

Versión anonimizada

Traducción

C-279/24 - 1

Asunto C-279/24

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

22 de abril de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

8 de abril de 2024

Parte demandante:

AY

Parte demandada:

Liechtensteinische Landesbank (Österreich) AG

El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), en su condición de órgano jurisdiccional de casación [*omissis*], en el asunto entre la parte demandante AY [*omissis*] y la parte demandada Liechtensteinische Landesbank (Österreich) AG, [*omissis*], con domicilio social en Viena 1, [*omissis*], relativo a una reclamación de cantidad de 140 271,10 euros [*omissis*], pronunciándose sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Oberlandesgericht Wien (Tribunal Superior Regional de Viena, Austria), en su condición de órgano jurisdiccional de apelación, de 16 de junio de 2023, dictada en el asunto 3 R 10/23x-70, mediante la cual se ratificó la sentencia dictada por el Handelsgericht Wien (Tribunal de lo Mercantil de Viena, Austria), de 18 de noviembre de 2022, dictada en el asunto 2 Cg 12/20i-62, ha adoptado la siguiente

Resolución:

I. Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Deben apreciarse las consecuencias jurídicas de las órdenes de compra de productos financieros cursadas por un consumidor establecido en un Estado A (en el caso de autos, Italia) sobre la base de una relación comercial permanente con un banco establecido en el Estado B (en el caso de autos, Austria) con arreglo a la ley aplicable en virtud del artículo 6 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 (en lo sucesivo, «Reglamento Roma I»), si los requisitos para la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I se cumplían en el momento en que se cursaron las órdenes concretas, pero no en el momento en que se estableció la relación comercial, y las partes habían elegido en tal momento la ley del Estado B para regular la relación comercial en su conjunto, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento Roma I?

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

¿Es aplicable la excepción contemplada en el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I cuando un banco, en virtud de un contrato, abre cuentas a nombre de un consumidor residente en otro Estado miembro y posteriormente compra para el consumidor productos financieros en virtud de órdenes cursadas por este último que se abonan en las cuentas, pudiendo el consumidor cursar las órdenes (también) a través de medios de comunicación a distancia?

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

la elección de ley aplicable efectuada antes de que se cumplan los requisitos para la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I, ¿debe considerarse abusiva, en el sentido del 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 [omissis], una vez cumplidos dichos requisitos, si en la elección de la ley aplicable no se ha hecho referencia a las consecuencias jurídicas del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I?

II. [omissis] [Suspensión del procedimiento]

Fundamentos:

I. Hechos:

- 1 Debido a su experiencia profesional, el demandante, residente en Italia, tiene un elevado conocimiento de las operaciones financieras y de los mercados de capitales y financieros. Sin embargo, en el contexto del presente asunto, no ha actuado persiguiendo un objetivo que pueda vincularse a su actividad profesional o comercial. En 2013, abrió una cuenta de depósito de valores y una cuenta

corriente en el banco demandado, cuyo domicilio social se encuentra en Austria. A tal fin, se desplazó a una sucursal de la demandada ubicada en Austria. El contacto se lo proporcionó una persona de su entorno profesional. Posteriormente, envió desde Italia la solicitud de apertura de cuenta corriente por él suscrita, así como el «perfil de cliente» exigido por el banco.

- 2 El demandante, en su condición de cliente particular, optó por la denominada «operación sin asesoramiento». En la «solicitud de apertura» por él suscrita se recogía la disposición siguiente:

«Yo/nosotros tomo/tomamos conocimiento y damos nuestra conformidad a las “Condiciones Generales de la Contratación de Operaciones Bancarias”, así como a las “Condiciones Especiales para las Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles de Futuros y Opciones”, así como al “Resumen General en Materia de Intereses y Condiciones”, todos en su versión respectivamente aplicable, como fundamento de nuestra relación comercial actual y futura».

- 3 Las «Condiciones Generales de la Contratación de Operaciones Bancarias», que le habían sido entregadas previamente, contenían la disposición siguiente:

«Todas las relaciones jurídicas entre el Cliente y la Entidad de Crédito se regirán por el Derecho austriaco.»

- 4 En el curso de la relación comercial, se actualizó en varias ocasiones el perfil de cliente del demandante. En todo momento optó expresamente por «operar sin asesoramiento», con el fin de poder realizar libremente sus inversiones conforme a su propio criterio, sin asesoramiento previo del demandado.

- 5 En septiembre de 2015 y junio de 2016, el demandante adquirió a través del demandado obligaciones no garantizadas («exchange traded notes» o «ETN», en sus siglas en inglés), que vendió con beneficios en julio de 2016. Tampoco se asesoró a la hora de realizar estas compras, sino que decidió por sí solo comprarlas sobre la base de la información aparecida en un artículo de prensa.

- 6 En octubre de 2016, en Padua tuvo lugar un acto organizado por una empresa italiana en el que participaron inversores institucionales y particulares —entre ellos, también el demandante—. El director de la compañía presentó, entre otros, un fondo cuya cartera contenía las obligaciones antes mencionadas. En este acto también participó un empleado del banco demandado. No presentó ni el fondo mencionado ni otros productos financieros, sino que se limitó a presentar al demandado.

- 7 De octubre de 2017 a febrero de 2018, el demandante compró más obligaciones no garantizadas (ETN) por iniciativa propia a través del demandado. El demandante impartía las órdenes al demandado por teléfono o mediante correo electrónico. El acto de octubre de 2016 no influyó en modo alguno en sus decisiones de compra. A continuación, en octubre de 2017, el demandante

adquirió, a través del demandado, previa orden cursada por escrito, participaciones del fondo que se había presentado en el citado acto. El documento de información para el cliente sobre este fondo podía consultarse en el sitio web del demandado.

- 8 El banco demandado (tampoco) prestó servicios de asesoramiento a partir de 2017, por lo que no dejaba de tratarse —tal como era el deseo expreso del demandante— de «operaciones sin asesoramiento». Las partes no discuten que cada una de las compras se ejecutó mediante una «operación de comisión». Esto lo entiende el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que el banco compró los productos financieros por cuenta del demandante y los anotó en la cuenta de este último abierta en el banco.

II. Pretensiones y alegaciones de las partes:

- 9 El **demandante** sostiene que ha sufrido una pérdida económica como consecuencia de la compra de obligaciones y participaciones en fondos realizada desde 2017 y reclama a la demandada una indemnización por daños y perjuicios derivada de los errores en materia de asesoramiento e información por importe de 140 271,10 euros [*omissis*]. A su juicio, la demandada ha dirigido su actividad a Italia. La elección de la ley austriaca es inadmisibles, «máxime cuando las disposiciones del Codice Civile —Código Civil italiano— y del CDC (artículo 67 [18] del Código del consumo italiano) resultan claramente más favorables que las disposiciones de Derecho austriaco pertinentes». En su opinión, la demandada ha incumplido las obligaciones de información «contempladas en el Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria — Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n.º 58 (Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, aprobado mediante el Decreto Legislativo n.º 58, de 24 de febrero de 1998), artículos 21 y 23». Según las citadas disposiciones, el incumplimiento de las obligaciones precontractuales y de las obligaciones de información dará lugar a la nulidad del contrato.

La **demandada** opone —expuesto de forma resumida— que de resultas de la elección de la ley aplicable, eficazmente realizada, debe aplicarse el Derecho austriaco. El demandante no reclamó asesoramiento alguno en materia de inversiones, sino que optó por que las operaciones se ejecutasen por medio de la «operación sin asesoramiento». Señala que se limitó a ejecutar las diversas órdenes cursadas. La inversión fue «adecuada» para el demandante. Por consiguiente, considera que no le incumbe responsabilidad alguna en virtud del Derecho austriaco.

III. Antecedentes del procedimiento:

- 10 Los **órganos jurisdiccionales de las instancias inferiores** desestimaron las pretensiones de la demanda. A la vista del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable, consideraron que procedía aplicar el Derecho austriaco. El depósito de

valores y la cuenta de compensación del demandante abiertos en el banco demandado se llevaban en Austria. En su condición de cliente «sin asesoramiento», no solicitó en Italia ni asesoramiento en materia de inversiones ni la prestación de otros servicios de la demandada. En su opinión, la elección de la ley aplicable es «también conforme a Derecho a la vista del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I». De conformidad con el Derecho austriaco, el demandado solo estaba obligado respecto a un cliente «sin asesoramiento» únicamente a realizar una «prueba de adecuación» conforme al artículo 45 de la Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 [Ley de Supervisión de los Mercados de Valores de 2007; en lo sucesivo, denominada abreviadamente «WAG 2007»; actualmente artículo 57 de la Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (Ley de Supervisión de los Mercados de Valores de 2007; en lo sucesivo, denominada abreviadamente «WAG 2018»)], y no un examen de idoneidad conforme al artículo 44 de la WAG 2007 [actualmente artículo 56 de la WAG 2018] sobre los conocimientos y la experiencia del demandante en relación con los productos, y a recabar la información necesaria a tal fin. En tal medida, concluyeron que la demandada no incumplió obligación alguna, por lo que tampoco es responsable de las pérdidas sufridas por el demandante.

- 11 El **Oberster Gerichtshof** ha de pronunciarse ahora sobre el recurso de casación interpuesto por el demandante. En su recurso, el demandante alega —expuesto resumidamente— que, a raíz de la presentación del demandado en el acto celebrado en octubre de 2016 en Padua, este comenzó a ofrecer sus servicios de forma activa en Italia, dirigiendo así sus actividades al mercado italiano, en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I. Tras la celebración de este acto, ordenó la adquisición de más obligaciones no garantizadas y de participaciones en fondos; su reclamación de daños y perjuicios se refiere únicamente a estas compras —efectuadas tras el acto citado—. Sostiene que la cláusula de elección de la ley aplicable contenida en las condiciones generales de la contratación es abusiva por su falta de transparencia y, por tanto, procederá no aplicarla si —tal como ha ocurrido en el caso de autos— no se le ha indicado en su condición de consumidor que puede invocar la protección de las disposiciones imperativas de la legislación aplicable en el Estado de su residencia habitual, de conformidad con el artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I. Sostiene que las disposiciones legislativas austriacas son para él sustancialmente más desfavorables que las de Derecho italiano. La excepción contemplada en el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I no es aplicable porque el demandado dispone de un sitio web en lengua inglesa en el que él, en su condición de consumidor italiano, puede consultar todos los movimientos de las cuentas, imprimir extractos bancarios y recibir información, opiniones y análisis. Este servicio en materia de valores se prestaba en línea en Italia —su Estado de residencia—, sin que fuera necesario para ello que estuviera presente físicamente en Austria. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I, a los contratos de servicios financieros celebrados con él en su condición de consumidor ha de aplicárseles el Derecho italiano.

IV. Fundamentos jurídicos:

12 Los considerandos 7 y 25 del Reglamento Roma I establecen:

«(7) El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [...] (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

[...]

(25) Los consumidores deben quedar protegidos por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata. [...]»

13 Las disposiciones pertinentes del Reglamento Roma I tienen en el tenor siguiente:

«Artículo 3

Libertad de elección

1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

[...]

Artículo 6

Contratos de consumo

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

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

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.*

[...]

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 el mismo tenga su residencia habitual;*

[...]»

- 14 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 [omissis], dispone:

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

- 15 El artículo 879, apartado 3, del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil General; en lo sucesivo, «ABGB») austriaco dispone:

«La estipulación contractual contenida en unas condiciones generales de la contratación o en formularios de contrato que no especifique una de las prestaciones principales de las partes será, en cualquier caso, nula si, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, perjudica gravemente a una de las partes.»

V. Cuestiones prejudiciales:

- 16 Tanto en el momento de establecer la relación comercial como cuando formuló las respectivas órdenes de adquisición de productos financieros en cuestión, el demandante actuó en su condición de consumidor. Ahora bien, como se expondrá a continuación, los requisitos contemplados en el artículo 6 del Reglamento Roma I no concurrían todavía en el momento en que se constituyó la relación

comercial, pues en tal fecha el demandado no desarrollaba todavía actividad alguna en Italia ni tampoco dirigía actividad alguna a tal país. De ello se derivan, en opinión del Oberster Gerichtshof, tres cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión cuya respuesta podrían dar lugar a conclusiones diferentes en lo tocante a la ley aplicable.

1. Sobre la cuestión 1:

- 17 1.1. En primer lugar, ha de elucidarse si la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I en el curso de una relación comercial permanente constituida con anterioridad da lugar a que se apliquen las consecuencias jurídicas de esta disposición a las operaciones posteriores. Si se da una respuesta negativa a esta cuestión, habría de aplicarse en el presente asunto, en cualquier caso, el Derecho austriaco en virtud de la elección de la ley aplicable efectuada al comienzo de la relación comercial.
- 18 1.2. En el comienzo de la relación comercial, las partes habían elegido válidamente la ley austriaca como ley aplicable.
- 19 El perfeccionamiento de la elección de la ley aplicable debía examinarse, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, en relación con el artículo 10, apartado 1, del Reglamento Roma I, con arreglo al Derecho austriaco y, por tanto, en particular, a la vista del artículo 879, apartado 3, del ABGB. Esta disposición transpone al Derecho interno el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, por la que ha de interpretarse de un modo conforme con la citada Directiva. Ahora bien, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y, por tanto, el artículo 879, apartado 3, del ABGB no se oponían a la validez de la elección de la ley aplicable por las razones siguientes.
- 20 Ciertamente, una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un empresario, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese empresario rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva 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, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula (sentencia del Tribunal de Justicia, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, apartado 71), a saber, las de la ley del país en que tenga su residencia habitual (sentencia del Tribunal de Justicia, *Club La Costa y otros*, C-821/21, EU:C:2023:672, apartado 72).
- 21 Ahora bien, ello presupone la aplicabilidad del artículo 6 del Reglamento Roma I. Sin embargo, tal aplicabilidad no se daba en el momento de la elección de la ley aplicable: el demandante, tras obtener el contacto de una persona de su entorno profesional, se desplazó a una sucursal del banco demandado ubicada en

Austria para dar comienzo a la relación comercial. Ciertamente, a continuación, en su domicilio en Italia, firmó un perfil de cliente remitido por el demandado y la «solicitud de apertura» de la cuenta corriente y de la cuenta de depósito de valores. Sin embargo, no hay indicio alguno de que el demandado, abstracción hecha del envío de esta documentación, ejerciera actividades comerciales o profesional en Italia o dirigiera por cualquier otro medio estas actividades a dicho país. Solo existiría una actividad que dé lugar a la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I si de las circunstancias se desprendiera que el demandado, más allá de este caso concreto (esto es, con carácter general), tuviera la intención de celebrar contratos con consumidores del Estado del demandante (sentencia del Tribunal de Justicia, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, EU:C:2010:740, apartado 92 [relativa al artículo 15 del Reglamento Bruselas II]; véase también la sentencia del Oberster Gerichtshof, 1 Ob 158/09f, apartado 5, sobre la falta de pertinencia de un único envío de folletos). Los hechos del asunto no proporcionan base alguna en lo relativo al momento en que se estableció la relación comercial.

- 22 En consecuencia, a juicio del Oberster Gerichtshof, en el momento en que se entabló la relación comercial no concurrían los requisitos previos para la aplicación del artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I. Por tanto, el demandado no tenía ni motivo ni obligación alguna para hacer referencia a esta disposición en la cláusula relativa a la elección de la ley aplicable. Tampoco se advierte la existencia de otros motivos que permitan afirmar que ello supone un abuso de derecho, máxime cuando a la relación comercial (la prestación de servicios bancarios) también se le habría debido aplicar la ley austriaca aunque no se hubiera procedido a la elección de la ley aplicable de conformidad con el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I.
- 23 1.3. A la vista de su inequívoco tenor, la cláusula relativa a la elección de la ley aplicable también comprende las operaciones futuras que se realicen en el marco de la relación comercial. Ahora bien, una vez entablada la relación comercial, el banco ha observado una conducta que se ajusta al supuesto contemplado en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I, puesto que, al participar en el acto celebrado en Italia, dirigió su actividad al Estado del consumidor [véase la sección a) siguiente] y las demás órdenes impartidas por el demandante quedan comprendidas en el ámbito de esta actividad [véase la sección b) siguiente].
- 24 a) El demandado ha dirigido su actividad (cuando menos) a Italia.
- 25 El concepto de «dirigir» se utiliza en el artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I de un modo similar al artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 44/2001 y, actualmente, al artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 1215/2012. De conformidad con su considerando 7, la interpretación de las disposiciones del Reglamento Roma I debe garantizar la coherencia con la de los reglamentos citados, de suerte que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta disposición en materia de competencia puede invocarse también en el caso de autos.

- 26 Según esta jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia, *Pammer* y *Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, EU:C:2010:740, apartados 75 y s.), existe una actividad dirigida cuando el profesional ha manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con consumidores de otro u otros Estados miembros, entre los cuales se encuentra el del domicilio del consumidor. En consecuencia, debe comprobarse si, antes de que se celebrara el contrato con dicho consumidor, existían indicios que demostraran que el profesional tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con esos consumidores.
- 27 Sobre esta base, en el caso de autos no existe duda alguna de que el banco demandado, al hacer que un empleado suyo lo presentara en un acto celebrado en Italia, ha «dirigido» su actividad al Estado del consumidor. En efecto, considerada de forma realista, esta presentación solo podría servir para concluir nuevas o ulteriores operaciones con clientes presentes en dicho acto. Dado que en este también participaron inversores particulares y no existe indicio alguno de que el demandado no fuera consciente de ello, esta actividad dirigida buscaba también la celebración de contratos con consumidores.
- 28 b) Las demás órdenes impartidas por el demandante también quedaban comprendidas en el ámbito de esta actividad.
- 29 No es necesario que exista un nexo causal entre la actividad dirigida al Estado del consumidor y la celebración en concreto del contrato; basta con que la actividad estuviera dirigida en términos generales a la celebración de tales contratos [véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, apartado 32 [relativa al artículo 15, apartado 1, letra c) del Reglamento Bruselas I]]. Tal era el caso, puesto que la adquisición de productos financieros es una operación bancaria típica, cuya conclusión se perseguía con la presentación del banco. Dado que lo decisivo no es la existencia de un nexo causal entre la actividad y el contrato que se celebre posteriormente, desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes carece de pertinencia que ya existiera la relación comercial con el demandante y que el banco, en el acto celebrado en Italia, no promocionase determinados productos financieros.
- 30 1.4. Por consiguiente, la demandada ha observado un comportamiento que, de suyo, debería dar lugar a la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I. Ahora bien, es cuestionable que deba mantenerse esta conclusión si se dictan órdenes en el marco de una relación comercial permanente sobre la cual las partes —como ocurre en el caso de autos— han realizado válidamente una elección de la ley aplicable en el momento de entablar esta relación comercial.
- 31 No respalda esta tesis el hecho de que el banco demandado confiase en la validez de la elección de la ley aplicable que ha dado lugar a la aplicación del Derecho austriaco. Ciertamente, cabría dudar de que tal confianza sea digna de protección si, como ocurre en el caso de autos, el banco, tras la celebración de este acuerdo,

entra en el mercado del Estado del consumidor, por lo que, de este modo, deberá contarse con la aplicación de la ley de este Estado, cuando menos en la celebración de contratos nuevos. Con todo, en el caso concreto, podría ser significativo el hecho de que el banco estaba obligado a ejecutar las órdenes: es cierto que, de conformidad con las condiciones generales, debía ejecutar las órdenes (de concurrir los demás requisitos) únicamente si así lo había pactado con el cliente (parte general de las condiciones generales, título I, parte B, sección 1, punto 2, apartado 2). Sin embargo, celebró con el demandado tal acuerdo sobre la impartición de órdenes mediante telecomunicación el 26 de septiembre de 2013. Esta obligación apunta más bien a que lo que debe protegerse es la confianza del banco en la eficacia (irrestricada) de la elección de la ley aplicable.

- 32 Cabría, eventualmente, extraer una conclusión similar de la sentencia del Tribunal de Justicia *Nikiforidis*, dictada en el asunto C-135/15, EU:C:2016:774, relativa al artículo 28 del Reglamento Roma I: en esta sentencia el Tribunal de Justicia declaró que la entrada en vigor del Reglamento Roma I solo da lugar a su aplicación a un contrato celebrado con anterioridad si este ha quedado sujeto a una modificación de tal envergadura que deba considerarse que se trata de un contrato nuevo. Esta apreciación podría extrapolarse al supuesto en el que —como en el caso de autos— es tras la celebración del contrato cuando concurren los requisitos para la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I. Con todo, ha de observarse que lo que se examina aquí no es una relación jurídica de tracto sucesivo en sentido estricto (por ejemplo, un contrato de trabajo, como en el asunto *Nikiforidis*), sino una relación comercial regulada contractualmente en cuyo marco se cursan y ejecutan órdenes individuales independientes.
- 33 1.5. En consecuencia, se solicita al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión de si las consecuencias jurídicas de una orden de compra de un producto financiero que un consumidor imparte a un banco en virtud de una relación comercial permanente y que dicho banco ejecuta ha de examinarse con arreglo a la ley que se determine en virtud del artículo 6 del Reglamento Roma I si los requisitos para la aplicación de esta disposición no concurrían todavía en el momento en que se entabló la relación comercial y las partes ya habían elegido en tal fecha (en términos amplios) la ley aplicable con arreglo al artículo 3 del Reglamento Roma I.

2. Sobre la cuestión 2:

- 34 2.1. Si el artículo 6 del Reglamento Roma I es, en principio, aplicable, se plantea a continuación la cuestión de si se cumplen los requisitos de la excepción contemplada en el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I. De conformidad con esta disposición, los apartados 1 y 2 del artículo 6 de este Reglamento 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». Deberá considerarse que un contrato sobre la compra de valores por cuenta del cliente es un contrato de

prestación de servicios en el sentido del artículo 6, apartado 4, letra a) del Reglamento Roma I.

- 35 2.2. En su sentencia dictada en el asunto *Verein für Konsumenteninformation*, C-272/18, EU:C:2019:827, el Tribunal de Justicia definió su postura sobre esta disposición.
- 36 Este asunto versaba sobre la adquisición de participaciones comanditarias a través de una empresa establecida en el extranjero que actuaba en condición de fiduciaria. Los consumidores ingresaban el importe de su participación en una cuenta fiduciaria abierta en el Estado de los consumidores, la empresa cumplía las obligaciones de información derivadas del contrato fiduciario mediante el envío de informes al Estado de los consumidores, y los pagos de dividendos se transferían a cuentas abiertas en el Estado de los consumidores. Además, la empresa disponía de un sitio web para consumidores austriacos en la que estos podían consultar la información y ejercer su derecho de voto.
- 37 A juicio del Tribunal de Justicia, era preciso comprobar si de la propia «naturaleza» de los servicios pactados se desprendía que estos solo podían prestarse en su conjunto fuera del Estado en el que el consumidor tiene su residencia habitual (apartado 51). Si el lugar de realización material de la prestación de servicios se encuentra en un Estado distinto de aquel en que el consumidor «la recibe», debe considerarse que los servicios solo se prestan «exclusivamente» fuera del Estado miembro de residencia habitual del consumidor cuando este no tiene ninguna posibilidad de recibir dichos servicios en su Estado de residencia y tiene que desplazarse al extranjero para ello (apartado 52). No es tal cosa lo que ocurría en el caso concreto (apartado 53).
- 38 2.3. En el presente asunto, invita a descartar que los servicios se prestan «exclusivamente» en Austria el hecho de que el demandante haya cursado sus órdenes de compra por medio de una comunicación a distancia (teléfono, correo electrónico) desde Italia. Además, el demandante también disponía del sitio web del demandado en lengua inglesa, en donde, conforme a su indiscutida alegación al respecto, podía consultar sus cuentas. Además, cabe suponer que el banco también transmitió al demandante información sobre la ejecución de sus órdenes.
- 39 No obstante, no es necesariamente cierto que la sentencia dictada en el asunto C-272/18 pueda extrapolarse al caso de autos. En efecto, en el asunto en que se dictó dicha sentencia, había de examinarse un contrato fiduciario en virtud del cual el fiduciario demandado debía, sin duda, prestar servicios que el consumidor recibía en el Estado de su residencia habitual (ingreso de los importes de las aportaciones en una cuenta abierta en dicho Estado, posibilidad de participar en la formación de la voluntad de las sociedades a través de un sitio web diseñado para dicho Estado, transferencia de los importes de las participaciones a dicho Estado). Por contra, en el caso de autos, en esencia, se han abierto (únicamente) una cuenta y un depósito en el Estado del banco, y los productos financieros adquiridos por el banco por orden del cliente se abonaban en tales cuentas. De este modo, cabría

preguntarse si el demandante «recibió» efectivamente estos servicios en su Estado —esto es, en Italia— (sentencia dictada en el asunto C-272/18, apartado 52). La posibilidad de impartir órdenes a distancia y la transmisión de información podrían verse, a tal respecto, como elementos meramente secundarios que no impiden la aplicación del artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I.

- 40 2.4. A juicio del Oberster Gerichtshof, resulta plausible tratar el caso de autos del mismo modo en que el Tribunal de Justicia abordó el asunto C-272/18. Ahora bien, no cabe excluir la tesis contraria. Por este motivo, se solicita de nuevo al Tribunal de Justicia que interprete el artículo 6, apartado 4, letra a), del Reglamento Roma I. Si esta interpretación arrojase como conclusión la aplicabilidad de esta disposición, el asunto debería examinarse exclusivamente con arreglo a la ley austriaca.

3. Sobre la cuestión 3:

- 41 3.1. Por contra, si se da una respuesta afirmativa a la cuestión 1 y una respuesta negativa a la cuestión 2, el artículo 6 del Reglamento Roma I será aplicable. Ello dará lugar, en principio, en virtud del apartado 1 de esta disposición, a la aplicación de la ley del Estado en el que el consumidor tenga su residencia habitual, esto es, en el caso de autos, a la aplicación de la ley italiana. Ahora bien, es posible que se proceda a la elección de la ley aplicable. Con todo, con arreglo al artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, ello no podrá dar lugar a que se prive al consumidor de la protección que le ofrece el Derecho imperativo de su Estado de residencia.
- 42 3.2. Así pues, en el caso de autos, se plantea la cuestión de si ha de seguir atendándose a la elección de la ley aplicable realizada por las partes, pese a que en tal acuerdo de elección no se ha hecho referencia —en el sentido de la sentencia dictada en el asunto *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612— a las consecuencias jurídicas del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I (véase la sección V.1.2 anterior). Cabría sostener la tesis de que la elección de la ley aplicable suscitase objeciones en un primer momento, pero ahora haya de verse en ella un abuso de derecho de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. En tal caso, procedería a aplicar en su totalidad la ley italiana, con arreglo al artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I. Por contra, si se niega la existencia de un abuso de derecho, procedería aplicar la ley austriaca en virtud de la elección de la ley aplicable conforme al artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, pero sí que gozarían de prioridad las disposiciones de Derecho italiano más favorables.
- 43 3.3. Por este motivo, se solicita al Tribunal de Justicia que responda también a la cuestión de si la elección de la ley aplicable efectuada antes de que concurrieran los requisitos para la aplicación del artículo 6 del Reglamento Roma I debe considerarse abusiva, en el sentido del 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 [*omissis*], una vez que concurren dichos requisitos si en ese acuerdo de elección de ley aplicable no se ha hecho referencia a las consecuencias jurídicas del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I.

VI. Aspectos procesales:

44 [*omissis*]

45 [*omissis*]

Oberster Gerichtshof

Viena, 8 de abril de 2024

[*omissis*]

DOCUMENTO DE TRABAJO