

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ALCANCE DE LA NOCIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

José Ignacio PAREDES PÉREZ

Doctor en Derecho
Universidad de Alcalá

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.–II. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DEL DIPR COMUNITARIO.–III. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE MATERIA CONTRACTUAL.–IV. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO: 1. *Materia contractual y contrato*. 2. *Contratos y obligaciones unilaterales voluntarias*.–V. LA CUESTIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA. 1. *Contratación en general*. 2. *Contratación con consumidores*.–VI. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En DIPr la calificación puede ser una operación problemática por el distinto significado que reciben en los ordenamientos de los Estados miembros las categorías jurídicas que son objeto de regulación por parte de las normas institucionales y convencionales. La rigidez y los inconvenientes que plantea, en no pocos casos, la calificación *ex lege fori* explica la opción en favor de la elaboración de conceptos autónomos, independientes de cualquier otra rama del Derecho. Tendencia autonomizadora de la que no sólo es tributaria la reglamentación del tráfico externo institucional y convencional, sino también la que produce el legislador nacional. Pero sin duda la calificación autónoma encuentra su mayor lógica en el escenario primero, pues con ella se busca el firme propósito que la proyección de los diferentes sentidos de un concepto en los Derechos nacionales de los Estados miembros no sea un obstáculo para la interpretación y concreción uniforme de las normas de dichos instrumentos normativos, por lo tanto, según el sector afectado, de que proliferen los casos de *forum shopping* y conflicto de calificaciones.

Un claro ejemplo de esta tendencia lo encontramos, por una parte, dentro del DIPr institucional, en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RB), y, por otra, dentro del DIPr convencional de origen europeo, en su homólogo –el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB)–, como en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR). Y de manera más particular en la definición autónoma que diseña el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en torno a las nociones de «materia contractual» y «contrato». Como vamos a ver, el Alto Tribunal comunitario no sólo efectúa una clara distinción entre las dos mentadas nociones o categorías, sino que también supedita su alcance y contenido al sector de la contratación al que van referidas. Precisamente, estas particularidades las vamos a analizar desde la óptica de un tipo de contratos sometidos a un régimen especial, los contratos de consumo, y de dos cuestiones tan relevantes en este ámbito como son las promesas de premio y la acción directa.

II. INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

La integración de las normas de DIPr de origen europeo en los ordenamientos de los Estados parte no sólo plantea problemas en lo relativo al ámbito de aplicación y la jerarquía normativa, sino también, como precisa M. Audit¹, una *amphibologie des concepts*, pues, en efecto, una misma expresión puede tener un significado diferente en función de que reciba una definición *ad hoc* o por remisión a un Derecho nacional. Esto último pone de relieve el fundamento de la interpretación autónoma llevada a cabo por el TJCE dentro del contexto del DIPr institucional y convencional de origen europeo. Desde un punto de vista formal, de nada serviría establecer normas iguales si luego cada jurisdicción las interpreta y aplica de manera distinta. Desde un punto de vista material, de no mediar una interpretación uniforme resultaría desvirtuada la finalidad de dichas normas, que no es otra que asegurar en la medida de lo posible la igualdad de derechos y obligaciones para todas las personas afectadas por las mismas².

Así las cosas, salvo que exista una remisión o reenvío al Derecho nacional, la solución de base es la interpretación autónoma. Dicha solución confiere a la calificación de las normas de DIPr institucional y convencional de origen europeo un tinte nuevo. Ni se trata de una calificación *ex lege fori* ni de una calificación *ex lege causae*. Al contrario, como indica M. Audit³, la interpretación autónoma de las categorías jurídicas hace que los conflictos de jurisdicciones y de leyes que se planteen ante los

¹ Cfr. «L'interprétation autonome du droit international privé communautaire», *Journal du Droit International*, núm. 3, 2004, p.790.

² Cfr. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 66.

³ Cfr. «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, p. 813.

jueces nacionales sean resueltos a través de un modo nuevo de calificación, *lege commune* si se quiere. Un nuevo modo de calificación que se compadece bien con el objetivo de la creación de un espacio jurídico comunitario por encima de la desigualdad que impera en los sistemas jurídicos de los Estados miembros⁴.

El problema surge cuando los textos comunitarios no contienen una definición y esos mismos conceptos existen en los Derechos nacionales. Esto sucede en el ámbito de la contratación, donde por lo general quedan diluidas las diferencias que pueden derivarse de la utilización de las nociones «materia contractual» y «contrato» según sirvan para delimitar la competencia judicial y legislativa. Siguiendo a M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez⁵, los mismos argumentos formales y materiales esgrimidos a favor de la interpretación uniforme valen a favor de una definición autónoma de sus conceptos. Concretamente, en la elaboración de un concepto propio el juez comunitario puede valerse de diferentes instrumentos hermenéuticos, no excluyentes, entre los que destacan el criterio sistemático, comparado, teleológico, literal e histórico⁶. Como vamos a ver *infra*, la combinación de estos cánones hermenéuticos son decisivos para la elaboración no sólo de la definición del término materia contractual, sino también del alcance mismo de la noción de contrato.

Otra cuestión que plantea la interpretación autónoma es saber cómo utilizarán los jueces nacionales este instrumento uniformizador. Se da la circunstancia que la aplicación uniforme de los conceptos autónomos no siempre resulta fácil, pues en muchas ocasiones la única referencia de la que disponen éstos son los mismos términos de la definición de la noción tal y como resulta de la oportuna decisión del TJCE, sin apoyo en un sistema de referencia, textual o doctrinal⁷. El carácter fragmentario del Derecho comunitario fomenta el riesgo de que los jueces nacionales se aparten de los términos utilizados por el TJCE para la definición de la correspondiente noción autónoma y recurran a la *lex fori* para colmar dichas lagunas, esto es, el retorno de la calificación *ex lege fori*⁸ y, por tanto, el déficit de uniformidad de los conceptos a nivel europeo. Riesgo que se propaga ante la presencia de interpretaciones genéricas, poco precisas, por parte de la Corte de Luxemburgo, pues, sin ninguna duda, puede ser la fuente de interpretaciones no menos austeras. Precisamente, este problema se ha planteado en el ámbito de la contratación en general a propósito de la cuestión de la acción directa.

III. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE MATERIA CONTRACTUAL

El TJCE no define el concepto «materia contractual» del artículo 5.1 por remisión al Derecho interno de los Estados miembros, sino de manera autónoma⁹. En defecto

⁴ PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Barcelona, JM Bosch, 2001, p. 110. También AUDIT, M., «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, pp. 796-797.

⁵ *Ibidem*, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, p. 70.

⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁷ Sobre esta cuestión vide AUDIT, M., «L'interprétation autonome...», *loc. cit.*, p. 805.

⁸ *Ibidem*, pp. 811-815.

⁹ Sent. TJCE de 22 de marzo de 1983, As C-34/82 *Peters*, apdo. 9.

de un sistema de referencia, la Corte de Luxemburgo ha configurado una noción amplia¹⁰ que se extiende a todas aquellas obligaciones derivadas de un compromiso voluntariamente asumido entre las partes o por una frente a la otra¹¹. De manera más precisa, por una parte, el foro contractual engloba los litigios derivados de un contrato –ya afecten a la propia relación contractual (validez, nulidad o inexistencia)¹², ya tengan su origen en las diferentes obligaciones que deriven del contrato mismo (acciones de exoneración de responsabilidad, acción indemnizatoria por incumplimiento contractual o por resolución abusiva de un contrato, etc.)¹³– y, por otra, los litigios derivados de una obligación libre o voluntariamente asumida por una parte frente a la otra¹⁴.

IV. DEFINICIÓN AUTÓNOMA DE CONTRATO

Como acabamos de indicar, para identificar las acciones que se pueden plantear en el marco de la «materia contractual» del artículo 5.1 no es necesario la celebración de un contrato. Basta con la existencia de algún compromiso libre o voluntariamente asumido por una parte frente a la otra¹⁵. Definición amplia que lleva al TJCE no sólo a diferenciar las nociones «materia contractual» y «contrato», sino también a configurar una noción de relación contractual predeterminada por el sector de la contratación al que va referida.

1. Materia contractual y contrato

Como bien indica V. Heuzé¹⁶, el ámbito contractual es una buena sede para reconciliar a Bertin con Rabel. Conciliación que ha llevado a cabo el TJCE, por un lado, a través de la interpretación autónoma de la expresión «materia contractual» y, por otro, del término «contrato». Estas expresiones las interpreta como conceptos autónomos que atienden principalmente al sistema y a los objetivos del CB. Para ello el Alto tribunal comunitario se sirve de dos criterios. De un lado, el criterio de Derecho comparado dirigido a buscar el significado estándar en los Estados parte que permite la adscripción funcional de las situaciones que caen dentro de una y otra cate-

¹⁰ Vide sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apartado 48. Sent. de 17 de septiembre de 2002, As C-334/00 *Tacconi*, apartado 22. Vide en el mismo sentido VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pp. 103-104 y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Artículo 5.1», en CALVO CARAVACA, A. L. (Dir.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1994, p. 84.

¹¹ Vide por todas la Sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As C-26/91 *Handte*, apartado 15.

¹² Vide Sent. TJCE de 4 de marzo de 1982, As C-38/81 *Effer*, apdo. 7.

¹³ Vide Sent. TJCE de 8 de marzo de 1988, As C-9/87 *Arcado*, apdo. 16.

¹⁴ Esta calificación de la materia contractual permite incluir en el artículo 5.1 las relaciones entre una sociedad y sus socios (Sent TJCE de 22 de marzo de 1983, As C-34/82 *Peters*, apdo. 13).

¹⁵ Sent TJCE de 17 de septiembre de 2002, As C-334/00 *Tacconi*, apdo. 22; Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As C-27/02 *Engler*, apdo. 50.

¹⁶ Cfr. «La notion de contrat en Droit international privé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1997-98, p. 319.

goría¹⁷, y, de otro, el criterio teleológico centrado en la necesidad de garantizar los objetivos perseguidos por el CB/RB. Con ellos el TJCE efectúa una clara distinción entre las dos mentadas categorías que, a continuación, precisaremos mejor sobre la base de dos asuntos. Nos referimos a los asuntos *Gabriel* y *Engler*, resueltos a través de las sentencias de 11 de julio de 2002 y de 20 de enero de 2005, que tienen por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por dos tribunales austríacos sobre si la acción judicial con la que dos consumidores pretenden que se condenen a sendas sociedades de venta por correo a entregarles un premio que aparentemente habían ganado tiene naturaleza contractual, en el sentido del artículo 5.1 o del artículo 13, o una acción en materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5.3, cuando dichas sociedades les habían remitido personalmente una comunicación que da la impresión de que se les atribuye un premio –radicando aquí la diferencia entre los dos asuntos–, cuya entrega en el asunto *Gabriel* estaba supeditada a la realización de un pedido de productos por el consumidor, circunstancia que no concurrió en el asunto *Engler*. El TJCE terminó rechazando la naturaleza extracontractual de estas dos acciones judiciales. En el caso *Gabriel* el Tribunal de Luxemburgo resolvió dicha cuestión aceptando la correspondiente acción judicial como una acción en materia de contratos en el sentido del artículo 13; todo lo contrario que en el asunto *Engler*, al considerar que se trataba de una acción de naturaleza contractual en el sentido del artículo 5.1 CB.

Para llegar a esta conclusión el TJCE efectúa antes un estudio de las condiciones particulares de aplicación de los mentados preceptos, del que se deduce la diferencia entre «materia contractual» y «contrato». Respecto del artículo 13 CB el TJCE exige como condición *sine qua non* para su aplicación la celebración de un «contrato». Para ser más precisos, un acuerdo de voluntades en el marco del cual las dos partes adquieren compromisos sinalagmáticos¹⁸, del que nacen obligaciones recíprocas, interdependientes¹⁹. Por el contrario, con relación al artículo 5.1 CB opta por la interpretación amplia de la expresión «materia contractual», lo que le permite encerrar en ella la noción de «contrato». En efecto, ya se ha visto *supra*, la expresión «materia contractual» presupone necesariamente la determinación de una obligación jurídica libremente consentida²⁰ que bien puede venir de la mano de un «contrato», bien de un acto voluntario realizado por una persona susceptible de generar un compromiso que le vincula²¹. Esto explica que el TJCE califique a la acción judicial del asunto *Gabriel* como una acción *ex* artículo 13 CB, porque el nacimiento de las obligaciones entre las partes se debió a la celebración entre ellas de un contrato de suministro de mercaderías. Mientras que a la acción del asunto *Engler*, en la que el consumidor reclama una promesa de premio, como una acción *ex* artículo 5.1, pues, a pesar de no constituir un contrato en los términos del artículo 13 CB, a los ojos de la Corte de Luxemburgo el acto voluntario realizado por el profesional genera una obligación o un compromiso libremente aceptado que vincula a su autor.

¹⁷ Vide las conclusiones 58 a 63 del Abogado General L. A. Geelhoed, de 31 de enero de 2002 en el asunto *Tacconi* (sent. TJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00).

¹⁸ Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdos. 34 y 36.

¹⁹ Sent. TJCE de 11 de julio de 2002, As. C-96/00 *Gabriel*, apdos. 49 y 50.

²⁰ Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdos. 50 y 51.

²¹ *Ibidem*, apdo. 56.

De lo que se deduce que la noción de contrato resulta predeterminada por el sector de la contratación al que va referida, esto es, bien el marco de la contratación en general o en el contexto de la contratación con consumidores. Por un lado, la exigencia de la celebración del contrato hace que el artículo 13 CB²² posea un ámbito de aplicación más restringido que el del artículo 5.1. Por otro lado, el tipo de contrato (bilateral/unilateral, oneroso/gratuito) resulta también decisivo para restringir la esfera de aplicación del artículo 13, lo que no sucede en el artículo 5.1.

2. Contratos y obligaciones unilaterales voluntarias

La interpretación de la noción «contrato» ex artículo 13 CB resulta de especial importancia, por cuanto reduce su alcance al identificarlo con dos tipos de contratos: «bilaterales» y «onerosos»²³. Sin temor a equivocarnos se trata de una interpretación dirigida por la letra de ley, pues el tenor del artículo 13 CB sitúa la protección a los consumidores parte en contratos que tienen por objeto el suministro de mercaderías y la prestación de servicios. A este resultado conduce la difícil valoración en el plano del tráfico externo de una cuestión, no menos controvertida en el Derecho interno, como son las obligaciones unilaterales voluntarias, y, de manera más particular, las que nacen de las promesas de premio. En efecto, en el asunto *Engler* la Corte de Luxemburgo califica como materia contractual ex artículo 5.1. RB/CB la acción judicial que entabla un consumidor contra un profesional con motivo de la promesa de un premio, no supeditada a la contratación de ningún producto. Para llegar a esta solución al TJCE le hubiera bastado con considerar la promesa de premio como un compromiso libremente asumido por el vendedor profesional en el sentido de la jurisprudencia mantenida en materia contractual²⁴. Sin embargo, el Alto Tribunal comunitario se deja llevar por una postura contractualista de la cuestión²⁵, en nuestra opinión, merced al complejo debate que subyace en los Derechos nacionales²⁶ en torno a la cuestión de si la voluntad unilateral puede dar origen o no a una obligación²⁷. Con otras palabras, para el TJCE la promesa de premio en el asunto *Engler* es contractual,

²² Ibidem, apartado 36. En los mismos términos se pronuncia el Abogado General F. G. Jacobs en la conclusión 23 del asunto *Engler*. Vide igualmente sus conclusiones 45 y ss. en el Asunto *Gabriel*.

²³ Esto es, acuerdos de voluntades en el marco del cual, de un lado, cada parte es a la vez acreedor de una prestación y deudor de otra; y, de otro, a los que cada una obtiene una ventaja en compensación a la que, a su costa, obtiene la otra.

²⁴ Esta opinión es mantenida por GARDEÑES SANTIAGO, M., «Convenio de Bruselas de 1968: concepto de contrato celebrado por un consumidor, contratos con una finalidad privada y profesional al mismo tiempo. Concepto de materia contractual: promesa de un premio concreto», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2005, p. 268.

²⁵ Así se desprende claramente de la Sent. TJCE de 20 de enero de 2005, As. C-27/02 *Engler*, apdo. 55.

²⁶ Vide las conclusiones 41 a 45 del Abogado General F. G. Jacobs en el asunto *Engler*, donde pone de relieve las líneas básicas de la promesa de premio en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes.

²⁷ En España existe una fuerte polémica doctrinal en torno a la cuestión de si cabe o no que la voluntad unilateral puede dar origen a una obligación; si es o no fuente de obligaciones. Por un lado, están los que defienden su admisión en casos concretos. Es el caso, por ejemplo, de CASTÁN TOBEÑAS, J. (*Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.^a ed., Madrid, Edersa, 1992, p. 11) en relación a las promesas públicas de recompensa. Por otro lado, los autores que merced a una posición contractualista

en el sentido del artículo 5.1 CB, porque, por una parte, dicho envío tiene su origen en la exclusiva voluntad de su autor, por lo tanto, constituye un compromiso libremente asumido²⁸; por otra parte, porque el consumidor-destinatario la acepta expresamente. En consecuencia, para que resulte aplicable el artículo 5.1 a una promesa de premio es necesario que las partes configuren una relación contractual «unilateral» y «gratuita»; celebren un contrato que no produzca obligaciones recíprocas o sinalagmáticas para ambas partes, sino sólo para una de ellas, y en el que una de las partes obtiene una ventaja, sin nada a cambio. Dicho esto, la noción de contrato en el sentido del artículo 5.1 CB comprende contratos bilaterales-onerosos y contratos unilaterales-gratuitos. Por el contrario, la noción de contrato en el sentido del art. 13 se reduce solamente a contratos bilaterales-onerosos, lo cual, como vamos a ver a continuación, no casa bien ni con la *ratio* de dicho precepto, ni con el objetivo macroeconómico al que contribuye el convenio.

En efecto, fuera del ámbito de aplicación del artículo 13 CB, el consumidor que desee solicitar la promesa libremente asumida por el vendedor tiene que dirigirse ante los Tribunales del domicilio del profesional, o ante los Tribunales del lugar en el que debiera ser cumplida dicha obligación que sirve de base a la demanda. Solución no tuitiva en lo que a los intereses de los consumidores se refiere por tratarse de órganos jurisdiccionales distintos al de su domicilio. La razón de la desprotección del consumidor en estos casos, y como vamos a ver del mercado en general, no es imputable al TJCE sino –como hemos indicado– al legislador, pues el problema principal es que el artículo 13 CB restringe extremadamente su ámbito de aplicación material, en particular, porque protege al consumidor frente a las dificultades que puede encontrar por una controversia sobre un contrato que tenga por objeto un suministro de mercaderías o una prestación de servicios cuando deba interponer la acción judicial en otro Estado. Ahora bien, las sombras aparecen con posturas como la del Abogado General F. G. Jacobs al considerar que la necesidad de eliminar dichas dificultades no resultan evidentes cuando el consumidor recibe la notificación de un premio sin efectuar desembolso alguno, esto es, cuando nos hallemos en presencia de una obligación unilateral voluntaria²⁹. La razón que ofrece el Abogado General para excluir este supuesto del ámbito de aplicación material del artículo 13 CB es que el objetivo de dicho precepto es proteger al consumidor y no facilitar su enriquecimiento³⁰. Argumento censurable de pensar en las nefastas consecuencias que irroga la exclusión de este tipo de actos o prácticas promocionales o de incitación del artículo 13 no solo al consumidor, que ve defraudadas sus legítimas expectativas a recibir el premio aceptado, sino también al mercado mismo, pues deja expedita la puerta a competidores que les sale muy barato desenvolverse de manera engañosa. Con otros términos si se quiere, la inclusión de las promesas de premios en el ámbito material del artículo 13 CB no sólo permitiría la protección del consumidor individual que acepta el premio, sino tam-

defienden la solución contraria (vide ALBADALEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. I, 9.ª ed., Barcelona, p. 269; también de O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil. t. II, Derecho de obligaciones, vol. I, Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, Madrid, Edersa, p. 42).

²⁸ Apartados 52 y 53 de la sent. TJCE de 20 de enero de 2005, Asunto *Engler*.

²⁹ Conclusión 29 en el Asunto *Engler*.

³⁰ *Ibidem*.

bién, como un ejemplo de la pertenencia del Derecho de consumo al Derecho de mercado, la tutela del orden concurrencial³¹.

No obstante, desde la perspectiva consumista el panorama que dibuja el RB no es tan desolador. La nueva redacción y una revisión de la interpretación del artículo 15, anclada en la tutela del consumidor y del orden concurrencial comunitario, permite ampliar la protección de los consumidores más allá de contratos de consumo «bilaterales» y «onerosos»³². Ello se debe a la superación de la barrera del ámbito material de aplicación otrora existente en el artículo 13 CB, pues la nueva expresión «*en todos los demás casos*» permite incluir también contratos de consumo «unilaterales» y «gratuitos» como los que resultan de las controvertidas promesas de premio³³. Ahora bien, el problema no desaparece completamente toda vez que, igual que el artículo 13 CB, el artículo 5 CR está pensado para contratos bilaterales y gratuitos, con lo cual se puede dar la situación paradójica de un consumidor protegido en el sector de la competencia judicial internacional y desprotegido en el plano de la ley aplicable. En aras de la estrecha correlación *forum-ius* que ha de presidir esta materia, B. Añoveros Terradas³⁴ propone extender la misma solución del artículo 15 RB al artículo 5 CR. Sin embargo, el problema es que, lo mismo que el artículo 13 CB, no creemos que el mentado precepto resista dicha interpretación al poseer un ámbito de aplicación material exclusivamente reducido a contratos de consumo bilaterales y onerosos. Al contrario, ello supondría una interpretación *contra conventionem*. La solución en este caso no es de naturaleza hermenéutica sino legislativa. Como ha ocurrido en el sector de la competencia judicial, es preciso esperar a la reconversión del CR en instrumento

³¹ Un ejemplo basta para aclarar esto último. Siguiendo con el asunto objeto de análisis, la señora Engler estaría obligada a reclamar el premio en Alemania, como país del domicilio del demandado y al alimón donde debe cumplirse la obligación. Por otra parte, siendo el Derecho alemán la *lex causae* –*ex art. 4 CR*–, correría el riesgo de que, al contrario de Austria, no esté prevista en dicha legislación una acción que permita reclamar judicialmente a los consumidores el premio aparentemente ganado. De este modo, la Sra. Engler podría ver frustrada sus legítimas expectativas a recibir el premio, y, como ella, las de todos los consumidores austriacos que tipifiquen la misma situación, así como el propio mercado nacional austriaco, cuyos operadores se verían sometidos a diferentes condiciones de competencia en función de donde tengan su sede y dirijan las promesas de premio.

³² Vide así AÑOVEROS TERRADAS, B., «Delimitación de los supuestos internacionales en los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)», *La Ley (Unión Europea)*, núm. 6264, 2005, pp. 3-4.

³³ Precisamente, durante el período de revisión del presente trabajo el TJCE se ha pronunciado sobre un asunto similar a los aquí examinados pero, a diferencia de éstos, se ocupa de la interpretación del artículo 15 RB. Nos referimos a la sent. TJCE de 16 de marzo de 2006, As. C-234/04. *Kapferer*, iniciada por una demanda presentada por una consumidora austriaca en la que se solicitaba la condena de una empresa alemana al pago de un premio que ésta había prometido con el envío de una comunicación publicitaria. Finalmente, el TJCE no entró a valorar la cuestión habida cuenta de la respuesta ofrecida a la primera cuestión planteada. No obstante, de tener que haber efectuado una respuesta hubiera denegado la existencia de contrato, pues en el asunto *Kapferer* la atribución de las cantidades estaba supeditada a una condición resolutoria (la realización de un periodo de prueba sin compromiso) que la consumidora no cumplió. Vide por contra las Conclusiones con las que el Abogado General A. Tizzano excluye el supuesto del asunto *Kapferer* del ámbito de aplicación del artículo 15 RB. Vide también al tiempo de la revisión de este trabajo MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., «La exclusión de la promesa de premio del ámbito de aplicación de las normas sobre consumidores en el Reglamento 44/2001 (Comentario a la STJCE *Kapferer*, de 16 de marzo de 2006)», *La Ley. Unión Europea*, núm. 6494, 31 de mayo de 2006, pp. 1-4.

³⁴ cfr. «Delimitación de los supuestos internacionales...», *loc. cit.*, pp. 3-4.

comunitario y modificar el ámbito de aplicación material del actual artículo 5, ampliándolo también a contratos de consumo «unilaterales» y «gratuitos».

V. LA CUESTIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA

Como se ha indicado *supra*, en no pocos casos los jueces nacionales se enfrentan a la delicada tarea de decidir si un caso es subsumible o no en una categoría autónoma. Así sucede en materia contractual con la cuestión de la acción directa. Se trata de un supuesto más en el que el mantenimiento de una adecuada perspectiva comunitaria y sistemática no sólo evita el riesgo de interpretaciones caseras por los jueces nacionales, sino también interpretaciones austeras por parte de la Corte de Luxemburgo.

1. Contratación en general

Aparte de la exigencia de un compromiso libremente asumido por las partes³⁵, el TJCE condiciona también la calificación contractual de una situación al criterio teleológico de garantizar los objetivos perseguidos por el RB/CB. En particular, a las consecuencias que tiene la mentada calificación sobre el principio de seguridad jurídica o previsibilidad que persigue el RB/CB, esto es, a impedir que cualquiera pueda ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de un lugar que no tenga conexión real con el fondo del litigio. Precisamente, estas dos razones fueron esgrimidas por el TJCE en el asunto *Handte* para excluir del ámbito de aplicación del artículo 5.1 CB la reclamación del subadquiriente final al fabricante, para evitar el retorno de la *lex fori* en la interpretación de la acción directa.

En efecto, en la sentencia de 17 de junio de 1992³⁶ el TJCE negó la calificación contractual a la acción directa de origen jurisprudencial existente en el Derecho francés a favor del comprador profano frente al fabricante no vendedor sobre la base de los dos criterios antes señalados: por un lado, porque entre el fabricante y el comprador final «no existe ningún compromiso libremente asumido»³⁷; por otro lado, porque la aplicación del artículo 5.1 «al litigio entre el subadquiriente de una cosa y el fabricante no es previsible por este último y, por ello, incompatible con el principio de seguridad jurídica»³⁸. Argumentos que han sido el blanco de la doctrina. C. Larroumet reprocha al TJCE haber pergeñado una interpretación autónoma que brilla por su incoherencia y su desconocimiento por los *ensembles contractuels*³⁹, mientras que G. Viney hace hincapié en el sorprendente argumento de la previsibilidad⁴⁰. Por nuestra

³⁵ Otra cuestión que también excluye el TJCE de la definición de «materia contractual» son los supuestos de responsabilidad precontractual, al considerarlos comprendidos en la materia delictual. Vide sent. TJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-334/00 *Tacconi*.

³⁶ Sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As. C-26/91 *Handte*.

³⁷ *Ibidem*, apdo. 15.

³⁸ *Ibidem*, apdo. 39.

³⁹ Cfr. «L'effet relatif des contrats et la négation d'une action nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels», *J.C.P.*, núm. II, 1992, p. 343.

⁴⁰ Cfr. «Nota a la sentencia *Handte*», *J.C.P.*, núm. I, 1993, p. 145.

parte, pensamos que la incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica como el criterio de la asunción de un compromiso voluntario o libre no son argumentos pertinentes para desechar la naturaleza contractual de la acción directa. Cosa bien distinta es que la Corte de Luxemburgo termine rechazando la naturaleza contractual de la acción directa bien por no compartir el argumento con el que ha sustentado la jurisprudencia francesa este tipo de acción en el Derecho general de los contratos⁴¹; o para evitar los posibles conflictos de calificaciones que puede dar lugar la ausencia de comunidad de Derecho en los países europeos.

En efecto, como señala F. Leclerc, la calificación contractual *ex* artículo 5.1. no pone en cuestión la seguridad o previsibilidad del fabricante⁴², pues en la práctica el juego del artículo 5.1 CB/RB conduce inevitablemente al tribunal del lugar del domicilio del vendedor intermediario, es decir, un foro previsible por el fabricante al momento de la celebración del contrato⁴³. Pero además, la sentencia *Handte* es criticable por la interpretación austera del TJCE. La estrecha correlación de la que parte, supeditando el contrato a la existencia de un acuerdo libremente asumido por las partes, supone un planteamiento descaradamente reduccionista de la cuestión, pues en este ámbito solo quedarían comprendidos los litigios derivados de la existencia de la propia relación contractual (acción de resolución, de nulidad, etc.), como aquéllos que tienen su origen en las diferentes obligaciones que derivan de la relación contractual (acción de exoneración de responsabilidad, acción indemnizatoria por incumplimiento, etc.). Sin embargo, la noción de contrato debe ir más allá hasta alcanzar el complejo de efectos jurídico-obligacionales que integran el contenido de la relación contractual, entre los que se encuentra la acción directa. Si se quiere con otros términos, el ámbito de aplicación del artículo 5.1 –por extensión, del art. 15 RB/13 CB– no solamente debe reducirse a los casos en los que medie un acuerdo entre las partes, de lo contrario, como señala J. Bauerreis, nunca se podrá tener en cuenta los casos en los que se pretende hacer valer un derecho derivado de un contrato⁴⁴. Precisamente, lo que acontece con la acción directa, donde la legitimación activa del adquirente final no surge con independencia del contrato⁴⁵. En efecto, se trata de una acción de naturaleza contractual, o más genéricamente, de naturaleza obligacional que extiende notablemente la materia contractual; que produce *ex lege*, al margen de las declaraciones de voluntad de las partes, una extensión de la eficacia contractual a un tercero⁴⁶. Cosa muy distinta es que el Alto Tribunal comunitario niegue tal calificación por las razones antes esgrimidas. Como vamos a ver, so pena de transgredir el Derecho comunitario, los argumentos del TJCE no valen en el ámbito de las relaciones de consumo.

⁴¹ El vendedor intermediario transmite al subadquiriente sus derechos contractuales contra el fabricante (o contra un intermediario anterior) como un accesorio de la cosa.

⁴² Cfr. «Les chaînes des contrats en droit international privé», *J.D.I.*, núm. 2, 1995, p. 279.

⁴³ Vide BAUERREIS, J., «Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats», *Rev. crit.*, núm. 3, 2000, p. 343.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 346-347.

⁴⁵ Cuestión que plantea el Abogado General F. G. Jacobs, en la conclusión 33 del asunto *Handte* –vide sent. TJCE de 17 de junio de 1992, As. C-26/91 *Handte*, p. 3987–, que posteriormente rechaza en la conclusión 37:

⁴⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Colex, 2000, p. 288.

2. Contratación con consumidores

A través del artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo⁴⁷ el legislador español ha adoptado una posición encomiable al reconocer en determinados supuestos la posibilidad de que el consumidor se dirija directamente contra el productor. Desde una perspectiva internacional privatista, la *ratio* de este precepto es evidente: la opción por parte del consumidor de responsabilizar a cualquier participante en la cadena de producción y distribución distintos al vendedor final, imposibilitando, de esta manera, la merma de sus derechos económicos. Sin embargo, la doctrina legal del TJCE sobre la acción directa, unido a su desconocimiento en la mayoría de los países comunitarios, terminan por desnaturalizar la opción adoptada por el legislador español.

En efecto, la postura del TJCE de identificar el contrato con la presencia de un acuerdo libremente asumido por las partes es un obstáculo para la calificación contractual de la acción directa en estudio. Sin embargo, se trata de un obstáculo franqueable merced a los mismos argumentos esgrimidos anteriormente a propósito del asunto *Handte*. Por un lado, su calificación contractual no supondría la quiebra del principio de seguridad jurídica, pues el fabricante sagaz debe saber de la existencia de este tipo de acciones en los sistemas donde comercializa sus productos y, por consiguiente, de las consecuencias que puede entrañar su ejercicio. Por otro lado, porque la acción directa en estudio ha sido prevista *ex lege* con motivo del incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual, como resulta ser la obligación de conformidad del bien, causando un daño al producto mismo⁴⁸. Por último, para negar su naturaleza contractual aquí tampoco podría traerse a colación la debilidad de la argumentación jurídica que la sustenta, ni la posible perturbación que con ella puede sentir la definición autónoma por los posibles conflictos de calificaciones a los que puede dar lugar, porque en ambos casos la acción directa tiene su origen en el Derecho comunitario derivado⁴⁹, de modo que una hipotética inadmisibilidad por parte del TJCE, rechazando su naturaleza contractual, supondría la infracción del principio comunitario de proporcionalidad en su versión judicial, pues el carácter de mínimos de la Directiva 1999/44/CE exige correlativamente una interpretación de mínimos y, por tanto, la obligación de aceptar medidas más protectoras. En suma, se trata de un claro ejemplo en el que la calificación autónoma, *lege commune*, alcanza la cota más alta de comprensión de mano de un sistema de

⁴⁷ BOE núm. 165, 11 de julio de 2003. En lógica coherencia con la naturaleza de mínimos de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo (*DOCE* núm. L 171, de 7 de julio de 1999).

⁴⁸ Muy distinto de lo que acontece cuando la responsabilidad deriva del incumplimiento de la obligación de seguridad, esto es, la que recoge la Directiva 85/734/CEE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, pues, en estos casos, su naturaleza es delictual y dirigida a reparar los daños personales o materiales, distinto del producto mismo.

⁴⁹ La prueba de que la cuestión de la responsabilidad directa del productor no está aún cerrada es la obligación impuesta por la Comisión en el artículo 12 de la Directiva 1999/44, en línea con el considerando 23, de dejar para más adelante esta controvertida cuestión, permitiendo a los Estados, en lógica coherencia con la propia naturaleza de mínimos de la Directiva, la posibilidad de introducir reglas más estrictas sobre el tema.

referencia, el Derecho comunitario. Al punto que no está de más que se pueda hablar de *lex fori communitaris*⁵⁰.

Ahora bien, la acción directa en estudio se encuentra con un problema de fondo que impide su ejercicio, si bien esta vez dicho problema no atiende a razones de carácter conflictual, sino material o sustantivo. En efecto, la acción directa contra el fabricante solo la reconocen Portugal y España. En el resto de países comunitarios la responsabilidad cae exclusivamente sobre el vendedor, todo ello sin perjuicio de la acción de regreso que tiene éste contra el fabricante. En consecuencia, nos hallamos ante una disparidad legislativa que se debe mitigar en beneficio del funcionamiento del mercado interior⁵¹. Sería deseable que en un futuro no muy lejano todos los países comunitarios dispusieran de dicha acción directa.

VI. CONCLUSIÓN

El recurso al Derecho comunitario derivado, la búsqueda del denominador común entre las legislaciones internas, la *ratio* y la letra de la norma, como la tutela del orden concurrencial comunitario, constituyen todo ellos criterios fiables para esbozar el alcance de la definición de contrato en DIPr comunitario. De manera aislada o combinada, por un lado, estos parámetros hermenéuticos permiten encerrar dicha noción dentro de otra más amplia como resulta ser la noción materia contractual. Por otro lado, cuando resulte pertinente permiten definir el contrato en función de las obligaciones y prestaciones (sinalagmáticas o unilaterales, onerosas o gratuitas). Por último, como se ha visto con la acción directa, también pueden evitar interpretaciones austeras que terminen restringiendo el contenido de dicha noción.

⁵⁰ Sobre la *lex fori communitaris* vide HUET, A. «La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1981-82, p. 17 ss., esp. 24-27.

⁵¹ Al dejar a las empresas que comercializan en estos dos países en una situación de competencia desigual frente al resto de competidores, evitando un nivel alto de protección de los consumidores, pues éstos reciben en Portugal y España una mejor tutela que la que pueden recibir los consumidores de los demás países comunitarios.