados por MPC fueron distribuidos, en particular (y, en determinados casos, de forma exclusiva), en Austria.

14. Los inversores interesados podían asumir las participaciones en estos fondos, en particular, remitiendo a TVP una declaración de adhesión en forma de oferta de celebración de un contrato fiduciario (*Treuhandvertrag*). El importe correspondiente a la participación debía ingresarse en una de las cuentas fiduciarias (*Treuhandkonten*) abiertas a tal efecto en bancos austriacos. De este modo se produjo la incorporación mediante una adhesión indirecta de inversores en condición de fiduciantes, por medio de TVP, que actuaba como depositaria de sus participaciones comanditarias. A este respecto, esta sociedad ejerce, en nombre propio, pero por cuenta de los inversores en cuestión, los derechos que estos ostentan por la tenencia de estas participaciones. TVP, además, les transfiere los dividendos y demás ventajas patrimoniales derivadas de la participación. Asimismo, TVP redirige a los inversores la información que recibe de los fondos sobre el curso de los negocios. Como contrapartida de estos servicios, TVP cobra una comisión global.

15. Los contratos fiduciarios así celebrados con TVP estipulan, en particular, la cláusula siguiente (o similar):

«El presente contrato fiduciario se rige por el Derecho de la República Federal de Alemania. El lugar de cumplimiento y el fuero judicial para todo litigio derivado del presente contrato y en relación con su celebración es el correspondiente al domicilio social de la fiduciaria, siempre que este pacto esté permitido por la ley.»

7 Véase una explicación más detallada en la nota 9 de las presentes conclusiones.

16. El 6 de septiembre de 2013, VKI entabló una acción de cesación ante el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena, Austria) mediante la cual solicita que se prohíba a TVP utilizar, a efectos de las relaciones comerciales con consumidores residentes en Austria, en las condiciones generales de la contratación que aplica en sus contratos fiduciarios o en los modelos de contrato que utiliza a este respecto, determinadas cláusulas basándose, en particular, en que estas son abusivas en el sentido de la Directiva sobre las cláusulas abusivas y del Derecho austriaco que transpone dicha Directiva. Además, VKI solicita autorización para publicar la sentencia.

17. La acción entablada por VKI tiene por objeto, en particular, la cláusula relativa al lugar de prestación de los servicios fiduciarios y la ley aplicable a los contratos fiduciarios, citada en el punto 15 de las presentes conclusiones. En este contexto, VKI alega que, de conformidad, en particular, con las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales,[8] la licitud de las cláusulas impugnadas no debe apreciarse desde el punto de vista del Derecho aplicable a estos contratos, sino de la *lex loci damni*, es decir, del Derecho austriaco. Este último Derecho también es aplicable en virtud del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I.

18. TVP solicita que se desestime la acción entablada por VKI. Entiende que, de conformidad con las disposiciones del Reglamento Roma I, la licitud de las cláusulas controvertidas debe apreciarse con arreglo a la legislación alemana, elegida como la ley aplicable a los contratos fiduciarios. Por otro lado, alega que estos contratos fiduciarios y los contratos societarios de las sociedades comanditarias de que se trata están tan estrechamente interconectados que los primeros, necesariamente, deben regirse por el mismo Derecho que los segundos, es decir, por el Derecho alemán. TVP añade que prestó en Alemania todos los servicios contratados y que no dispone en Austria de sucursal, establecimiento, ni empleado alguno.

19. Mediante sentencia de 3 de septiembre de 2015, el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena) estimó la acción entablada por VKI. En virtud del Derecho austriaco, dicho tribunal ordenó a TVP que dejara de utilizar, a efectos de sus relaciones comerciales con los consumidores residentes en Austria, las cláusulas impugnadas, incluida la cláusula de elección de la ley aplicable. También estimó la solicitud de que se publicara la sentencia.

20. Mediante auto de 13 de septiembre de 2016, el Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria) anuló la sentencia dictada por el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena) y devolvió el asunto a dicho tribunal para que continuara la instrucción y dictase una nueva resolución. En particular, el tribunal de apelación consideró, haciendo referencia a la sentencia VKI/Amazon, que, aunque la validez de las cláusulas sobre la ley aplicable se ha de evaluar con arreglo al Derecho alemán, este también califica de abusiva una cláusula en la medida en que induzca a error al consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato dicho Derecho, sin informarle de que le ampara también, en virtud de las disposiciones del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho del país de su residencia habitual, en el presente asunto el Derecho austriaco.

8 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (DO 2007, L 199, p. 40; en lo sucesivo, «Reglamento Roma II»).

21. VKI y TVP interpusieron ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) sendos recursos contra dicho auto. En estas circunstancias, dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Están comprendidos en la exclusión del ámbito de aplicación que prevén el artículo 1, apartado 2, letra e), del [Convenio de Roma] y el artículo 1, apartado 2, letra f), del [Reglamento Roma I] los acuerdos entre un fiduciante y un fiduciario, tenedor de una participación en una sociedad comanditaria por cuenta del fiduciante, en particular cuando existe una trama de contratos societarios y fiduciarios?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, de la [Directiva sobre las cláusulas abusivas] en el sentido de que es abusiva una cláusula incluida en un contrato fiduciario celebrado entre un empresario y un consumidor para la administración de una participación comanditaria, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del país en que se encuentra el domicilio social de la sociedad comanditaria, cuando la única finalidad del contrato fiduciario es la administración de dicha participación comanditaria, incumbiendo al fiduciante los derechos y obligaciones de un socio directo?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera o a la segunda cuestión:

¿Es distinta la respuesta si el empresario, para prestar los servicios a los que se ha comprometido, no tiene que desplazarse al país del consumidor, pero está obligado a remitir al consumidor los dividendos y demás ventajas patrimoniales derivadas de la participación, así como información sobre el curso de los negocios relativos a la participación? ¿Tiene alguna incidencia a este respecto la circunstancia de que resulten de aplicación el Reglamento Roma I o el Convenio de Roma?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión:

¿Se mantiene inalterada esta respuesta si, además, la solicitud de suscripción del consumidor fue firmada en su país de residencia, el empresario también facilita información sobre la participación en Internet y se ha establecido un lugar de pago en el país del consumidor, en el que este debe ingresar el importe de la participación, si bien el empresario carece de facultad de disposición sobre esta cuenta bancaria? ¿Tiene alguna incidencia a este respecto la circunstancia de que resulten de aplicación el Reglamento Roma I o el Convenio de Roma?»

22. La resolución de remisión, de 28 de marzo de 2018, fue recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2018. VKI, TVP y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Las mismas partes estuvieron representadas en la vista celebrada el 27 de febrero de 2019.

IV. Análisis

23. La acción de cesación entablada, en el presente asunto, por VKI contra TVP tiene como telón de fondo las participaciones asumidas por inversores privados residentes en Austria en fondos de inversión inmobiliaria de tipo cerrado, constituidos en forma de sociedades comanditarias alemanas. [9] Más concretamente, los inversores, al firmar una solicitud de adhesión a estos fondos, no entraron directamente en el capital de las sociedades en cuestión. De hecho, confiaron el importe de sus participaciones a TVP, que es la fiduciaria y socia comanditaria fundacional de dichas sociedades y firmaron con esta última los contratos fiduciarios (*Treuhandverträge*) que tienen por objeto la administración de dichas participaciones. [10]

24. A este respecto, es preciso recordar sucintamente que, en el marco de una operación de *Treuhand* (término que designa la institución de que se trata en Derecho alemán, próxima a la fiducia del Derecho francés), una persona a la que se denomina «fiduciante» (*Treugeber*) transfiere la titularidad de activos a otra persona denominada «fiduciaria» (*Treuhänder*), la cual debe mantener estos activos separados de su propio patrimonio y administrarlos con una finalidad determinada a favor de un beneficiario (que puede ser el fiduciante, aunque no necesariamente). En su condición de titular de los activos transferidos, el fiduciario actúa *en nombre propio*, pero *por cuenta* del beneficiario. [11]

25. A través de los contratos fiduciarios controvertidos, TVP, que es socia comanditaria «directa» de las sociedades comanditarias en cuestión, administra las participaciones de las que es titular en dichas sociedades en su nombre, pero por cuenta de un gran número de inversores que son, al mismo tiempo, fiduciantes y beneficiarios de los contratos fiduciarios referentes a dichas participaciones. De esta forma, los inversores de que se trata (ateniéndome a los términos empleados por el órgano jurisdiccional remitente) «entraron a participar de forma indirecta» en el capital de las mencionadas sociedades. [12]

26. La acción de cesación entablada por VKI contra TVP tiene por objeto la licitud de diversas cláusulas estipuladas en estos contratos fiduciarios (o, más en concreto, en las condiciones generales de contratación que aplica en dichos contratos y en los modelos de contrato que utiliza a este respecto). VKI afirma, en particular, que dichas cláusulas son abusivas en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas. Dado que el domicilio social de TVP está situado en Alemania y que VKI defiende los intereses de los consumidores que residen en Austria, se plantea la cuestión del Derecho aplicable a dicha acción.

9 De las observaciones de VKI se desprende que los fondos de tipo cerrado como los creados por el grupo MPC consisten en reunir capital, mediante la creación y venta de las participaciones en el capital de sociedades constituidas a tal fin, para invertir en bienes inmobiliarios, con el objetivo de generar ingresos mediante el arrendamiento y la venta de los bienes en cuestión. Los inversores disponen de un plazo limitado para asumir las participaciones. Una vez que se recauda el capital necesario, el fondo se cierra y no crea nuevas participaciones. El fondo no puede reembolsar las participaciones creadas inicialmente, o solo puede hacerlo bajo condiciones estrictas. El uso de fondos de este tipo está particularmente extendido en Alemania (véanse, sobre esta problemática, las conclusiones de la Abogada General Trstenjak presentadas en el asunto E. Friz, C-215/08, EU:C:2009:522, puntos 33, 42 y 43 y referencias citadas). VKI señala, además, que desde 2002 aproximadamente 16 000 consumidores austriacos han celebrado contratos fiduciarios con TVP para adquirir participaciones en los fondos del grupo MPC.

10 No se discute que los inversores también podían optar por incorporarse directamente a las sociedades que estructuran los fondos en calidad de socios comanditarios e inscribirse en el Registro Mercantil alemán. Sin embargo, no es esto lo que ocurre en el litigio principal.

11 La *Treuhand* y la fiducia son similares al *trust* propio de los países del *Common Law* (véase, para un análisis de Derecho comparado, Braun, A. y Swadling, W.: «Chapter six — Management: Trust, Treuhand and Fiducie», en Van Erp, S. y Akkermans, B.: *Cases, Materials and Text on Property Law*. *Ius commune casebooks for the common law of Europe*, Hart Publishing, 2012, pp. 553 a 615). Ahora bien, el Convenio de Roma, en su artículo 1, apartado 2, letra g), y el Reglamento Roma I, en su artículo 1, apartado 2, letra h), excluyen de su ámbito de aplicación material la constitución de *trusts* y las relaciones que se crean entre quienes lo constituyen, los *trustees* y los beneficiarios. No obstante, *a priori*, esta exclusión no es aplicable al litigio principal. En efecto, del Informe relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO 1980, C 282, p. 1; en lo sucesivo, «Informe Giuliano-Lagarde»), se desprende que, en principio, el objeto de dicho Convenio se limita a los *trusts* y no abarca las «instituciones similares de Derecho continental» (véase p. 13 de dicho Informe). En cualquier caso, no me detendré en la cuestión de la aplicabilidad de esta exclusión, puesto que el órgano jurisdiccional remitente no la ha formulado y no ha sido planteada ante el Tribunal de Justicia.

12 El órgano jurisdiccional remitente no aporta más información sobre la manera de representación jurídica de las inversiones en cuestión.

27. En la sentencia VKI/Amazon, el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que la ley aplicable a una acción de cesación dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un Estado miembro que celebra contratos con consumidores que residen en otros Estados miembros debe determinarse conforme al artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma II.[13] En cambio, la cuestión del carácter abusivo de una cláusula contractual determinada se rige por la ley aplicable al contrato, ley determinada, en principio, en virtud del Convenio de Roma o del Reglamento Roma I.[14] La acción entablada en el presente asunto por VKI contra TVP implica, por tanto, determinar la ley aplicable a los contratos fiduciarios controvertidos.

28. A este respecto, TVP invoca una cláusula de elección del Derecho aplicable estipulada en dichos contratos y que designa como ley aplicable a estos contratos el Derecho alemán, Derecho del Estado en el que se encuentran su propio domicilio social y los de las sociedades comanditarias. VKI alega sin embargo que esta cláusula es abusiva. En efecto, en la sentencia VKI/Amazon, el Tribunal de Justicia declaró que tal cláusula puede inducir a error al consumidor cuando no informa a este de que, de conformidad con las normas de protección en materia de contratos de consumo establecidas por el Reglamento Roma I, le ampara, a pesar de la ley elegida, la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual.[15] TVP responde que la jurisprudencia derivada de esta sentencia no puede aplicarse al litigio principal. Considera que la cláusula de elección del Derecho aplicable controvertida es meramente enunciativa, de manera que los contratos fiduciarios controvertidos en el litigio principal deben estar sujetos, en cualquier caso, al Derecho alemán, que es el Derecho aplicable a las sociedades de que se trata.

29. En este contexto, mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que determine si, como sostiene TVP, estos contratos fiduciarios están excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I en virtud de la exclusión establecida en el artículo 1, apartado 2, letra e), de dicho Convenio y en el artículo 1, apartado 2, letra f), de dicho Reglamento, relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas», y, en caso afirmativo, en qué medida. Abordaré esta problemática en primer lugar (sección A).

30. En el supuesto de que los contratos fiduciarios controvertidos estén comprendidos en el ámbito de aplicación material del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I, el órgano jurisdiccional remitente, mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, pretende que se determine si estos contratos se rigen por las normas de protección en materia de contratos de consumo que figuran en el artículo 5 de dicho Convenio y en el artículo 6 del citado Reglamento. Más concretamente, se pregunta sobre el alcance de la exclusión establecida en el apartado 4 de estos dos artículos, que TVP invoca, según la cual estas normas de protección no se aplicarán a los «contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual». Examinaré estas cuestiones conjuntamente a fin de facilitar la lectura, y en segundo lugar (sección B).

31. Por último, finalizaré las presentes conclusiones con el análisis de la segunda cuestión prejudicial que plantea el órgano jurisdiccional remitente, relativa al carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, de la cláusula de elección del Derecho aplicable controvertida (sección C).

13 Ha de recordarse que una acción de cesación se basa en una obligación extracontractual en la medida en que no hay contrato entre el profesional y la asociación de protección de los consumidores. A este respecto, el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma II establece que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados En la sentencia VKI/Amazon (apartado 42), el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «competencia desleal», en el sentido de esta disposición, engloba la utilización de cláusulas abusivas en condiciones generales de venta cuando pueda afectar a los intereses colectivos de los consumidores como categoría y, por ende, influir en las condiciones de competencia del mercado.

14 Véase, en este sentido, la sentencia VKI/Amazon, apartados 35 a 60.

15 Véanse los puntos 83 a 90 de las presentes conclusiones.

A. Sobre la inaplicabilidad de la exclusión relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas» (primera cuestión prejudicial)

32. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I deben interpretarse en el sentido de que la exclusión que establecen relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas» comprende las obligaciones contractuales que tienen su origen en un contrato fiduciario cuyo objeto es la administración de una participación en una sociedad comanditaria, en particular cuando los contratos societarios y fiduciarios están interconectados.

33. El Convenio de Roma y el Reglamento Roma I se aplican, como establece el artículo 1, apartado 1, de ambos instrumentos legales, a las «obligaciones contractuales».[16] La ley aplicable a estas obligaciones debe, en principio, determinarse conforme a las normas de conflicto de leyes establecidas en dichos instrumentos.

34. No obstante, el artículo 1, apartado 2, de estos mismos instrumentos excluye expresamente determinadas materias de su ámbito de aplicación. En particular, de conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y con el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I, lo dispuesto en estos instrumentos no se aplicará a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas». En consecuencia, la ley aplicable a tales «cuestiones» debe determinarse de conformidad con las normas de conflicto de las leyes nacionales.[17]

35. No se discute que, con carácter general, un contrato fiduciario genera entre las partes «obligaciones contractuales» que están comprendidas en el ámbito de aplicación material del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I.

36. Sin embargo, en el marco de la acción entablada en el presente asunto por VKI contra TVP, se presenta la particularidad de que, por un lado, los contratos fiduciarios a los que se refiere dicha acción versan sobre la administración de participaciones en sociedades comanditarias y, por otro lado, existe, para atenerme a la terminología empleada por el órgano jurisdiccional remitente, una «trama» de dichos contratos con los contratos societarios de las sociedades en cuestión.

37. De la resolución de remisión y de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se desprende que dicha trama se basa en el hecho de que los contratos societarios de estas sociedades prevén la posibilidad de que los inversores celebren un contrato fiduciario con TVP y entren «de forma indirecta» a participar en las sociedades comanditarias como fiduciantes. Por otra parte, los contratos societarios establecen que los fiduciantes recibirán el mismo trato que el que se dispensa a los socios comanditarios «directos» en las relaciones con la sociedad en cuestión y en las relaciones con el resto de los socios, ostentando las mismas obligaciones (incluida la participación en el capital y en las pérdidas) y los mismos derechos (incluido el de percibir los dividendos y el derecho a voto). La remuneración de TVP por sus servicios como fiduciaria viene estipulada en los contratos societarios y no son los fiduciantes quienes la abonan, sino las sociedades comanditarias. Los contratos fiduciarios controvertidos hacen también referencia, en distintas ocasiones, a los estatutos de esas sociedades.

16 El concepto de «obligación contractual» en el sentido de estos instrumentos se refiere a una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra. Véase la sentencia de 21 de enero de 2016, ERGO Insurance y Gjensidige Baltic (C-359/14 y C-475/14, EU:C:2016:40), apartado 44.

17 Con independencia de la cuestión de la ley aplicable, la cuestión de si los contratos fiduciarios controvertidos suscitan cuestiones relativas al Derecho de sociedades también puede acarrear consecuencias en cuanto al fondo del asunto en relación con la posibilidad de VKI de invocar las normas que prohíben las cláusulas abusivas. En efecto, de manera análoga al Convenio de Roma y al Reglamento Roma I, la Directiva sobre las cláusulas abusivas no se aplica, como indica su décimo considerando, a «los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades».

38. Se trata, por lo tanto, de determinar si, habida cuenta de estas particularidades, la ley aplicable a las obligaciones contractuales derivadas de estos contratos debe determinarse con arreglo a las normas de conflicto de los Derechos nacionales, en virtud de la exclusión relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas», prevista en el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y en el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I.

39. VKI alega que este no es el caso. En su opinión, los contratos fiduciarios establecen una única relación entre los inversores y TVP, la cual no se rige por el Derecho de sociedades, sino por el Derecho de obligaciones. Los fiduciantes no tienen la condición de socio, reservada a las personas inscritas al efecto en el Registro Mercantil alemán, y no tienen una relación jurídica directa con esas sociedades o sus socios. Afirma que los fiduciantes no pueden, en particular, oponer directamente a la sociedad un derecho de voto o un derecho a dividendos, como puede hacer un socio. Únicamente pueden ordenar a TVP que les transfiera los dividendos que esta percibe en su condición de socio y que ejerza por cuenta suya su derecho de voto en un cierto sentido.

40. Por el contrario, TVP sostiene que, puesto que los fiduciantes tienen los mismos derechos y obligaciones que los socios «directos», participan directamente en las sociedades comanditarias y deben considerarse, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, como socios (o «cuasi-socios») en las relaciones internas a esas sociedades. A su juicio, existe una relación directa entre ellos y dichas sociedades y sus socios. En particular, los fiduciantes pueden oponer directamente a esas sociedades el derecho de voto y el derecho a dividendos. TVP interviene como fiduciaria con la única finalidad de facilitar el tratamiento registral de la condición de socio de los fiduciantes y de facilitar la administración interna de estas sociedades. La relación entre los fiduciantes y TVP viene determinada también por el Derecho de sociedades. Según TVP, los contratos fiduciarios son indisociables de los contratos fiduciarios de las sociedades comanditarias. Existe, en su opinión, una relación jurídica única que se extiende a la sociedad, a los socios «directos», a la fiduciaria y a los fiduciantes, íntegramente comprendida en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y en el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I. [18]

41. Por mi parte, considero que obligaciones contractuales como las que tienen su origen en los contratos fiduciarios controvertidos *no están comprendidas* en la exclusión relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y del artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I por los motivos que se exponen a continuación. Dado que estas disposiciones tienen, en esencia, el mismo contenido, por razones de conveniencia, en los puntos siguientes me referiré únicamente al Reglamento, siendo, sin embargo, mi análisis completamente extrapolable a dicho Convenio.

42. El Reglamento Roma I no define el concepto de «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra f), de dicho Reglamento. Sin embargo, en mi opinión su significado no puede establecerlo el Derecho de cada Estado miembro. Puesto que dicho concepto ayuda a definir el ámbito de aplicación de este Reglamento y con objeto de garantizar la aplicación uniforme, en todos los Estados miembros, de las normas de conflicto de leyes que el propio Reglamento establece, procede conferir a este concepto un

18 A este respecto, TVP invoca una jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) según la cual, en caso de que exista una trama de un contrato fiduciario sobre participaciones sociales y los contratos societarios de la sociedad de que se trate, el fiduciante debe recibir el mismo trato que un socio. El Derecho de sociedades aplicable a los contratos societarios se aplica igualmente al contrato fiduciario cuando el fiduciante está notable y directamente integrado en la sociedad, ostentando los mismos derechos y obligaciones que los socios, siendo deudor directo de la aportación y beneficiándose directamente de las ventajas, en particular las ventajas fiscales, de un socio. En esta hipótesis, los contratos societarios de la sociedad y el contrato fiduciario son indisociables, de forma que no resulta procedente efectuar un «desglose en función de una problemática por conflicto de leyes». Existe, por el contrario, una «relación jurídica única» que debe regirse por el mismo Derecho (véase la sentencia BGB II ZR 276/02).

significado autónomo con arreglo al tenor literal de esta disposición, a su génesis y al sistema y los objetivos de este Reglamento.[19] Habida cuenta de los antecedentes de hecho del presente asunto, me ocuparé únicamente de las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades», dejando de lado las asociaciones y otras personas jurídicas.

43. En lo que respecta, en primer lugar, al *tenor literal* del artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I, este proporciona una enumeración que, si bien es cierto que no es exhaustiva, sí es ilustrativa de dichas «cuestiones». Se trata de puntos como «la constitución […], la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades […], así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad […]». El Informe Giuliano-Lagarde ofrece indicaciones similares, precisando que esta exclusión se refiere a «todos los actos de naturaleza compleja (contractuales, administrativos, registrales) necesarios para la constitución de una sociedad o que rigen su vida interna o su disolución», esto es, «actos pertenecientes a la esfera del Derecho de sociedades».[20]

44. En segundo lugar, en lo que se refiere a la *génesis* de esta exclusión, el Informe Giuliano-Lagarde explica que su introducción en el Convenio de Roma responde a las acciones que en el momento de la redacción de este Convenio llevaba a cabo la Comunidad Europea en el ámbito del Derecho material de sociedades con el fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.[21] Por otra parte, en mi opinión, también pueden explicar la existencia de esta exclusión las divergencias existentes entre los Estados miembros en lo que respecta a las normas de conflicto de leyes aplicables en el ámbito del Derecho de sociedades.[22]

45. Por último, en cuanto al *sistema y a los objetivos* del Reglamento Roma I, procede recordar que este establece normas de conflicto de leyes que pretenden presentar un alto grado de previsibilidad para garantizar la seguridad jurídica en cuanto a la ley aplicable.[23] Pues bien, en mi opinión, la exclusión relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» establecida en el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I contribuye a la consecución de dicho objetivo. A este respecto, las sociedades que operan en el ámbito internacional se encuentran con distintos ordenamientos jurídicos, que pueden pretender regularlas. En este contexto, en los sistemas jurídicos de los Estados miembros se acepta con carácter general que, en aras de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, y en interés, en particular, de sus acreedores y socios, determinadas cuestiones relativas a las sociedades han regirse de manera uniforme por una ley determinada, denominada ley de sociedades (o *lex societatis*).

19 Cabe aquí aplicar por analogía el razonamiento que siguió el Tribunal de Justicia cuando adoptó una interpretación autónoma de las exclusiones establecidas en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2012, L 351, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas I *bis*»). Véanse, en particular, por lo que respecta a la exclusión relativa a la «seguridad social», la sentencia de 14 de noviembre de 2002, Baten (C-271/00, EU:C:2002:656), apartado 42; en relación con la exclusión relativa a «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos», la sentencia de 22 de febrero de 1979, Gourdain (133/78, EU:C:1979:49), apartado 3, así como, respecto a la exclusión relativa al «estado y la capacidad de las personas físicas», la sentencia de 3 de octubre de 2013, Schneider (C-386/12, EU:C:2013:633), apartado 19.

20 Informe Giuliano-Lagarde, p. 12. Debo señalar que, si bien el Informe versa sobre el Convenio de Roma, proporciona, además, una aclaración pertinente para la interpretación de las disposiciones equivalentes del Reglamento Roma I. Véase, en particular, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376), apartado 34.

21 Véase el Informe Giuliano-Lagarde, p. 12.

22 Procede recordar, sucintamente, que determinados Estados miembros mantienen el lugar de constitución como criterio de conexión a efectos de la determinación de la ley aplicable a las sociedades, mientras que otros aplican la «teoría del domicilio social real», que exige que la sociedad se constituya en el Estado miembro en el que esté situado su domicilio social efectivo. Sobre esta cuestión, véanse las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126); de 5 de noviembre de 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632), y de 25 de octubre de 2017, Polbud — Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804).

23 Véanse los considerandos 6 y 16 del Reglamento Roma I

46. En resumen, el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I tiene por objeto excluir del ámbito de aplicación de este Reglamento las cuestiones del Derecho de sociedades o, dicho de otro modo, aquellas comprendidas en el ámbito de la *lex societatis*, con el fin de evitar que estas cuestiones específicas se sometan a ordenamientos jurídicos diferentes, con el objetivo de garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica en lo que respecta al Derecho aplicable a las sociedades y, por ende, la circulación de estas en el ámbito internacional. [24]

47. A falta de un conjunto uniforme y completo de normas de Derecho de la Unión aplicable a las sociedades, [25] resulta complicado, si no imposible, proporcionar una definición exhaustiva de lo que constituye una cuestión perteneciente al Derecho de sociedades y a la *lex societatis*. Es necesario examinar caso por caso, atendiendo a los *principios generales que se desprenden de los ordenamientos jurídicos nacionales*. Cabe observar, además, que, en determinados ordenamientos jurídicos, las normas de conflicto de leyes establecen una enumeración de las cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex societatis*. Sin embargo, estas enumeraciones son meramente ilustrativas y los Estados miembros presentan divergencias en lo concerniente a las cuestiones pertenecientes a dicho Derecho. [26] Ante estas divergencias, es sin duda conveniente centrarse en el «núcleo duro» de cuestiones generalmente aceptadas en estos Estados, [27] con el fin de preservar el objetivo de previsibilidad y seguridad jurídica en cuanto al Derecho aplicable a una sociedad perseguido por el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I.

48. En este contexto, los estatutos de una sociedad, en la medida en que regulan las cuestiones relativas a su funcionamiento interno, como el alcance y el ejercicio de los derechos políticos (entre ellos el derecho a voto) y los derechos pecuniarios (entre ellos el derecho a dividendos) que se derivan de la condición de socio, están comprendidos en la exclusión prevista en esa disposición.

49. En cambio, considero que el mero hecho de que un contrato tenga por una participación social, ya sea, por ejemplo, un contrato de compraventa o, como en el caso de autos, un contrato fiduciario, no puede justificar que se excluyan las obligaciones resultantes de este contrato del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I en virtud del artículo 1, apartado 2, letra f), del citado Reglamento.

50. Es cierto que operaciones como la venta o la fiducia referidas a participaciones sociales pueden plantear «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades», excluidas del Reglamento Roma I. [28] Sin embargo, en mi opinión, estas cuestiones deben distinguirse de las planteadas por los contratos subyacentes a dichas operaciones, que están comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* [29] y de dicho Reglamento.

24 Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376), apartado 33.

25 La actual legislación de la Unión Europea en materia de Derecho de sociedades es fragmentaria. Véase, en particular, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DO 2017, L 169, p. 46). Véase, asimismo, el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DO 2001, L 294, p. 1).

26 Véanse, en particular, en Bélgica, el artículo 111 de la loi du 16 juillet 2004 portant sur le code de droit international privé (Ley de 16 de julio de 2004 sobre el Código de Derecho Internacional Privado) (*Moniteur belge* de 27 de julio de 2004, p. 57344) y, en Italia, el artículo 25 de la Legge 31 maggio 1995 n.º 218 (Ley n.º 218, de 31 de mayo de 1995) (suplemento ordinario de la GURI n.º 128, de 3 de junio de 1995). Véanse, para un análisis comparativo exhaustivo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades, Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E. y Siems, M.: *The Private International Law of Companies in Europe*, Beck, Hart and Nomos, 2019, pp. 47 a 127.

27 Véase, en relación con una enumeración de las cuestiones pertenecientes a ese «núcleo duro», Gerner-Beuerle, C., Mucciarelli, F., Schuster, E. y Siems, M., *op. cit.*

28 Por ejemplo, por lo que respecta a la venta, ¿tiene un socio derecho a ceder su participación a un tercero sin el acuerdo de los demás socios? ¿Origina esta cesión un derecho de suscripción preferente para estos últimos? Véase, en relación con las diferentes cuestiones del Derecho de sociedades planteadas por las operaciones de fiducia que tienen por objeto la administración de acciones y participaciones sociales, *Fiducie sur titres. Les nouvelles perspectives*, colloque organisé par l'Association française des fiduciaires, LGDJ, Col. Grands colloques, 2017.

29 Véase, a este respecto, en relación con el ámbito de la *lex contractus*, la enumeración que figura en el artículo 12 del Reglamento Roma I. Como ejemplo de una cuestión de carácter contractual: en caso de venta, ¿Cuál es la responsabilidad del vendedor frente al comprador?

51. Por lo tanto, se trata de realizar, en cada situación, un riguroso ejercicio de clasificación. En estas circunstancias, como destaca el órgano jurisdiccional remitente, procede adoptar, por regla general, una *clasificación distributiva* en función de las cuestiones de Derecho que plantee la demanda.

52. Por ejemplo, en el asunto que dio lugar a la sentencia KA Finanzm,[30] que se refiere precisamente a la exclusión relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» [según figura en el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma], se trató la cuestión de la ley aplicable, tras una fusión por absorción transfronteriza, a la interpretación, al cumplimiento de las obligaciones y a los modos de extinción de un contrato de empréstito celebrado por la sociedad absorbida antes de dicha fusión. El Tribunal de Justicia declaró que la interpretación, el cumplimiento y la extinción de las obligaciones que generan estos contratos son cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* y de dicho Convenio. Por el contrario, la cuestión del efecto de una fusión por absorción sobre los contratos celebrados por la sociedad absorbida recae, por su parte, en el ámbito de la *lex societatis* y de la citada exclusión.[31]

53. En otras palabras, la mera circunstancia de que un contrato tenga un vínculo con «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» no tiene por efecto excluir del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I las obligaciones que tienen su origen en dicho contrato. Únicamente ocurre así cuando se trate de estas «cuestiones» que, por lo tanto, deben ser clasificadas separadamente de las cuestiones de naturaleza contractual.[32]

54. Aclarado lo anterior, ha de recordarse que, en el caso de autos, la acción de cesación entablada por VKI versa sobre el carácter abusivo y, por ende, la licitud de determinadas cláusulas de los contratos fiduciarios controvertidos, las cuales se refieren a cuestiones como el alcance de la responsabilidad de TVP en su condición de fiduciaria, los plazos de prescripción y de caducidad de los que el inversor, en su posición de fiduciante, dispone para ejercitar una acción de indemnización por daños y perjuicios contra TVP, el lugar de prestación de los servicios fiduciarios y la ley aplicable al contrato fiduciario. En mi opinión, todas estas cuestiones son de naturaleza contractual y, por lo tanto, pertenecen al ámbito de la *lex contractus* y del Reglamento Roma I.

55. El hecho de que exista una trama entre dichos contratos y los contratos societarios de la sociedad comanditaria, como se ha explicado en el punto 37 de las presentes conclusiones, no desvirtúa, desde mi punto de vista, esta interpretación.

30 Sentencia de 7 de abril de 2016 (C-483/14, EU:C:2016:205).

31 Véase la sentencia de 7 de abril de 2016, KA Finanz (C-483/14, EU:C:2016:205), apartados 52 a 58. Véase, en relación con esta misma clasificación distributiva, la sentencia de 21 de enero de 2016, ERGO Insurance y Gjensidige Baltic (C-359/14 y C-475/14, EU:C:2016:40), apartados 50 a 62. Véase asimismo la sentencia VKI/Amazon y la distinción efectuada por el Tribunal de Justicia entre la ley aplicable a la cuestión principal planteada por una acción de cesación similar (que, en consecuencia, debe determinarse conforme al artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma II) y la ley aplicable a la cuestión incidental relativa al carácter abusivo de las cláusulas controvertidas, la cual pertenece al ámbito de la *lex contractus* y del Reglamento Roma I (véase el punto 27 de las presentes conclusiones).

32 La problemática del derecho de voto en relación con un contrato fiduciario sobre una participación social proporciona un buen ejemplo de clasificación distributiva. La cuestión del alcance del derecho de voto del que dispone un socio es una «cuestión perteneciente al Derecho de sociedades» y a la *lex societatis*. En cambio, la manera en que la fiduciaria debe ejercer el derecho de voto por cuenta del fiduciante (¿debe el primero seguir directrices generales o específicas proporcionadas por el segundo?, ¿debe preguntarle su opinión antes de cada voto?, etc.) es una cuestión que se refiere a su relación contractual y a sus respectivas obligaciones, que se rigen por la *lex contractus*.

56. A este respecto, ha de observarse que las partes del litigio principal discrepan en cuanto a la cuestión de si, debido a dicha trama, los fiduciantes ostentan o no la condición de socio. En mi opinión, se trata ciertamente de una «cuestión perteneciente al Derecho de sociedades» excluida del Reglamento Roma I y que se rige por la *lex societatis*. Con carácter general, corresponde a esta ley determinar las personas que tienen la condición de socio. En su caso, sería el órgano jurisdiccional remitente el que debería resolver esta cuestión de fondo en virtud del Derecho alemán. [33]

57. Sin embargo, en el marco de la acción entablada por VKI, esta cuestión no resulta determinante. No se trata de determinar el alcance de eventuales derechos y obligaciones que tengan los fiduciantes, en su condición de socio, conforme al Derecho de sociedades aplicable, directamente frente a las sociedades comanditarias. Aun cuando la ley aplicable a estas sociedades, a saber, el Derecho alemán, hubiera de establecer, a la luz de los derechos y obligaciones de los fiduciantes, según se estipulan en los contratos societarios, que procede reconocer a estos la condición de socio, [34] las cuestiones planteadas en el presente asunto seguirían siendo, en mi opinión, de carácter contractual. Cuestiones tales como el alcance de la responsabilidad de TVP, en su condición de fiduciaria, o los plazos de prescripción y caducidad en los que los fiduciantes pueden entablar acciones judiciales contra ella, no son, sencillamente, «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» que deban regirse de manera uniforme por la *lex societatis*. Una interpretación contraria, como señala acertadamente el órgano jurisdiccional remitente, iría más allá del objetivo de previsibilidad y seguridad jurídica que persigue el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I.

58. Como alega la Comisión, también cabe argumentar en términos de *relaciones*. Las cláusulas contractuales controvertidas tienen por objeto regular las relaciones entre fiduciante y fiduciario. Determinan las obligaciones existentes entre ambos en virtud del contrato fiduciario. Incluso cuando dicho contrato reproduzca los derechos y obligaciones establecidos en los contratos societarios, solo serán oponibles entre las partes en la medida en que el contrato fiduciario contemple tal posibilidad. Las obligaciones contractuales en cuestión se distinguen, pues, de dichos contratos societarios. Estos y la *lex societatis* solo son directamente pertinentes en lo que respecta a las cuestiones relativas a las eventuales relaciones entre los fiduciantes, en calidad de socio (suponiendo que tengan esta calidad), y la sociedad y sus socios comanditarios, [35] relaciones que en el litigio principal no se discuten.

59. La interpretación que sugiero no resulta desvirtuada por la alegación de TVP según la cual una disociación de los contratos fiduciarios y de los contratos societarios de las sociedades comanditarias a efectos de determinar la ley aplicable entrañaría el riesgo de romper la igualdad entre los socios de esas sociedades y los fiduciantes en lo que respecta, en particular, a la responsabilidad por las deudas sociales frente a los terceros acreedores de dichas sociedades. TVP sostiene, a este respecto, que, con arreglo a la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), si bien los fiduciantes no son directamente responsables frente a terceros acreedores, están, no obstante, obligados a exonerar a la fiduciaria de la responsabilidad que asume, en calidad de socio, frente a estos últimos (de manera que los fiduciantes son «indirectamente» responsables frente a los acreedores). A este respecto, he de admitir que es cierto que la responsabilidad personal jurídica de

33 Simplificando, en una operación fiduciaria sobre participación social que yo clasificaría como «básica», la titularidad de la participación social sobre la que se constituye la fiducia se transfiere al fiduciario y es este quien goza de los derechos y soporta las obligaciones correspondientes. Por lo tanto, es el fiduciario quien ostenta la condición de socio. En el presente asunto, el hecho de que los fiduciantes tengan, con arreglo a los contratos societarios, los mismos derechos políticos y pecuniarios que los socios, que puedan hacer valer dichos derechos frente a la sociedad y que tengan las mismas obligaciones que estos (incluida la de participar en las pérdidas) complica dicho esquema «básico». Esta situación se puede interpretar desde dos puntos de vista: por una parte, como alega VKI, la fiducia puede entenderse como un «montaje contractual» destinado a simular la condición de socio sin que ello conlleve determinados inconvenientes (como la inscripción en el Registro Mercantil); por otra parte, como sostiene TVP, cabe considerar que, con independencia de la titularidad de las participaciones y de la persona inscrita en el Registro Mercantil, procede «levantar el velo contractual» y considerar al fiduciante como socio. Por último, la cuestión que se plantea es cuál es el criterio que determina la condición de socio: ¿Es la titularidad de las participaciones? ¿La inscripción en el Registro Mercantil? ¿O acaso es la oponibilidad de los derechos de un socio frente a la sociedad y el hecho de asumir las obligaciones asociadas a dicha condición? Se trata de una cuestión de fondo típica del Derecho de sociedades.

34 Véase la nota 18 de las presentes conclusiones.

35 Los fiduciantes no pueden oponer a la sociedad y los socios los derechos establecidos en el contrato fiduciario en el cual estos últimos no son parte.

los socios por las deudas sociales es, de nuevo, una «cuestión perteneciente al Derecho de sociedades» excluida del Reglamento Roma I, como dispone además expresamente su artículo 1, apartado 2, letra f). Sin embargo, la cuestión de la eventual obligación del fiduciante de exonerar a la fiduciaria de su responsabilidad jurídica de socio por las deudas sociales concierte, ante todo, a las relaciones contractuales existentes entre ellos. Por consiguiente, en mi opinión, se rige por la *lex contractus* y por ese Reglamento. [36]

60. A la luz de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que la exclusión establecida en el artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio de Roma y en el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I, relativa a las «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas», no se aplica a las obligaciones contractuales que tienen su origen en un contrato fiduciario cuyo objeto es la administración de una participación en una sociedad comanditaria.

B. Sobre la inaplicabilidad de la exclusión relativa a determinados contratos de prestación de servicios celebrados por los consumidores (cuestiones prejudiciales tercera y cuarta)

61. En la medida en que el Tribunal de Justicia considere, como propongo, que obligaciones contractuales como las que tienen su origen en los contratos fiduciarios controvertidos no están comprendidas en la exclusión establecida en el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I (o exclusión equivalente del Convenio de Roma), la ley aplicable a dichos contratos debe determinarse con arreglo a las normas de conflicto de leyes previstas por dichos instrumentos.

62. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente ha considerado que los contratos fiduciarios controvertidos son contratos de consumo que pueden regirse por las normas de protección dispuestas, en esta materia, en el artículo 5 de dicho Convenio y en el artículo 6 del citado Reglamento. [37] En efecto, tales contratos establecen una relación entre un «profesional», a saber, TVP, que actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional, y diferentes inversores que tienen la condición de «consumidores», es decir, personas físicas que han celebrado estos contratos para un propósito que puede considerarse ajeno a tal actividad. [38] Dicho órgano jurisdiccional ha considerado asimismo que se cumplen los requisitos de aplicación de estas normas de protección. [39]

63. Sin embargo, estos artículos excluyen expresamente, en su apartado 4, determinados contratos de su ámbito de aplicación. En particular, el artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio de Roma y el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I establecen, en términos idénticos, que las normas de protección en materia de contratos de consumo no se aplicarán a «los contratos de

36 En aras de la exhaustividad, cabe señalar que, aun cuando los contratos fiduciarios fueran nulos en virtud de la *lex contractus*, ello no implicaría necesariamente que los consumidores austriacos recuperarían automáticamente su inversión. En la medida en que la inversión se haya utilizado como aportación de capital a una sociedad comanditaria, la posibilidad de que el consumidor abandone la sociedad y recupere dicha aportación y las eventuales obligaciones que aún le incumbirían serían también «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento Roma I. Véase, a este respecto, en relación con la doctrina de la sociedad irregular (*Lehre der fehlerhaften Gesellschaft*) en Derecho alemán, la sentencia de 15 de abril de 2010, E. Friz (C-215/08, EU:C:2010:186).

37 Concretamente, el artículo 5 del Convenio de Roma únicamente se aplica a los contratos de consumo que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros. El ámbito de aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I es más amplio, dado que comprende todo tipo de contratos de consumo, sin perjuicio de las exclusiones que establece de forma expresa.

38 Por otra parte, estos contratos fiduciarios son «contratos de suministro de servicios» en el sentido del artículo 5 del Convenio de Roma (véase el punto 68 de las presentes conclusiones) de tal forma que, en principio, están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho artículo.

39 En cuanto a los requisitos establecidos en el artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma, ha de señalarse que la celebración de los contratos fiduciarios en Austria fue «precedida […] por una oferta […] especialmente dirigida [al consumidor austriaco] o por publicidad» (al haberse distribuido en dicho Estado miembro los folletos correspondientes a las participaciones controvertidas). Por otra parte, los consumidores austriacos realizaron «en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato» y «la otra parte contratante o su representante [recibió] el encargo del consumidor en ese país» (al haberse realizado en Austria los actos jurídicos que se exigía a los consumidores y haberse aceptado estos en ese Estado miembro por los socios contractuales de TVP). En cuanto a los requisitos que establece el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I, los mismos elementos señalan que TVP «[dirigió]» su actividad «[al]» mercado austriaco y es indiscutible que los contratos están comprendidos en el ámbito de dicha actividad.

prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual». La ley aplicable a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta exclusión debe determinarse con arreglo a las normas generales de conflicto de leyes establecidas en los artículos 3 y 4 de estos instrumentos.

64. En este contexto, mediante sus cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los contratos fiduciarios como los que son objeto de la acción de cesación entablada por VKI pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha exclusión.

65. VKI y la Comisión alegan, en esencia, que esta misma exclusión no está destinada a aplicarse en el presente asunto, por cuanto los consumidores reciben determinados servicios que se derivan de los contratos fiduciarios controvertidos en Austria. TVP sostiene, por su parte, que presta sus servicios fiduciarios exclusivamente en Alemania, como se estipula en estos contratos,[40] dado que las actividades necesarias para llevar a cabo estos contratos se realizan únicamente en dicho Estado miembro.

66. Comparto la opinión de las primeras, por los motivos que se exponen a continuación. Una vez más, puesto que sobre este particular no existe diferencia entre lo dispuesto en el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I en lo que respecta a la cuestión de que se trata, debe adoptarse una interpretación idéntica para ambos instrumentos. Por lo tanto, en lo que sigue de estas conclusiones me referiré nuevamente, para mayor conveniencia, a ese Reglamento.

67. Del tenor literal del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I se desprenden *dos requisitos acumulativos*. La exclusión contenida en esta disposición se aplica siempre que, por una parte, se trate de «contratos de prestación de servicios» y, por otra parte, «cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual».

68. La interpretación del *primer requisito* deja poco lugar a dudas. A este respecto, en mi opinión, el concepto de «contrato de prestación de servicios» empleado en el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I debe definirse de manera autónoma y se le debe atribuir el mismo significado que a la expresión «contrato de prestación de servicios» que figura en el artículo 4, apartado 1, letra b), de este mismo Reglamento.[41] En efecto, el tipo de contrato a que se refieren ambos conceptos es el mismo, a pesar de una ligera diferencia terminológica [en francés]. Dicho tipo de contrato debe, por otra parte, tener el mismo alcance que el concepto de «prestación de servicios» que figura, a efectos de la competencia judicial en materia contractual, en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento Bruselas I *bis*.[42] De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a esta última disposición se desprende que el concepto de «servicios» implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración.[43] Pues bien, como señala TVP, la fiducia constituye tal «servicio»: en el marco de un contrato fiduciario, el fiduciario lleva a cabo una actividad determinada, consistente en la administración de los activos respecto de los que se ha constituido la fiducia, a cambio de una remuneración.

40 Véase el punto 15 de las presentes conclusiones.

41 Véase, en este sentido, Ragno, F.: «Article 6: Consumer contracts», en Ferrari, F.: *Rome I Regulation — Pocket Commentary*, selp, 2015, p. 219 y referencias citadas.

42 Véanse, en este sentido, el considerando 17 del Reglamento Roma I y la sentencia de 8 de mayo de 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376), apartados 39 a 41. Cabe recordar que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis* dispone que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia contractual, de conformidad con la letra a) de dicho apartado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. La letra b) del citado apartado precisa que, a efectos de dicha disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías y, cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

43 Véanse las sentencias de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch (C-533/07, EU:C:2009:257), apartado 29; de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie y otros. (C-47/14, EU:C:2015:574), apartado 57, así como de 8 de mayo de 2019, Kerr (C-25/18, EU:C:2019:376), apartado 39.

69. El alcance del *segundo requisito*, relativo al lugar en que «deben prestarse» los servicios al consumidor, es menos evidente. Es cierto que el Tribunal de Justicia ya ha abordado la cuestión de la determinación del lugar de cumplimiento de una obligación contractual o de un contrato a efectos de determinar la competencia judicial en materia contractual, estableciendo al respecto diferentes criterios.[44] Sin embargo, todavía no ha analizado esta cuestión en el contexto del artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I, a efectos de la determinación de la ley aplicable. Ha de precisarse, en primer lugar, si la cuestión de este lugar de ejecución se rige por el Derecho nacional, en particular por la *lex contractus*, o bien ha de definirse de manera autónoma en el Derecho de la Unión, y la importancia que debe concederse al eventual lugar de cumplimiento estipulado en el contrato.

70. A este respecto, ha de señalarse que el órgano jurisdiccional remitente se ha centrado en determinadas obligaciones derivadas de los contratos fiduciarios controvertidos, a saber, la obligación de TVP de comunicar al inversor información sobre el curso de la actividad del fondo y la obligación de transferir a dicho inversor los dividendos y demás ventajas patrimoniales a los que tiene derecho; y ha determinado el lugar en el que han de ejecutarse dichas obligaciones, a la luz tanto del Derecho austriaco como del Derecho alemán, es decir, los dos Derechos potencialmente aplicables a esos contratos.[45] Asimismo, dicho órgano jurisdiccional ha considerado que, en virtud de cualquiera de esos dos ordenamientos jurídicos, la cláusula que designa el lugar de ejecución en los contratos fiduciarios es nula.[46]

71. Sin embargo, no creo que la cuestión del lugar de prestación de los servicios al consumidor (y del efecto de la eventual cláusula que designe dicho lugar), a efectos de la aplicación del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I, deba dejarse a la *lex contractus*. De hecho, esta cuestión debe resolverse con carácter previo a la determinación de la ley aplicable y permite precisamente determinarla. Para evitar una lógica circular o compleja,[47] en mi opinión debe adoptarse una *interpretación autónoma* del lugar en que «los servicios deban prestarse» al consumidor, en el sentido de esa disposición, que debe extraerse del contexto y los objetivos de esta.

72. Por lo que respecta, *en primer lugar*, al contexto en el que se inscribe el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I, considero, al igual que VKI y la Comisión, que esta disposición debe interpretarse de forma estricta, ya que establece una excepción al objetivo de protección que, con carácter general, persigue dicho artículo.[48]

44 En el marco del artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas I *bis*, el cual dispone que una persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada «ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda», el Tribunal de Justicia considera que la obligación que se debe tener en cuenta es la correspondiente al derecho contractual que sirve de fundamento a la acción judicial del demandante y que procede apreciar, de conformidad con la ley que rige dicha obligación, el lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación (véanse, por analogía, las sentencias de 6 de octubre de 1976, De Bloos (14/76, EU:C:1976:134), apartado 13, e Industrie Tessili Italiana Como (12/76, EU:C:1976:133), apartado 13. En el marco del artículo 7, apartado 1, letra b), de este Reglamento, en relación con los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios, el Tribunal de Justicia adopta una definición autónoma y fáctica del lugar de cumplimiento de contrato, considerado en su conjunto, otorgando un peso preponderante a las estipulaciones del contrato (véanse, en particular, las sentencias de 3 de mayo de 2007, Color Drack, C-386/05, EU:C:2007:262; de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch, C-533/07, EU:C:2009:257, y de 25 de febrero de 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90).

45 El órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, en defecto de elección de la ley aplicable, el Derecho austriaco establece que las obligaciones económicas se cumplen en el lugar en que el acreedor tenga su domicilio. El Derecho alemán, por su parte, establece una distinción entre el lugar donde se cumple materialmente la obligación económica (*Leistungsort* o *Erfüllungsort*), situado en el lugar de domicilio del deudor, y el lugar donde se obtiene el resultado de dicho cumplimiento (*Erfolgsort*), que es el domicilio del acreedor.

46 TVP rechaza las afirmaciones del órgano jurisdiccional remitente respecto a los ordenamientos jurídicos alemán y austriaco. Sin embargo, no corresponde al Tribunal de Justicia cuestionar la interpretación de esos Derechos nacionales facilitada por dicho órgano jurisdiccional.

47 Esta lógica consiste o bien en determinar, a la luz de la ley designada como aplicable por las normas de protección en materia de contratos de consumo establecidas en el Reglamento Roma I, si estas normas son aplicables, lo que sería circular, o bien, como sugiere TVP, en designar una primera *lex contractus* de conformidad con las normas generales de dicho Reglamento (artículos 3 y 4) y determinar a la luz de dicha ley si las citadas normas de protección deben aplicarse, lo que resultaría complejo.

48 Como se desprende del considerando 23 del Reglamento Roma I, las normas en materia de contratos de consumo establecidas en este Reglamento están destinadas, en particular, a proteger al consumidor, considerado la parte débil del contrato, por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales.

73. Además, el hecho de que el artículo 17 del Reglamento Bruselas I *bis* no contenga una exclusión equivalente a la establecida en la referida disposición,[49] relativa a la competencia judicial en materia de contratos de consumo, aboga asimismo, en mi opinión, a favor de dicha interpretación estricta, con el fin de no exacerbar esta divergencia y las soluciones incoherentes que conlleva.[50]

74. Por lo que respecta, *en segundo lugar*, al objetivo que persigue la exclusión de que se trata, el Informe Giuliano-Lagarde explica, en relación con el artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio de Roma, que «en el supuesto de contratos relativos a prestaciones de servicios (por ejemplo, el alojamiento en hoteles o los cursos de idiomas) que se prestan exclusivamente fuera del Estado en que reside el consumidor, este no puede esperar razonablemente que se aplique la ley de su Estado de origen[51] al amparo de una excepción de las normas generales establecidas en los artículos 3 y 4». En este caso, «el contrato presenta vínculos más estrechos con el Estado en que tiene su residencia habitual la otra parte contratante, incluso si esta ha realizado alguno de los actos descritos [en el artículo 5, apartado 2] (por ejemplo, publicidad) en el Estado en que tiene su residencia habitual el consumidor».[52]

75. Por otra parte, de los debates celebrados con ocasión de la adopción del Reglamento Roma I, en particular en el seno del Consejo de la Unión Europea, se desprende que esta exclusión se mantuvo en dicho Reglamento, en particular, debido a que determinadas delegaciones temían una «sobreprotección» del consumidor y deseaban que esa protección no tuviera demasiado impacto en las pequeñas y medianas empresas, en especial del sector turístico.[53]

76. En mi opinión, de las consideraciones anteriores resulta que, para determinar el lugar en que «deban prestarse» los servicios al consumidor, en el sentido del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I, procede atender, desde un punto de vista fáctico, a la naturaleza de los servicios de que se trate. Si bien una eventual cláusula de designación del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales puede resultar indicativa a este respecto, no es en absoluto determinante.

49 Contrariamente, por ejemplo, a la exclusión establecida en el artículo 6, apartado 4, letra b), del Reglamento Roma I, en materia de contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado que encuentra su equivalente en el artículo 17, apartado 3, del Reglamento Bruselas I *bis*.

50 En efecto, un prestador de servicios que pueda invocar el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I y evitar así la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual deberá, en cualquier caso, interponer su acción (y el consumidor podrá interponer la suya) ante los tribunales de esa Estado, de conformidad con el artículo 18, apartados 1 y 2, del Reglamento Bruselas I *bis*. La doctrina se ha mostrado crítica respecto a esta incongruencia. Véase Calliess, G. P.: *Rome Regulations — Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Kluwer Law International, 2011, p. 147 y referencias citadas, así como Ragno, F., *op. cit.*, p. 219 y referencias citadas.

51 Véanse los puntos 85 y 87 de las presentes conclusiones.

52 Informe Giuliano-Lagarde, pp. 24 y 25.

53 La exclusión controvertida figuraba en la propuesta de Reglamento de 15 de diciembre de 2005 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM(2005) 650 final. Esta exclusión dio lugar a objeciones por parte de diferentes delegaciones (República Francesa, República Italiana y República de Austria) que deseaban su eliminación, mientras que otras (República de Lituania y Reino de los Países Bajos) querían que se mantuviera y el Gran Ducado de Luxemburgo proponía extenderla a los contratos de compraventa. Diversas asociaciones profesionales del sector de la hostelería y la restauración se pronunciaron públicamente a favor del mantenimiento de esta exclusión por temor a verse expuestas a diferentes legislaciones en función del país de residencia de sus clientes. Véanse Calliess, G. P., *op. cit.*, pp. 146 a 148, así como McParland, M.: *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2015, pp. 554 y 555.

La expresión «deban prestarse» no hace referencia, como sostiene TVP, al lugar en el que deban cumplirse esas obligaciones conforme a lo estipulado en el contrato.[54] Como afirma VKI, en realidad es preciso comprobar si de la propia naturaleza de los servicios pactados resulta que estos solo pueden prestarse fuera del país en que el consumidor tiene su residencia habitual.[55]

77. Determinar el lugar en el que deben prestarse los servicios al consumidor es relativamente sencillo por lo que respecta a los servicios del sector del turismo mencionados en el Informe Guiliano-Lagarde y discutidos en el Consejo, como la restauración o la hostelería. En tales situaciones, la prestación de servicios se localiza, por su naturaleza, en un único lugar: el profesional realiza las actividades necesarias y el consumidor recibe los correspondientes resultados en un solo lugar.

78. En cambio, otras prestaciones de servicios se prestan a distancia, es decir, que el lugar de realización material de la prestación no coincide con aquel en el que el consumidor recibe el resultado. Puede suceder, en particular, que estos dos lugares se sitúen en países diferentes. Los servicios se prestan entonces de manera transfronteriza y el profesional, como indica el órgano jurisdiccional remitente en su tercera cuestión prejudicial, no tiene que desplazarse al país del consumidor para cumplir sus obligaciones.

79. A este respecto, comparto la opinión del órgano jurisdiccional remitente y de la Comisión de que, en el supuesto contemplado en el apartado anterior, no puede considerarse que los servicios «deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual», en el sentido del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I.[56] En otras palabras, la exclusión establecida en esa disposición no debe aplicarse en el mencionado supuesto.

80. En efecto, desde mi punto de vista, por una parte, la insistencia del legislador de la Unión, en la redacción del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I, en que los servicios deben prestarse «exclusivamente» fuera del país de residencia habitual del consumidor y, por otra parte, las explicaciones subyacentes a esa disposición[57] pretenden subrayar que la exclusión de que se trata solo debe aplicarse en el supuesto de que, dada la naturaleza de los servicios en cuestión, *el consumidor tiene que desplazarse al extranjero para recibirlos*. En este supuesto, el contrato presenta vínculos insignificantes con el país de su residencia habitual y otros (manifiestamente) más estrechos con el país de prestación de servicios.[58] En cambio, en caso de servicios prestados a distancia en el país de la residencia habitual del consumidor, los vínculos del contrato con ese país son más significativos y el consumidor puede esperar razonablemente que se aplique la ley de dicho país (o al menos las disposiciones imperativas de esta).

54 A este respecto, no se puede aplicar por analogía la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento Bruselas I *bis*. En este contexto, el Tribunal de Justicia concede una importancia fundamental, para determinar «el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios», en el sentido de esta disposición, a las estipulaciones del contrato, Aunque este planteamiento se justifica tanto a la vista del tenor literal de esta disposición como del objetivo de previsibilidad que esta persigue, resulta inapropiada en el marco del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I. En efecto, el objetivo de protección que persigue este último artículo aboga, en mi opinión, a favor de una interpretación que no dependa del modo en que está redactado el contrato.

55 Véase, en este sentido, Bělohlávek, A. J.: *Rome Convention — Rome I Regulation*, vol. 1, Juris, 2010, p. 1167. Ha de precisarse que el mero hecho de que el profesional haya «[dirigido]» su actividad «[al]» país de residencia habitual del consumidor no excluye, en sí mismo, la aplicación del artículo 6, apartado 4, del Reglamento Roma I. En caso contrario, esta disposición quedaría privada de todo efecto útil. En efecto, las normas de protección establecidas en ese artículo solo se aplican, en cualquier caso, si se cumple el requisito relativo a la «actividad dirigida». Los elementos que demuestran que la actividad del profesional está «dirigida al» país de residencia habitual del consumidor, tales como la distribución de publicidad o la celebración del contrato en ese país, no pueden, por tanto, demostrar por sí mismos que los servicios «deban prestarse» [allí] al consumidor.

56 Esta interpretación se impone también, a mi juicio, en el caso de los servicios prestados en línea. Véase, en este sentido, Tang, Z. S.: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart Publishing, 2.ª ed., 2015, pp. 240 y 241.

57 Véase el punto 74 de las presentes conclusiones.

58 Véase, en el mismo sentido, Calliess, G. P., *op. cit.*, p. 148.

81. Estas consideraciones son, a mi juicio, plenamente aplicables en un asunto como el del litigio principal. En particular, el hecho de que las cantidades correspondientes a las participaciones fueran ingresadas por los consumidores austriacos en cuentas fiduciarias (*Treuhandkonten*) en Austria,[59] de que TVP transfiriera a cuentas austriacas los pagos de dividendos y las demás ventajas pecuniarias a las que tienen derecho, de que esta sociedad cumpliera con sus obligaciones de información derivadas del contrato fiduciario enviándoles informes sobre la actividad de los fondos en Austria y de que disponga de un sitio de Internet para esos consumidores, en el que estos pueden consultar información y votar,[60] subraya que esos consumidores reciben el resultado de los servicios prestados por TVP en su país de residencia habitual. En consecuencia, la exclusión establecida en el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I no es, en mi opinión, aplicable.

82. En vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que el artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio de Roma y el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I deben interpretarse en el sentido de que la exclusión que establecen, relativa a «los contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual», no es aplicable a un contrato fiduciario en el marco del cual el profesional deba prestar servicios al consumidor, en el país de residencia habitual de este último, a distancia desde el territorio de otro país.

C. Sobre el carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, de la cláusula de elección de la ley aplicable que designa el Derecho del domicilio social del profesional (segunda cuestión prejudicial)

83. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas debe interpretarse en el sentido de que una cláusula incluida en un contrato fiduciario celebrado entre un profesional y un consumidor para la administración de una participación en una sociedad comanditaria, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado miembro en que se encuentra el domicilio social del profesional, es abusiva en el sentido de dicha disposición.

84. Como he indicado en las presentes conclusiones, en mi opinión, la ley aplicable a obligaciones contractuales como las que tienen su origen en los contratos fiduciarios controvertidos debe determinarse con arreglo a las normas de conflicto de leyes establecidas en el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I y, más concretamente, de acuerdo con aquellas previstas en materia de contratos de consumo que figuran en el artículo 5 del citado Convenio y en el artículo 6 del citado Reglamento.

85. El artículo 5, apartado 3, del Convenio de Roma y el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I disponen que, en principio, los contratos de consumo se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual. En el caso de autos es, por tanto, el Derecho austriaco.

86. No obstante, ha de recordarse que los contratos fiduciarios controvertidos contienen una cláusula de elección de la ley aplicable que designa el Derecho del domicilio social de TVP y de las sociedades comanditarias, es decir, el Derecho alemán. VKI alega, sin embargo, que esta cláusula es ilícita. En su opinión, al igual que el resto de las cláusulas contra las ejercita su acción, dicha cláusula es abusiva.

59 La cuestión de si TVP está legalmente facultada para disponer de esta cuenta no me parece decisiva.

60 El hecho de que ninguna obligación contractual exigiera a TVP disponer de dicho sitio de Internet, suponiendo que quedara probado, en mi opinión, tampoco resulta decisivo. En cualquier caso, dicho sitio de Internet no es más que uno de los distintos elementos que indican que los servicios se prestan a distancia.

87. A este respecto, ha de recordarse que el artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma y el artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I autorizan, en principio, esta cláusula de elección de la ley aplicable. No obstante, en virtud de estas disposiciones, tal elección no puede acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo (o «disposiciones imperativas») [61] en virtud de la ley del país en que tenga su residencia habitual. En el presente asunto, la cláusula controvertida no puede, por lo tanto, impedir que los consumidores residentes en Austria (y VKI en el marco de su acción de cesación) invoquen las disposiciones imperativas del Derecho austriaco.

88. Pues bien, en la sentencia VKI/Amazon, el Tribunal de Justicia declaró que una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía electrónica con un consumidor, es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I (o, en su caso, del artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma), la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley de su país de residencia habitual. [62]

89. Al igual que VKI y la Comisión, considero que esta jurisprudencia es aplicable en el litigio principal. A este respecto, comparto la opinión de la Comisión de que no es relevante que los contratos fiduciarios controvertidos no parezcan haberse celebrado por vía electrónica. En efecto, a mi entender, una cláusula de elección de la ley aplicable es abusiva porque, en contra de la exigencia de una redacción clara y comprensible establecida en el artículo 5 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, no informa al consumidor de que, a pesar de dicha elección, tiene derecho a invocar las disposiciones imperativas de la ley de su país de residencia habitual. [63] La forma de celebración del contrato carece de pertinencia en el contexto de dicho razonamiento. Por el contrario, sí resulta determinante el hecho de que la cláusula controvertida no cumpla este imperativo de información. [64]

90. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre las cláusulas abusivas debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato fiduciario, celebrado entre un profesional y un consumidor, para la administración de una participación en una sociedad comanditaria, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado miembro en que se encuentra el domicilio social del profesional y de dicha sociedad, es abusiva, en el sentido de esta disposición, puesto que no informa al consumidor de que, a pesar de esa elección de la ley aplicable, le ampara también, en virtud del artículo 5, apartado 2, del Convenio de Roma o del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula.

61 Véanse, sobre este concepto, mis conclusiones presentadas en el asunto Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:388), puntos 99 a 101.

62 Véase la sentencia VKI/Amazon, apartados 72 a 81.

63 Véase la sentencia VKI/Amazon, apartados 68 y 69.

64 Véanse, para una explicación más detallada, mis conclusiones presentadas en el asunto Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:388), puntos 95 a 104, y, para un debate sobre esta jurisprudencia, Mankowski, P.: «Just how free is a free choice of law in contract in the EU?», *Journal of Private International Law*, 2017, 13:2, pp. 231 a 258, especialmente pp. 235 a 241; Müller, M. F.: «Amazon and Data Protection Law — The end of the Private/Public Divide in EU conflict of laws?», *EuCML*, 2016, n.º 5, pp. 215 y ss., así como las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:245), puntos 87 a 89 y 95 a 108.

V. Conclusión

91. A la luz de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) del siguiente modo:

«1) El artículo 1, apartado 2, letra e), del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, y el artículo 1, apartado 2, letra f), del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), deben interpretarse en el sentido de que la exclusión que establecen, relativa a las "cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas", no se aplica a las obligaciones contractuales que tienen su origen en un contrato fiduciario cuyo objeto es la administración de una participación en una sociedad comanditaria.

2) El artículo 5, apartado 4, letra b), del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, y el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento n.º 593/2008 deben interpretarse en el sentido de que la exclusión que establecen, relativa a "los contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual", no es aplicable a un contrato fiduciario en el marco del cual el profesional deba prestar servicios al consumidor, en el país de residencia habitual de este último, a distancia desde el territorio de otro país.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato fiduciario celebrado entre un profesional y un consumidor para la administración de una participación en una sociedad comanditaria, cláusula que no fue negociada individualmente y que establece como Derecho aplicable el del Estado miembro en que se encuentra el domicilio social del profesional y de dicha sociedad, es abusiva, en el sentido de esta disposición, puesto que no informa al consumidor de que, a pesar de esa elección, le ampara también, en virtud del artículo 5, apartado 2, del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, o del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n.º 593/2008, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula.»