

CUADERNILLO 1:

UNAS PALABRAS INTRODUCTORIAS...

**Por Sara L. Feldstein de Cárdenas, Flavia A. Medina, Mónica Sofía
Rodríguez, Luciana B. Scotti y Luciane Klein Vieira**

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

2012

UNAS PALABRAS INTRODUCTORIAS...

La intensificación de los intercambios comerciales y la búsqueda de una economía sin fronteras han llevado a los Estados a conformar espacios integrados a fin de alcanzar su propio desarrollo económico y social. En esta tendencia se inscribe la conformación del MERCOSUR a partir de la aprobación del Tratado de Asunción en 1991 por parte de la República Federativa de Brasil, la República Oriental del Uruguay, la República del Paraguay y la República Argentina.

Este espacio integrado en tanto tiene por objetivo alcanzar la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, incide en la regulación de las relaciones jurídicas celebradas electrónicamente por los operadores comerciales, en general, y en aquellas en que intervienen los consumidores (B2C), en particular.

Sin embargo, en el momento actual, no existe un instrumento propio del MERCOSUR que regule el derecho aplicable a los contratos internacionales que incluya los celebrados por vía electrónica en todas sus posibilidades y específicamente aquellas transacciones en las que participan los usuarios, consumidores y en este aspecto, lo más delicado es que los Estados Miembros presentan en sus legislaciones nacionales disparidades normativas.

Asimismo, es necesario destacar que en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales, los cuatro países socios, adoptan criterios distintos como conexión principal o subsidiarias. Así Argentina, Paraguay y Uruguay adoptan el criterio del lugar de ejecución, mientras que Brasil adopta el de celebración. Por otro lado, el único de los cuatro Estados socios que se muestra abiertamente a favor de la admisión de la autonomía de la voluntad es la República Argentina.

Además, no existen en el sistema de derecho internacional privado en la República Argentina normas específicas de Derecho Internacional Privado (DIPr.) y de Derecho Internacional Procesal (DIPro.) sobre consumidor, lo cual obliga a analizar el contenido del derecho interno sustantivo y adjetivo del consumidor o usuario.

Respecto del derecho interno de los Estados miembros del Mercosur, nos encontramos con la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (24.240/93 y

modificadorias), el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (8.078/90 y modificadorias), la Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor y del Usuario (1.334/98) y la Ley Uruguaya de Defensa del Consumidor (17.250/00), cada una con sus especificidades, incluso contradicciones.

Por otra parte, en el ámbito convencional en materia contractual, ya sea respecto de ley aplicable o de jurisdicción, encontramos diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, suelen no regular o directamente excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

Así, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 - que nos vinculan con Bolivia, Perú y Colombia – y el de 1940 vigentes en la Argentina, Paraguay y Uruguay, regulan la jurisdicción competente así como la ley aplicable en materia contractual utilizando los criterios clásicos, sin hacer ninguna alusión específica a los contratos de consumo.

Lo propio sucede con el Código de Sánchez de Bustamante y Sirven que vincula a Brasil con quince países latinoamericanos, entre ellos Chile y Bolivia. Por otro lado, ninguna de las Convenciones sancionadas en el marco de las seis Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, que vinculan a todos los Estados del espacio integrado se dedica a la regulación de la contratación internacional con especial referencia a la contratación electrónica y al consumidor.

En efecto, la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (vigente solamente entre México y Venezuela), a diferencia de la Convención de Roma de 1980 de la Unión Europea y actualmente del Reglamento Roma I, no previó ninguna norma especial para el contrato de consumo internacional. Además, las conexiones flexibles elegidas y la amplitud con que es receptada la autonomía de la voluntad se adecuan a las relaciones entre comerciantes internacionales, más no a las contraídas con consumidores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, concluida en Viena en 1980, en su artículo 2 establece que no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.

Asimismo, la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (no vigente), suscripta en la ciudad de La Haya el 30 de octubre de 1985, señala que no será aplicable, entre otras, a las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso (artículo 2).

La situación denota la ausencia de regulación del tema tanto a nivel heterónimo como a nivel autónomo en el MERCOSUR, lo cual constituye un vacío normativo significativo. Ello contrasta con lo que ocurre en otro espacio integrado como es la Unión Europea que desde los ochenta cuenta con una regulación autónoma en materia de obligaciones contractuales con inclusión de los contratos celebrados por consumidores. (La Convención de Roma sobre Obligaciones Contractuales de 1980, y el Reglamento Roma I, vigente en la actualidad, desde el 17 de diciembre de 2009)

Cabe señalar, sin embargo, que diversas organizaciones han intentado emprender el complejo desafío de regular la materia que nos ocupa. En esta inteligencia, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) ha preparado una serie de instrumentos vinculados al comercio electrónico entre los que destacan la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005).

Mientras que la Ley Modelo deja librado a cada Estado que la adopte, la inclusión o no de las relaciones B2C, la Convención excluye de su ámbito de aplicación a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2.a). En la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL aclara que a diferencia de la exclusión en el mismo sentido que establece el artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías la exclusión de este tipo de operaciones en el marco de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es absoluta, lo cual significa que la Convención no será aplicable a los contratos celebrados con fines personales, familiares o domésticos, aún cuando esa finalidad no resulte evidente para la otra parte.

Por su parte, en 1999 la OCDE ha elaborado las Directrices para la Protección del Consumidor en el contexto del comercio electrónico, cuya principal finalidad es garantizar una protección transparente y eficaz de los consumidores, a través de la obligación de

información apropiada relativa a las actividades, a los bienes y servicios que son objeto de comercio electrónico y en general, a las operaciones realizadas en línea, y sobre los procedimientos eficaces de resolución de litigios, a favor de los consumidores. En tal sentido, recomienda a los países tomar en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en Internet para ofrecer una protección jurídica transparente y equivalentemente funcional a la que se otorga comúnmente en otras formas de comercio. Además aconseja el desarrollo de políticas y esquemas de resarcimiento económico y el uso de mecanismos de resolución de controversias en línea, para hacer frente al obstáculo que representa la jurisdicción y el derecho aplicable en Internet para poder brindar una mayor certeza al consumidor que realiza transacciones de comercio electrónico.

Asimismo, en junio de 2003 la OCDE publicó los Lineamientos para Proteger a los Consumidores de Prácticas Comerciales Fraudulentas y Engañosas a través de las fronteras.

Por otra parte, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) si bien se ha ocupado ampliamente de cuestiones atinentes al comercio electrónico, no ha abordado a través de ninguno de los instrumentos propuestos las relaciones B2C.

En consecuencia observamos que muy pocas organizaciones internacionales y foros de codificación internacional se han ocupado del tema, por el contrario tienden a excluirlo.

Finalmente, cabe destacar la labor emprendida por la Comisión de la Unión Europea que es uno de los escenarios más activos en el marco del desarrollo de directivas y en la búsqueda de la adopción de políticas en el área del comercio electrónico. Inicialmente, en 1989, realizó una primera aproximación al fenómeno del comercio electrónico con su programa TEDIS (Trade Electronic Data Interchange System), a través del que hizo varios estudios tendientes a promover el desarrollo del EDI y el comercio electrónico.

En la Unión Europea, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico ha tenido en cuenta las normas comunitarias sobre protección del consumidor, y en especial las disposiciones de la Directiva 97/7/CE sobre protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

En sus considerandos, expresa que es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores establecer un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.

La Directiva no vulnera el nivel de protección de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios. Tampoco afecta a la legislación aplicable a las

obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores; por lo tanto, no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual.

En relación a nuestro espacio integrado, destacamos que en la órbita de la Comisión de Comercio del Mercosur se creó el Comité Técnico N° 7 de “Defensa del consumidor”, al que se le encomendó la misión fundamental de elaborar un proyecto de Reglamento del consumidor para el Mercosur.

Así en el marco del MERCOSUR, se han dictado una serie de normas de derecho derivado sobre defensa del consumidor: resoluciones GMC N° 126/94, 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, 127/96, 48/98 y 21/2004, entre las principales.

Por su parte, en diciembre de 2000 los presidentes de los Estados partes del bloque, reunidos en Florianópolis, emitieron una Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR, comprometiéndose a una armonización progresiva de sus legislaciones en este aspecto.

En relación con los acuerdos de derecho constitutivo del MERCOSUR sobre contratos internacionales, debemos recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (MERCOSUR\CMC\DEC N° 1/94) excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (artículo 2.6)

Sin embargo, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del Mercosur, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte.

No obstante, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que “La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los

tuviere, por el Consejo del Mercado Común.” Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

Ante esta inquietante situación, y a fin de dar efectivo cumplimiento al art. 1° del Tratado de Asunción, según el cual los Estados miembros asumen el compromiso de lograr la armonización legislativa en las áreas pertinentes, y atento a las asimetrías legislativas que presentan los Estados partes del MERCOSUR, se impone la necesidad de plantearnos algunos interrogantes:

- ¿Es un área pertinente a armonizar la contratación electrónica en general y la que vincula a empresas y consumidores en especial en el MERCOSUR?,
- ¿Es conveniente armonizar esta materia?,
- ¿Cuáles son los peligros de no hacerlo?,
- ¿La armonización de las legislaciones de los Estados Miembros es un medio apto para evitar que las empresas encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en búsqueda de una posición más favorable o tiendan a ubicarse dentro de un ámbito en que el derecho aplicable le sea más favorable?,
- ¿Cuáles serían las técnicas de homogeneización legislativa apropiadas según el área a armonizar y las particularidades del espacio integrado: coordinación, aproximación, armonía legislativa, o uniformidad legislativa?,
- ¿Es posible aprovechar los logros alcanzados en materia de contratación electrónica por otros espacios integrados?,
- ¿O aquellos de otros foros de codificación como Naciones Unidas, la CIDIP, la Conferencia de La Haya?,
- ¿Cuáles son los criterios de conexión que mejor se adaptan a la materia a regular?,
- ¿En materia de contratación electrónica la autonomía de la voluntad puede ser el criterio de conexión principal? ¿O debe emplearse de forma acotada cuando en la contratación electrónica aparece el consumidor o usuario? ¿Conviene introducirse la regla de aplicación del derecho más favorable al consumidor-usuario?,
- ¿Cuáles normas imperativas resultan ineludibles en materia de contratación internacional? ¿Las vigentes en el domicilio del consumidor o usuario? ¿Cuál consumidor debe ser protegido, el activo, el pasivo, ambos?,

- ¿Deben aprovecharse o descartarse los logros alcanzados en otras áreas, especialmente en el de América como las realizaciones de la CIDIP?

Los invitamos, especialmente, a leer los siguientes cuadernillos y encontrar, juntos, tales respuestas a nuestras inquietudes originarias, y seguramente, a abrir nuevos y valiosos interrogantes.

CUADERNILLO 2:

PERO ... ¿QUÉ ES UN CIBERCONSUMIDOR?

Por Luciana B. Scotti y Luciane Klein Vieira

Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

2012

PERO ... ¿QUÉ ES UN CIBERCONSUMIDOR?

Por Luciana B. Scotti* y Luciane Klein Vieira**

I. INTRODUCCIÓN

La post modernidad, momento histórico en el que vivimos, lleva consigo una nueva noción de contrato de consumo, que inaugura una nueva fase del Derecho del Consumidor, en la medida que inserta en la relación contractual nuevos elementos y nuevas situaciones, que la diferencian de las formas tradicionales de contratación.

En este escenario, la comunicación virtual, característica de los nuevos tiempos, arrastra el consumidor a experimentar un mundo extremadamente atractivo, visual, libre, veloz, fluido y global, que también puede ofrecer peligros a la hora de hacer valer sus derechos, aún mas cuando el negocio entablado traspasa las fronteras nacionales, presentando elementos de extranjería.

Así, lo que se verifica es que el comercio electrónico, al permitir que las transacciones sean realizadas de forma simultánea, despersonalizada y desmaterializada desde

** Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Es Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

*** Abogada egresada de UNISINOS, Brasil. Magíster en Derecho de la Integración (USAL/Paris I). Maestranda y Doctoranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Becaria doctoral del CONICET. Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Autora y coautora de diversos textos jurídicos.

distintos territorios estatales, está revolucionando los paradigmas hasta entonces existentes en materia contractual, promoviendo la necesidad de brindar al consumidor que opera más allá de las fronteras estatales la seguridad jurídica necesaria para poder llevar adelante sus negociaciones.

Si ante una relación jurídica nacional y presencial, el consumidor ya se veía en una situación de debilidad o de hiposuficiencia, cuando se traslada el negocio celebrado al ámbito internacional, habiendo sido concluido de forma no presencial, surge, lo que se puede denominar, una nueva vulnerabilidad¹. Luego, los contratos internacionales de consumo realizados en esta nueva era, en donde predominan el pluralismo y la comunicación virtual, nos llevan a replantear antiguos paradigmas tales como la buena fe y la confianza, elementos imprescindibles a la relación comercial y que solamente pueden ser alcanzados a partir de la existencia de una adecuada protección legal, que abarque las situaciones jurídicas en su totalidad.

Es justamente este desafío traído por la era de la informatización, que se presenta al Derecho Internacional Privado, lo que será tratado en este cuadernillo, con vistas a establecer un parámetro general de la legislación existente respecto a los contratos electrónicos de consumo, a nivel interno e internacional, y verificar cuáles son los principales déficits para la regulación de la materia, en la actualidad.

II. LA NOCIÓN JURÍDICA DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Desde hace algunos años, se ha verificado un considerable incremento en el fenómeno del consumo. En este sentido, “con la apertura de los mercados a productos y

¹ La doctrina advierte que: “o consumidor mudou, tornou-se digital, cibernético e está mais poderoso em razão da enorme variedade de opções para escolher, entre fornecedores do mundo todo. Por outro lado, ele está mais fragilizado, pois, se não dominava os processos de produção, agora desconhece os meios de aquisição, de contratação e entrega. Podemos afirmar que o procedimento decisório através de um computador, dada sua facilidade, faz com que esse consumidor seja ainda mais hipossuficiente.” (WEISS MARTINS DE LIMA, Eduardo, *Proteção do Consumidor Brasileiro no Comércio Eletrônico Internacional*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 184.)

servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales. Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por proveedores con sede en el exterior, a través del telemarketing, de la televisión, la radio, el internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países”. Luego, “consumir en forma internacional es típico de nuestra época”.²

En este escenario, surge con más fuerza la figura del “consumidor transfronterizo”, parte débil de la relación contractual internacional, que necesita protección en sus negociaciones, por medio de normas de Derecho Internacional Privado que puedan ofrecerle certidumbre y seguridad jurídica.

Tal como observa Lima Marques, “las normas nacionales, reguladoras del comercio internacional, y el derecho uniforme del comercio internacional o la denominada *lex mercatoria*, en general no se preocupan de proteger al consumidor y, al contrario, tratan de excluir estos contratos de su campo de aplicación.”³

Efectivamente, podemos adelantar que existe un importante vacío en el Derecho Internacional Privado Americano, tanto de fuente interna como convencional en materia de

2 LIMA MARQUES, Claudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, Extractos del Curso *La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general*, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Disponible en: http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf, acceso el 02/10/2011.

3 LIMA MARQUES, Claudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, *op. cit.*

protección del consumidor tradicional así como del consumidor posmoderno o ciberconsumidor.

1. Normas de fuente interna

A fin de remediar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo, los legisladores nacionales se han ocupado de dictar leyes protectorias que procuran hallar un cierto equilibrio negocial entre los contratantes.

Argentina cuenta con la ley de defensa del consumidor N° 24.240, de 1993, que se declara de orden público (art. 65).

El artículo 1° establece: “La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles, b) la prestación de servicios, c) la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”.

Sin embargo, tanto nuestra ley como la de los restantes países de la región tienen por finalidad proteger al consumidor en casos nacionales, que no presentan ningún elemento extranjero.

En cambio, no encontramos en la legislación nacional vigente, normas de derecho internacional privado sobre jurisdicción o sobre ley aplicable que contemplen los casos internacionales de contratos de consumo.

En efecto, debemos tener presente cuál es el ámbito de aplicación de la Ley 24.240. Al respecto se ha sostenido que “el ámbito de aplicación de la LDC está dado por el lugar de celebración que debe ser el territorio nacional, y que coincidirá generalmente con el domicilio o residencia habitual del consumidor. Esto se desprende del art. 33 LDC, al referirse a la venta por correspondencia, que es “aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios”. En cambio, “las dificultades pueden plantearse respecto a contratos celebrados por consumidores fuera de su residencia habitual, como el caso de los contratos de turismo. No parece razonable aplicar el régimen de la LDC a un contrato celebrado por un consumidor argentino transeúnte en una jurisdicción extranjera y cuyo lugar de cumplimiento no

estuviera vinculado a su residencia habitual. Por el contrario, sí nos parece que será utilizada la LDC para proteger a un extranjero transeúnte en nuestro territorio nacional. Y también será aplicada la LDC a contratos de consumo celebrados en el extranjero pero con lugar de ejecución en nuestro territorio. La razón de esto radica en dos principios que se conjugan armónicamente: a) la LDC es una norma de orden público interno, que no puede ser “exportada” hacia otras jurisdicciones que tienen sus propias normas de orden público protectorio; b) las normas de orden público no están destinadas a proteger a ciudadanos de un país, sino que implican una valoración positiva de principios fundamentales del ordenamiento, sin importar la nacionalidad de los damnificados. Esto no significa que el derecho aplicable al contrato deba ser exclusivamente nacional, pero sí que los aspectos protectivos de la LDC, en cuanto garantía constitucional, tendrán prevalencia sobre normas privadas o extranjeras”.⁴

Ahora bien, la doctrina se ha preguntado si todas las normas de defensa del consumidor, declaradas por la propia ley como de orden público, son también de orden público internacional. En tal sentido, la mayoría de los autores sostienen que no se puede dar una respuesta genérica.

Por su parte, en la República Argentina, recientes proyectos de reforma han incorporado esta delicada cuestión. Así, el Libro VIII de Derecho Internacional Privado del Proyecto de Ley de Unificación de los códigos Civil y de Comercio (54-P.E.- 99 - Mensaje PEN 731/99) en el artículo 256 dispone en materia de jurisdicción que: “las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo, deben interponerse ante los tribunales de su domicilio. A elección del actor, pueden también interponerse ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, los del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes o ante los del domicilio del demandado...” Asimismo establece que en caso de contratos concluidos por consumidores sólo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento de la controversia.

⁴ SCHÔTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados por internet”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 36, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis – Depalma, 2003, p. 29.

A su vez, en materia de ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el artículo 2613 proyectado, establece que se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos:

a) Si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.

b) Si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado.

c) Si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

Tal como podemos apreciar se excluye la posibilidad de elección de la ley aplicable.

Por su parte, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res.M.J.S .y D.H.134/02, presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003 contiene normas sobre jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones de consumo.

Así, el artículo 27 establece que “Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, o del cumplimiento de la obligación de garantía o del domicilio del demandado (...) En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.”

Asombra que el Proyecto de Código no contemple la competencia del juez del lugar de domicilio o residencia habitual del consumidor (principio del “Forum Actoris”), máxime siendo ésta la tendencia predominante.

Respecto de la ley aplicable, el artículo 79 prescribe: “Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su

proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En los contratos con consumidores no se aplican los artículos 69 a 73.” En consecuencia, la norma proyectada excluye directamente la autonomía de la voluntad para este tipo de contratos.

2. Normas de fuente convencional⁵

En el ámbito convencional en materia contractual, ya sea respecto de ley aplicable o de jurisdicción, encontramos diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, suelen no regular o directamente excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

Así, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 - que nos vinculan con Bolivia, Perú y Colombia – y los de 1940 vigentes en la Argentina, Paraguay y Uruguay, regulan la jurisdicción competente así como la ley aplicable en materia contractual utilizando los criterios clásicos, sin hacer ninguna alusión específica a los contratos de consumo.

La misma sistemática fue adoptada por el Código de Bustamante, de 1928, que igualmente se mantuvo silente respecto al tema, no mencionando ninguna regla referente a las relaciones internacionales de consumo. Aunque la República Argentina no esté vinculada por este tratado, es dable mencionar que el acuerdo es aplicado, por ejemplo, entre Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, concluida en Viena en 1980, en su artículo 2 establece que no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.

⁵ No trataremos en este cuadernillo las normas sobre consumidor aprobadas en el marco de la Unión Europea y del Mercosur, dado que serán objeto de análisis específico en otros cuadernillos. A ellos, nos remitimos.

Al respecto, Garro y Zuppi afirman que la razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor.⁶

Asimismo, la Convención sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (no vigente), suscripta en la ciudad de La Haya el 30 de octubre de 1985, señala que no será aplicable, entre otras, a las ventas de mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso (artículo 2).

La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, a diferencia de la Convención de Roma de 1980 de la Unión Europea (Reglamento 593/2008), no previó ninguna norma especial para el contrato de consumo internacional. Además, las conexiones flexibles elegidas y la amplitud con que es receptada la autonomía de la voluntad se adecuan a las relaciones entre comerciantes internacionales, más no a las contraídas con consumidores.

Además, respecto a la CIDIP, es conveniente subrayar los intentos que están siendo realizados en el ámbito de la Séptima Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, cuyos proyectos de normas, presentados originalmente por Brasil, Canadá y Estados Unidos, tienen como objetivo tutelar la parte débil de la relación contractual, brindando los más diversos tipos de soluciones jurídicas en materia de jurisdicción, ley aplicable y normas materiales referentes a las relaciones transfronterizas con consumidores.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales también excluye de su ámbito de aplicación a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2.a). En la nota explicativa de la Secretaría de UNCITRAL, se aclara que a diferencia de la exclusión en el mismo sentido que establece el artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías, la exclusión de este tipo de operaciones en el marco de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es absoluta, lo cual significa que la Convención no será aplicable a los contratos celebrados

⁶ GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, p. 81.

con fines personales, familiares o domésticos, aún cuando esa finalidad no resulte evidente para la otra parte.

Igualmente, en el ámbito de UNCITRAL, conviene hacer hincapié en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de 1996. La norma, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación, en el artículo 1, abarca el comercio electrónico en general, pero, en nota explicativa, respecto a este dispositivo, destaca, expresamente, que “la presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.” Más adelante, en las observaciones que son hechas artículo por artículo, el texto refiere que cabrá a cada legislador, cuando incorpore el texto de la ley modelo en su derecho interno, definir qué se entiende por consumidor, decidiendo, por ende, si esta ley abarcará o no las relaciones de consumo realizadas por medios electrónicos⁷.

Como consecuencia de lo expuesto, observamos que muy pocas organizaciones internacionales y foros de codificación internacional se han ocupado del tema, por el contrario tienden a excluirlo. Cabe destacar, sin embargo, los esfuerzos de Naciones Unidas a través de la formulación de las Directrices para la protección del consumidor.

Asimismo, en 1999, la OCDE ha elaborado las Directrices para la Protección del Consumidor en el contexto del comercio electrónico, cuya principal finalidad es garantizar una protección transparente y eficaz de los consumidores, a través de la obligación de información apropiada relativa a las actividades, a los bienes y servicios que son objeto de comercio electrónico y en general, a las operaciones realizadas en línea, y sobre los procedimientos eficaces de resolución de litigios, a favor de los consumidores. En tal sentido, recomienda a los países tomar en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en Internet para ofrecer una protección jurídica transparente y equivalentemente funcional a la que se otorga

⁷ En este sentido, véase la nota n° 27, que comenta el artículo 1° de la Ley Modelo, según la cual: “algunos países disponen de leyes especiales para la protección del consumidor que pueden regular ciertos aspectos del empleo de los sistemas de información. Con respecto a esa legislación protectora del consumidor, al igual que en anteriores instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito), se estimó que debería indicarse en la Ley Modelo que no se había prestado particular atención en su texto a las cuestiones que podrían suscitarse en el contexto de la protección del consumidor. Se opinó, al mismo tiempo, que no había motivo para excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, por medio de una disposición general al efecto, las situaciones que afectarían a consumidores, ya que pudiera estimarse que el régimen de la Ley Modelo resulta adecuado para los fines de la protección del consumidor, al menos en el marco de la normativa aplicable en algunos Estados. En la nota ** se reconoce que la legislación protectora del consumidor puede gozar de prelación sobre el régimen de la Ley Modelo. El legislador deberá tal vez considerar si la ley por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno ha de ser o no aplicable a los consumidores. La determinación de las personas físicas o jurídicas que han de ser tenidas por “consumidores” es una cuestión que se deja al arbitrio de la norma de derecho interno aplicable al efecto.”

comúnmente en otras formas de comercio. Además aconseja el desarrollo de políticas y esquemas de resarcimiento económico y el uso de mecanismos de resolución de controversias en línea, para hacer frente al obstáculo que representa la jurisdicción y el derecho aplicable en Internet para poder brindar una mayor certeza al consumidor que realiza transacciones de comercio electrónico.⁸

Además, cabe señalar que, en junio de 2003, la OCDE publicó los Lineamientos para Proteger a los Consumidores de Prácticas Comerciales Fraudulentas y Engañosos a través de las fronteras. Esta Recomendación aconseja a los Estados a que fortalezcan la cooperación internacional entre las agencias encargadas de vigilar el cumplimiento de las leyes de protección a los consumidores.

Por último, la OCDE, en julio de 2007, adoptó la Recomendación sobre Resolución de Disputas y Resarcimiento a Consumidores. Esta Recomendación, teniendo en cuenta el incremento del comercio electrónico, destaca en su Prefacio el objetivo de “dar a los consumidores la confianza de que los reclamos contra los proveedores, tanto de transacciones en línea como fuera de línea, se resolverán de manera justa y efectiva”.

III. HACIA UNA NOCIÓN DE CIBERCONSUMIDOR

Este nuevo escenario, generado por la influencia de los modernos medios de comunicación empleados en el comercio electrónico, cambió substancialmente la figura de los sujetos que participan de la relación jurídica contractual. De esta forma, el proveedor y el consumidor recibieron otro ropaje, en razón del uso de las herramientas que están disponibles en la web, que alteran la forma tradicional en que siempre fueron celebrados los contratos.

Como bien podemos observar, el proveedor ahora es un ofertante profesional automatizado y globalizado, que hace parte de una cadena sin fin de intermediarios⁹, constituida por un portal, *website*, link, empresas proveedoras de acceso a internet, empresas de tarjetas de crédito y débito, máquinas que operan *home-banking*, que no tiene más una sede

⁸ Véase al respecto, SERRA CAMBACERES, Antonio, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, *JA*, 2004-I, p. 1224.

específica, ni un tiempo de funcionamiento, ni fronteras nacionales, que se comunica en todos los idiomas por medio del lenguaje virtual establecido en imágenes, sonidos, textos interactivos, íconos, etc. La publicidad y las estrategias de marketing por él empleadas para la venta de sus productos o servicios van desde mensajes de texto en los teléfonos celulares, anuncios en los medios auditivos y visuales, hasta ofertas vinculadas al uso de blogs, *facebook*, *twitter*, etc. que alcanzan un gran número de personas, a diario, y que invaden nuestras casas, independientemente de nuestra voluntad.

Paralelamente a este nuevo concepto de proveedor, el consumidor cambió también su configuración, en virtud de las transacciones realizadas por la web. Ahora, el consumidor es un destinatario final contratante, un sujeto mudo¹⁰ que actúa en cualquier tiempo, en cualquier lengua, de cualquier edad, identificado por una clave PIN, por una firma electrónica, por un número de tarjeta de crédito o por impresiones biométricas. Ni que hablar de la colectividad de consumidores, que intervienen en la relación de consumo, por haber recibido del proveedor una oferta en un CD, en un correo *spam*, en la televisión, etc¹¹.

Ambos sujetos, proveedor y consumidor, actúan en el ciberespacio, estableciendo una relación conocida como *e-commerce* o sistema B2C, en donde aquel que adquiere el producto o el servicio por internet lo hace para su uso propio, sin buscar el desarrollo de una actividad profesional.

9 Respecto al tema de la cadena de proveedores establecida por internet ver: MILANO VAZ, Patrícia, “O consumo internacional a través dos provedores de acesso à internet”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 52, oct./dic. 2004, pp. 105 y ss.

10 Los contratos concluidos por medios electrónicos serían contratos “en silencio” o “sin diálogo”, conducidos más por la imagen, por la conducta de apretar un botón, que por el lenguaje. La interacción personal, en esta especie contractual, es reemplazada por el diálogo virtual de *clicks*, imágenes y sonido. (WEISS MARTINS DE LIMA, Eduardo, *op. cit.*, p. 18.)

11 LIMA MARQUES, Claudia, “Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado”, *Revista de Direito do Consumidor*, Nº 57, ene/mar. 2006, p. 36.

De cualquier forma, cabe destacar que estos cambios antes señalados están llevando a una verdadera “despersonificación” del contrato. Respecto al tema, son interesantes los comentarios de Claudia Lima Marques, para quien los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos como el e-mail, por internet de forma *on-line* o por medios de telecomunicación en masa, a través del telemarketing, televisión, etc. son un fenómeno multifacético, complejo, nacional e internacional, en donde ocurre una deshumanización del contrato. De esta forma, según la autora, en este tipo de contrato post moderno, “a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reúnem: do contrato de adesão, e da condições gerais contratuais, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, e à distância entre o fornecedor e o consumidor.”¹²

Luego, ante las nuevas características señaladas, podemos sostener que el ciberespacio no responde a las clásicas fronteras estadales, y por lo tanto escapa a los ordenamientos jurídicos nacionales. Ello nos enfrenta a plantearnos si es posible regular este nuevo espacio, y en su caso, cuáles son las alternativas posibles. En definitiva: ¿los problemas del mundo virtual son distintos en esencia a los pertenecientes al mundo real?

Muy diversas opiniones se sostienen acerca de la necesidad de crear normas que rijan el espacio virtual.

Para algunos, toda regulación no contribuirá más que a entorpecer este medio y en particular, obstaculizará las operaciones comerciales que se desarrollan a través de sus redes. Por lo tanto, en esta línea de pensamiento, el espacio virtual, sin fronteras geográficas, "ajurisdiccional" no debe sufrir la intromisión de los Estados. En suma, estaríamos ante un ámbito que no pertenece a nadie y en consecuencia, ninguna autoridad estatal tendría legítimas facultades de regulación y control de las situaciones y relaciones que se concluyen en ese espacio. Para esta posición, en general, la solución vendría de la mano de la "autorregulación", es decir de las normas que la propia red, que sus usuarios adoptan y respetan en la práctica. Esa sería la única alternativa viable, frente a la imposibilidad de los Estados de regular las actividades que se desarrollan fuera del ámbito territorial donde ejercen soberanía. Este sistema descentralizado de autogobierno, según sus seguidores, ofrece un alto grado de eficacia. Estaríamos en presencia de una nueva *lex mercatoria*¹³.

12 LIMA MARQUES, Claudia, “Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado”, *op. cit.*, p. 37.

Para otros, en cambio, Internet y las nuevas tecnologías son simplemente un nuevo medio de comunicación y en consecuencia, no habría obstáculo alguno para que los Estados intervengan a través de sus potestades de control y regulación. En efecto, desde una posición extrema, todos los Estados tendrían jurisdicción sobre las actividades que se desenvuelven por las redes, ya que desde cualquier lugar del mundo, se puede tener contacto con aquéllas.

Desde una postura más moderada, a la cual adherimos, se puede sostener que los cibernautas requieren certidumbre y previsibilidad para operar en el espacio virtual. Y esta seguridad jurídica, tan necesaria a fin de dar confianza a ciberempresarios y ciberconsumidores puede ser brindada fielmente por el Derecho, en particular, por las normas del Derecho Internacional Privado. Advino

En pocas palabras, desde la perspectiva que compartimos, el ciberespacio no es un compartimento estanco, ajeno a las reglas del Derecho, a las tradiciones, a las culturas, a las creencias religiosas, alejado del mundo real.¹⁴

La necesidad de normas claras que regulen las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual es aún más notoria e imprescindible cuando de aquéllas participan “ciberconsumidores”.

La *web* es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En efecto, los consumidores que celebran contratos en la red, que se mueven en el ciberespacio, traspasando, casi imperceptiblemente, las fronteras estatales, moviéndose en un nuevo espacio, que desconocen y que los coloca en situación de inferioridad, de vulnerabilidad y hasta de riesgo,

¹³ Es interesante destacar que la crisis del contrato sobrevino a partir de la llamada post modernidad y de los cambios realizados en la sociedad contemporánea, en donde el creciente movimiento de integración económica supera las fronteras del Estado-nación, disminuyendo la intervención protectora estatal y deslegitimando los poderes estatales, en la medida que se legitiman las llamadas reglas del mercado o *lex mercatoria*. (LIMA MARQUES, Claudia, “Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado”, *op. cit.*, p. 14.)

¹⁴ En el mismo sentido, se ha pronunciado FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en: *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orhansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

necesitan un marco jurídico que les brinde estándares mínimos e inderogables de protección, basados en el principio de buena fe, en la seguridad jurídica, en la confianza.

En los contratos entre profesionales y consumidores celebrados por medios electrónicos, las diferencias económicas y cognoscitivas, y el desequilibrio en el poder negocial, se acentúan en el mundo virtual. Se profundizan las asimetrías económicas, informativas y tecnológicas.¹⁵

Por ello, tal como señala Pedro De Miguel Asensio: “la adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales (...) es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio.”¹⁶

Entran dentro de esta categoría, tanto el contrato que celebra el proveedor de acceso a Internet con un consumidor, como todos aquellos que éste puede celebrar una vez que ya se encuentre navegando libremente por Internet.

IV. LA GENERACIÓN DE CONFIANZA EN LOS CONSUMIDORES TRANSFRONTERIZOS PARA LAS TRANSACCIONES REALIZADAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Rescatando lo antes dicho, es imprescindible que los consumidores cuenten con un marco de seguridad jurídica para poder operar cómodamente por la web.

Sin la necesaria protección conferida por la norma, el consumo internacional enfrentará una serie de trabas o barreras que van a dificultar el establecimiento de las transacciones comerciales por medios electrónicos. Dificultad esa que se suma a las distintas lenguas involucradas en el contrato, a la falta de información o precisión en la elección del

¹⁵ Puede ampliarse en: LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001, pp. 220 – 222.

¹⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 325.

producto, la inseguridad con relación a la entrega del bien, respecto a la efectividad de la garantía, etc.

Como bien afirma Claudia Lima Marques, el principio de la confianza, que se conoce como la base inherente del Derecho Privado, parece estar siendo abalado por el medio virtual, sea por la despersonalización de las partes contratantes, sea por la complejidad, distancia, atemporalidad o internacionalidad que se hacen presente en las relaciones establecidas por la web. Según la autora, “no meio eletrônico, há muita desconfiança.”¹⁷

Luego, el Derecho debe encontrar, a través de la reglamentación de tales relaciones jurídicas, la forma de amenizar los efectos que la distancia, la fluidez y la desmaterialización de la contratación electrónica ejercen sobre el consumidor transfronterizo, siendo necesario y urgente que se ofrezcan medios que brinden mayor seguridad en las relaciones entabladas, principalmente en lo que dice respecto a las formas de pago, entrega de la mercancía, acceso a la justicia, etc.

V. CONCLUSIONES

El consumidor que actúa a través de la web, realizando contratos con proveedores que están en distintos países, ve su condición de debilidad reforzada por las características del medio virtual. Ante esta afirmación, la temática de la tutela internacional del consumidor merece especial atención del legislador, si lo que se quiere es conferir seguridad jurídica a los sujetos que optan por comprar mercaderías y adquirir servicios por medios electrónicos.

Hemos podido observar que mientras, en materia de política legislativa sobre comercio electrónico, la tendencia doctrinaria mayoritaria se inclina por la protección del consumidor como piso mínimo inderogable¹⁸, las legislaciones y propuestas de regulación

¹⁷ LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, RT, 2004, p. 95.

¹⁸ Este piso mínimo de protección inderogable garantizaría los derechos básicos del consumidor: derecho a la información, derecho a la educación, protección contra prácticas no competitivas, derecho a la seguridad, derecho a la protección contractual contra cláusulas abusivas, derecho a la protección contra la publicidad ilícita, derecho al resarcimiento, derecho a la jurisdicción y al debido

oscilan entre las que simplemente no tratan el derecho del consumidor, pues lo excluyen de su ámbito de aplicación, tal el caso de las iniciativas de UNCITRAL; otras contienen normas no derogatorias de las disposiciones vigentes en materia de protección del consumidor en otras áreas, como la Directiva 2000/31 de la Unión Europea, que será analizada en otro de los cuadernillos; y finalmente un tercer grupo, establece que el consumidor electrónico tiene derecho, como mínimo a una protección no menor que la que posee en otras áreas del comercio, tal como disponen las Directrices para la protección del consumidor en contexto del comercio electrónico, de la OCDE.

Más allá de las distintas posturas antes señaladas, lo cierto es que “se a crise da pós-modernidade pode ser vista como uma crise de desconfiança do Direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato), está na hora de um reação, reação através do direito privado como instrumento de realização das expectativas legítimas do homem comum, o leigo, o consumidor.”¹⁹

Luego, en este ámbito, el Derecho Internacional Privado recobra importancia, en la medida que se constituye en el medio apropiado para regular las relaciones jurídicas establecidas por medios virtuales entre consumidor y proveedor que se encuentran en distintos países. Brindar herramientas específicas para regular el *e-commerce* transfronterizo es la salida que encontramos para promover el comercio internacional y al mismo tiempo asegurar a la parte débil de la relación contractual la protección necesaria.

BIBLIOGRAFÍA

- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, 2ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001.

proceso, entre los principales.

19 LIMA MARQUES, Claudia, “Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado”, *op. cit.*, p. 24.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser”, en: *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.
- GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990.
- LIMA MARQUES, Claudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, Extractos del Curso *La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general*, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Disponible en: http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf, acceso el 02/10/2011.
- LIMA MARQUES, Claudia, “Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado”, *Revista de Direito do Consumidor*, N° 57, ene/mar. 2006.
- LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, RT, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001.
- MILANO VAZ, Patrícia, “O consumo internacional através dos provedores de acesso à internet”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 52, oct./dic. 2004.
- SCHÔTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados por internet”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 36, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis – Depalma, 2003.
- SERRA CAMBACERES, Antonio, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, *JA*, 2004-I.

- WEISS MARTINS DE LIMA, Eduardo, *Proteção do Consumidor Brasileiro no Comércio Eletrônico Internacional*, São Paulo, Atlas, 2006.

CUADERNILLO 3:

¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE A LOS CIBERCONTRATOS DE CONSUMO?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Mónica Sofía Rodríguez

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

2012

¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE A LOS CIBERCONTRATOS DE CONSUMO?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas* y Mónica Sofía Rodríguez**

I. INTRODUCCIÓN

La nueva revolución tecnológica, las TICs proporcionan un ámbito inquietante, dinámico, fascinante, con marcada vocación para eludir al derecho, en el que los internautas, mercaderes, usuarios, se exhiben, se mueven con total libertad casi sin percibir la importancia de las relaciones que por este medio entablan. Sin embargo, nadie puede ignorar que el ciberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, se lo suele definir como un espacio virtual en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web.

** Doctora en Derecho. Prof. Titular de Derecho Internacional Privado UBA. Directora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho. UBA) Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. Categoría I.

**** Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas, Posgraduada en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo, y Concursos y Quiebras –UBA. Prof. Titular de D.I.Pr. Univ. Católica de Salta. Prof. Adjunta de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración –UBA.

Hemos visto que la información fluye desmaterializada, dado que solamente se encuentra en la memoria de la computadora y por medio de la red, se expande a una cantidad ilimitada de personas.

El propio diseño de la red se funda en su aptitud para trabajar sobre bases de lógica y consecuentemente, para escapar, para sortear las ubicaciones físicas, geográficas. Quienes así interactúan, imperceptiblemente, superan mediante la realización de transacciones que encierran operaciones bursátiles, bancarias, mercaderías, servicios, productos, los límites territoriales de los derechos estatales. En efecto, el empleo de esa modalidad de comunicación le permite al usuario que cuenta con una computadora conectada a un prestador de servicios de acceso a Internet, comunicarse en tiempo real con otro usuario en cualquier lugar del planeta.

Estas características han impulsado a que los expertos hayan pensado en liberar de regulación jurídica a la net, o bien, como veremos seguidamente, sujetarla, controlarla, supervisarla como cualquier otro ámbito en el que se desenvuelven las relaciones humanas.

Jürgen Habermas ha buscado identificar y explicar un método para justificar la validez de la ley y de las instituciones legales. El autor que citamos, propone un camino para individualizar las normas que son presuntivamente legítimas dado que fueron alcanzadas mediante procedimientos moralmente justificados. Arguye que solamente un sistema que garantice básicamente los derechos civiles y que habilite una significativa participación de quienes se verán afectados por una decisión, pueden tomar decisiones legítimas²⁰.

En esta dirección, han aparecido una serie de iniciativas que se han plasmado en instrumentos internacionales, código deontológicos, códigos de conducta, leyes nacionales, fallos de los tribunales estatales parecen demostrar que Internet, a pesar de su neutralidad, de su ingenuidad, de su fugacidad será finalmente aprehendida por las reglas de derecho²¹.

20 HABERMAS, J. "Between facts and norms: Contribution to a discourse theory of law and democracy". *Harvard Law Review*, 1995, 1163, y del mismo autor "The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society". Traducido por Burger y Lawrence. Cambridge: Polity Press. 1989.

De esta manera, cabrá la posibilidad que válidamente nos preguntemos si el espacio virtual, si internet reúne los requisitos necesarios para ser considerado como un ámbito que garantiza la participación de quienes se ven afectados por las decisiones que se tomen. Muchos han pensado seriamente que “la net” puede ser un espacio libre de la interferencia, lejos de los controles gubernamentales. En esta concepción, que desde ya no dudamos en calificarla como un conjunto de ismos que van desde el romanticismo, de idealismo, hasta el efectismo, destaca la celeberrima *Declaration of the Independence of Cyberspace* de John Perry Barlow que establece:

“We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth...Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here”²².

Convengamos, que no puede ignorarse que el fenómeno de la net constituye un desafío para la imaginación humana, sobre todo si se atiende a una de sus características principales cual es la de ignorar las fronteras de los derechos estatales, las soberanías estatales. La propia naturaleza del fenómeno, su intrínseca internacionalidad comprometen al Derecho Internacional Privado, el que se encuentra en óptimas condiciones para acercar respuestas a los interrogantes que este tema plantea.

Hoy en día, los seres humanos realizan un número importante de actividades en forma digital o electrónica, se comunican, se relacionan, socializan y comercian por Internet,

21 Entre los instrumentos destacan el Tratado de Derecho de Autor adoptado por la Conferencia Diplomática de Ginebra de diciembre de 1996 (OMPI), o los trabajos realizados por el Comité sobre la Criminalidad dentro del Ciberespacio, dentro del Consejo de Europa, así como dentro de la Unión Europea la Directiva para la armonización de ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos vecinos en la sociedad de la información” de 1997. Entre los Códigos de Conducta cabe mencionar los trabajos de la OCDE, <http://www.oecd.org>. Así como los fallos recaídos en los célebres casos Yahoo de los tribunales franceses y la ley alemana de 1997 sobre la materia.

22 PERRY BARLOW, J. “A Declaration of the independence of cyberspace”. www.eff.org/-barlow/Declaration-final.html.htm2. Suiza. 08/02/1996.

creando un entramado de relaciones sociales y especialmente jurídicas, en las que corresponde determinar el marco normativo al que se hallan sujetas.

A su turno, el “contrato cibernético” si bien es un contrato particular, específico concerniente a bienes o servicios entre partes distantes, entre un fabricante y un consumidor, entre un proveedor y un usuario, celebrado en el espacio virtual, no es menos cierto que se realiza dentro de un marco básicamente organizado por el proveedor, empleándose exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia, sucesivas, escalonadas, para la conclusión del contrato.

En esta oportunidad trataremos de reflexionar, aunque ciertamente no de manera exhaustiva, acerca de uno de los aspectos propios de la disciplina como es la delicada como relevante cuestión de la determinación del derecho aplicable en las relaciones contractuales, con la mira especialmente dirigida a la situación del usuario o consumidor cibernético.

Debemos tener en cuenta que cuando nos referimos a la determinación de la ley aplicable, ello puede referirse a la ley que regirá la celebración del contrato, es decir primero debemos saber si el contrato ha sido válidamente celebrado, ello entre otros aspectos, nos vincula con la distinción de los contratos entre presentes y entre ausentes y la cuestión de las formas del contrato, entre ellas, en lo que en esta oportunidad nos interesa, la forma electrónica de manifestar el acuerdo de voluntades para considerar que el contrato existe. Posteriormente nos interesa la determinación de la ley aplicable al fondo de la relación jurídica contractual, y en este punto, la vigencia, aceptación o rechazo del principio de la autonomía de la voluntad, o en su defecto, la determinación de la ley aplicable a falta de autonomía. En el presente cuadernillo nos proponemos el planteo de estos temas brevemente. Manos a la obra.

II. INTERNET Y DETERMINACION DEL DERECHO APLICABLE²³

²³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, “Internet y Derecho Aplicable”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* de Septiembre 2004, elDial.com.

Nadie podrá ignorar que el instrumento jurídico contractual, quizás sea el más idóneo, por sus peculiares características para adaptarse a las exigencias del comercio electrónico, a las modalidades propias del vertiginoso mundo de los negocios. Precisamente, nos encontramos ahora frente a situaciones en los que esos negocios nacen, se desarrollan, se ejecutan, se extinguen dentro del ámbito cibernético. Si a ello se le suma el elemento de internacionalidad, estaremos ante una subcategoría bajo la designación de “contrato cibernético internacional”. Resulta casi de toda obviedad aclarar, que esta noción no abarca a los contratos cibernéticos domésticos, a los contratos a distancia sin elementos de internacionalidad.

En efecto, si un contrato es concluido a distancia vía internet entre personas con domicilio o establecimientos comerciales en distintos Estados, en caso que sobrevengan controversias entre ellas, por ejemplo, debido a la falta de entrega por el “cybervendedor” o a la falta de pago por el “cybercomprador”, o bien por el “cyberproveedor” o por el “cyberconsumidor”, suelen plantearse dudas respecto a la jurisdicción ante la que se entablará el litigio, interrogarse si se ha formado el consentimiento en debida forma legal, si se ha perfeccionado el contrato internacional en el “cyberespacio”, y en su caso, en qué lugar y en qué momento.

Cabe señalar que los contratos efectuados *on line*, pueden referirse sea a la adquisición de elementos para computación, libros, discos, u otros variados productos, que se envían, se pagan por las vías tradicionales (modalidad que se conoce como comercio electrónico indirecto), así como adquisición de productos digitalizados, como software para computación, que son recibidos por internet, contratos de servicios, contratos de licencia, entre otros posibles, en los que, ya no solamente la celebración del contrato, sino también la entrega del producto o mercadería y el pago se efectúa por medios electrónicos (comercio electrónico directo).

En la celebración de los contratos *on line*, la voluntad de realizar el contrato, el consentimiento se manifiesta mediante las modalidades denominadas “click wrap agreement”, donde el consentimiento se expresa mediante la pulsación o clickeo del mouse o ratón de la computadora; dicho en otros términos, cuando el internauta desea ingresar a un sitio, a un *web site* se le presenta un texto, un “dialogue box” que contiene una lista de condiciones

generales (terms and conditions, usage agreement) donde aparecen la opción de aceptar o no por su parte.

Lo cierto es que los “contratos cibernéticos internacionales” parecen, ante el desigual poder de negociación de los términos de la relación, ubicarse más cerca de lo que la doctrina califica como contratos por adhesión, como contratos con cláusulas predispuestas, contratos estandarizados. Así pues no resulta una cuestión baladí, el discernir si tiene aplicación el sagrado dogma de la autonomía de la voluntad en la esfera internacional, y en su caso con qué alcance, como así también la determinación de la ley aplicable al contrato cibernético internacional de consumo.

Si se repara debidamente en los problemas que pueden sobrevenir a tenor de la facilidad con la que el usuario acepta los términos contractuales, resulta oportuno reflexionar, entre otras posibles cuestiones, sobre si el usuario:

- a. Habrá podido meditar acerca de las implicancias de haber elegido una ley determinada para regular el contrato celebrado.
- b. Habrá podido saber que al no elegir, será probable que sea la ley del prestador más característico del contrato, la del proveedor del servicio, del producto, a la que estará sujeta la transacción.
- c. Habrá contado el consumidor, previa o coetáneamente a la celebración del contrato por internet, con una información lo suficientemente transparente como para que no se vean vulneradas las leyes imperativas que en ese aspecto rigen en el lugar de su residencia habitual, de su domicilio. En todo caso, habrá de poder invocar su debilidad jurídica, su amateurismo, su ingenuidad negocial.

Como se ha señalado anteriormente, el comercio electrónico origina interactividad y transacciones entre partes que quizás no hayan tenido contacto previo, se encuentran no solo distantes sino que a veces, también desconocen la real situación geográfica de la otra parte. Hoy día, incluso la actividad de las pequeñas empresas y de los consumidores puede extenderse fuera de los límites del Estado de su localización, en un entorno digital en el que pueden negociar en diversas partes de todo el mundo. Además dichas negociaciones pueden tener lugar en tiempo real entre empresas, o, en lo que en este trabajo nos interesa, entre empresas y consumidores. Muchas de esas transacciones pueden ser simplemente acuerdos

únicos, en los que ninguna de las partes contemple la posibilidad inmediata de entablar una relación continuada derivada de la transacción.

Todas las transacciones, operaciones, precisan reglas que rijan, regulen de manera clara la relación entre las partes. El elemento principal de esas reglas es el propio acuerdo, vale decir, el contrato.

En definitiva corresponde determinar si, esta nueva modalidad de comunicación y negociación, modifica, da por tierra las reglas generales, los usos y principios en materia contractual y de los negocios internacionales y en consecuencia requiere de nuevas normas que regulen esta actividad, o si por el contrario las pautas relativas a los contratos de adhesión, disparidad de capacidad negociadora entre los contratantes, entre otras, pueden serle aplicables a las relaciones de consumo cibernéticas, como es obvio de suponer, con las consideraciones y adecuaciones necesarias a esta nueva forma de comunicación pero que para nada implica la creación de una categoría jurídica distinta o sui generis.

III ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA²⁴

²⁴ Para un desarrollo de este tema puede consultarse FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Contratos internacionales*, Abeledo Perrot. 1995; y *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Editorial Universidad, 2000. También FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y RODRÍGUEZ, Mónica: *Guía de Estudio. Programa desarrollado de la materia Derecho de la Integración (Parte General y Parte Especial)* Editorial Estudio. Buenos Aires, Argentina. 2011. RODRIGUEZ Mónica Sofía: “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea” elaborado en el marco de la investigación sobre Resolución electrónica de conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico, aprobado y desarrollado en la Universidad de –Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), período 2010-2011, en <http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigación>; y también “La necesidad de una adecuada armonización legislativa en el MERCOSUR” elaborado en el marco del proyecto DECYT DTC 1024 sobre: “La imperiosa necesidad de lograr la armonización legislativa en materia de derecho aplicable al contrato internacional en el MERCOSUR.”, 2010-2011. Para un desarrollo extenso de este y otros temas en la materia puede también consultarse, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B, “Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado. Edición electrónica gratuita”. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008. ps. 538.

Diversas organizaciones han intentado emprender el complejo desafío de crear un marco regulador del entorno electrónico. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL) ha preparado una serie de instrumentos vinculados al comercio electrónico entre los que destaca la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996 (modificada en 1998), que constituye un instrumento legislativo que establece parámetros normativos de una materia determinada y tiene por objeto su adopción en el orden nacional de los países miembros²⁵. También corresponde resaltar la Ley Modelo sobre firmas electrónicas del 5 de julio de 2001 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2007), busca suprimir los obstáculos jurídicos de la utilización de los medios modernos de comunicación, y cuyo objeto es reglar acerca de cuestiones concretas tales como la formación de los contratos por la utilización de los mensajes de datos y no de los elementos materiales de la oferta y aceptación, ni de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en virtud del contrato. Las cuestiones relativas al derecho sustantivo que se derivan de un contrato se seguirán rigiendo por el derecho aplicable, según el Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, reunido en Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002. En suma, el instrumento pretende examinar aquellos aspectos que afecten o alteren la certeza, transparencia y predictibilidad jurídica de la contratación motivados por la aparición de los medios electrónicos en su formación y que puedan obstaculizar el desarrollo del comercio electrónico.

Por su parte el Electronic Commerce Project (ECP) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), tiene por objetivo el definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas. Participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte) se centra, entre otros puntos, en las denominadas reglas de procedimiento y negociación en transacciones electrónicas, cuya misión es adaptar las reglas existentes para las transacciones basadas en documentos en papel

²⁵ Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo en Australia, las Bermudas, Colombia, Eslovenia, los Estados de Jersey, Dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Filipinas, Francia, Hong Kong, Irlanda, Corea, Singapur y dentro de los Estados Unidos, Illinois. Asimismo se ha preparado legislación uniforme influida por la Ley Modelo en Canadá- y en los Estados Unidos durante 1999.

a las transacciones electrónicas, además de sacar partido de las nuevas posibilidades que ofrece Internet para simplificar los procedimientos tradicionales, las herramientas necesarias para la elaboración de contratos electrónicos y la elaboración de reglas y cláusulas que pueden incorporarse en estos contratos.

Finalmente, cabe destacar la labor emprendida por la Comisión de la Unión Europea que es uno de los escenarios más activos en el marco del desarrollo de directivas y en la búsqueda de la adopción de políticas claras y uniformes en el área del comercio electrónico. Inicialmente en 1989 realizó una primera aproximación al fenómeno del comercio electrónico con su programa TEDIS (*Trade Electronic Data Interchange System*), a través del que hizo varios estudios tendientes a promover el desarrollo del EDI y el comercio electrónico.

Por otra parte, en el MERCOSUR si bien no se ha regulado específicamente la cuestión a la ley aplicable a los contratos internacionales en general, ni a la contratación internacional electrónica en particular, existen algunos resultados parciales, pero importantes referidos al reconocimiento del documento digital y de la firma electrónica a los que referiremos más adelante.

El Sub Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico (SGT 13) es el ámbito en el cual se coordinan las posiciones nacionales, tendientes al fortalecimiento del relacionamiento externo del bloque en esta materia. Asimismo, el objetivo del subgrupo es contribuir al mejoramiento del marco jurídico, fiscal, de medios de pago e infraestructura, necesario para el rápido desarrollo intrazona del comercio electrónico.

No obstante, antes de ingresar en el análisis de los instrumentos específicos conviene, importa hacer una apreciación con relación a los distintos caminos, para lograr la armonización legislativa en el área regional.

III.1. POSTURAS DOCTRINARIAS

Como ya adelantáramos, existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular legislativamente las cuestiones surgidas por el uso de Internet:

A) Mediante la creación de una normativa material específica, *ad hoc*, que se justificaría ante la obsolescencia del derecho tradicional; la que han llamado nueva *lex mercatoria*, o *lex informatica*, *lex internética*, *lex cibernética*, entre tantas otras posibles denominaciones.

B) La opción de acudir a las reglas de Derecho Internacional Privado, dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un formato tecnológico novedoso.

III.2. LOS MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

La armonización se puede alcanzar por varios caminos que no son excluyentes. Es posible distinguir entre vías centralizadas y vías descentralizadas para lograrla, alcanzarla.

Las vías centralizadas son aquellas que se desarrollan, se enmarcan en un eje político legal determinado que tienden a fijar —e incluso imponer— la norma armonizadora. Puede advertirse este procedimiento en la creación del derecho de las áreas regionales o de integración en las que es clara la voluntad política de lograr una armonización entre los países en pos del logro de objetivos comunes. Un buen ejemplo puede observarse en la Unión Europea, basada en una actividad legisferante propia y específica creando un auténtico derecho europeo armonizado en diferentes campos. Otro ejemplo es la labor de la Corte de Justicia de la Unión Europea.

Las vías descentralizadas, a su turno, son por las que transitan las iniciativas privadas. La armonización va dándose como consecuencia de la práctica internacional, producto de la decisión de los factores del comercio internacional, los comerciantes y árbitros internacionales comprenden la importancia de basar su actividad en textos uniformemente aceptados, se va dando un proceso de armonización en el tráfico internacional.

Otra vía descentralizada constituyen los proyectos armonizadores, preparados por comisiones o grupos de trabajo. Se trata de principios que pueden ser adoptados voluntariamente por comerciantes en negocios internacionales y están destinados a regir el

tráfico de los contratos transnacionales. Estos trabajos no tienen en principio aplicación compulsiva. Ejemplos son los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), el Anteproyecto de Código Civil Europeo y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

Cuando se habla de armonización descentralizada por la vía de principios o de proyectos de codificación, se alude a una variedad, a un abanico de trabajos que parten de la base de la existencia de soluciones jurídicas distintas y buscan encontrar el común denominador que sirva de marco para una futura legislación transnacional.

III.2.A DISTINTOS TIPOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA²⁶

Dentro de las vías centralizadas de armonización legislativa se advierten distintas orientaciones. En los espacios integrados rige el pluralismo metodológico, que permite utilizar indistintamente las normas que, según la materia a disciplinar, sean las más idóneas para alcanzar los objetivos deseados, pertenezcan a uno u otro tipo.

Un concepto amplio de armonización comprende distintos niveles que van desde la coordinación pasando por la aproximación, por la armonía legislativa, hasta llegar al punto de máxima que es la unificación o uniformidad. Hay materias que se prestan más fácilmente a la armonización, mientras que otras presentan mayor dificultad. Es fácil entender que en materia de contratación electrónica, los Estados no tienen una tradición jurídica propia o profundamente arraigada como puede suceder en otras disciplinas por cuanto la materia se presenta mucho más propicia y fácil para la creación de normas uniformes, de criterios comunes contemporizadores.

²⁶ RODRIGUEZ, Mónica S. “La necesidad de una adecuada armonización legislativa en el MERCOSUR”, www.elDial.com, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. 2011 trabajo desarrollado en el marco del proyecto DECyT DTC 1024 sobre: “La imperiosa necesidad de lograr la armonización legislativa en materia de derecho aplicable al contrato internacional en el MERCOSUR”2010-2011

En las áreas integradas -y siempre dependiendo del tipo o modelo de integración elegido- habrá que propender no solamente a la armonización de los criterios de distribución de competencias legislativas a través de la adopción de idénticos puntos de conexión, sino a una técnica de un nivel superior de intensidad, de mayor compromiso, como es la unificación del derecho a regir en el territorio integrado (Feldstein, Rodríguez)²⁷.

Codificar significa en el nivel interno reunir en un cuerpo orgánico las normas jurídicas de una materia específica, determinada. En el nivel internacional implica la celebración entre los Estados de instrumentos jurídicos internacionales destinados a la armonización legislativa.

También el término convergencia puede ser entendido como sinónimo de armonización, aunque parece más apropiado distinguir entre ambos.

La armonización, implica un proceso impulsado, promovido por legisladores o comisiones de distinto tipo. Existe una intensión o vocación armonizadora específica.

La convergencia, en cambio, es un proceso gradual que se lleva a cabo sobre la base de cambios en el orden legislativo interno de los países, que van adoptando una normativa común. Alude a un proceso más natural que es consecuencia de distintos factores y causas por los cuales los sistemas jurídicos van ganando en similitud, producto de una evolución social, cultural, etc. que se manifiesta en el ámbito jurídico.

Por otra parte, la aproximación es el escalón más alto en la relación de las legislaciones internas, y se realiza a través de la búsqueda de líneas específicas, particulares comunes. La aproximación de las legislaciones dentro de los esquemas integrados como la Unión Europea, se ha llevado a cabo con un claro criterio funcional cuidadoso de las exigencias del proceso de unión económica. En la Unión Europea no se ha hecho una distinción precisa entre armonización y aproximación legislativas. En general se emplean de forma indistinta en los tratados y el Tribunal de Justicia tampoco se dedicó a esclarecer esta delicada cuestión. Sí lo ha hecho la doctrina de los autores.

²⁷ FELDSTEIN, Sara Lidia, RODRÍGUEZ Mónica Sofía; *Guía de Estudio*. Ob.cit.

La unificación sería un estadio más evolucionado en el cual los sistemas jurídicos se basan en una misma norma legal, mediante la adopción de un texto único.

En el área de la disciplina del derecho internacional privado cuando se alude a la armonización legislativa se suelen distinguir básicamente dos métodos, que además son modalidades de codificación:

- La armonía legislativa y
- La uniformidad legislativa.

El método de la armonía legislativa, mediante el empleo de las típicas normas de derecho internacional privado indirectas o reglas de conflicto, tiende a la adopción de los criterios jurídicos rectores de las relaciones jurídicas internacionales involucradas. La norma de conflicto a través del punto de conexión elegido, designa el derecho aplicable a la relación jurídica en cuestión, mas se caracteriza por mantener inalterables los derechos sustanciales de los Estados. Este medio ha sido empleado, con pocas excepciones, por los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, ambos en vigor, y por el Código de Bustamante de 1928.

Por su estructura y función, a las normas utilizadas se las denominan reglas de derecho internacional privado, normas indirectas, de conflicto, normas de colisión, reglas adjetivas, reglas electivas de leyes, porque precisamente nos indican cual es el ordenamiento jurídico del que se extraerá la solución de la cuestión a regular, marcan el camino hacia la ley aplicable.

Parte de la doctrina identifica este método con la “armonización” en sentido estricto. Así el concepto de "armonización" (*rapprochement o angleichung*) se refiere a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado” (Garro, Mónaco, Dreyzin de Klor,).

Por el contrario, la uniformidad legislativa es de mayor alcance, de mayor profundidad, ya que el legislador mediante el arbitrio de normas directas, normas sustanciales, normas materiales, regula directamente las relaciones jurídicas internacionales involucradas. Produce una identidad total del régimen jurídico de la relación.

Consiste en la coincidencia no sólo de las reglas electivas sino de las leyes mismas o normas sustanciales a las cuales esas reglas encaminan.

Si bien la mayor parte de las reglas constitutivas del sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna y de fuente convencional pertenecen a la esfera de las reglas electivas, no lo es menos que en el campo del derecho comercial internacional, se realiza en gran parte la estabilidad y la seguridad internacional de los derechos mediante la uniformidad legislativa.

En el campo del derecho internacional privado de la integración puede emplearse el vocablo “uniformidad” como sinónimo de “unificación legislativa”, implicando la sustitución del derecho estadual por el derecho unificado que no admite las disparidades legislativas nacionales.

III. 2. B) ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA²⁸

Específicamente en materia de contratación electrónica se pueden observar tres tendencias armonizadoras orientadas hacia:

a) La armonización a nivel de reglas electivas, reglas de conflicto de leyes: Podría acordarse un instrumento jurídico internacional, en base de normas indirectas que pueden adoptar o establecer puntos de conexión rígidos (domicilio, lugar de ejecución, lugar de celebración, entre otros) o bien, puntos de conexión flexibles (lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros).

b) La unificación, con la creación de la ley sustantiva de Internet que permitiría, según sus defensores, la adecuación al avance en materia de cultura tecnológica ganando en certidumbre en el gobierno de las relaciones jurídicas que se despliegan *on line*. En alguna

²⁸ FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara, SCOTTI Luciana, RODRÍGUEZ Mónica y MEDINA Flavia “La contratación electrónica internacional: Perspectivas desde el Derecho Internacional Privado Argentino”. En: *La Contratación electrónica Internacional*, ob. cit.

medida, este mecanismo de armonización puede implicar la creación de un régimen jurídico propio, autónomo. Sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser actualizado.

c) Partir del reconocimiento de Internet como jurisdicción propia, asignarle las disputas a un tribunal Internacional de Arbitraje de Internet o una Corte especial con competencia exclusiva para ellas, aplicándose en su caso las normas establecidas en los reglamentos de los centros especializados, que suelen regular lo relacionado con la ley aplicable procesal y de fondo por los árbitros para dirimir las disputas.

IV. CONTRATOS ENTRE PRESENTES O ENTRE AUSENTES²⁹

Detenernos brevemente en recordar la distinción entre los contratos entre presentes y entre ausentes, nos parece más que oportuno, indispensable en tanto que, como se advertirá, esta calificación influye en la determinación de la ley aplicable al contrato, y nos será de mucha utilidad para entender en el apartado siguiente la naturaleza del contrato electrónico.

IV. 1. NOCIÓN DE CONTRATO ENTRE PRESENTES

Tradicionalmente se ha considerado que los contratos entre presentes son aquellos que se efectúan con las partes situadas en un mismo lugar físico, es decir que requiere para su

²⁹ FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Conflicto de Civilizaciones. Una mirada a Internet"; *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Editorial Universidad, 2000. También *Contratos internacionales*. AbeledoPerrot. 1995; y "Algunas reflexiones en materia de ley aplicable a la contratación electrónica", 153/180, en *Estudios de Derecho Internacional*. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava. Tomo II. Derecho Internacional Privado. Representando a la Argentina. Editorial Librotecnia. Santiago. Chile. www.librotecnia.cl. ISBN Obra completa 978-956-7950-77-5. ISBN Tomo II- 978-956-7950-79-9; y también "Asunción de los medios electrónicos en la ley panameña sobre litigios internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 43, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de abril de 2009.

celebración la presencia física de las partes. Ello trae aparejado que las manifestaciones de voluntad contractual se expresan en un mismo momento, es decir que no transcurre un tiempo significativo entre ellas sino que la aceptación a la oferta es inmediata.

IV. 2. NOCIÓN DE CONTRATO ENTRE AUSENTES

Los contratos entre ausentes suelen ser calificados como aquellos celebrados por intermedio de mensajero, por correspondencia, por mandatario, entre otros.

Parte de la doctrina opina que se requiere que las partes se encuentren físicamente en diferentes lugares con la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un tiempo considerable.

Otros estiman que la “simultaneidad” entre la declaración de un contratante y la percepción por la otra es el elemento distintivo entre contratos entre presentes o ausentes.

También se afirma que no basta la “instantaneidad” en la comunicación, la percepción o cognición de la respuesta. El elemento distintivo es la efectiva presencia o no de las partes.

La cuestión central de tal distinción radica en determinar el momento de la formación o perfeccionamiento del contrato.

V. SISTEMAS DETERMINANTES DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Es de capital importancia saber el momento y lugar en el que se produce el acuerdo de voluntades para saber a partir de cuando existe un contrato. Para ello, se han desarrollado las siguientes teorías o sistemas:

V.1.A) SISTEMA DE LA DECLARACIÓN O ACEPTACIÓN

El contrato se perfecciona cuando la oferta es aceptada. Para la teoría de la declaración o emisión, la perfección del contrato tiene lugar desde el momento en que el aceptante emite su declaración de voluntad de aceptación. La teoría de la declaración jurídica se critica por la circunstancia, a pesar de ser estrictamente consecuente con la dogmática, de que no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales y, en segundo lugar, porque no se considera justo que un contratante -el oferente- quede vinculado por una declaración que ignora por completo.

V.1.B) SISTEMA DE LA REMISIÓN

Buscando posiciones que atenuaran los efectos negativos de la teoría de la emisión, se desarrolló la denominada teoría de la expedición o remisión, también conocida como *mailbox rule* o *posting rule*. Para tal postura doctrinal no sólo es necesario que el aceptante haya declarado su voluntad de aceptar sino que se requiere, además, que la haya dirigido a su destinatario con la intención de que éste pueda conocerla. El contrato se encuentra celebrado entonces, cuando la aceptación ha sido remitida al proponente.

V.1.C) SISTEMA DE LA RECEPCIÓN

El momento de la formación del contrato es aquel en la que la aceptación haya sido recibida por el oferente.

Una modalidad de la teoría del conocimiento, considera que no es necesario que el oferente haya tomado efectivo conocimiento de la aceptación para que el contrato quede perfeccionado bastando para tal propósito que la aceptación haya llegado al ámbito o círculo de intereses del oferente. Si no ha tomado conocimiento de aquella es un hecho imputable sólo a él y, en consecuencia, el aceptante no tiene por qué sufrir las consecuencias de su actuar negligente.

V.1.D) SISTEMA DE LA INFORMACIÓN

Intentando solucionar las críticas formuladas a la teoría de la declaración se ubica en el extremo opuesto. La teoría del conocimiento o de la cognición, por su parte, agrega más exigencias al requerir para la perfección del consentimiento no sólo la declaración de voluntad del aceptante sino además que ésta llegue efectivamente a conocimiento del oferente. Hay acuerdo cuando cada una de las partes tiene conocimiento de la conformidad prestada por la otra. Por lo tanto requiere la existencia de una oferta aceptada y una aceptación que no solo haya sido manifestada, expedida y recibida por el oferente, sino que también es requiere la información, el conocimiento del aceptante sobre la recepción por parte del oferente de la aceptación del contrato.

Suele observarse que esta vez deja desprotegido al aceptante ya que: sí el aceptante del contrato ha hecho todo cuanto estaba en su mano y cuanto cabía exigirle,... para que su aceptación llegara a conocimiento del oferente y no ha ocurrido así por un hecho que le es imputable a este último, es justo que la declaración de aceptación quede ineficaz y que por consiguiente no exista contrato.

A su vez, estos sistemas combinados pueden dar lugar a otras dos teorías:

V.1.E) TEORÍA DE LA COGNICIÓN PRESUNTA

Considera que el contrato celebrado por correo o telegrama se concluye en el momento en el lugar en el que el oferente tenga conocimiento de la aceptación, se entiende que existe este conocimiento cuando llega la aceptación a la dirección del oferente, salvo que el oferente demuestre que, sin su culpa, le fue imposible tener acceso a ella.

V.1.F) TEORÍA MIXTA ENTRE EXPEDICIÓN Y COGNICIÓN

El contrato en relación con el oferente se perfecciona en el momento de la expedición de la aceptación (mailbox rule) pero en relación con el aceptante, el contrato está concluido cuando su aceptación sea conocida por el oferente (cognición).

Las diferentes teorías antes enunciadas, encuentran cabida en los distintos ordenamientos de fuente interna como convencional, por lo que puede implicar que conforme un ordenamiento jurídico se halla celebrado válidamente el contrato en tanto que para otro no, por no haberse perfeccionado el acuerdo de voluntades.

V.2 FUENTE INTERNA - CÓDIGO CIVIL

Artículo 1154: “La aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

Se advierte que el derecho civil argentino requiere que la aceptación de la oferta haya sido enviada al oferente para que el contrato se considere celebrado, adoptando así el criterio de la teoría de la remisión o expedición.

V.3. FUENTE CONVENCIONAL

En la normativa argentina de fuente convencional, no existe unidad de criterio para la determinación del momento y lugar en el que se produce el acuerdo de voluntades y queda perfeccionado el contrato celebrado a distancia. Veamos.

V.3.A) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL de MONTEVIDEO de 1889 (Ley 3192)

Artículo 37: “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta”.

Contrariamente a lo que podría extraerse de una lectura rápida del artículo este tratado no se inclina por la teoría de la expedición, sino que establece que la ley del país de donde partió la oferta será la que determine el lugar de celebración según haya adoptado uno u otro sistema.

V.3. B) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL de MONTEVIDEO de 1940 (Decreto ley 7771)

Utiliza similar criterio para determinar la ley aplicable a la celebración del contrato a distancia, mas, buscando ser más preciso, prevé la existencia de varias ofertas entendiendo que el contrato se registrará por la ley del Estado de donde partió la oferta definitivamente aceptada.

Artículo 42: “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”.

V.3.C) CONVENCIÓN INTERAMERICANA sobre DERECHO APLICABLE a los CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDIP V)

Artículo 12: “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se registrarán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte³⁰.

V.3.D) CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL de MERCADERÍAS de VIENA de 1980 (Ley 22.765)

Artículo 23: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme lo dispuesto en la presente Convención”.

30 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Contratos internacionales*, Ob. Cit.

Artículo 18.2: “La aceptación de la oferta surtirá efecto desde el momento en que ella llegue al proponente”.

V.4. MERCOSUR

Existe asimetría en las soluciones ya que Argentina, Brasil y Paraguay adoptan el sistema de la expedición; en tanto que Uruguay se inclina por el criterio de la recepción.

VI CONTRATO INTERNACIONAL ELECTRÓNICO

VI. 1. SU CALIFICACIÓN SEGÚN EL MEDIO ELECTRONICO UTILIZADO – Contratos simultáneos y no simultáneos.

Hemos señalado anteriormente que el contrato electrónico es aquel que se celebra mediante el uso o empleo de medios telemáticos o informáticos, y que incorporan, utilizan formas de contratación de las nuevas tecnologías.

Uno de los primeros interrogantes o cuestionamientos frente a esta modalidad contractual, en lo que respecta al tema que venimos desarrollando, se plantea respecto a si debemos considerarlo un contrato entre ausentes o entre presentes.

En él coexisten elementos de simultaneidad o instantaneidad entre oferta y aceptación (característica del contrato entre presentes), y también distancia entre los contratantes que se encuentran en Estados diferentes (contrato entre ausentes). Por ello la modalidad del contrato electrónico plantea cuestiones respecto al momento de su celebración o conclusión, como así también, a la determinación del lugar en el que se encuentran las partes (oferente y aceptante), la inexistencia de un “documento escrito”, de firma manuscrita, entre otras.

Como ya vimos, una parte de la doctrina caracteriza a los contratos entre ausentes como aquellos en los que las partes se encuentren en diferentes lugares con la imposibilidad

de intercambiar declaraciones sin que medie un tiempo considerable, y en tal inteligencia se le reconoce esta característica a los contratos digitales³¹. Otros estiman que la “simultaneidad” entre la declaración de un contratante y la percepción por la otra es el elemento distintivo entre contratos entre ausentes o presentes, colocando a los contratos electrónicos o cibernéticos en esta última categoría.

También se afirma que no basta la “instantaneidad” en la comunicación, la percepción o cognición de la respuesta. El elemento distintivo es la efectiva presencia de las partes. Una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo español, del 5 de enero de 1948, señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes.

Validando el criterio jurisprudencial señalado la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes. Igual criterio es seguido en los países del "*common law*", y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, países en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados "*presentes*".

La doctrina estima, asimismo, que la *ratio legis* del razonamiento que considera la comunicación telefónica como una especie comercial entre presentes se encuentra en la circunstancia de que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido. En el sentido indicado se sostiene que: "*El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido*", continúa, "*Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación*"⁶².

En atención al mismo criterio, la doctrina no duda en calificar como una especie de contratación entre ausentes aquella que se produce mediante carta o correspondencia

31 Así, por ejemplo, ha sido definido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico española del 18/01/2001 como “todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”.

telegráfica, ya que entre las diversas comunicaciones, entre aceptante y oferente, media interrupción o un espacio de tiempo jurídicamente relevante.

El contrato de formación instantánea (tradicionalmente entre presentes) es aquel en que existe la posibilidad real de producirse el intercambio oferta-aceptación de manera inmediata y excluye la posibilidad de revocar la oferta o retirar la aceptación.

Entre las formas de celebración introducidas por el avance tecnológico encontramos, fax, el EDI (intercambio electrónico de datos, mensajes de texto), redes electrónicas (cerradas o abiertas), e-mails, entre otros.

Siguiendo el hilo conductor de este razonamiento, podemos afirmar entonces que son considerados contratos entre presentes, los celebrados oralmente (teléfono, radio) o por comunicación ininterrumpida (fax, telex, radio y teléfono).

Por su parte, en el ámbito normativo español, parece prevalecer la idea de que la contratación electrónica es una especie de contratación a distancia. En tal sentido, el Real Decreto 1906/1999, sobre contratación electrónica con condiciones generales de la contratación, discurre sobre la idea de que el contrato electrónico con condiciones generales es una especie de contrato a distancia, sin entrar eso sí, en un pronunciamiento de carácter dogmático sobre el punto. A su turno, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 38.1 prescribe que se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza.³³

32PINOCHET OLAVE, Ruperto: “La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico”. *Ius et praxis*, año/vol. 11, número 002. Universidad de Talca. Chile. ISSN 0717-2877. p. 9

33PINOCHET OLAVE, Ruperto: “La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico”. Ob. cit.

En lo que respecta a la comunicación por correo electrónico, en principio, es asimilable a la comunicación por carta tradicional, sin embargo, el correo electrónico puede llegar en cuestión de segundos a los rincones más lejanos y apartados del mundo, lo que traerá como consecuencia, según veremos, que muchas de las aprehensiones de los legisladores de los siglos pasados relativas a la demora en la recepción de las comunicaciones por correo tradicional, en el caso de correo electrónico no se justifiquen.

La prevención efectuada para la comunicación vía correo electrónico puede hacerse extensiva en general a la mayoría de los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, resultando que la frecuentemente presumida falta de continuidad en los procesos de comunicación a distancia no se da en el caso de la formación del consentimiento electrónico.

En todo caso, teniendo en cuenta las características generales de simultaneidad y rapidez en los procesos comunicacionales mediante nuevas tecnologías, si de clasificarlos se trata, una parte importante de la doctrina parece considerar que estaríamos en presencia, según los cánones tradicionales, de una especie de contratación entre presentes, ello para los efectos previstos en las leyes respecto a la perfección del negocio jurídico.

Como lógica consecuencia de las características de las nuevas tecnologías, se ha hecho notar que éstas no sólo constituyen un avance técnico en relación a los medios de comunicaciones existentes hasta antes de su aparición sino que, en ocasiones, constituyen un proceso comunicacional idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes. Piénsese, o si no, en la comunicación por vídeo conferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el principio lógico para la caracterización de un proceso comunicacional como entre ausentes no depende hoy, como antaño, de la distancia física, sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento, ello, reiteramos, como reglas generales válidas para todos los medios de comunicación que pueden adscribirse en la noción de nuevas tecnologías de la información, sin perjuicio, de que sea aconsejable el

análisis pormenorizado de cada uno de ellos para determinar si consisten o no en un proceso ininterrumpido de comunicación y, si pueden, por tanto, ser calificados en la especie *entre presentes*³⁴.

A su turno, la utilización de los medios electrónicos y concretamente de Internet, permite la posibilidad de celebrar contratos entre presentes y no presentes en la red, dependiendo la tecnología utilizada, ya que el intercambio electrónico de datos puede funcionar de forma instantánea o interactiva (redes punto a punto- contrato entre presentes), o de manera que exista cierto margen de tiempo, sean minutos u horas (por ej. en las redes de valor añadido en la cual los mensajes quedan guardados en la red en los buzones de cada usuario), y el sistema de intercambio electrónico de datos puede funcionar en forma no instantánea (contrato entre ausentes).

La telefonía IP aparentemente idéntica a la telefonía tradicional, funciona sobre bases tecnológicas diferentes, ya que en la comunicación telefónica IP existen interrupciones en la comunicación e incluso las diversas intervenciones que las partes hacen -frases- viajan a su destino en paquetes de información independientes por vías completamente diferentes dentro del mismo proceso, no existiendo como en la telefónica tradicional un canal comunicacional bilateral permanentemente abierto. Con todo, las interrupciones son tan insignificantes y la continuidad del proceso comunicativo tan evidente que sin perjuicio de que efectivamente se produzcan interrupciones no dudamos en calificar tal proceso de fluido -aunque no implique un canal bidireccional permanentemente abierto- y, por lo tanto, de acuerdo a los parámetros clásicos, como una especie comunicacional que puede ser adscrita a la categoría contractual clásica de *“entre presentes”*.

34 FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, *Algunas reflexiones en materia de ley aplicable a la contratación electrónica*. Ob. cit. RODRIGUEZ, Mónica Sofía; “Los avances tecnológicos y la solución de conflictos: Una mirada desde la justicia estatal y privada”. Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre “Resolución electrónica de conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico”, aprobado y desarrollado en la Universidad de –Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), período 2010-2011. www.uces.edu.ar/investigacion

La vídeo conferencia por Internet deberá recibir idéntica solución, toda vez que constituye una especie -mejorada- de comunicación telefónica en donde, además de poder escucharse la voz del interlocutor es posible ver su imagen.³⁵

La vídeo conferencia funciona, al igual que la telefonía, por medio del protocolo de Internet (IP), por lo que las prevenciones y alcances efectuados para la telefonía IP son válidas igualmente para la vídeo conferencia por Internet, así como la conclusión final referida a la circunstancia de que, a pesar de que existen pequeñas interrupciones, debe considerarse como un proceso comunicativo fluido y, en consecuencia, de acuerdo a los parámetros tradicionales como una especie de contratación entre presentes.

El chat, por su parte, aún cuando significa una mejora en comparación con la comunicación telefónica tradicional, es un proceso comunicacional en tiempo real, esto es, exige la presencia de las partes al mismo tiempo en ambos extremos de la línea de comunicación establecida, recibándose las respuestas a las interrogantes planteadas por las partes en cuestión de segundos en el otro extremo de la línea de comunicación. Es por eso, que consideramos conforma también un proceso fluido de comunicación en el que las partes pueden conocer, en cuestión de segundos, la aceptación a una oferta contractual determinada, por lo que no se encuentran presentes los factores que hicieron al legislador de antaño calificar como “entre ausentes”, por ejemplo, al proceso comunicacional vía correo ordinario.

El correo electrónico, por el contrario, es considerado, por regla general, una especie de contratación entre ausentes, por tratarse de un proceso de comunicación sucesivo o interrumpido ya que, como sabemos, pueden transcurrir horas o días hasta que el mensaje de correo electrónico sea leído por su destinatario. Lo paradójico es que, si se aplica la teoría de la recepción y la normas que hasta el momento han sido elaboradas especialmente para la contratación electrónica, el perfeccionamiento del negocio se producirá, por regla general, en forma prácticamente instantánea, ya que lo que se exigirá no es que el destinatario haya leído

35 RODRIGUEZ, Mónica Sofía: También puede verse “Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica”. Informe de avance 2009. www.uces.edu.ar/investigación

el correo sino que éste haya llegado a su órbita de conocimiento, lo que sucederá en el instante en que mensaje haya ingresado en la cuenta de correo electrónico que el destinatario mantiene en un determinado servidor, con independencia del momento en que decida recuperar y tomar conocimiento del mensaje.

En lo que respecta a la formación del consentimiento electrónico vía página Web, no es posible dar una respuesta unitaria a la cuestión relativa a si se trata de una especie de contratación entre presentes o no, sino que será necesario realizar la distinción entre páginas Webs interactivas u *on line* o pasivas u *off line*, de tal suerte que, por regla general, en los casos en que la Web cuente con un sistema electrónico de comunicación bidireccional en línea, esto es, se trate de una Web interactiva, deberemos considerar tal proceso negocial dentro de la categoría *entre presentes* y, en caso contrario, como una especie negocial entre *ausentes*.

No obstante lo hasta aquí expuesto algunos autores afirman que “...*Con todo, debemos advertir, que el ejercicio realizado destinado a intentar adscribir los medios más conocidos pertenecientes a las nuevas tecnologías de la información a las reglas de la formación del consentimiento entre presentes o ausentes es un ejercicio artificial y que, según hemos dicho, no corresponde a la realidad de Internet. Lo cierto es, y no debe perderse de vista cuando afirmamos, en general, que los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes, lo que estamos afirmando realmente es que los consideramos o asimilamos a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues, la realidad será que, en la gran mayoría de los casos, las partes se encuentran ausentes, al menos de acuerdo al sentido que tradicionalmente se ha dado en el ámbito jurídico a la noción de <ausencia> y que hoy decimos se encuentra en entredicho*”³⁶.

Por nuestra parte ya hemos sostenido que cuando se trata de contratos celebrados digitalmente, en vez de distinguirlos entre contratos entre presentes o ausentes, resultaría más apropiado referirnos a contratos simultáneos o no simultáneos ya que en la contratación electrónica también pueden advertirse ambas modalidades de acuerdos dependiendo si el intercambio de comunicaciones electrónicas se efectúa sin intervalo de tiempo, en forma instantánea (ejemplo, por chat) o si media cierto período entre la oferta y la aceptación (ejemplo, cuando el mensaje ingresa a la casilla de correo del destinatario quien deberá

36 PINOCHET OLAVE, Ruperto, *La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información* Parte III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. Ob. Cit.

además abrir el mensaje para tener acceso a su contenido). En este caso, el orden jurídico deberá determinar el momento en que se produce el acuerdo de voluntades (oferta-aceptación), para lo cual se valdrá de las clásicas teorías de la aceptación, emisión, recepción o cognición³⁷.

Asimismo, en atención a la amplia difusión de los medios de comunicación electrónica en todos los ámbitos de la vida humana nos aventuramos a estimar como conveniente la sustitución de la antigua clasificación entre contratos entre presentes y entre ausentes por esta nueva terminología de contratos simultáneos o no simultáneos que consideramos comprensiva de las distintas formas de expresión, de manifestación de la voluntad.

A su turno, el autor antes referido afirma que “...*Otra faceta que demuestra la insuficiencia de las normas existentes para tratar adecuadamente los aspectos relativos a la formación del consentimiento por medio de las nuevas tecnologías se refiere al hecho de que en los casos que hemos concluido la posibilidad de aplicación de las reglas establecidas para ausentes, resultará, que la consecuencia final será la misma que si hubiere recibido aplicación la regla establecida para la formación del consentimiento entre presentes, de lo que puede colegirse que la norma no produce ningún efecto práctico que justifique su aplicación, al menos, en las hipótesis de contratación electrónica*”³⁸.

No estamos de acuerdo con tal afirmación especialmente en consideración a lo que a la contratación electrónica internacional se refiere. La cuestión central radica pues, en establecer el momento, y el lugar de la formación o perfeccionamiento del contrato, ya que si bien podemos decir que existe certidumbre a su respecto cuando en el acuerdo las partes se encuentran físicamente presentes; el imperio de la “*locus regit actum*”³⁹ requiere precisión

37 RODRIGUEZ Mónica Sofía, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea*, Ob. Cit.

38 PINOCHET OLAVE, Ruperto. Ob. cit

39 Esta regla establece que la ley del lugar de celebración del acto rige las formas extrínsecas de validez del mismo. Edmond Picard considera que la regla debería expresarse “*lex loci celebrationis o ley loci actus regit instrumentum jus*”, es decir que la ley del lugar donde el acto se perfecciona rige el

respecto al momento y lugar de perfeccionamiento del contrato. Su determinación en los contratos no instantáneos (acuerdos a distancia) puede plantear incertidumbre, y para solucionarla tradicionalmente habrá que recurrir a los ya analizados sistemas: de la declaración o aceptación, remisión, recepción, de la información o conocimiento, cognición presunta y mixta.

La distinción es importante en tanto que a falta de regulación específica para la modalidad electrónica corresponde la aplicación de las normas correspondientes a la modalidad tradicional así, si consideramos que el contrato se celebró entre presentes o entre ausentes, o son contratos simultáneos o no simultáneos serían aplicable las normas de fuente interna o convencional antes citadas.

Resultará entonces esencial el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación electrónica para su calificación.

Al no existir norma expresa que los regule, son de aplicación los sistemas de la información, aceptación, remisión y recepción para establecer:

- La existencia o no de acuerdo.
- El momento de la conclusión del contrato.
- El lugar de celebración.

VI. 2. FORMA DEL CONTRATO

Es importante recordar que en los contratos electrónicos o cibernéticos puede desconocerse la real ubicación de los contratantes resultando de difícil aplicación la regla *locus regitactum* a las formas contractuales (art. 12 y 950 CC).

instrumento del mismo. La mayoría de los juristas coinciden en que su origen está en el derecho romano, pero otros autores lo hallan en la opinión de los glosadores y posglosadores, especialmente en Bartolo de Sassofferatto –Escuela Estatutaria de Bolonia- en relación a los testamentos, y a Alberic de Rosate, su generalización a los demás actos jurídicos. Para un estudio extenso de las escuelas estatutarias puede consultarse BIOCCA – CÁRDENAS – BASZ, *Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General*. Ed. Universidad.

Al determinar el lugar de celebración del contrato, la ley allí vigente se aplicará para saber si la forma utilizada es jurídicamente válida, es decir, si el derecho aplicable a la forma del contrato (*locus regit actum*) acepta la celebración electrónica del contrato.

VI. 2. A) FUENTA INTERNA - Código Civil:

La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; así, por ejemplo: la escritura del acto, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar, la exigencia de la presencia de testigos (artículo 973).

El derecho civil argentino acepta básicamente dos criterios rectores en materia de formas: la *locus regit actum* y, en subsidio la autonomía de la voluntad, distinguiendo los contratos celebrados entre presentes y entre ausentes.

Artículo 12: “Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde su hubieren otorgado”.

Artículo 950: “Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (art. 12)”.

Artículo 974: “Cuando por este Código, o por leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

Artículo 1180: “La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido”.

Artículo 1181: “La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hecho por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato”.

VI. 2. B) FUENTE CONVENCIONAL

VI.2. B) a) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL de MONTEVIDEO de 1889 (Ley 3192)

Artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”.

VI. 2.B) b) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL de MONTEVIDEO de 1940 (decreto ley 7771)

Artículo 36: “Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran y otorgan”.

El perfeccionamiento del contrato por correspondencia se rige por el artículo 42, que lo fija en el lugar de donde partió la oferta aceptada.

VI. 2 B) c) CONVENCIÓN INTERAMERICANA sobre DERECHO APLICABLE a los CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDIP V)

Se observa una intención de favorecer la validez formal del contrato en tanto respete las leyes establecidas en el catálogo legislativo.

Artículo 13: “Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución”.

VI. 2 B) d) CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL de MERCADERÍAS (CISG)

Por aplicación de los art. 18.2 y 23, si se trata de una red punto a punto, la perfección del contrato será la llegada del mensaje al sistema informático. Si se trata de una red gestionada, varios son los momentos en que se puede perfeccionar:

- a. Cuando el mensaje llegue al ordenador del receptor, lo que se produce cuando el receptor recupere el mensaje del buzón del centro de compensación y lo lleve a su propio ordenador. Tiene como inconveniente que el receptor puede aplazar la llegada del mensaje.
- b. Cuando el receptor esté en condiciones de trasladar el mensaje del centro de compensación a su ordenador, lo que se interpreta que se produce el mismo día de la recepción o, si es festivo, al día siguiente.
- c. Cuando el mensaje llega al centro de compensación (servidor).

VII. CRITERIOS ATRIBUTIVOS DE LEY APLICABLE

VII.1. A) MÉTODO SUBJETIVO

La determinación de la ley aplicable a través del método subjetivista intentó vincular y localizar el contrato con la voluntad de las partes si ellas se hubieren planteado la cuestión de establecer la ley aplicable, y se utilizan criterios rígidos como “la ley del lugar de celebración” o “ejecución” del contrato. Estos criterios presentan inconvenientes cuando se trata de contratos entre ausentes, o contratos sinalagmáticos con lugar de cumplimiento múltiple o indeterminado. En el primer supuesto –contratos entre ausentes- deberán establecerse pautas claras para determinar el momento y lugar preciso en el que se produjo el acuerdo de voluntades y en consecuencia se concluyó el contrato para poder determinar la ley correspondiente. En el segundo caso –imposición de obligaciones recíprocas- habrá que

establecer el cumplimiento de cuál de las obligaciones emergentes del contrato es el que se debe tener en consideración como determinante de la ley aplicable.⁴⁰

VII.1. B) MÉTODO OBJETIVO

Trata de encontrar el vínculo objetivo de los elementos del contrato internacional con un sistema jurídico determinado. Se encuentra relacionado con la búsqueda de la “*proper law of the contract*” del sistema jurídico del common law o el “principio de proximidad” desarrollado por la doctrina francesa. Se somete al contrato a la ley de aquél Estado con el cual tenga vínculos más estrechos, contactos próximos o una conexión real. Nos encontramos con criterios menos duros donde suele confiarse al juez, conforme pautas dadas, la delicada función de determinar la ley aplicable.

En esta línea se encuentran el artículo 4 p. 1 de la Convención de Roma cuando establece que si la ley aplicable al contrato no ha sido elegida por las partes, “el contrato se rige por la ley del país con el que posee vínculos más estrechos”, reiterado en el Reglamento de Roma I, y el artículo 9 primera parte de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los contratos.

Para determinar el derecho con el cual el contrato tiene sus contactos más próximos, sus vínculos estrechos el magistrado deberá tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos como así también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

VII.1. C) LA PRESTACIÓN MÁS CARACTERÍSTICA

En los contratos unilaterales la determinación es sencilla ya que corresponde a la prestación del único contratante obligado.

⁴⁰ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado*, Ob. Cit.

En los contratos sinalagmáticos, resulta más dificultosa la determinación del lugar de ejecución del contrato o cumplimiento de la obligación.

Corresponde aplicar la ley del país en el cual se debe llevar a cabo la prestación característica del contrato, por ello, se debe individualizar la obligación que diferencia cada contrato, que lo individualiza.

Si bien parte de la doctrina atribuye al derecho suizo la introducción de esta noción, ella palpaba en la doctrina uruguaya vislumbrada cincuenta años antes.

Según la modalidad por la que se opte, el contrato podrá regirse por:

- a) La ley del lugar de cumplimiento de la prestación más característica, entendiéndose el lugar donde físicamente se realiza la prestación, o
- b) La ley del domicilio, residencia habitual o establecimiento del prestador más característico.

Se ha optado por establecer que corresponde al lugar de ejecución de la prestación no dineraria o el domicilio del prestador que deba ejecutar la obligación no dineraria.

Cierta doctrina entiende que no debe considerarse la teoría de la prestación más característica como un método flexible de determinación del derecho aplicable a los contratos, sino como una pauta de interpretación, un modo de calificación de los puntos de conexión utilizados por los sistemas rígidos. Así, cuando el ordenamiento jurídico, elaborado sobre una pauta rígida para determinar la ley aplicable opte por la designación de la ley del lugar de ejecución del contrato; en los contratos con prestaciones recíprocas a cargo de las partes, que deban ejecutarse en lugares diferentes; habrá de estarse a la aplicación, al dominio de la ley del lugar de ejecución, entendiéndose por tal, el lugar en el que deba cumplirse la prestación más característica del contrato, es decir la prestación no dineraria. A su turno, la otra vertiente de esta teoría llevaría a la aplicación de la ley del domicilio del deudor que tenga a su cargo la ejecución de la prestación más característica⁴¹.

41 RODRÍGUEZ, Mónica S., en FELDSTEIN - RODRIGUEZ. *Guía de Estudio de Derecho de la Integración*, Ob. Cit.

VIII. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ENTRE PRESENTES

VIII. 1. FUENTE INTERNA

VIII.1. A) CÓDIGO CIVIL

El código civil argentino determina que los contratos que no tienen contacto con la República Argentina, ni por su lugar de celebración ni de ejecución se rigen por la ley del Estado en el que fueron celebrados, en tanto que cuando el contrato tiene algún contacto con el territorio nacional, se rige por la ley del lugar de ejecución. Ello se desprende de la interpretación de los artículos 1.205, 1209 y 1210, en cuanto disponen:

Artículo 1205: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”.

Artículo 1209: “Los contratos hechos en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Artículo 1210: “Los contratos hechos en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

VIII.1. B) PROYECTO de CÓDIGO de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (MJyDH)

Establece en el capítulo V, Título III, el derecho aplicable a falta de elección. En el artículo 74, define la ley aplicable a la forma del contrato, y a partir del artículo 75 regula contratos específicos: sobre inmuebles, de intermediación y representación, de transporte

terrestre de cosas, de transporte terrestre de personas, contratos celebrados con consumidores, y de trabajo.

VIII. 2. FUENTE CONVENCIONAL

VIII. 2. A) ÁMBITO AMERICANO

VIII.2.A) a) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO de 1889 (Ley 3192)

El Tratado de Montevideo de 1889 establece en el artículo 32 que la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente, y en el artículo 33 agrega que esa misma ley rige su existencia; su naturaleza; su validez; sus efectos; sus consecuencias; su ejecución; en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

VIII.2.A. b) TRATADO de DERECHO CIVIL INTERNACIONAL de MONTEVIDEO de 1940 (Decreto ley 7771)

Este texto, siguiendo el mismo criterio legislativo que el tratado anterior establece;

Artículo 37: “La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige:

- g) Su existencia;
- h) Su naturaleza;
- i) Su validez;
- j) Sus efectos;
- k) Sus consecuencias;
- l) Su ejecución;
- m) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

VIII.2.A) c) CONVENCIÓN INTERAMERICANA sobre DERECHO APLICABLE a los CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDIP V)

Esta convención se caracteriza por una aceptación amplia del principio de la autonomía de la voluntad, posibilitando la elección en cualquier momento de la relación jurídica o modificar la elección ya efectuada y permite el *depecage*. A modo de restricción, solo exige que la elección sea precisa, cierta, por lo que requiere sea expresa para no dejar dudas respecto a la elección efectuada de común acuerdo por las partes. Reconoce, además, las limitaciones tradicionales de orden público, leyes de policía, rechazo del reenvío. Sin embargo no introduce restricciones en materia de contratos celebrados por consumidores o trabajadores.

Artículo 7: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

Artículo 8: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

VIII. 2. B) UNIÓN EUROPEA

En el espacio comunitario europeo, el criterio de determinación de la ley aplicable al contrato se encuentra establecido en el artículo 4, Reglamento de Roma I. Se conserva la norma del Convenio de Roma de 1980 (Artículo 4 - Ley aplicable a falta de elección) que consagra la aplicación de la ley con que el contrato tenga los vínculos más estrechos, presumiéndose que ella es la de la residencia habitual del deudor de la prestación más característica. No obstante, esta presunción puede quedar desvirtuada si del conjunto de las circunstancias del caso surge que el contrato presenta lazos estrechos con otro Estado.

No obstante las modificaciones efectuadas en relación al texto del Convenio de Roma tienen por objeto reforzar la seguridad jurídica gracias a la transformación de simples presunciones en normas fijas, por una parte, y la supresión de la cláusula de excepción por otra.

En el apartado 2, el criterio de la “prestación característica” sigue siendo pertinente para los contratos para los que el apartado 1 no establece una norma especial, por ejemplo, para los contratos complejos que no responden a una calificación simple, o para los contratos en que las partes se proporcionan prestaciones recíprocas que pueden considerarse todas como características.

IX. LEY APLICABLE. AUSENCIA DE EJERCICIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración, por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable al fondo del contrato. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de que prestación, de que obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido como criterios de conexión flexibles, el sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electrónicamente celebrado. Esta última corriente, nos parece observar que es la que cuenta con mayores adeptos.

IX. 1. LEY APLICABLE AL CONTRATO CIBERNETICO INTERNACIONAL⁴²

⁴² FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Contrato cibernético internacional: Soluciones tradicionales para problemas nuevos o soluciones nuevas para problemas tradicionales. Caracas. Venezuela. 2004. También *Contratos internacionales*. Ob. Cit, y *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, obra cit. Lexis Nexis argentina. Página web. 2002.

En materia de ley aplicable no existe un marco normativo en el nivel universal destinado a solucionar este delicado tema, sino solamente reglamentaciones de algunos aspectos dentro de ámbitos acotados. Por ello, habrá que saber si el principio de la autonomía de la voluntad, que ha resultado históricamente atractivo en algunos ámbitos, puede ser trasladado, extrapolado al contexto de los contratos cibernéticos internacionales.

Desde nuestra mira, el principio de la autonomía de la voluntad debe ser reformulado para ser de aplicación en el campo de los contratos internacionales celebrados vía Internet, porque las personas que participan, más frecuentemente de lo que se piensa, no se encuentran en condiciones de negociar los términos de las transacciones internacionales en las que intervienen. Sobre todo, cuando no ignoramos que el terreno no resulta tan llano, ya que los proveedores de productos, los prestadores de servicios, pertenecen, tienen sus establecimientos, realizan sus actividades, despliegan sus negocios, ofrecen sus mercaderías, tienen su sede en el extranjero, en países desarrollados. Bajo determinadas circunstancias, de aceptarse la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en esta esfera, habrá que reconocerle algunas de las limitaciones clásicas, entre las que se destaca la relacionada con la protección de la parte más débil del contrato, en la que fijamos nuestra atención en la presente investigación. Por ello nos parece altamente recomendable, en una cuestión plena de sutilezas, estimular la imaginación mediante una serie de interrogantes.

Cabe preguntarse si:

a) ¿La ley elegida por las partes tendrá que tener o no vinculación necesariamente con algún elemento del contrato? Además ¿Tendrá necesariamente que ser un derecho nacional?

b) ¿Están los derechos nacionales provistos de normas que puedan permitir resolver las controversias? ¿O bastará seleccionar a la denominada “cyberlexmercatoria”, como un conjunto de principios, de costumbres elaborados por los propios usuarios, proveedores y árbitros que desarrollan su actividad en ese ámbito?

c) ¿Es lo mismo seleccionar la “cyberlexmercatoria” de forma expresa, que no elegir ninguna ley y entender que quien dirima los eventuales conflictos entienda que resulta aplicable aquélla? ¿Cuál es el marco interpretativo de esta “cyberlexmercatoria”?

d) ¿Los tribunales estatales recurrirán a la aplicación de la mentada impredecibilidad? ¿No es conveniente recordar que durante el transcurso del año 2000 la Cámara de Comercio Internacional ha comenzado a recopilar los usos y costumbres en las transacciones electrónicas internacionales, denominando a estas reglas, como las reglas URETS⁴³? ¿Si las partes no eligen la ley, cuál es la ley aplicable? ¿La de celebración del contrato? ¿La del lugar de su ejecución? ¿La ley del prestador más característico del contrato? ¿La ley del Estado del cumplimiento de la prestación más característica del contrato? ¿La ley de la residencia habitual del prestador más característico? ¿Aquella ley más estrechamente vinculada al contrato cibernético internacional? ¿O cuál otra entre todas las posibles?

O resultarán aplicables la denominada *lex informatica*, *networkia*, *lex mercatoria* del ciberespacio? En caso afirmativo, con qué contenido, con qué alcance?

⁴³ Reglas Uniformes sobre Comercio Electrónico. Sobre el tema consultar FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. La “Lex Informática: La insostenible levedad del no ser”. *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*. Fundación de Córdoba. 2005.

Ahora bien, cuál ley es la que gobernará el contrato en ausencia de elección por las partes? En este sentido, la Convención de Roma establece que será la ley con la que el contrato tenga vínculos más estrechos, introduciendo la noción de la prestación más característica del contrato⁴⁴. Esta presunción puede ser superada si de las propias circunstancias del contrato surge que se encuentra estrechamente vinculado con otro Estado. Por ello, cabe reflexionar seriamente sobre la determinación de la prestación más característica del contrato como ley rectora del contrato, ya que tal como sucede en la mayor parte de los contratos internacionales, no es una empresa sencilla. Se trata de una noción plena de dificultades, que puede dar lugar a controversias doctrinales profundas, dado que su reconocimiento en el ámbito de INTERNET puede conducir inexorablemente a la aplicación de la ley del lugar de la residencia habitual del prestador más característico del contrato, o del lugar de ejecución de la prestación más característica, vale decir del proveedor del producto, del servicio, del bien intangible.

En el MERCOSUR existen normas autónomas que regulan la jurisdicción internacional de los contratos celebrados entre personas privadas, mas no existe aún un instrumento jurídico internacional en materia de ley aplicable. Por ello, habrá que recurrir a las fuentes convencionales heterónomas o las fuentes internas ya existentes, según sea el caso.⁴⁵ Siempre habrá que tener presente que la jurisprudencia argentina se ha inclinado decididamente a la aceptación amplia del criterio de la prestación más característica en los contratos internacionales⁴⁶.

44 FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ob. Cit.

45 Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, si el contrato vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay. El Código Civil Argentino, si la cuestión involucra a Brasil, que no es parte en los Tratados de Montevideo y siempre que el lugar de ejecución de la prestación característica del contrato se encuentre en Argentina.

46 Puede consultarse: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., “El Mercosur: Bases para un instrumento de armonización legislativa”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas. 2001, Número 122, pág.169/178.

A su turno, cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad en el orden internacional, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa.

Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en B2B que en B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas que no son “consumidores” (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial), lo que permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor electrónico lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales. Ante tal supuesto consideramos que deben diferenciarse claramente ambas hipótesis y que deberían propiciarse instrumentos, herramientas contractuales que prevean perfectamente la eventualidad de controversias.

En la Unión Europea se reconoce la autonomía de la voluntad bajo un criterio de tutela, de protección de cierta categoría de personas consideradas jurídicamente más débiles que intenta recomponer el equilibrio contractual mediante la protección de los más débiles en la negociación. Así ocurre con los consumidores. Tempranamente la Convención de Roma (hoy Reglamento Roma I) estableció en el artículo 5 apartado 2 “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º 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”.

Tal como lo hemos señalado en numerosas oportunidades, el principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional parece haber sido ignorado por Vélez Sarsfield en el Código Civil argentino, rechazado por el Tratado de Montevideo de 1940 y finalmente consolidado tanto por la doctrina como la jurisprudencia argentina⁴⁷.

Ahora bien, un tema de debate constituye el alcance de la regla, dado que habrá quienes puedan considerar que las partes se encuentran en libertad tal como para prescindir de ciertos requisitos legales de forma o de autenticación de menor fiabilidad que la firma

⁴⁷Ver también en este sentido y para un desarrollo extenso del principio de la autonomía de la voluntad a FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ob. Cit. De la misma autora, *Contratos Internacionales*, Ob. Cit.

electrónica, que constituye como todos sabemos, la norma mínima de fiabilidad que se reconoce en la materia.

IX.2. LA LEX MERCATORIA

Existe la creencia por una parte considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del derecho internacional así como del derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, por cierto escéptica, ni los derechos estatales ni el derecho internacional ofrecen un sistema lo suficientemente adecuado, apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado “*lex mercatoria*”⁴⁸. Para sus mentores, la aplicación de la *lex mercatoria* brinda una suerte de solución completa, total en materia sobre todo, de arbitraje en contratos internacionales. Sus defensores como aves agoreras, han llegado a advertir al mundo acerca del futuro incierto del derecho internacional privado al permitirse sostener que “...el efecto de la *lex mercatoria* amenaza la existencia del derecho internacional privado porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del derecho internacional privado se volverán superfluos” o bien, cuando pletóricamente llegan al paroxismo al proclamar que “...una de las finalidades de la *lex mercatoria* es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes”⁴⁹.

Podemos válidamente volver a preguntarnos, por qué razón las partes en las transacciones internacionales, habrán de desear quedar sujetas a la *lex mercatoria*, cuando de la

⁴⁸ Ver trabajo FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La lex informática: La insoportable levedad del no ser”, Ob. Cit.

⁴⁹FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., “La lex informática: La insoportable levedad del no ser”, Ob. Cit.

lista de prácticas, costumbres, usos, principios generales del comercio internacional que la conforman, no hay uno sólo que no pueda ser encontrado en los ordenamientos jurídicos estatales. O lo que es lo mismo pero dicho de otro modo, no podemos alcanzar a comprender cómo puede concebirse que una lista de principios, usos, costumbres generados, tomados, derivados de los ordenamientos jurídicos estatales pueda servir de base para la presunta creación de un conjunto uniforme de reglas de derecho sustantivo que pretende autoerigirse en una suerte de derecho transnacional, supranacional, anacional, autónomo, privativo.

Desde nuestra mirada, consideramos que la *nueva lex mercatoria* o ahora denominada *lex cibernetica*, no es un sistema jurídico, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente.

Por lo tanto, proponemos que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales, no obstante ello no implica aceptarla como un tercer orden jurídico. Sostener esto implicaría, conduciría; si seguimos el criterio de aplicar a cada relación jurídica la norma más conforme a su naturaleza intrínseca y esencial⁵⁰; que la *lex cibernetica*, podría incluso desplazar a las normas nacionales o internacionales imperativas, postura que nos permitimos no compartir.

Las partes en el contrato digital podrán acudir para regular sus relaciones electrónicas a los usos y costumbres del e-commerce, a los principios generales, siempre que tal posibilidad esté previsto por el orden jurídico aplicable; siempre en la medida del reconocimiento de la autonomía de la voluntad.

X. PROTECCION DEL CONSUMIDOR EN INTERNET

⁵⁰Por aplicación de la “regla de solución” que elaborara el jurista Federico Carlos de Savigny para determinar la norma aplicable a cada relación jurídica internacional.

X.1 ALGUNOS ADELANTOS EN AMÉRICA. CIDIP VII

La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha organizado diversas conferencias y mesas redondas desde fines de la década del noventa sobre comercio electrónico y derecho internacional privado a fin de analizar los múltiples aspectos que aquél presenta y su incidencia en las normas del Derecho Internacional Privado.

La Séptima Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) se convocó en junio de 2003. Para la CIDIP VII se elaboró una lista provisional de cuatro temas: Protección al Consumidor, Comercio electrónico, Jurisdicción internacional y Responsabilidad Extracontractual. El tema del Comercio electrónico fue propuesto por las delegaciones de Brasil, México, Uruguay, Estados Unidos, Chile y Perú. Dentro de este contexto, se sugirió la elaboración de dos posibles instrumentos interamericanos, uno sobre Títulos Valores y otro sobre Registros Electrónicos⁵¹.

Sin embargo, finalmente para la agenda formal los Estados Miembros aprobaron los temas: a) Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo); y b) Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁵².

Para CIDIPs futuras quedaron en agenda dos temas: Comercio electrónico y Responsabilidad civil.

Los Estados Miembros designaron expertos gubernamentales por materia y expertos sobre derecho internacional privado para participar en los trabajos preparatorios para elaborar los instrumentos interamericanos sobre estos temas.

51 Cfr. “Informe de avance de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos sobre el diálogo entre Estados Miembros: Establecimiento de la Agenda de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII)”, 21 de diciembre de 2004 (OEA/Sec.G CP/CAJP-2228/04). Disponible en www.oas.org .

52 Cfr. AG/RES. 2065 (XXXV-O/05). Disponible en www.oas.org .

La Asamblea General solicitó al Comité Jurídico Interamericano que colabore con los trabajos preparativos y solicitó a la Secretaría General a que explore formas de colaboración con organizaciones internacionales, incluyendo la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras, involucradas en el proceso de redacción y promoción de instrumentos internacionales compatibles con esos elaborados en el proceso de la CIDIP.

De los avances logrados en la reunión del Grupo de Trabajo Informal para elaborar el o los Proyectos de documentos finales sobre Protección al Consumidor realizada en mayo de 2010 puedan extraerse algunas conclusiones⁵³:

El Grupo de Trabajo sirvió para que las delegaciones ratificaran la importancia brindada al tema “Protección al consumidor” y su intención de avanzar de la manera más expedita para materializar los logros y avances obtenidos en la adopción de documentos a través de una CIDIP-VII sobre el tema.

El Grupo de Trabajo sirvió además como marco para la presentación de las propuestas actualizadas de una Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Algunos Contratos y Transacciones Internacionales de Consumo, el Proyecto de Ley Modelo sobre Jurisdicción y Derecho Aplicable a Contratos de Consumo y una Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de Solución de Controversias y Restitución a favor de los Consumidores a la cual se anexan cuatro Leyes Modelo:

- la primera para la Solución Electrónica de Controversias Transfronterizas de los Consumidores en el Ámbito del Comercio Electrónico,

⁵³ Ver Informe Informal del Coordinador del Grupo de Trabajo Informal Para Elaborar el/los Proyecto(s) de Documento(s) Final(es) sobre Protección al Consumidor, de fecha 11 de mayo 2010. Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. [AG/RES. 2527 (XXXIX-O/09)]. Disponible en www.oas.org.

- la segunda para Solución Alternativa de Controversias para Reclamos de los Consumidores por Tarjetas de Pago,
- la tercera para Reclamos de Menor Cuantía y
- la cuarta para Restitución Gubernamental incluyendo a nivel transfronterizo.

Finalmente, se abordaron las opciones metodológicas para concluir el(los) documento(s) final(es) en torno al tema “Protección al consumidor” de la CIDIP-VII. Las delegaciones expresaron la prioridad que asignan a su pronta convocatoria sobre el tema “Protección al consumidor” y la necesidad de establecer un grupo formal de expertos, con todos los servicios de secretaría, previo a la celebración de la misma.

Existe una creciente convergencia respecto a la posibilidad de considerar por vías separadas los temas ortodoxos del derecho internacional privado (jurisdicción y ley aplicable), y el otro para los temas sustantivos modernos (restitución monetaria y solución de controversias electrónica).

X.2. ALGUNOS ADELANTOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Ya hemos resaltado que en la actualidad el consumidor emplea Internet en múltiples relaciones que van desde comprar productos, (computadoras, música, libros) así como para reservar un plan para sus vacaciones, para acceder a servicios de socialización tales como Facebook y Twitter, o a motores de búsqueda entre otros.

Hemos también destacado que a sabiendas o no, el usuario suele suscribir un contrato que por sus elementos lo llevan desde el ámbito doméstico al internacional, y a resultas del que pueden dar lugar a disputas cuya solución son ofrecidas por el Derecho Internacional Privado. No obstante lo novedoso y vertiginosamente cambiante nuevo medio de comunicación empleado, no podemos decir que el consumidor se halle totalmente desprotegido, ciertamente que la superación de fronteras en las comunicaciones, en la contratación electrónica han dado lugar a un conjunto de reglas y de vías específicas que se le ofrecen al consumidor cierta protección. En Europa existen disposiciones que han concretado la protección al consumidor que se hallan insertas tanto el Reglamento Bruselas I como Roma I respectivamente en el área de la jurisdicción y del derecho aplicable a las

obligaciones contractuales. En esa dirección, cabe señalar que el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) ha publicado con fecha 18 de diciembre del 2009, la nueva reglamentación en materia de comunicaciones electrónicas que entró en vigor al día siguiente de su publicación, vale decir el 19 de diciembre del 2009, salvo respecto del Órgano de Regulación Europea de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), que entrará en vigor el vigésimo día siguiente a su publicación en el Diario Oficial.

La nueva reglamentación, el nuevo cuadro reglamentario en materia de comunicaciones electrónicas se compone de las normas siguientes:

1) Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre del 2009 modificatoria de las directivas 2002/21/CE relativo al régimen común para redes y servicios de comunicaciones electrónicas, 2002/19/CE relativa al acceso a redes de comunicaciones electrónicas y a recursos asociados, así como a las interconexiones, y 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;

2) Directiva 2009/136/CE del Parlamento y del Consejo del 25 de noviembre del 2009 modificatoria de la directiva 2002/22/CE concerniente al servicio universal y los derechos de los usuarios de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la directiva 2002/58/CE concerniente a la protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas y el reglamento (CE) del 2006/2004 relativo a la cooperación entre autoridades nacionales encargadas de velar por la aplicación de la legislación en materia de protección a los consumidores.

3) Reglamento (CE) Número 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre del 2009 que instituye el ORECE.

Se estableció que las directivas mencionadas debían ser transpuestas por los Estados miembros en su legislación nacional antes del 25 de mayo del 2011 a más tardar, lo que ha dado lugar a un mayor desarrollo de las normas locales sobre el tema.

Entre las características principales de esta nueva reglamentación en el área de la contratación electrónica en materia de protección del consumidor, se manifiesta en diversas disposiciones, entre las cuales una primera permite al usuario a cambiar de operador telefónico, manteniendo su número, bajo ciertas circunstancias y una segunda, encaminada a

reforzar la obligación de información precontractual por parte de los proveedores de servicios.

En este aspecto, se establece que el consumidor deberá ser informado de la calidad del producto que el prestador del servicio se obliga a realizar y de las modalidades de compensación para la hipótesis que aquella no pueda ser atendida. Asimismo, el consumidor debe ser lo mejor que se pueda informado acerca de las consecuencias de su elección contractual y básicamente acerca de lo que podrá o no hacer. Se amplía la lucha contra el spam, abriéndosele la posibilidad al consumidor, y este es un dato muy importante, iniciar una acción judicial contra los que provocan “spam”. Paralelamente, se coloca en cabeza de los Estados miembros la obligación de velar para que las acciones judiciales abarquen tanto a las personas físicas como jurídicas, permitiéndoles disponer sanciones contra el proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas negligentes, para lo cual los Estados miembros pueden crear un régimen específico de sanciones aplicables a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, que por su negligencia, contribuyan a la proliferación del “spam”.

X.3. A) MERCOSUR: ALGUNOS ANTECEDENTES

En la órbita de la Comisión de Comercio del Mercosur se creó el Comité Técnico N° 7 de “Defensa del consumidor”, al que se le encomendó la misión fundamental de elaborar un proyecto de Reglamento del consumidor para el Mercosur.

Así en el marco del Mercosur, se han dictado una serie de normas de derecho derivado sobre defensa del consumidor: resoluciones GMC N° 126/94, 123/96, 124/96, 125/96, 126/96, 127/96, 48/98 y 21/2004.

En 1994 el Grupo Mercado Común emitió la Resolución 126/94 por la cual dispuso que hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio. Pero dejando a salvo que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados partes exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países.

Por su parte, la Resolución 123/96 se refiere a la calificación de conceptos fundamentales como consumidor, proveedor y relación de consumo. La Resolución 124/96 establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores.

A su turno, la Resolución 125/96 fija las pautas concretas tendientes a lograr una efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores. La Resolución 126/96 establece los distintos parámetros a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo a los efectos de no ser considerada abusiva o engañosa.

Por su parte, en diciembre de 2000 los presidentes de los Estados partes del bloque, reunidos en Florianópolis, emitieron una Declaración de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, comprometiéndose a una armonización progresiva de sus legislaciones en este aspecto.

Asimismo, el GMC aprobó la Resolución 21/2004 que a fin de favorecer la confianza en las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, prescribe que debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas. Dicha resolución se aplicará a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados Partes del Mercosur (artículo 1°).

En relación con los acuerdos de derecho constitutivo del Mercosur sobre contratos internacionales, debemos recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (MERCOSUR\CMC\DEC N° 1/94), excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (artículo 2.6), y si bien, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común (CMC) suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), que fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que “La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del "Reglamento Común

MERCOSUR para la Defensa del Consumidor" en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común." Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

X.2.B) MERCOSUR: ALGUNOS ADELANTOS

En la LXIII Reunión del Comité Técnico n° 7 "Defensa del Consumidor", desarrollada en Río de Janeiro en agosto de 2010, se ha dado forma al Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común sobre "Derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo".

Recientemente, la CCM recibió el informe sobre los resultados de la LXVII Reunión Ordinaria del CT N° 7, celebrada en Montevideo, en los días 1 y 2 de septiembre de 2011. Teniendo en cuenta que el acta de la mencionada reunión se encuentra Ad Referéndum de la Delegación de Argentina, de aprobarse la misma se considerará que el Proyecto de Acuerdo sobre "Derecho Aplicable a Contratos Internacionales de Consumo", así como el Proyecto de Resolución "Defensa del Consumidor - Conceptos Básicos", se encontrarán en el ámbito de la CCM. Los Proyectos constan como Anexo VII (MERCOSUR/CXXII CCM/DT N° 29/11)⁵⁴.

El Proyecto de Acuerdo sobre Derecho Aplicable, que nos ocupa en esta oportunidad, optó por la regulación a través de normas indirectas, reglas de conflicto, es decir que el proyecto no regula de manera directa las cuestiones referidas a la contratación con consumidores sino que, en cada supuesto, en cada hipótesis contemplada determina, a través del punto de conexión seleccionado, el derecho aplicable efectuando la remisión al ordenamiento jurídico del cual habrá de extraerse la solución al caso.

⁵⁴ Según MERCOSUR/CCM/Actan°51/11, del 6/10/2011. www.pcam.net/boletin, fecha de consulta 21/02/2012

De la normativa proyectada obtenemos algunas calificaciones, tales como “consumidor” y “contrato de consumo internacional” determinado por el hecho de que el domicilio del consumidor y la sede o domicilio de la empresa se encuentren situados en Estados diferentes al momento de la celebración del contrato.

Hemos definido antes de ahora al contrato internacional como aquel que en su nacimiento, desenvolvimiento o extinción poseen elementos de internacionalidad objetivos desde la mira de un ordenamiento jurídico determinado. Es así que este proyecto toma precisamente al domicilio como elemento determinante de dicha internacionalidad descartando así otros posibles puntos de conexión tales como que el lugar de celebración y el lugar de ejecución del contrato se encuentren localizados en distintos países.

A pesar de lo acertado de efectuar precisiones respecto a que se debe considerar domicilio del consumidor, vemos que la solución es solo parcial ya que refiere sólo a la informada al momento de celebración del contrato, pero nada dice para el caso de no haberse expresado nada al respecto, por cuanto ante el silencio del consumidor deberá el juez interviniente decidir, calificar el domicilio de conformidad con alguno de los criterios ya explicados (*lex fori*, *lex causae*, autárquico: empírico o apriorístico).

X.2.B) a) EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROYECTO

Siguiendo las corrientes más modernas, el Proyecto recepta el principio de la autonomía de la voluntad, ampliamente reconocido en materia de contratación internacional, pero también en lo que respecta a los contratos de consumo. No obstante, como es de suponer, el sistema tutela esta categoría de personas consideradas jurídicamente más débiles, para recomponer el equilibrio contractual mediante la protección de los más débiles en la negociación.

El Proyecto considerado para el Mercosur, busca la protección del consumidor por diferentes mecanismos. Así, por una parte limita la posibilidad de elección a las leyes que en forma taxativa establece en el inciso primero del artículo 4, en el que establece la posibilidad de elección entre los sistemas jurídicos a los que se acceda a través de los puntos de conexión

alternativos que establece: domicilio del consumidor, lugar de celebración, lugar de ejecución, sede del proveedor de los productos y servicios.

Es decir que si bien el proyecto les permite a las partes elegir la ley aplicable al contrato de consumo, esa autonomía no es absoluta, ilimitada, sino, por el contrario, está restringida a los sistemas jurídicos expresamente referidos, a través de lo que se conoce como el límite de la autonomía por el catálogo de leyes . Por otra parte, observamos del catálogo efectuado, que se ha valido indistintamente de la utilización de puntos de conexión personales (domicilio del consumidor, sede del proveedor) como relativos a los actos (lugar de celebración y lugar de ejecución del contrato), denotando cierta amplitud de los criterios de selección al no poner énfasis ni en las personas ni en la relación jurídica.

La otra forma de protección que establece el proyecto de norma, está dada por la posibilidad de descartar la ley convencionalmente elegida, si ella es más perjudicial, estricta para el consumidor, ya que la elección se juzgará válida, la ley elegida solo será aplicada, si resulta más favorable al consumidor que el derecho que le es propio. En este mismo sentido se encuentra orientada la normativa europea⁵⁵.

Otra manera de evidenciar la protección al consumidor está dada por la forma en la que debe manifestarse la elección del derecho aplicable, ya que se limita a la manifestación expresa, por escrito, conocida y consentida en cada caso (art. 6).

Respecto a los contratos de adhesión en los que se encuentre prevista una cláusula referida a la ley aplicable, el proyecto aclara que debe surgir también de las manifestaciones previas y “de ser posible” en el mismo contrato. En este último punto consideramos que hubiera sido más conveniente requerir que la elección se encuentre en el contrato mismo, para no generar dudas o malos entendidos, respecto a la ley aplicable por parte del consumidor, especialmente en las conocidas “cláusulas de incorporación por referencia”.

55 Originariamente la Convención de Roma de 1980 y hoy Reglamento Roma I, establecen en el artículo 5 apartado 2 que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º 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”.

X.2.B)a) LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

En caso de ausencia de elección válida de la ley aplicable, los contratos internacionales realizados, celebrados en el Estado del domicilio del consumidor, se rigen por el derecho de ese lugar.

Otra hipótesis sería el caso de ausencia de elección válida en los contratos celebrados por el consumidor fuera del lugar de su domicilio, los que, según el proyecto, se rigen por el derecho del lugar de celebración considerado el lugar donde el consumidor y el proveedor o profesional se encontraran físicamente para la conclusión del contrato.

Una cuestión que nos llama poderosamente la atención es que el proyecto se haya decidido por la ley del lugar de celebración. Recordemos que el lugar de celebración del contrato es seguido, adoptado por Brasil, no obstante, tanto en el primero como en el segundo Congreso Sudamericano, el debate en el torno a la determinación de la ley aplicable se inclinó decididamente por la ley del lugar de ejecución del contrato conforme la doctrina savignyana que los plenipotenciarios proclamaron compartir.

Una segunda apreciación que debemos observar que el proyecto alude al “derecho” aplicable en lugar de emplear el término “ley”, elección que dista mucho de ser simplemente terminológica. Efectivamente, remitir al derecho aplicable en esta materia implica comprender, abarcar no solo la norma jurídica de un Estado sino también las otras fuentes tales como la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, doctrina internacional, los usos de los negocios internacionales.

El tema de la determinación de la ley aplicable en la contratación internacional es a las claras suma importancia adquiriendo una mayor trascendencia cuando se trata de contratos de consumo, donde, a nuestro entender, no sería del todo conveniente someter la relación jurídica a principios generales internacionales, usos y costumbres que pueden resultarle totalmente ajenos o desconocidos, ya que podemos suponer que por su calidad de consumidor, no realiza “habitualmente” la compra de determinado producto, y los usos y costumbres, varían, evolucionan a un ritmo más veloz que las leyes.

La desmedida amplitud que implica la referencia, remisión a la aplicación “del derecho” de un determinado lugar, ya fue objeto de numerosas críticas por parte de la

doctrina respecto a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, respecto a los contratos en general, por lo que resulta mucho más cuestionable en los contratos de consumo. Recordemos además que dicha convención, no fue ratificada por la República Argentina, ni por la mayoría de los Estados que participaron en la Conferencia en 1994.

Recordemos, a su turno, que en la Unión Europea, con mejor criterio terminológico y jurídico la norma que regula la cuestión, conocido como el Reglamento de Roma I, trata el tema bajo el título de Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

A su turno debemos apreciar que el proyecto no deja de lado las nuevas tecnologías aplicadas a la celebración de los contratos internacionales que son ampliamente utilizadas por los consumidores.

Así, la protección de los consumidores ha dejado de ser un objetivo exclusivamente nacional en los tiempos posmodernos, ya que consumir en forma internacional es típico de nuestra época.

En este escenario, la preocupación actual, con relación al consumo internacional por internet, tiene que ver con la necesidad de establecer normas o estándares de protección, dado que existen diversas barreras y dificultades impuestas por las transacciones realizadas por esta vía, tales como la lengua, las normas, las diferentes costumbres, la falta de información y de transparencia, la inseguridad con relación a la entrega del bien, etc.

Por ello, la adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales, es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio.

Atento ello debemos presuponer que la ley del domicilio del consumidor sea siempre la que le resulte más favorable. Si optamos por este punto de conexión, nos enfrentamos al problema de las calificaciones que el proyecto soluciona solo parcialmente (el domicilio informado por el consumidor) ya que nada dice respecto a la determinación del domicilio cuando nada se ha informado al respecto.

En efecto, la doctrina se ha preguntado si todas las normas de defensa del consumidor, declaradas por la propia ley como de orden público, son también de orden público internacional, y por lo tanto desplazarían el derecho aplicable.

En cuanto al tema del orden público internacional corresponde aclarar que el proyecto no especifica si es el orden público en general o de los contratos de consumo y si es el orden público del foro o el orden público comunitario o regional.

Parece entonces, que la norma proyectada en el ámbito regional sudamericano específicamente en materia de contratos de consumo, se aparta de los criterios tradicionales, contiene soluciones insuficientes y nos deja muchos interrogantes sin respuesta.

Es decir que hasta la fecha, no se ha avanzado significativamente en el MERCOSUR en la armonización de la ley aplicable a los contratos internacionales, en general, y mucho menos en lo relativo a comercio electrónico, como así también las pocas normas elaboradas en la materia –solo relativas a la jurisdicción competente- excluyen expresamente los contratos de consumo, por cuanto, a la fecha, quedan sometidos a la regulación tutelar interna de cada Estado Parte.

Sí, en cambio se advierte un trabajo intenso en la Unión Europea tendiente a la armonización legislativa de la materia que resulta crucial para el anudamiento de las relaciones jurídicas y comerciales, y por lo tanto, para el desarrollo económico del área.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Podemos afirmar que el espacio virtual resulta compatible con el espacio real. Quienes allí interactúan, personas jurídicas o físicas, grandes o medianas empresas, multinacionales o consumidores, son los mismos sujetos que solamente se relacionan en un ámbito distinto, mas no aislado. Por lo tanto, los criterios de conexión de las normas del Derecho Internacional Privado en materia de contratos internacionales, con ciertos ajustes, resultan viables para determinar el derecho aplicable en el espacio virtual. Hasta tanto se sancionen reglas convencionales sobre el uso de Internet en el nivel universal, resulta

conveniente acudir a las normas de derecho internacional privado de fuente interna e internacional existentes.

En el MERCOSUR existen normas autónomas que regulan la jurisdicción internacional de los contratos celebrados entre personas privadas, mas no existe aún un instrumento jurídico internacional en materia de ley aplicable. Por ello, habrá que recurrir a las fuentes convencionales heterónomas o las fuentes internas ya existentes, según sea el caso.

A este respecto, siempre habrá que tener presente que los tribunales estatales se han inclinado decididamente, por lo menos en la República Argentina, a la aceptación amplia del criterio de la prestación más característica en los contratos internacionales. En tanto que los árbitros en ausencia de elección se sienten reconducidos hacia la aplicación de la *lex mercatoria*.

Sería de toda conveniencia, que se introdujeran normas de derecho internacional privado de fuente interna destinadas a solucionar las cuestiones derivadas de la celebración por INTERNET de los contratos internacionales. En el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado enviado al Congreso en el año 2003 no se incorporan normas específicas, a pesar de la masiva difusión, utilización y desarrollo de los medios electrónicos a la fecha de su elaboración. Esta una oportunidad desaprovechada que en futuros trabajos debería ser superada.

La celeridad con que se producen los avances en tecnología dificulta la elaboración de normas reguladoras adecuadas y modernas, mas ello no es imposible, deberán tenerse presentes los principios generales del derecho contractual, y en el caso de la contratación de consumo, las normas tutelares respectivas, adecuadas a el nuevo medio de comunicación digital, basados en el principio de neutralidad electrónica, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- BIOCCA – CÁRDENAS – BASZ, *Lecciones de Derecho Internacional Privado – Parte General*. Ed. Universidad, 2009.
- FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Algunas reflexiones en materia de ley aplicable a la contratación electrónica”, 153/180, en *Estudios de Derecho Internacional*. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava. Tomo II. Derecho Internacional Privado.. Editorial Librotecnia. Santiago. Chile. www.librotecnia.cl. ISBN Obra completa 978-956-7950-77-5. ISBN Tomo II- 978-956-7950-79-9.
- FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Asunción de los medios electrónicos en la ley panameña sobre litigios internacionales” en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 43, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de abril de 2009.
- FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Contratos internacionales*, Abeledo Perrot. 1995;
- FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Editorial Universidad, 2000.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. La “Lex Informática: La insoportable levedad del no ser”. *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*. Fundación de Córdoba. 2005.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTI, Luciana B, “Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado. Edición electrónica gratuita”. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008.
- FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., “El Mercosur: Bases para un instrumento de armonización legislativa”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas. 2001, Número 122, pág.169/178.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y RODRÍGUEZ, Mónica: *Guía de Estudio. Programa desarrollado de la materia Derecho de la Integración (Parte General y Parte Especial)* Editorial Estudio. Buenos Aires, Argentina. 2011.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, “Internet y Derecho Aplicable”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* de Septiembre 2004, elDial.com.
- FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. “Contrato cibernético internacional: Soluciones tradicionales para problemas nuevos o soluciones nuevas para problemas tradicionales. Caracas. Venezuela. 2004.
- HABERMAS, Jürgen, “Between facts and norms: Contribution to a discourse theory of law and democracy”. *Harvard Law Review*, 1995.
- HABERMAS, Jürgen, “*The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*”. Traducido por Burger y Lawrence. Cambridge: Polity Press. 1989.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Informe de avance de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos sobre el diálogo entre Estados Miembros: Establecimiento de la Agenda de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII)”, 21 de diciembre de 2004 (OEA/Sec.G CP/CAJP-2228/04). Disponible en www.oas.org
- PERRY BARLOW, J. “A Declaration of the independence of cyberspace”. www.eff.org/~barlow/Declaration-final.html.htm2. Suiza. 08/02/1996.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto: “La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Parte III: “El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico. *Ius et praxis*, año/vol. 11, número 002. Universidad de Talca. Chile. ISSN 0717-2877.
- RODRIGUEZ Mónica Sofía, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea” elaborado en el marco de la investigación sobre Resolución electrónica de conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico, aprobado y desarrollado en la Universidad de –Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), período 2010-2011, en <http://www.uces.edu.ar/departamentos/investigación>;

- RODRIGUEZ, Mónica S. “La necesidad de una adecuada armonización legislativa en el MERCUSUR”, www.elDial.com, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. 2011 trabajo desarrollado en el marco del proyecto DECyT DTC 1024 sobre: “La imperiosa necesidad de lograr la armonización legislativa en materia de derecho aplicable al contrato internacional en el MERCOSUR”, 2010-2011.
- RODRIGUEZ, Mónica Sofía, “Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica”. Informe de avance 2009. www.uces.edu.ar/investigación
- RODRIGUEZ, Mónica Sofía; “Los avances tecnológicos y la solución de conflictos: Una mirada desde la justicia estatal y privada”. Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación sobre “Resolución electrónica de conflictos en el ámbito nacional e internacional: Avances hacia la implementación del expediente electrónico”, aprobado y desarrollado en la Universidad de –Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), período 2010-2011. www.uces.edu.ar/investigacion

CUADERNILLO 4:

**¿CUÁL ES LA REGULACIÓN EN LA UNIÓN
EUROPEA?**

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciana B. Scotti

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

2012

¿CUÁL ES LA REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas* y Luciana B. Scotti**

I. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico ha revolucionado la actividad económica al favorecer, al facilitar el acceso a informaciones, a la prestación de servicios y la obtención de productos sin necesidad de desplazamiento por parte del consumidor al establecimiento comercial. Este fascinante, fantasmagórico abanico de posibilidades que se abren, gracias a Internet, permite por un lado, que el proveedor reduzca sus costos, lo cual puede provocar abaratamiento en el valor de los productos y servicios, y por el otro, simétricamente, pueden ocasionar además de inseguridades jurídicas, un ahondamiento, una exposición de las debilidades, de las vulnerabilidades de quienes, como los consumidores, se encuentran en una situación de inferioridad técnico económica, con respecto a los expertos, no profanos.

En tiempos posmodernos, la protección de los consumidores ha dejado de ser un objetivo exclusivamente nacional. En este sentido, conviene recordar que el concepto de postmodernidad (postmodernismo, post modernización, postmoderno), expresión muy empleada en el área de las ciencias sociales que ha sido “traída de la mano de las escuelas arquitectónicas que querían superar el frío racionalismo y funcionalismo moderno, para

** Doctora en Derecho. Prof. Titular de Derecho Internacional Privado UBA. Directora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho. UBA) Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja.

*** Doctora en Derecho. Prof. Adjunta de Derecho Internacional Privado UBA. Coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho. UBA) Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja.

denotar una época de especial complejización, fragmentación y borrosidad de nuestra estructura social”⁵⁶.

Tal como describe la Profesora Lima Marques: “Con la apertura de los mercados a productos y servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales. Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por proveedores con sede en el exterior, a través del telemarketing, de la televisión, la radio, la internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países”. En definitiva, “consumir en forma internacional es típico de nuestra época”.⁵⁷

En efecto, la autora destaca que no hay nada más posmoderno que las relaciones virtuales, desmaterializadas, que involucran a una pluralidad de agentes, típicas de la sociedad de la información, fluidas, rápidas, visuales, interactivas, simultáneas, despersonalizadas, y, a su vez, globalizadas y culturalmente niveladas, atemporales, internacionales, desterritorializadas, típicas de la economía pos - fordista, de servicio, de hacer, de lo inmaterial, lo desregulado, lo tercerizado, lo individual.⁵⁸

Así, la protección del consumidor se inserta en este contexto como válvula de escape de los conflictos posmodernos, pues representa jurídicamente la garantía de una norma

56 ALONSO, Luis Enrique, “*Los grandes centros comerciales y el consumidor postmoderno*”, Revista Distribución y consumo. N° 48. www.dialnet.larioja.org.

57 Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, extractos del Curso: “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:

http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy.⁵⁹ La necesidad de normas claras que regulen las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual es aún más notoria cuando de aquéllas participan “ciberconsumidores”.

Teniendo en cuenta ello, la Unión Europea se ha ocupado en numerosas normas de la protección de los consumidores en general y en los últimos años, se ha abocado al reconocimiento y garantía de sus derechos cuando opera en Internet. Desde esta perspectiva, la consolidación del mercado interior, la creación de un espacio donde se garantiza la libre circulación de las mercaderías, las personas, los servicios y los capitales, ha lanzado al consumidor a comprar bienes o contratar servicios, para su uso particular, sea en otro Estado de la UE, bien porque se ha desplazado a ese país para realizar la transacción, o porque el proveedor o vendedor, establecido en otro país de la UE, ha dirigido su oferta comercial al país de residencia del consumidor.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN CELEBRADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La *web* es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global.⁶⁰ Los consumidores que celebran contratos en la red, que se mueven en el ciberespacio, traspasando, casi imperceptiblemente, las fronteras estatales, moviéndose en un nuevo espacio, que desconocen y que los coloca en situación de inferioridad, de vulnerabilidad y hasta de riesgo, necesitan un marco jurídico que les brinde estándares mínimos e inderogables de protección, basados en el principio de buena fe, en la seguridad jurídica, en la confianza. Tal como señala Pedro De Miguel

58 Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004

59 Cfr. JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne” en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.

Asensio: “La adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales... es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio”.⁶¹

A fin de remediar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo, los legisladores se han ocupado de dictar leyes protectorias que procuran hallar un cierto equilibrio negocial entre los contratantes.

Cabe destacar que en materia de política legislativa sobre comercio electrónico, la tendencia doctrinaria mayoritaria se inclina por la protección del consumidor como piso mínimo inderogable.⁶² Las legislaciones y propuestas de regulación oscilan entre las que

60 Se sugiere que el consumidor constate que el sitio web del proveedor contenga la siguiente información: identidad del proveedor y su dirección real, detalle preciso de las características del bien o servicio ofertado, precio del bien o servicio, incluidos los impuestos, plazo de validez de la oferta o del precio, formas y modalidades de entrega o ejecución, gastos de entrega – en su caso-, formas y modalidades de pago, existencia de un derecho de resolución, coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica, cuando sea procedente, la duración mínima del contrato cuando se trate de contratos de suministro de productos o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida. Asimismo el consumidor debería verificar: que sus transacciones viajen por un canal seguro (SSL o SET) y el site se encuentre certificado por alguna empresa que provea soluciones de seguridad; que el site se encuentre certificado por alguna organización que garantice la calidad del mismo; la seriedad de las empresas que se encarguen de la entrega; el alcance de la garantía y el servicio técnico, la jurisdicción y la ley aplicable en caso de conflicto, y la forma de resolverlos. Cfr. LESS ANDRADE, Pedro, “El comercio electrónico desde la perspectiva del consumidor”, en *Derecho Informático*, tomo II, Instituto de Derecho informático, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, julio de 2002.

61 Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 325.

62 Este piso mínimo de protección inderogable garantizaría los derechos básicos del consumidor: derecho a la información, derecho a la educación, protección contra prácticas no competitivas, derecho a la seguridad, derecho a la protección contractual contra cláusulas abusivas, derecho a la protección contra la publicidad ilícita, derecho al resarcimiento, derecho a la jurisdicción y al debido proceso, entre los principales.

simplemente no tratan el derecho del consumidor, pues lo excluyen de su ámbito de aplicación, tal el caso de las iniciativas de UNCITRAL; otras contienen normas no derogatorias de las disposiciones vigentes en materia de protección del consumidor en otras áreas, como la Directiva 2000/31 de la Unión Europea, tal como veremos más en detalle; finalmente un tercer grupo, establecen que el consumidor electrónico tiene derecho, como mínimo a una protección no menor que la que posee en otras áreas del comercio, tal como disponen las Directrices para la protección del consumidor en contexto del comercio electrónico, de la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE).⁶³

En 1999 la OCDE aprobó tales Directrices, cuya principal finalidad es garantizar una protección transparente y eficaz de los consumidores, a través de la obligación de información apropiada relativa a las actividades, a los bienes y servicios que son objeto de comercio electrónico y en general, a las operaciones realizadas en línea, y sobre los procedimientos eficaces de resolución de litigios, a favor de los consumidores. En tal sentido, recomienda a los países tomar en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en Internet para ofrecer una protección jurídica transparente y equivalentemente funcional a la que se otorga comúnmente en otras formas de comercio. Además aconseja el desarrollo de políticas y esquemas de resarcimiento económico y el uso de mecanismos de resolución de controversias en línea, para hacer frente al obstáculo que representa la jurisdicción y el derecho aplicable en Internet para poder brindar una mayor certeza al consumidor que realiza transacciones de comercio electrónico.⁶⁴ Asimismo, en junio de 2003 la OCDE publicó los Lineamientos para Proteger a los Consumidores de Prácticas Comerciales Fraudulentas y Engañosas a través de las fronteras.

A su turno, el Grupo Mercado Común del Mercosur aprobó la Resolución GMC 21/2004 que a fin de favorecer la confianza en las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, prescribe que debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a

63 Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 225.

64 Véase al respecto, SERRA CAMBACERES, Antonio, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, en *JA* 2004-I, 1224.

las transacciones electrónicas involucradas. Dicha resolución se aplicará a todo proveedor radicado o establecido en alguno de los Estados Partes del Mercosur (artículo 1º).⁶⁵

Por otro lado, la *American Bar Association* presenta un mecanismo de protección para los consumidores en transacciones internacionales, que consiste en programas disponibles para identificar la legislación que regirá el contrato a concluir con una empresa y sus principales características.⁶⁶

Veamos ahora cuál fue el camino emprendido por la Unión Europea para proteger los derechos de los consumidores en el ciberespacio. Para ello, analizaremos primero, sucintamente, el modelo europeo de integración jurídica.

III. LA INTEGRACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA

Al día de hoy, en la Unión Europea, existe una marcada tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, ello no fue así desde un principio, sino que cobró impulso recién a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1º de mayo de 1999.

En efecto, el artículo 3 inciso H del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 (en vigor desde el 1º de enero de 1958) se limitaba a enunciar dentro de la acción comunitaria “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”.

Según expresa Esplugues Mota, “en la medida en que en el marco de un mercado único van a desarrollarse esencialmente, operaciones y transacciones reguladas por reglas de

⁶⁵ Véase, CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge Oscar, “La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur”, en *ED* 214-724.

⁶⁶ Cfr. Informe “Achieving Legal and Business Order in Cyberspace”, en *The Business Lawyer*, vol. 55, agosto de 2000, p. 815.

Derecho Privado es imprescindible lograr la armonización de las mismas para coadyuvar a la consecución de los objetivos económicos deseados”.⁶⁷

En igual sentido, se pronuncia Feldstein de Cárdenas: “... Se trata de una función subordinada a las necesidades del mercado común, de tal modo que la aproximación no se erige en un fin en sí mismo sino que está al servicio de otras acciones para el logro de los objetivos del área integrada”.⁶⁸

Tal como podemos apreciar el Tratado de Roma hacía referencia a la “aproximación” de legislaciones, un proceso de armonización de índole mucho más restringida, limitada respecto de cualquier tentativa de unificación de normas a nivel comunitario.

Asimismo, el Tratado de Roma disponía que los Estados Miembros entablaran negociaciones para asegurar a favor de sus nacionales la simplificación de las formalidades para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Bajo este paraguas, fue celebrada la célebre Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil y Mercantil. En 1988, se celebra el Convenio de Lugano sobre la misma cuestión con Estados europeos no Miembros. A su turno, en 1980, se firmó el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales. También podemos mencionar al Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia de 1995, que, sin embargo, nunca llegó a entrar en vigencia.

No obstante, tratándose de tratados internacionales, requerían la ratificación de los Estados Miembros y con la progresiva ampliación de la Unión, se debían celebrar convenios de adhesión. Además, debían contar con un Protocolo de interpretación para poder ser interpretados por el Tribunal de Luxemburgo.

Por otra parte, el instrumento propiamente comunitario utilizado en este contexto fueron las Directivas, generando, según un importante sector de la doctrina, serias

67 Cfr. ESPLUGUES MOTA, Carlos, "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 483.

68 FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p.204.

dificultades e inseguridad jurídica, en primer lugar porque la directiva no excluye el pluralismo normativo y en segundo lugar, porque es susceptible de transposiciones incorrectas, incompletas, o tardías.⁶⁹

Las Directivas son normas comunitarias de derecho derivado, que gozan de primacía en relación con las normas de derecho interno de los Estados miembros de la UE, pero los obligan en cuanto al resultado que debe conseguirse. No obstante, son las autoridades nacionales quienes eligen la forma y los medios para ello.

Para que los objetivos contemplados en la directiva tengan efecto para los ciudadanos es preciso que el legislador nacional proceda a un acto de transposición, mediante el cual el Derecho nacional se adapta a los objetivos determinados en la Directiva. Es este acto jurídico que da lugar a la transposición de la directiva al Derecho nacional el que en esencia confiere derechos e impone obligaciones al ciudadano.

Por lo tanto, existe una obligación de transposición en el plazo establecido por la directiva. A tales fines, los Estados miembros elegirán las modalidades internas más adecuadas para garantizar la eficacia del Derecho comunitario. Las directivas deben transponerse mediante disposiciones jurídicas vinculantes internas que satisfagan los criterios de seguridad y claridad jurídicas y que no sirvan de justificación para el individuo de una situación jurídica reclamable.

Sin embargo, si bien, en principio, las directivas no son directamente aplicables, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha decidido que excepcionalmente las disposiciones de una directiva también pueden ser directamente aplicables en un Estado miembro, sin necesidad de un acto de transposición previo de un Estado miembro (jurisprudencia constante desde Rec. 1970, 1213 y sig.) cuando 1) el plazo de transposición haya vencido y la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido deficientemente; 2) las disposiciones de la directiva sean de contenido suficientemente claro, y 3) las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual. De acuerdo con ello, si se reúnen estas condiciones, el ciudadano puede remitirse a las disposiciones de la directiva frente a cualquier órgano del poder público (efecto directo vertical).

⁶⁹ ESPLUGUES MOTA, Carlos, "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 486. En igual sentido, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, N° 2, p. 418.

Además, según la jurisprudencia del TJCE ("Francovich", Rec. 1991, 5357 y sig.), el ciudadano tendrá derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios al Estado si 1) la directiva está destinada a conferir derechos al individuo, 2) el contenido de los derechos puede determinarse sobre la base de la directiva, y 3) existe relación causal entre la no observancia de la obligación de transposición y el perjuicio causado al individuo. La responsabilidad del Estado miembro no requiere determinación de culpa. Cuando un Estado miembro tenga poderes discrecionales a la hora de trasponer la legislación, la violación debe ser considerada, además de los tres criterios antes mencionados, como transposición insuficiente o inexistente, es decir, considerable y evidente (TJCE, Brasserie du Pêcheur/Factortame, de 5 de marzo de 1996, Asuntos 46/93 y 48/93, Rec. I-1029)⁷⁰.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, del 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1º de noviembre de 1993); en particular, el Título VI relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, en su artículo K.1.6 hizo expresa referencia a la cooperación judicial en materia civil como cuestión de interés común de los Estados miembros para la realización de los fines de la Unión. A este respecto el artículo K.3.2 establece que se podrá, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales". Tales convenios "podrán disponer que el Tribunal de Justicia sea competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencias en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido".

Pero el gran impulso lo brinda recién el título IV del Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1º de mayo de 1999, que habilita al Consejo de la Unión Europea para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal con alcance transfronterizo para contribuir al funcionamiento correcto del mercado interior,

⁷⁰ Puede verse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", en "La Responsabilidad Civil según la Corte de Justicia de la Unión Europea". Libro Homenaje al Prof. A. A. Alterini. XVI Jornadas Nacionales De Derecho Civil. Autora. Abeledo Perrot. 1997.

con especial énfasis en visados, asilos, inmigración y otras cuestiones vinculadas a la libre circulación de personas.

En efecto, una de las innovaciones más importantes del Tratado de Amsterdam en relación al tema que nos ocupa es que por primera vez se introdujo una mención expresa a las normas sobre conflicto de leyes y de jurisdicciones, así como el desplazamiento de la cooperación judicial en materia civil desde el tercer pilar (anterior Título VI TUE, relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior) hasta el dominio estrictamente comunitario.⁷¹

Desde entonces, “este sector, que tradicionalmente se entendía como una materia de pura cooperación entre los Estados, se convierte ahora, tras el Tratado de Amsterdam, en una competencia comunitaria no exclusiva, incluyendo además, no sólo el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, sino también de forma genérica, y por primera vez, el de los conflictos de leyes y de jurisdicción”.⁷²

La base jurídica del desarrollo del Derecho Internacional Privado Comunitario europeo son principalmente los artículos 61 y 65 del Título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

El artículo 61 dispone: “A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:

- a. En un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 14, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración, de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2 y 3 del artículo 62,

⁷¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Amsterdam”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, N°1, ps. 373 – 376. Puede verse asimismo: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos “Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Revista Española de Seguros*, N° 140, 2009, ps. 595-616.

⁷² ESPLUGUES MOTA, Carlos, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 494.

- en la letra a) del punto 1 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, así como medidas para prevenir y luchar contra la delincuencia de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea;
- b. Otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63;
 - c. *Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65;*
 - d. Medidas adecuadas para fomentar e intensificar la cooperación administrativa, de conformidad con el artículo 66;
 - e. Medidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal destinadas a garantizar un alto grado de seguridad mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia dentro de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea.” *(el destacado nos pertenece)*

Por su parte, el artículo 65 reza: “Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

- a. Mejorar y simplificar:
 - El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;
 - La cooperación en la obtención de pruebas;
 - El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;
- b. Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros *sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;*
- c. Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.” *(el destacado nos pertenece)*

En definitiva, la principal consecuencia que se deriva de esta reforma “es que la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil pasa a ser competencia

comunitaria (art. 65 TCE), lo que significa que el Consejo de la Unión podrá adoptar actos plenamente vinculantes, y controlables por el Tribunal de Justicia.”⁷³

A tales fines, la UE optó principalmente por el Reglamento para elaborar normas comunitarias y uniformes de Derecho Internacional Privado. Ejemplos son el Reglamento (CE) N° 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; el Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), el Reglamento (CE) N° 1348/2000 relativo a la notificación de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial, el Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre los procedimientos de insolvencia, el Reglamento (CE) N° 120/2001 sobre la cooperación interjurisdiccional en el campo de la obtención de pruebas en materia civil y comercial en el extranjero, el Reglamento (CE) N° 743/2002 por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil, el Reglamento (CE) N° 805/2004 por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y los más recientes: el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

IV. EL MODELO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA UE

La UE está comprometida a mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos. Dada la apertura de las fronteras al comercio gracias al mercado único y la moneda única, y ante el creciente uso de Internet, el auge del comercio electrónico y la expansión del sector de servicios, la protección del consumidor se ha convertido en un imperativo para la Unión.

Con el paso del tiempo, se han ido introduciendo medidas que protegen los intereses generales del consumidor en ámbitos tan variados como los siguientes: prácticas empresariales leales, publicidad engañosa y comparativa, indicadores y etiquetado de precios,

⁷³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, en *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, 2000, p. 12.

cláusulas contractuales abusivas, venta a distancia y a domicilio multipropiedad y vacaciones combinadas; derechos de los viajeros.

Sin embargo, la protección de los intereses del consumidor no fue considerada inicialmente una política comunitaria. En efecto, el Tratado de Roma de 1957, fundacional de la Comunidad Económica Europea, se centraba en la idea de la armonización económica a través de la realización del mercado común europeo, sin referirse de forma directa al tema de la protección al consumidor⁷⁴.

Recién durante la Cumbre de París, de octubre de 1972, los jefes de Estado y de Gobierno decidieron encomendar a la Comisión Europea la elaboración de un programa de política estratégica sobre el consumo así como la creación, en 1973, del Comité Consultivo del Consumidor.

El primer Programa de protección de los consumidores fue adoptado en el año 1975, con el fin de “mejorar la calidad de vida” de los ciudadanos europeos. Enunciaba un catálogo de cinco derechos fundamentales de los consumidores: 1) el derecho a proteger la salud y la seguridad, 2) el derecho a proteger los intereses económicos, 3) el derecho a reparación, 4) el derecho a la información y a la educación, 5) el derecho a representación (derecho a ser oído).

De esta manera, comenzaron a sucederse programas que aunque no tenían carácter vinculante, contribuyeron al desarrollo de la defensa del consumidor al definir la dirección del desarrollo de la política sobre el consumidor. En ellos, se advierte un aumento progresivo en el nivel de protección de los consumidores.

Un paso significativo, en aras a la protección de los consumidores de la UE, fue la introducción en el Tratado de Roma del Artículo 100a, lo que se logró a través del Acta Única Europea de 1987 (AUE). Dicha norma impone sobre la Comisión Europea el requisito de adoptar un alto nivel de protección del consumidor con respecto a las actividades que les conciernen. El estándar de protección al consumidor en el Artículo 100a

⁷⁴ El Tratado de la CEE del año 1957 no se refiere en ningún momento explícitamente a una política para la protección del consumidor. Es cierto que hay alusiones al respecto, tales como en el Preámbulo cuando se define como objetivo esencial “la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos”, o bien cuando se establece como misión de la Comunidad, “una elevación del nivel de vida”.

del AUE estaba referido a las actividades legislativas de la Comunidad que tenían por objetivo la armonización de las leyes nacionales de los Estados Miembros que afectan el funcionamiento adecuado del mercado interno. Posteriormente, con el Tratado de Maastricht de 1992, se reconoció como una política autónoma. En efecto, introdujo el “Título XI: Protección del Consumidor” que crea el marco jurídico para las iniciativas legislativas de la Comunidad con el fin de disponer de un alto nivel de protección jurídica para el consumidor, como se menciona en el Artículo 129a (1) del mencionado Tratado. La nueva norma reconoce, asimismo, que los postulados de protección del consumidor deberían tomarse en cuenta en el proceso de realización de otras políticas y actividades comunitarias que lleven a completar el mercado interno, así como a través de apoyar y complementar las actividades de los Estados Miembros con respecto a la protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos y la información del consumidor.

La inclusión en el Tratado de Amsterdam, de una nueva disposición en el Título XIV: el Artículo 153, extendió el alcance de la protección del consumidor, ya que le brindó a la Comunidad el derecho a adoptar, además de medidas de promoción, los instrumentos legislativos que le permitan brindar una política de consumidores autónoma.

El instrumento utilizado con absoluta preferencia en materia de protección del consumidor han sido las Directivas, con los alcances que enunciamos sobre esta norma. Las más relevantes que podemos enumerar son:

- Directiva del Consejo 85/577/CEE del 20 de diciembre de 1985 para proteger al consumidor con respecto a los contratos que se negocian fuera de los establecimientos mercantiles.
- Directiva del Consejo 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986 para aproximar las leyes, reglamentaciones y disposiciones administrativas de los Estados Miembros concerniente al crédito del consumidor.
- Directiva del Consejo 90/314/CEE del 13 de junio de 1990 sobre paquetes de viajes, de vacaciones y de turismo.
- Directiva del Consejo 93/13/EEC del 5 de abril de 1993 sobre términos injustos en los contratos de los consumidores.
- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994 sobre la protección de los compradores con respecto a ciertos aspectos de los

contratos relacionados con la compra de un derecho para utilizar bienes inmuebles bajo el sistema de tiempo compartido.

- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997 sobre la protección de los consumidores con respecto a los contratos a la distancia.
- Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 1998 sobre la protección de los consumidores en la indicación de los precios de los productos que se ofrecen a los consumidores.
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de mayo de 1998 sobre medidas cautelares para la protección de los intereses de los consumidores.
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de mayo de 1999 sobre ciertos aspectos de la venta al consumidor de bienes y las garantías relacionadas.
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de septiembre de 2002 concerniente a la comercialización a distancia de servicios financieros al consumidor y que enmienda la Directiva del Consejo 90/619/EEC y las Directivas 97/7/EC y 98/27/EC.
- Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 14 de enero de 2009 sobre contratos de aprovechamiento por turno.

Vale recordar, tal como adelantamos, que la aplicación del método de armonización mínima – a través de directivas - resulta en la fragmentación de las normas y no previene divergencias posteriores en los estándares de protección del consumidor por encima del estándar mínimo requerido en las Directivas.

En diciembre de 2006, la UE adoptó un nuevo programa de protección de los consumidores para el periodo 2007-2013, dotado con un presupuesto total de 157 millones de euros (Decisión N° 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006). Dicho programa tiene dos grandes objetivos: un alto nivel de protección de los consumidores gracias a una mejor información, consulta y representación de sus intereses; y la aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores mejorando la cooperación, la información, la educación y las vías de recurso.

Se definen once acciones para alcanzar esos dos objetivos; en concreto, para el objetivo 1: la recopilación, intercambio y análisis de datos e información, así como la creación de herramientas de evaluación; asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios,

seminarios y conferencias; y contribución financiera para el funcionamiento de las organizaciones de consumidores europeas. En lo que respecta al objetivo 2, las acciones tienen por finalidad garantizar la aplicación efectiva de la normativa comunitaria, entre ellas: acciones de coordinación de seguimiento y de cooperación entre las autoridades nacionales; acciones de seguimiento y de evaluación de la seguridad de los servicios y los productos no alimentarios; acciones sobre información, asesoramiento y vías de recurso, o acciones de educación de los consumidores.

Para la aplicación efectiva de las normas de la UE, la Comisión Europea ha desarrollado mecanismos alternativos de resolución de conflictos, económicos o gratuitos. En tal sentido, los consumidores disponen de la Red de Centros Europeos del Consumidor (Red CEC).

En suma, la política europea de los consumidores persigue los mismos objetivos de protección de los intereses, la salud y la seguridad de los consumidores, que están enunciados en el Artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta política promueve el derecho de los consumidores a la información y a la educación, así como a organizarse para defender sus intereses.

V. NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LA UE

1. Situación normativa en la UE

La calificación de consumidor en la UE ha cambiado considerablemente a lo largo de los años. La primera concepción, de corte económico, colocaba a los consumidores como los beneficiarios de las actividades del mercado común. En cambio, con el tiempo, se reconoció a los consumidores como sujetos de derecho especiales, cuya protección se brindó a través de diversas normas comunitarias.

El concepto de consumidor, calificación que excede el campo jurídico para insertarse en el marco multidisciplinario, puede ser considerado en sentido estricto o en sentido amplio⁷⁵, y conviene recordar que la noción amplia aparece tempranamente en la Resolución

75 BOTANA GARCIA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. MacGraw, Madrid, 1999, pág. 60 y ss.

del Consejo de la Comunidad Europea del 14 de abril de 1975⁷⁶, que establece que “el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidores⁷⁷”.

La primera definición que hallamos en un instrumento jurídico corresponde al Programa de protección del consumidor de 1975. Se definía entonces al consumidor como “comprador y usuario de los bienes y servicios para fines personales, familiares y grupales”.

El derecho de la UE actualmente no tiene una calificación unívoca del concepto de consumidor. En cambio, nos encontramos con definiciones específicas, subordinadas y delimitadas por las diversas Directivas enumeradas anteriormente, que no obstante coinciden en aspectos significativos.

Veamos las definiciones comunitarias:

- 1) **Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales** (*Diario Oficial* núm. L 372 de 31-12-1985 p. 31-33). “*Artículo 2*: Para los fines de la presente Directiva, se entenderá por: «consumidor», toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional.”

- 2) **Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo** (*Diario Oficial* núm. L 42 de 12-2-1987 p. 48-53). “*Artículo 1: 2*. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «consumidor»: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión.”

⁷⁶ Se trata, de allí su relevancia de la primera definición en un instrumento jurídico corresponde que pertenece al Programa de protección del consumidor de 1975, dentro de una concepción que alcanza al consumidor como “comprador y usuario de los bienes y servicios para fines personales, familiares y grupales”.

- 3) Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados** (*Diario Oficial* núm. L 158 de 23-6-1990 p. 59-64). “*Artículo 2:* “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 4) Consumidor: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario»).
- 4) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores** (*Diario Oficial* núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34). *Artículo 2:* “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
- 5) Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido** (*Diario Oficial* núm. L 280 de 29-10-1994 p. 83-87). “*Artículo 2:* A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: «adquirente»: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato.
- 6) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia** (*Diario Oficial* núm. L 144 de 04-06-1997 p. 19 – 27). “*Artículo 2 Definiciones:* A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 2) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
- 7) Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores** (*Diario Oficial* núm. L 080 de 18-03-1998 p. 27 – 31). “*Artículo 2:* A efectos de la presente Directiva se entenderá por: e) «consumidor»:

cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional.”

- 8) Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo** (*Diario Oficial* núm. L 171 de 7-7-1999 p. 12–16). “*Artículo 1* *Ámbito de aplicación y definiciones:* 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:
- a) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.
- 9) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)** (*Diario Oficial* núm. L 178 de 17-07-2000 p. 01 – 16). “*Artículo 2* *Definiciones:* A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: e) "consumidor": cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.
- 10) Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE** (*Diario Oficial* núm. L 271, de 9-10-2002 p. 16 a 24). “*Artículo 2* *Definiciones:* A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: d) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.
- 11) Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98 / 27/EC y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n ° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre prácticas comerciales desleales »).** (*Diario Oficial* núm. L 149, de 11-06-2005 p. 22-38) *Artículo 2* *Definiciones:* A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «consumidor»: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.”

Tal como podemos apreciar, en términos generales, las normas comunitarias se refieren a “consumidor” como una persona física que lleva a cabo actividades “no comerciales” o “no profesionales”.

En efecto, las Directivas de consumo invariablemente aluden a la “persona física” –ninguna de ellas contempla las personas jurídicas en su ámbito– que con un fin o propósito “ajeno a su actividad comercial o profesional” (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a;) o “a su actividad económica, negocio o profesión” (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a “su actividad económica, negocio, oficio o profesión” (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a; Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f).

La misma noción se encuentra presente en la Propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores de 2008: “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión” (art. 2.1 PDDC).⁷⁸

Ahora bien, esta Propuesta limita su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores (artículos 1 y 30.1), dejando al margen y por tanto, a la libertad de los Estados miembros, la regulación de los contratos celebrados entre profesionales y entre no profesionales, aun cuando estos últimos actúen a través de mediadores o mandatarios profesionales. En efecto, tal y como surge del citado artículo 2.1, el legislador comunitario sigue ignorando la existencia de personas tales como las asociaciones y fundaciones, aún entes sin personalidad, extrañas al ejercicio de una actividad profesional, que indudablemente, se encuentran frente al empresario con quien contratan en una situación de inferioridad económica y técnica, que lo asemeja a la persona física. A su

⁷⁸ COM (2008) 0614. Esta Propuesta es el resultado de la revisión del acervo comunitario en materia de protección de los consumidores, lanzado en 2004, con el fin de simplificar la legislación y crear las condiciones de un mercado interior más productivo para los consumidores. La propuesta prevé la sustitución de las directivas relativas a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, las cláusulas abusivas, los contratos negociados a distancia y la venta y la garantía de los bienes de consumo. Puede consultarse su contenido resumido en: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/co0003_es.htm

turno, como se advierte la noción de consumidor por encontrarse relacionada con la finalidad del contrato concluido y su vinculación (o no) al marco de actividad profesional del oferente, implica adherir a una concepción restrictiva del consumidor protegido.

También podemos destacar las definiciones de dos Reglamentos recientes y de vital importancia. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) introduce, tal como veremos, un foro de competencia especial en su art. 15.1 para “contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. Y, por su parte, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I, que sustituye al Convenio de Roma de 1980)⁷⁹ contempla también en su art. 6 los “contratos de consumo”, entendidos como los celebrados “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”.

Asimismo, la definición de consumidor que prevalece en las normas comunitarias se refleja además en el texto del Artículo 1:201, Principios de Derecho Contractual Comunitario (los “Principios Acquis”) en los que un consumidor significa “cualquier persona física quien principalmente actúa con fines que se encuentran fuera de la actividad comercial de esta persona.” También el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía se atiene al concepto de las Directivas (art. 9.2: “persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales”).

2. La noción de consumidor en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE

A su turno, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desarrolló su propio concepto del consumidor que no necesariamente coincide con el

⁷⁹ De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no ha participado en la adopción del Reglamento. Dicho país, por lo tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación.

modelo generalizado que lo cataloga como la parte más débil del contrato⁸⁰. De hecho, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo rechazó en varias ocasiones el modelo de consumidor inexperimentado, irresponsable y sensible para las prácticas comerciales engañosas. Por el contrario, la posición adoptada en la jurisprudencia acepta el modelo de un consumidor, que es un actor bien educado en el mercado interno y entiende correctamente la información provista y quien puede además evaluar de forma crítica el contenido de las transacciones jurídicas. Por ejemplo, en el caso “Estee Lauder”⁸¹, el TJUE expresó que el consumidor “debería ejercitar algún grado de atención y conocimiento”.

De esta jurisprudencia, se deduce que la máxima autoridad judicial en la UE rechaza la protección automática del consumidor por la sola aceptación de su posición como la parte más débil del contrato, aun cuando no es un dato que pueda perderse de vista. Así lo entiende el propio Tribunal que no deniega la protección de los consumidores con fundamento en la desproporción económica de las partes contractuales (fallos Benincasa, Shearson Lehmann Huston, Gruber v. Bay Wa AG, entre otros).

Por otro lado, del análisis de la jurisprudencia del TJUE en la materia que nos ocupa, se advierte que adopta una definición estricta de consumidor en tanto persona física, negando, en general, protección no sólo a personas jurídicas, como las pequeñas empresas, sino también a los profesionales, aún cuando celebren transacciones no comerciales. Así, en el caso “Benincasa”, el Tribunal sostuvo que “sólo los contratos que se celebran con el propósito de satisfacer las necesidades propias de un individuo en términos de consumo privado caen bajo las disposiciones diseñadas para proteger al consumidor como la parte considerada más débil económicamente. La protección específica que se busca de conformidad con esas disposiciones no se encuentra garantizada en el caso de contratos con

⁸⁰ Debemos recordar el caso *Cassis de Dijon* (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 20 de febrero de 1979), definió por primera vez “el principio de reconocimiento mutuo”, al establecer que cualquier producto fabricado y comercializado en un Estado miembro, y conforme a las normas de ese Estado, debe ser admitido, en principio, en cualquier otro Estado miembro. Esta sentencia fijó los elementos esenciales para la realización de los objetivos de protección de la salud pública y de la protección de los consumidores.

⁸¹ Fallo del TJUE del 13.1.2000, C-220/98 Estée Lauder.

fines de una actividad comercial o profesional”⁸². El TJCE ha enfatizado que esas disposiciones “sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales” (STJCE 21 junio 1978, asunto Bertrand; STJCE 19 enero 1993, asunto Shearson Lehman Hutton Inc.; STJCE 11 julio 2002, asunto Gabriel; STJCE 20 enero 2005, asunto Gruber; STJCE 20 enero 2005, asunto Engler), “sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo” y el concepto de consumidor “debe interpretarse de forma restrictiva” (STJCE 3 julio 1997, asunto Benincasa), “pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante” (STJCE 20 enero 2005, asunto Gruber).

3. La noción de consumidor en las legislaciones de los Estados miembros de la UE

Respecto de las nociones de consumidor en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros de la UE, el panorama no es uniforme, máxime teniendo presente el carácter inherente de la Directiva como instrumento legislativo, que brinda a cada Estado la facultad de determinar el alcance de la definición del consumidor, por lo que pueden aplicar una definición más amplia o restringida del consumidor.

Así, por ejemplo, la posibilidad de que las personas jurídicas sean consumidoras es reconocida por varias legislaciones internas de los Estados Miembros de la UE, apartándose claramente de las normas comunitarias y de la interpretación restrictiva del TJUE. Es el caso de la legislación de Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia.⁸³

⁸² Fallo del TJCE, 3 julio 1997, C-269/95, Francesco Benincasa y Dentalkit s.r.l.,

⁸³ Ver, para más detalles: SCHULTE-NÖLKE, H, TWIGG-FLESNER C., y/ EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, München, Sellier, 2008, pp. 456-457 (también disponible en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf).

Por otro lado, vale señalar que ni siquiera, todos los países consagran una noción general de consumidor. En efecto, mientras que algunos Estados miembros de la UE reconocen una definición genérica de consumidor, otros, en cambio (Bélgica, Estonia, Lituania, Portugal, Eslovaquia) prevén distintas nociones generales. Por otra parte, Chipre, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Rumanía, Reino Unido, por el contrario, no reconocen ninguna definición jurídica general de consumidor en sus legislaciones internas, sino que lo definen en cada ley de transposición u optan por omitir todo tipo de calificación. Es el caso de Francia que no define en absoluto qué entiende por consumidor en su legislación, aunque la jurisprudencia se ha ocupado de desarrollar tal concepto ante cada caso en concreto.⁸⁴

Sin embargo, la Comisión no está contemplando la posibilidad de ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas (Libro Verde de 2007 y Propuesta de Directiva de Derechos de los Consumidores de 2008).

Siendo ello así, si esta Propuesta de Directiva de máximos llegará a integrar el Derecho de la UE, tales Estados deberían necesariamente modificar sus legislaciones, eliminando la inclusión de las personas jurídicas.⁸⁵

VI. LA PROTECCIÓN DEL CIBERCONSUMIDOR EN LA UE

⁸⁴ Puede verse: SCHULTE-NÖLKE, H, TWIGG-FLESNER C., y/ EBERS, M. (dirs.), EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States, München, Sellier, 2008, pp. 456-457 (también disponible en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf).

⁸⁵ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo de 2011, Vol. 3, N°1, pp. 84-117. Disponible en: www.uc3m.es/cdt

En los últimos años, desde la proliferación de las nuevas tecnologías, y en particular Internet, la UE ha estado a la vanguardia a la hora de aprobar normas específicas sobre contratación celebrada a distancia y comercio electrónico en general, incluyendo un tratamiento especial a aquellas relaciones en las que intervienen consumidores. Veamos las normas más significativas.

1. La Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, se propone aproximar las disposiciones de los Estados miembros relativas a los contratos celebrados a distancia entre consumidores y proveedores.

Dicha norma comunitaria se aplica a los contratos negociados a distancia, es decir, mediante cualquier medio útil (por ejemplo, por teléfono o por correo electrónico) sin presencia física simultánea de las partes del contrato. Sin embargo, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva: los contratos referentes a los servicios financieros mencionados en el anexo II (se trata de una lista no exhaustiva); los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos; los contratos celebrados con los operadores por el hecho de utilizar cabinas de teléfonos públicas; los contratos referentes a los bienes inmuebles, con excepción del arriendo; los contratos celebrados en subastas.

Asimismo, la Directiva prevé excepciones parciales para los bienes del hogar de consumo corriente suministrados en visitas (comercio no sedentario) y los contratos de turismo y de transporte.

Una de las obligaciones más significativas y esenciales que prevé dicha norma es la de información al consumidor. En efecto, antes de la celebración de cualquier contrato a distancia, el consumidor debe recibir información clara y comprensible sobre: la identidad y, en su caso, la dirección del proveedor; las características del bien o del servicio, así como su precio; los gastos de entrega; las modalidades de pago, entrega o ejecución; la existencia de un derecho de resolución; el plazo de validez de la oferta, del precio y, en su caso, la duración mínima del contrato; el coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia.

Tales informaciones deben confirmarse por escrito o en soporte duradero (correo electrónico) en el momento de la ejecución del contrato. También deben mencionarse por escrito: las modalidades de ejercicio del derecho de resolución; el lugar de presentación de las

reclamaciones; la información relativa al servicio posventa; las condiciones de rescisión del contrato.

A su turno, la Directiva reconoce el derecho de resolución y el derecho de reembolso a favor del consumidor, quien dispondrá: de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna cuando el proveedor haya cumplido sus obligaciones en materia de información; y de un derecho de devolución de tres meses cuando el proveedor no haya cumplido sus obligaciones en materia de información. El proveedor estará obligado a devolver las sumas pagadas por el consumidor en un plazo de treinta días.

En relación con la utilización de técnicas de comunicación a distancia, la Directiva contiene disposiciones específicas. En efecto, el empleo por un proveedor de un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o de un fax requiere el consentimiento previo del consumidor. En cambio, las otras técnicas de comunicación a distancia sólo podrán utilizarse en ausencia de oposición manifiesta del consumidor.

2. La Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior

a. Antecedentes

La regulación del comercio electrónico en la Unión Europea se enmarca en una política mucho más amplia, en relación con la sociedad de la información, basada en la política de las telecomunicaciones, cuyo fundamento son los artículos 95 (armonización del mercado interior), 81 y 82 (competencia), 47 y 55 (derecho de establecimiento y servicios) del Tratado de la Comunidad Europea; el apoyo al desarrollo en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), basado en los artículos 163 a 172 (investigación y desarrollo) del mismo Tratado; la creación de las condiciones necesarias para favorecer la competitividad de las empresas comunitarias, en consonancia con el artículo 157; y el fomento de las redes transeuropeas de transporte, energía y telecomunicaciones, tal como establecen los artículos 154, 155 y 156 del Tratado.

Como primera aproximación a Internet y al comercio electrónico, la Comunidad Europea elaboró una serie de comunicaciones al respecto. En julio de 1994, la Comisión

elaboró un plan de acción titulado: “La vía europea hacia la sociedad de la información”⁸⁶ Posteriormente, lanzó la Comunicación: “Europea en primera línea en la sociedad de la información global: plan de acción evolutivo”.⁸⁷

La expresión “comercio electrónico” aparece por primera vez en una iniciativa comunitaria en la Comunicación “Iniciativa europea de comercio electrónico”, del 16 de abril de 1997. También esta es la primera oportunidad en la que la Comisión se plantea la posibilidad de elaborar una regulación comunitaria comprensiva de los distintos aspectos jurídicos del comercio electrónico. A tales efectos, la Comisión señaló cuatro principios a ser tenidos en cuenta al momento de establecer un marco legislativo en la materia: 1) “No regular por regular”, en consonancia con el principio de subsidiariedad, 2) “Cualquier reglamentación debe basarse en todas las libertades del mercado único”, 3) “Toda reglamentación ha de tener en cuenta las realidades comerciales” y 4) “Toda reglamentación debe satisfacer objetivos de interés general de manera efectiva y eficaz”, como el derecho a la intimidad, la protección del consumidor y la amplia accesibilidad a las redes.⁸⁸

El 14 de febrero de 1998, la Comisión emitió la Comunicación “Globalización y Sociedad de la información. La necesidad de reforzar la coordinación internacional”⁸⁹ y el 17 de junio de 1998, aprobó la Comunicación “Comercio electrónico e imposición indirecta”.⁹⁰

⁸⁶ COM (94) 347, del 19 de julio de 1994.

⁸⁷ COM (96) 607, del 27 de noviembre de 1996.

⁸⁸ Comunicación de la Comisión sobre una *Iniciativa europea de comercio electrónico*. COM (97) 157 final. Bruselas, 16 de marzo de 1997, ps. 22 y 23.

⁸⁹ COM (98) 50 del 4 de febrero de 1998.

⁹⁰ COM (98) 374 del 17 de junio de 1998.

En este contexto, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva para armonizar determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior el 23 de diciembre de 1998.⁹¹

Mientras tanto, en diciembre de 1999 se adoptó la comunicación “eEurope – Una Sociedad de la información para todos”, que fue acogida favorablemente por el Consejo Europeo que, en marzo de 2000, fijó un nuevo objetivo estratégico de la Unión para la próxima década: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”.

El 28 de febrero de 2000, el Consejo Económico Financiero de la Unión Europea adoptó la Posición común 22/2000, con la abstención de la delegación de Bélgica, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, con la finalidad de crear un marco jurídico simple y coherente para el desarrollo del comercio electrónico en el mercado único.

Finalmente, el 8 de junio de 2000 la UE, luego de un arduo debate interinstitucional entre el Consejo de la Unión europea, el Parlamento Europeo y la Comisión, aprobó la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), con diversas modificaciones respecto del texto original.⁹²

La norma comunitaria procura evitar obstáculos a la contratación por medios electrónicos, equiparando en cuanto a su validez a esta nueva modalidad con las tradicionales.

Esta Directiva 2000/31/CE complementa a la Directiva sobre firma electrónica que reconoce igual validez a la firma electrónica que a la manuscrita. A su vez, fue seguida por otras directivas sobre dinero electrónico, sobre ciertos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información, así como sobre el régimen del impuesto al valor agregado aplicable a ciertos servicios brindados por medios electrónicos.

⁹¹ COM (98) 586 final. Bruselas, 18 de noviembre de 1998.

⁹² *Diario Oficial*/N° L 178, del 17 de julio de 2000, ps. 1 – 16.

Su objetivo no es lograr una uniformidad del derecho en la materia sino crear un marco general de tipo flexible. En efecto, los Estados miembros gozan de una gran libertad de transposición de esta Directiva.

La Directiva está compuesta por 24 artículos distribuidos en cuatro capítulos, divididos en secciones, del siguiente modo:

- Capítulo I: DISPOSICIONES GENERALES
- Capítulo II: PRINCIPIOS
 - Sección 1: Régimen de establecimiento y de información
 - Sección : Comunicaciones comerciales
 - Sección 3: Contratos por vía electrónica
 - Sección 4: Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios
- Capítulo III: APLICACIÓN
- Capítulo IV: DISPOSICIONES FINALES

b. La Directiva 2000/31/CE y el ciberconsumidor

El considerando 11 de la Directiva precisa que ella “no afecta al nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios; entre otras, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, constituyen un instrumento esencial para la protección del consumidor en materia contractual. Dichas Directivas se seguirán aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información (...) La presente Directiva completa los requisitos de información establecidos en las Directivas mencionadas y, en particular, en la Directiva 97/7/CE.”

A su turno, la Directiva prevé tres tipo de excepciones: 1) algunas actividades son excluidas del campo de aplicación (anexo 1); 2) la cláusula del “país de origen” no se aplica en un cierto número de ámbitos específicos; 3) los Estados miembros pueden tomar medidas que limiten medidas que limiten la libre circulación de servicios procedentes de otro Estado miembro (excepciones caso por caso), por motivos derivados de cuestiones concretas como la protección de menores, la salud, o la protección de los consumidores.

Según lo establece el apartado 3 del artículo 3, los sectores citados en un anexo son excluidos del ámbito de aplicación específico de los apartados 1 y 2 del artículo 3, que establecen el principio de la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información sobre la base de las normas del país de origen. En consecuencia, respecto de tales sectores, los Estados permanecen libres para aplicar el principio del país de destino, en cambio del principio del país de origen. Es decir, podrán hacer valer sus propias normas, incluso limitando la libertad de circulación de tales servicios. Sin embargo, en relación con tales sectores, las restantes normas de la directiva son totalmente aplicables.⁹³

Los sectores enumerados en el anexo son:

- derechos de autor, derechos afines y derechos mencionados en la Directiva 87/54/CEE y en la Directiva 96/9/CE(2), así como a los derechos de propiedad industrial,
- emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a las que los Estados miembros hayan aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2000/46/CE,
- apartado 2 del artículo 44 de la Directiva 85/611/CEE, es decir las normas que permiten la publicidad en los Estados de comercialización por los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios,
- artículo 30 y título IV de la Directiva 92/49/CEE, título IV de la Directiva 92/96/CEE, artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE y artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE, o sea la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios en materia de seguros directos,
- libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato,
- **obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores,**⁹⁴

⁹³ Cfr. DRAETTA, Ugo, “Internet et commerce électronique en droit international des affaires”, en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005, p. 72.

⁹⁴ En relación a los contratos concluidos con consumidores, las normas obligatorias del país de su residencia prevalecerán siempre que sean más favorables a las del país de origen.

- validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria,

- licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico (*spamming*).

Finalmente, los Estados miembros, en virtud del artículo 3.4 pueden adoptar medidas que constituyan excepciones al apartado 2 del artículo 3 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen ciertas condiciones.

En primer lugar, las medidas deberán ser necesarias por uno de los motivos siguientes:

- orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales,

- protección de la salud pública,

- seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales,

- **protección de los consumidores**, incluidos los inversores;

En segundo término, deberán ser tomadas en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de los objetivos enunciados o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos. En tercer lugar, deberán ser proporcionadas a dichos objetivos.

Tal como podemos apreciar, entonces, la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico no excluye *per se* a los contratos y demás relaciones jurídicas celebradas por medios electrónicos en los que participen consumidores, pero permite que bajo ciertas condiciones taxativas, los Estados Miembros adopten medidas que operen como excepción a los principios de la Directiva, siempre que ello sea en aras de los derechos e intereses de los consumidores.

3. El Reglamento (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas, 2000)

a. **Ámbito de aplicación. Principios generales.**

Según el artículo 1 del Reglamento se aplica en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluye, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.

Sin embargo, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento:

- a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;
- b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
- c) la seguridad social;
- d) el arbitraje.

El Reglamento es aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, el Considerando 8 expresa que “los litigios a los que se aplica el Reglamento deben presentar un nexo con el territorio de los Estados miembros...” Sus normas se aplicarán, en principio cuando el demandado esté domiciliado en uno de tales Estados. En cambio, los demandados no domiciliados en un Estado miembro estarán sujetos a las normas nacionales de jurisdicción vigentes en el país ante cuyos tribunales se interponga la demanda.

Cabe señalar que este instrumento sustituye al Convenio de Bruselas de 1968, que era aplicable entre los Estados miembros antes de la entrada en vigor del Reglamento, excepto por lo que se refiere a los territorios de los Estados miembros que entran en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del presente Reglamento con arreglo al artículo 299 del Tratado CE.

En el momento de la entrada en vigor del Reglamento, la competencia judicial entre Dinamarca y los otros Estados miembros seguirá estando regulada por el Convenio de Bruselas de 1968. Sin embargo, el 19 de octubre de 2005, la Comunidad firmó un acuerdo con Dinamarca extendiendo las disposiciones del presente Reglamento a este país. El Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil fue aprobado en nombre de la Comunidad mediante decisión del Consejo de 27 de abril de 2006. El acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 2007.

Por su parte, para las relaciones con Noruega, Suiza e Islandia, resulta aplicable el Convenio de Lugano de 1988 relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁹⁵

b. Jurisdicción competente en materia de contratos celebrados con consumidores

El Reglamento prevé un régimen específico para los contratos de consumo que se incluyen en la Sección cuarta del Capítulo segundo, estableciendo un conjunto de disposiciones especiales sobre la competencia relativa a los contratos celebrados por los consumidores encaminadas a brindar una protección especial a la “parte débil” de la relación jurídica, siempre que los consumidores se encuentren en una situación de inferioridad frente a la otra parte, o si se está ante una típica situación de asimetría contractual.

Quedan contemplados todos los contratos celebrados por los consumidores con personas que ejercen actividades comerciales o profesionales en el territorio comunitario, a excepción de los contratos de transporte distintos de los que ofrecen conjuntamente el viaje y el alojamiento con un precio a tanto alzado. Aparte del caso de venta a plazos de mercancías, de préstamos a plazos o de cualquier otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, el consumidor sólo goza de protección si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor (criterio *Doing Business* o *Mercado natural del empresario*) o, alternativamente, por cualquier medio, dirige estas actividades hacia dicho Estado miembro (criterio *Stream-of-Commerce* o *Mercado de conquista*).⁹⁶ Una demanda interpuesta por un consumidor puede serlo ante el tribunal del Estado miembro en el territorio donde se encuentra el demandado o ante el tribunal del Estado miembro donde el consumidor tenga su domicilio. En caso de que un profesional promoviera una acción contra un consumidor,

⁹⁵ Cabe señalar que ni el Convenio de Bruselas ni el de Lugano se adaptan al ámbito de la contratación electrónica.

ésta sólo podría hacerse ante los tribunales de los Estados miembros en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor.

Si bien las normas se mantienen muy semejantes a las contenidas en el Convenio de Bruselas, el ámbito de aplicación ha sido modificado significativamente. En efecto, bajo el Reglamento⁹⁷, cualquiera sea el objeto de los contratos de consumo (no solamente los de suministro de bienes o de prestación de servicios), el consumidor podrá interponer la demanda ante los jueces de su residencia habitual. No es más necesario haber realizado todos los actos tendientes a la contratación desde su domicilio, sino que será suficiente que el cocontratante haya desarrollado su actividad en el Estado donde reside el consumidor, o la haya dirigido hacia allí, siempre que el contrato celebrado se encuentre dentro del marco de dicha actividad.

En cambio, cuando es el consumidor quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), no se aplica la protección del artículo 15. El consumidor, entonces, no podrá demandar en el país de su domicilio, ya que el empresario no penetró en su mercado.

Al respecto, según el Memorándum explicativo de la Propuesta de Reglamento, se interpretará que la actividad del comerciante se desarrolla en, o se dirige hacia, el Estado donde reside el consumidor, cuando aquel haya establecido un sitio web activo a través del cual se haya celebrado el contrato, que resulte accesible desde ese país. En cambio, la mera creación de un sitio pasivo accesible desde la jurisdicción no será suficiente actividad del

⁹⁶ Sobre el art. 15.1.c), la doctrina sostiene que es una “norma de transacción”, que trata de proteger y de impulsar el e-commerce Business – to – Consumer. Ver CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, párr. 102.

⁹⁷ La noción de “actividades dirigidas” introducida por el Reglamento, si bien guarda similitud con el término del Targeting, se halla preñada de abstracción. En efecto, debido a su amplitud, deja un amplio margen a la interpretación. En este aspecto, conviene señalar que ha dado lugar por un lado, dentro del contexto de Internet, que un sitio web, salvo indicaciones en contrario, se reputa dirigido a todo el mundo, mientras que por el otro, se sostiene que la existencia de una página web no significa que, automáticamente el empresario se lance a la conquista de todos los mercados del mundo.

cocontratante para activar el *forum actoris*. Tampoco opera este foro cuando la publicidad exclusivamente va dirigida a ciertos países pero no a otros, respecto de estos últimos.

La eliminación en el artículo 15 del Reglamento del requisito exigido en el artículo 13 del Convenio de Bruselas relativo a que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio los actos necesarios para la celebración del contrato, está vinculada a la dificultad para localizar esos actos en la contratación electrónica.⁹⁸

Sin embargo, la nueva redacción de esta norma, para adaptarla al comercio electrónico, inquieta a las empresas que desean participar en el comercio electrónico dado que se verán obligadas a especificar que sus productos o servicios no se encuentran a disposición de consumidores domiciliados en ciertos Estados miembros, si no desean someterse a eventuales juicios en todos ellos.⁹⁹

En lo que concierne a los acuerdos de elección de foro en los contratos de consumo, el Reglamento prevé que sólo serán válidos si son celebrados con posterioridad al nacimiento de la disputa, o sin tan sólo aumentan los tribunales ante los cuales puede demandar el consumidor a su contraparte, o cuando atribuyan competencia a los jueces del Estado miembro en el cual estuvieren domiciliadas o residan con habitualidad ambas partes al momento de celebrar el contrato, siempre que la ley de ese país no los prohíba.

De modo, que tal como surge del análisis realizado, los artículos 15, 16 y 17 del Reglamento, establecen la concurrencia de una serie, una conjunción de elementos subjetivos y objetivos para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial internacional. En efecto, una de las partes del contrato ha de ser un consumidor y la otra un profesional, ya que no puede beneficiarse de los foros de competencia especiales si no se da el desequilibrio contractual entre las partes, es decir, se excluyen las relaciones C2C (consumer to consumer), y dentro de los elementos subjetivos, el consumidor que únicamente podrá prevalerse de estas normas será cuando él mismo sea el

98 Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 443.

99 Cfr. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción insprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 112 – 113.

que ejercita una acción judicial, quedando fuera cuando es ejercitada por asociaciones de consumidores en nombre del consumidor o cuando se presenta una acción colectiva.

En suma, en el Reglamento Bruselas I, el legislador comunitario consideró que la protección del derecho a una tutela judicial efectiva de los consumidores requería el establecimiento de foros distintos (artículos 16/17 del Reglamento) a los establecidos por la normativa general, para favorecer, ampliando los foros disponibles, el acceso a la justicia. Ahora bien, su aplicación a la contratación electrónica, resulta indispensable debido a la posición de debilidad, de vulnerabilidad acentuada del consumidor, ya que como es sabido, resulta frecuente que el proveedor o el empresario incluya, predisponga en los contratos cláusulas de sumisión a los tribunales del país. Pero ciertamente, se trata de una situación peligrosa, por qué no tramposa, si se piensa que por un lado mientras esta situación le permite ofrecer productos a precios competitivos, “pues disminuye costes, algo que beneficia a los consumidores. Pero al mismo tiempo, supone una carga enorme para el consumidor, que para recuperar cifras monetarias moderadas debería litigar ante tribunales extranjeros, algo de lo que finalmente desiste”¹⁰⁰.

4. El Reglamento (CE) N° 593 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

a. Ámbito de aplicación. Principios generales.

Después de arduos trabajos, el 17 de junio de 2008, fue aprobado el Reglamento (CE) N° 593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009 y se aplica a los contratos celebrados a partir de esa fecha.

Según el artículo 24, el Reglamento sustituye al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado. Tales serían, en principio, los casos de Irlanda, Reino

100 STONEY, M.A., y STONEY, S., “The problems of jurisdiction to ecommerce. Some suggested strategies”, In Logistics information Management, Vol. 16, N° 1, 2003.

Unido y Dinamarca.¹⁰¹ En efecto, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no ha participado en la adopción del Reglamento. Dicho país, por lo tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación. En cambio, Irlanda y Reino Unido están vinculados por el Reglamento, ya que Irlanda notificó, ya durante los trabajos preparatorios del Reglamento, su deseo de participar en la adopción y aplicación del nuevo instrumento; y por su parte, el Reino Unido, después de haber notificado su decisión de no participar en la adopción del Reglamento, finalmente ha comunicado su solicitud de aceptar el Reglamento.¹⁰²

En consecuencia, en la medida en que sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma para los restantes miembros de la Unión Europea, se entenderá que toda remisión a éste se refiere al Reglamento.

La nueva norma comunitaria reproduce en gran medida las disposiciones del Convenio de Roma.

En términos generales, una de las diferencias más significativas está relacionada a las reglas para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes.

101 En efecto, disponen los siguientes considerandos del Reglamento:

(44) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.

(45) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación.

(46) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

102 Cfr. Decisión de la Comisión 2009/26/CE de 22 de diciembre de 2008 (DOUE L 10, de 15 enero 2009).

De acuerdo al artículo 4 del Reglamento, a diferencia del Convenio, en defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para cada tipo particular de contrato¹⁰³. Sólo en el caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.

Pero si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en cada caso, una cláusula de escape establece que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

A su turno, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados ni por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta también, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

b. Ley aplicable en materia de contratos celebrados con consumidores

Sobre el tema concreto que nos ocupa, si bien el nuevo Reglamento no contiene normas específicamente destinadas a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, en materia de contratos de consumo (artículo 6) según el Considerando 24, deja constancia que resulta necesario tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. Asimismo, invoca la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) N° 44/2001. Por ende, se refiere a la “actividad dirigida” como condición para aplicar

¹⁰³ Contratos de compraventa de mercaderías; contratos de prestación de servicios, contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o de arrendamiento de un bien inmueble; contratos de franquicia, contratos de distribución, contratos de venta de bienes mediante subasta, contratos celebrados en un sistema multilateral. (artículo 4, inc. 1, a) a h).

la norma protectora del consumidor. Este concepto debe ser objeto de una interpretación armoniosa en ambos Reglamentos. En este sentido, recordemos que una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) N° 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable “no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades”. Esta declaración aclara también que “el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”.

En esta inteligencia, el artículo 6 dispone que “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.”

Por ende, en el reciente Reglamento el ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento de Bruselas. Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

En este aspecto, conviene señalar que el TJUE del 7 de diciembre del 2010, en los casos C-585/08 y C-144/09, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schluter* y *Hotel Alpenhof contra Oliver Heller*, respectivamente, en una cuestión prejudicial se le ha planteado la siguiente interrogante: “si el hecho de que un sitio web del cocontratante del consumidor pueda ser consultado por Internet basta para afirmar que se trata de una actividad dirigida a un Estado, en el sentido del artículo 15 parágrafo 1, del Reglamento N° 44/2001 Bruselas I.” En esta

sentencia la Corte, respondiendo a este planteo, precisa la significación de una de las condiciones de aplicación de las reglas protectoras de los consumidores, y señala una lista indicativa de los índices que permiten calificar como una actividad dirigida las acciones realizadas por los comerciantes. En efecto, se establece que no hay ninguna duda que los artículos 15 y 16 del Reglamento están destinados a proteger a los consumidores, pero ello no significa que esta protección sea absoluta. Dicho en otras palabras, el mero hecho que un sitio sea accesible en Internet, no es suficiente para que se desencadenen las disposiciones protectoras de los consumidores. Tal como vimos, la noción de actividad dirigida, introducida dentro del orden jurídico de la UE por los Reglamentos precedentemente analizados, tal y como surge de la sentencia analizada es un instrumento útil a fin de adaptar, conciliar las reglas protectoras de los consumidores del derecho internacional privado europeo a la práctica del comercio electrónico.

Del análisis realizado, surge claramente, que la idea subyacente, es la limitación del juego de la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados por consumidores, erigiéndose en un instrumento fundamental para lograr el objetivo de este régimen especial, cual es una protección específica a los consumidores. En efecto, en situaciones de igualdad de poder de negociación el principio de la autonomía de la voluntad es el que mejor se adapta a los intereses de las partes, mientras que en las situaciones de desigualdad, la posición privilegiada, de superioridad conduce a una necesaria restricción en la elección de las partes para atenuar la difícil situación que bajo ciertas circunstancias, puede llegar a imposibilitar el acceso a la justicia del consumidor.

VII. PROYECTOS RECIENTES DE NORMAS PROTECTORIAS DEL CIBERCONSUMIDOR EN LA UE

Recientemente, en marzo de 2011, el Parlamento Europeo (PE) ha propuesto medidas para reforzar la protección de los derechos de los consumidores en el comercio electrónico.

La Eurocámara ha aprobado enmiendas a la propuesta de la Comisión que armoniza los derechos de los consumidores en la UE, pero han aplazado el voto final para tratar de alcanzar un acuerdo con el Consejo.¹⁰⁴

La normativa propuesta por la Comisión abarca todas las ventas, ya sean a distancia (por teléfono, televisión, correo, entre otros), a domicilio o en la tienda. Sin embargo, la normativa afecta especialmente al comercio electrónico.

La contratación de paquetes de viajes a través de internet y la venta de productos perecederos quedarían excluidas de esta normativa.

En virtud de la nueva norma, cualquier consumidor de los 27 países miembros de la Unión Europea tendrá por derecho la posibilidad de cancelar una compra en un plazo de 14 días cuando adquiera un producto en el extranjero y los envíos serán regulados de forma más estricta, de modo que lleguen siempre en un plazo de 30 días como máximo. De no ser así, el comprador podrá cancelar el pedido.

Los productos digitales, como la música, las películas o los programas, estarán excluidos del derecho de devolución. La venta se considera cerrada desde el momento en que comienza la descarga del archivo.

El texto establece que el vendedor debe proporcionar al consumidor información sobre las características del producto, el precio y cualquier gasto adicional de envío. También refuerza los derechos de los consumidores sobre reembolsos, reparaciones, garantías y cláusulas contractuales abusivas. "Por otra parte, la normativa busca reducir los trámites administrativos que disuaden a las empresas, especialmente las pymes, de vender en otros países y así dinamizar las ventas por Internet", agrega el documento.

La directiva fija un máximo de 30 días, a partir de la firma del contrato, para la entrega del producto. En caso de que no se respete este plazo, el consumidor tendrá derecho a cancelar el pedido. El vendedor será responsable en caso de deterioro o pérdida de la mercancía.

Por otro lado, si el precio del bien es superior a 40 euros, el vendedor debe cubrir los gastos de envío. Todos los gastos deben ser reembolsados al consumidor en un plazo de 14

¹⁰⁴ El texto final podría adoptarse antes de julio de 2011.

días desde la devolución. Sin embargo, el consumidor debe probar que ha devuelto el producto.

El PE propone que si el comerciante no informa debidamente al consumidor sobre el derecho de devolución, el plazo de 14 días debe ampliarse automáticamente hasta los 12 meses (el Consejo sugiere 3 meses).

Andreas Schwab, el eurodiputado a cargo de la regulación propuesta, dijo que la nueva directiva "incrementaría la confianza del consumidor y crearía nuevas oportunidades de mercado para los proveedores".

Sin embargo, también tiene detractores que sostienen que su aprobación y entrada en vigor podría producir un retroceso en cuanto a los derechos de los consumidores consagrados en algunos Estados miembros. La directiva que votará el Parlamento es, de hecho, mucho más limitada que la propuesta que hace tres años planteó la Comisión Europea. Entonces, se pensó en una norma que aunase cuatro directivas existentes sobre los derechos del consumidor y que también regulase las compras en comercios convencionales. Asimismo, inicialmente se planteaba una máxima armonización en todos sus puntos (es decir, establecer unos criterios compartidos que un país no puede mejorar), aunque finalmente en ciertos puntos se ha optado por una norma de mínimos, como en el derecho de garantía.

VIII. REFLEXIONES FINALES

A partir del recorrido realizado por el Derecho del consumidor en la Unión Europea, con especial consideración en las relaciones que los consumidores desarrollan en el ciberespacio, podemos esbozar las siguientes conclusiones:

- La UE ha transitado un progresivo e incesante camino hacia la protección integral de los derechos de los consumidores en el espacio comunitario.
- Sin embargo, no ha logrado aún una noción jurídica general de consumidor. En especial, los Estados miembros no han transpuesto las Directivas en la materia incluyendo una definición unívoca de consumidor. Esta circunstancia se debe, principalmente, a la modalidad de armonización legislativa elegida por las

instituciones de la UE. Las directivas han permitido, hasta el momento, dejar librado a cada Estado la concepción de consumidor.

- Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la modalidad elegida como técnica legislativa por el legislador comunitario de aproximación sectorial y armonización mínima, se encuentra en miras de ser superada, destinada “a simplificar, actualizar las normas existentes, eliminando las incoherencias y colmando las lagunas” (Exposición de Motivos, p. 3), impidiendo a los Estados miembros mantener e introducir en su derecho nacional disposiciones divergentes a las establecidas, en particular más o menos estrictas para garantizar un nivel de protección de los consumidores diferente.¹⁰⁵ En este ámbito, se inserta esta propuesta armonizadora de máximos, como es la que se avizora, que aportaría un trascendental avance en materia de protección de consumidor, al proponerse la refundición de varias directivas en un único texto comunitario.
- Precisar la noción de consumidor, en cualquier ámbito, no es una cuestión baladí, sino antes bien una necesidad que se impone a fin de evitar disparidades nocivas que suelen operar en contra de los intereses de los consumidores. Tal como vimos, en la UE algunos textos poseen una calificación muy amplia, como los supuestos de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos, y de la Directiva 84/450/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. En cambio, otras como la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1998 relativa a la protección de los adquirentes en lo referente a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, que entiende como consumidor, a “la persona que actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”. Asimismo, cabe señalar tal como surge de lo analizado, que ciertas Directivas tales como la Directiva 87/102/ CEE del Consejo de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y

105 Propuesta de directiva relativa a los derechos de los consumidores (COM 82008) del 8 de octubre del 2008.

administrativas en materia de créditos de consumo, excluyen a la persona jurídica. Aunque, en términos generales, las Directivas parecen enroscarse dentro de una línea de pensamiento que excluye a las personas jurídicas dentro de la calificación como consumidores. Sin embargo, no menos llamativa resulta la Directiva 2000/31 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico cuando califica al “destinatario del servicio” como “cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo, y especialmente, para buscar información o para hacerla accesible”.

- Respecto a las legislaciones nacionales conviene señalar evidentes disparidades. Así, por ejemplo, en el Código Belga de Derecho Internacional Privado del 2004, la figura del consumidor solamente abarca a las personas físicas (art. 97), mientras que la legislación española, concretamente la Ley 20 del 19 de julio de 1984 para la defensa de los consumidores y usuarios, en el artículo 1.2 incluye “a las personas físicas o jurídicas, que adquieren, utilizan o disfrutan como consumidores finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. A su turno, la ley 7 de 23 de marzo de 1995 de crédito al consumo define al consumidor como “la persona física que en las relaciones contractuales regidas por esta ley actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional”. Y finalmente, la ley 21 del 6 de julio de 1995, en materia de viajes combinados, estipula que consumidor “es cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”. Por otro lado, el Código de Consumo italiano de 2005 establece que “a los fines del presente Código, se entiende “por consumidor o usuario a la persona física que obra con fines distintos a la actividad empresarial o profesional”.
- Asimismo, tal como se ha analizado la jurisprudencia del TJCE se muestra vacilante, ya que en algunos de sus fallos adhiere a una interpretación estricta de la noción de consumidor, mientras que en sentencias más recientes se ha abierto a una línea de pensamiento más amplia, abarcativa.
- En materia de comercio electrónico, tal como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, la UE parece haber asumido la nueva realidad que impone la utilización de las modernas tecnologías, en especial, Internet, un espacio al que tienen acceso y

desde el cual operan un número significativo de consumidores comunitarios. Ello se manifiesta entre otros supuestos, en la existencia de un vasto conjunto de normas de Derecho Internacional Privado sobre consumo internacional adaptadas o adaptables al ámbito online en la UE, tales como surgen del Reglamento 44/2001 (artículos 15 y ss) y del Reglamento 593/2008 (artículo 6). Las normas protectorias de Derecho Internacional Privado, tanto para determinar la ley aplicable como la jurisdicción internacional en materia de contratos de consumo, se articulan en torno de la llamada teoría de la *stream of commerce*, que procura establecer la competencia del tribunal del Estado de residencia del consumidor cuando se trata de un consumidor pasivo que recibe la oferta de un website (activo) y que conduce a la aplicación de la ley de dicho Estado. Sin embargo, no podemos ocultar nuestras dudas, acerca de la relevancia de esta división entre sitios web activos y pasivos a los fines de la protección integral del consumidor.

- En suma, el legislador comunitario, parece haberse equivocado en el rumbo, dejándose llevar por su afán legislativamente omnicompreensivo, terminando por tejer una suerte de telaraña, que no solamente provoca una peligrosa opacidad normativa, sino que como el hilo suele cortarse por la parte más delgada, y convierte en ilusorios los derechos de los consumidores, esto es, los derechos de todos. Un paso en la dirección correcta, es la Propuesta del 2008 analizada precedentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS de RINCÓN, María Inés, “La protección al consumidor en el comercio electrónico”, en *Revista Derecho y Tecnología* N° 6/7, junio de 2005.
- BAUMGARTNER, Jeffrey – Schulze, Corinna. *Don't panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000.
- BRENNNA, Ramón G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley” en *Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional)*. Volumen 7 Comercio electrónico”, o en <http://ecomder.com.ar>

- BRIZZIO, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- CAFFERATA, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica La Ley* 2001-B, 1281.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo español: aspectos controvertidos o no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo de 2011, Vol. 3, N°1, pp. 84-117. Disponible en: www.uc3m.es/cdt (Consultado en abril de 2011).
- CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge Oscar, "La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur", en ED 214-724.
- COLÁNGELO, María N., y ÁLVAREZ, Carlos E., "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.
- CORRÊA JACQUES, Daniela, "Direito internacional privado e direito do consumidor: adequação dos métodos de direito internacional privado para a proteção do consumidor", en *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Universidade Federale do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Vol 1, 2004
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- DICKIE, John, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 1999.
- DRAETTA, Ugo, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005.
- DREYZIN de KLOR, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en CALVO CARAVACA, A., y OVIEDO ALBÁN, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado*, Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.

- FARINELLA, Favio, "Comercio electrónico en Internet", en *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Primera Parte: Contratos celebrados por ordenador* Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 11-49.
- "La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, 207-221.
- *Jurisdicción internacional en materia contractual*, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Colección Sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- "Arbitraje Electrónico: Una Solución para y por Internet", en *Revista de Derecho Comercial. Temas y Actualidades*. Decita. 02/2004, dirigida por Diego Fernández Arroyo y Adriana Dreyzin de Klor. Editorial Zavalia, 2004.
- "La Lex Informatica: La Insoportable Levedad del No Ser", en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.
- "Internet y Derecho Aplicable" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 4*, *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 24 de Septiembre 2004.
- "Acuerdos de elección del foro arbitral en el comercio electrónico", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 29 de julio de 2005.
- "El largo camino recorrido desde Roma al espacio cibernético por el domicilio en el Derecho Internacional Privado", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, febrero de 2005.
- "El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo", en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.
- "Internet: Un Golem de la Postmodernidad", Ponencia presentada para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados de San Isidro, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 22*, *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, agosto de 2006.

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica”, en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, ISSN N° 1514-9358, Volumen XI, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2007.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., MEDINA, Flavia A., y BÁEZ PEÑA, Vera M., "Una mirada a la contratación internacional electrónica desde el Derecho Internacional Privado", presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, a celebrarse los días 20, 21 y 22 de octubre en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en Libro electrónico de ponencias.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S., SCOTTI, Luciana B., y KLEIN VIEIRA, Luciane, “La protección de los ciberconsumidores desde la mirada del Derecho Internacional Privado argentino”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 59, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de abril de 2011.
- GAGO, Fernando, "Contratos en Internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento, en *Revista Jurídica La Ley* 2000-A, 902.
- GOLDENBERG, Pablo y MARÍ HERNÁNDEZ, Alvaro, "La Contratación en Internet, en *Revista El Derecho* 170-1093.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso y Areal Ludeña, Santiago (dirs.), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005.
- GUILLEMARD, Sylvette, “Le cyberconsommateur est mort, vive l’ahérent”, en *Journal du Droit International*, N° 1 (janvier – février – mars), *Juris Classeur*, 131e année, París, 2004.
- HONDIUS, Ewoud, “La Noción del Consumidor: la Unión Europea versus los Estados Miembros”, en *Sydney Law Review* 2006, Vol. 28, pág. 89.
- IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción insprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed Depalma, Buenos Aires, 2005.

- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, *RCE*, núm. 40, julio/agosto 2003, pp. 5-23
- *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid: Civitas, 2001.
- IUD, Carolina, “Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (elDial.com), Ed. Albremática, junio de 2006.
- JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.
- LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor. (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.
- “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, extractos del Curso: “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001. Publicado en:
- http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf
- LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coordinadores), *Defensa del consumidor*. Ábaco. Buenos Aires, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional MERCOSUR, en. *Revista Jurídica La Ley* 1996-E-1303/1320.
- MACIERZYŃSKA-FRANASZCZYK, Elwira, “Evolución de la protección al consumidor en la Unión Europea”. Disponible en: http://www.laweuropa.com/Spanish/index.php?d=tuketici&mod=Ab_Esp_Tuketicin_1_Introduction (Consultado en marzo de 2011).

- “Conceptos relativos al consumidor en la Unión Europea”. Disponible en: http://www.laweuropa.com/Spanish/index.php?d=tuketici&mod=Ab_Esp_Tuketicin_2_Introduction (Consultado en marzo de 2011).
- “Derecho europeo del consumidor”. Disponible en: http://www.laweuropa.com/Spanish/index.php?d=tuketici&mod=Ab_Esp_Tuketicin_3_1 (Consultado en marzo de 2011).
- MATOS SANTOLIM, Cesar, “A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro”, en *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Vol 1, 2004..
- MORALES ARCE, J.B. "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional" en *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid, España) 21:88:272 y 273, 2002.
- NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de Jurisdicciones en caso que involucran a Consumidores” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1991 – A, año 24, Ed. Depalma, p. 212.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado", en *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13 de noviembre de 2002, JA 2002-IV, fascículo N° 7, ps. 3-11.
- "La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional", en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003, ps. 1-6.
- PAISANT, Gilles, “La defensa del consumidor en la Unión Europea”, en *Derecho del Consumidor: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, La Plata; Vol. 11, 2000.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia, *Derecho Internacional Privado del Consumidor*, XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005
- PESSÓA CAVALCANTI, Marise, “A proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia”, en *JurisPoiesis: revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Vol. 8, 2005.

- SERRA CAMBACERES, Antonio, “Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico”, en JA 2004-I, 1224.
- SARRA, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- SCHÖTZ, Gustavo J., “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 36, Ed. Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2003.
- SCHULTE-NÖLKE, H, TWIGG-FLESNER C., y/ EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, München, Sellier, 2008, pp. 456-457 (también disponible en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf).
- SCOTTI, Luciana B., “La (des)protección de ciberconsumidor en América (Una mirada desde la Argentina y el Mercosur)”, en FERNANDEZ ARROYO. Diego y MORENO RODRIGUEZ, José Antonio (coordinadores). *Protección de los Consumidores en América*, Libro publicado con motivo de las Jornadas del mismo nombre celebradas en Asunción del Paraguay, con la organización del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), los días 5 y 6 de octubre de 2007. Ed. La Ley, Asunción, 2007, p. 519 a 546.
 - “La protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos”, en *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico*, Año 2, Número 2. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, diciembre de 2008, ps. 337 - 369.
 - “Nueva ley para fortalecer la protección del ciberconsumidor en Francia”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 34, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 28 de marzo de 2008. 4 páginas.
- SIRELLI, Pierre, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'État", en BOELE-WOELKI, Katharina y KESSEDJIAN , Catherine (eds), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* Kluwer Law International , La Haya , 2000.

- **STIGLITZ, Gabriel A.**, “El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR”, en *Revista Jurídica La Ley* 1995-B-1361/1374.
- **TILMAN, Vincent** y **MONTERO, Etienne**, "La nueva directiva europea sobre comercio electrónico", en *Revista Jurídica La Ley* 2002-C, 1093.
- **UZAL, María Elsa**, “La Protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 24, 1991 – A, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 254 – 255.

CUADERNILLO 5:

Y... ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN EN EL MERCOSUR?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas y Luciane Klein Vieira

Facultad de Derecho

Universidad de Buenos Aires

2012

Y... ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN EN EL MERCOSUR?

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas* y Luciane Klein Vieira**

I. INTRODUCCIÓN

La defensa del débil en sentido jurídico es preocupación esencial del Derecho moderno¹⁰⁶, e inobjetablemente lo es para una de sus manifestaciones que no puede permanecer ajeno como es al Derecho Internacional Privado¹⁰⁷, en especial dentro del área de la contratación internacional¹⁰⁸. Por este motivo nos vienen a cuento aquellas célebres palabras de Bastiat cuando sostuvo, y el tiempo le dio la razón, que “si los bienes no cruzan las fronteras, lo harán los soldados”¹⁰⁹. En este último aspecto, la asistencia de esta rama del Derecho en la búsqueda de soluciones es algo ineludible, ya que resulta común, que en una

** Abogada (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Titular de Cátedra en Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Es Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Es autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos y ponencias en Congresos, sobre temas de su especialidad.

*** Abogada egresada de UNISINOS, Brasil. Magíster en Derecho de la Integración (USAL/Paris I). Maestranda y Doctoranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Becaria doctoral del CONICET. Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Autora y coautora de diversos textos jurídicos.

106 JOSSERAND, L., “La protección de los débiles por el Derecho”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n° 12, dic./1947, p. 313.

transacción internacional el proveedor y el consumidor residan en diferentes jurisdicciones, de modo tal que por lo menos dos derechos nacionales pueden potencialmente ser aplicados sobre protección del consumidor.

A tenor de este múltiple escenario, en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales que se desarrollan dentro de los espacios integrados, los esquemas de integración, precisamente, tienen como desafío armonizar el concepto de consumidor en el territorio de los países miembros, en razón de que la definición varía según las distintas normas y tradiciones jurídicas, para que de esta forma el consumidor transfronterizo no se quede sin el amparo de la protección estatal. Si bien es cierto que somos conscientes, tal

107 En este sentido es interesante destacar que: “la protección del consumidor comenzó siendo una cuestión de derecho interno, limitándose al espacio territorial en que cada Estado ejerce su soberanía; sin embargo, el extraordinario desarrollo que el comercio internacional ha tenido en las últimas décadas ha puesto de manifiesto la necesidad de extender la tutela para más allá de las fronteras nacionales.” (HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Buenos Aires, BdeF, 1998, p. 504.)

108 Aunque la referencia a los contratos internacionales resulta ineludible, no puede ignorarse que puede hablarse de relación de consumo, que abarca todas las situaciones en las que el sujeto es protegido, antes de la contratación, durante ésta y después de celebrado el contrato si es dañado por un acto ilícito extracontractual sea que actúe individual o colectivamente.

109 ALTERINI, Atilio A. *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 159. El derecho de los consumidores en el derecho privado se refleja como un microsistema jurídico de protección del consumidor. En este sentido, Lorenzetti señala algunos puntos que evidencian la gestación del proceso de formación de los microsistemas: a) se instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El orden supletorio se torna imperativo, surgen las nulidades virtuales y se pretende el mantenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes, los módulos abiertos para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el listado de cláusulas negras y grises, el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas manteniendo el negocio y rediseñándolo, aunque no son muy frecuentes en el Derecho Común; y b) existe un apartamiento del principio de efectos relativos de los contratos, al sugerir la imputación de daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca que no han celebrado contrato alguno con el consumidor como ocurre en la ley brasileña 8078/90. Asimismo, prosigue el autor, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco han tenido vínculos convencionales previos. (LORENZETTI, Ricardo, “La Relación de Consumo. Ámbito de Aplicación del Estatuto de Defensa del Consumidor”, en: R. Lorenzetti/G. J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.)

como lo señala Atilio Aníbal Alterini, cuando sostiene que la caracterización del consumidor es problemática¹¹⁰, no lo es menos que debemos asumir esta tarea. Hay que puntualizar, y ello cobra fundamental importancia, si la definición de consumidor debe ser o no realizada. En caso afirmativo, habrá que discernir acerca de la conveniencia de la adopción de una noción restrictiva o amplia, es decir lo suficientemente abarcativa como para comprender variadas situaciones. Al intentar definir, al calificar, se está procurando fijar el ámbito de aplicación normativo, y por ende, el alcance de la tutela, del régimen especial previsto. |

Siendo así, el objetivo de este análisis es hacer un estudio comparativo sobre el Derecho Internacional Privado del Consumo de los cuatro Estados Partes del MERCOSUR, ampliando todavía el análisis incluyendo el derecho del consumidor en Venezuela, país candidato a entrar en el bloque como Miembro Pleno. Todo ello, sin dejar de tener en cuenta la calificación de consumidor dada por el esquema de integración en los diversos intentos de edición de normativas MERCOSUR sobre protección y defensa de la parte vulnerable del contrato de consumo.

Seguidamente, para profundizar el estudio que nos propusimos, será analizado el derecho interno de cada uno de los Estados involucrados, respecto a la jurisdicción internacional y a la ley aplicable, así como las principales propuestas que surgieron en el bloque en torno a los temas vinculados a la temática en destaque, en los contratos internacionales celebrados con consumidores.

II. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR¹¹¹

El concepto jurídico del consumidor aparece aproximadamente en la década de los

¹¹⁰ ALTERINI, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, op. cit.*, p. 152.

¹¹¹ Para desarrollar los ítems referentes a la noción de consumidor, fue utilizado como base el siguiente trabajo, de nuestra autoría: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane. “La Noción de Consumidor en el Mercosur”, *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 2, Madrid, Universidad Carlos III, oct./2011.

cincuenta, en donde logra independizarse del clásico contratante del ámbito contractual y del damnificado del área de la responsabilidad extracontractual. La importancia es tal, que hay estados que tienen previsiones en sus constituciones nacionales¹¹², tal el caso de la Argentina (artículos 42 y 43¹¹³), y de Brasil (artículos 5 y 170), entre otros.

Conforme advierte Javier H. Wajntraub, el origen del término “consumidor” está relacionado a las ciencias económicas, aunque actualmente haga parte del mundo jurídico. Según el autor: “para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el *valor de uso* de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico.” Así, al consumidor le interesa el valor de uso mientras que al empresario el valor de cambio. El consumidor es el último eslabón en la secuencia económica.¹¹⁴

Como se puede imaginar, sería fácil tomar el concepto económico de consumidor y

112 El concepto de consumidor fue independizado del concepto general de contratante en razón de su debilidad o hiposuficiencia. En este contexto, la fragilidad del consumidor fue lo que llevó a los Estados a adoptaren medidas y políticas públicas a favor de su protección, en donde podemos incluir la previsión constitucional como mecanismo imprescindible para el logro de los objetivos protectorios planteados. Como bien advierte Lopes: “o consumidor aparecia como uma figura frágil frente ao poderio econômico-financeiro dos grandes grupos, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. Por conta desse flagrante desequilíbrio, emergiram no cenário mundial as regras jurídicas da proteção do consumidor, impingindo ao Estado adotar políticas visando adaptar disparidades por meio de políticas e programas governamentais.” (KFURI LOPES, Rénan, “A maioria da Lei de Consumo no Brasil”, *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, n° 19, febr./mar. 2008, p. 156.)

113 También se encuentra protegido por constituciones provinciales como, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Santa Cruz de 1957 (artículo 46); la Constitución de Jujuy de 1986, artículo 73; la Constitución de San Juan de 1986, artículo 69; la Constitución de Santiago del Estero de 1986, artículo 51; la Constitución de Córdoba de 1987, artículo 29; la Constitución de Catamarca de de 1988; la Constitución de Río Negro de 1988, artículo 30; la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, artículo 22 y el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA), entre otras constituciones.

114 WAJNTRAUB, Javier H., “La Noción de Consumidor tras la Reforma de la Ley 24.240”, en: R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 155.

trasladarlo a la ciencia jurídica, considerando, además, que el ordenamiento jurídico de los distintos Estados intenta resguardar, por sus leyes de protección al consumidor, el sujeto más débil de la relación de consumo. Empero, para merecer la protección asignada por la ley, no basta que aparezca la situación de debilidad estructural antes señalada. Es necesario, por ende, que la propia ley encuadre el sujeto que adquiere un bien o un servicio dentro de una determinada categoría jurídica o tipo legal, es decir, dentro de la calificación establecida por la ley a ser aplicada.

De esta forma, definir cómo se califica el “consumidor” es esencial a la hora de determinar cuáles son las relaciones jurídicas que podrán ser consideradas como relaciones de consumo y, por ende, cuáles son los sujetos que estarán protegidos por la ley. Como bien advierte Diego P. Fernández Arroyo, el “consumidor” es definido de maneras muy distintas en los diversos países. En este sentido, existen tres criterios principales que suelen ser empleados por las legislaciones en el Derecho Comparado, para determinar quien será abarcado por la relación de consumo. Tales criterios pueden surgir en el texto legal de forma individual o combinada y se refieren a lo siguiente: “in the first place, the type of person can be taken into account. Indeed, some legal orders exclusively reserve the description of consumer for physical persons, excluding juridical persons. Others, however, encompass both types. A sub-distinction can be employed for juridical persons: in certain countries, an association may be deemed to be a consumer, but not a corporation (civil or commercial), whereas in others, the description is not limited to a certain type of juridical person. In the second place, the behaviour of a person who purchases goods or services plays an important part in determining the application of protective rules. Following the example of EU law, many orders limit the application of consumer law to passive consumers, that is to say, to those who have not taken any particular steps to purchase the goods and/or to those who have been targeted by marketing and advertising campaigns. Finally, some laws consider the purpose for which goods have been purchased in order to determine the application of protective instruments within consumer law. This criterion allows for a flexible appreciation of the notional consumer. Purchases made for professional reasons are excluded from this area of application of consumer law. This element is sometimes combined with the purchaser's expertise: therefore a professional who purchases goods or services for professional reasons, but in an area of activity where he/she has no experience, may be

deemed to be a consumer and may benefit from protective rules.”¹¹⁵

En este aspecto, resulta necesario resaltar que los elementos que pueden ser tomados en consideración son, por ejemplo, el destino final de los bienes (uso familiar, personal o doméstico), la naturaleza profesional de la actividad del consumidor que los introduce o no en el mercado, o bien la integración de los bienes al proceso productivo, destino final de la producción, entre otros.

Cuando se trata de definir al consumidor, según un destacado jurista argentino, se suelen distinguir claramente entre concepciones objetivas y concepciones subjetivas. Las concepciones *objetivas* suelen contener un componente positivo y otro negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor, que no debe actuar profesionalmente. En esta concepción, el *acto de consumo* "pone necesariamente en contacto a un consumidor con un profesional" que está "habitado a concluir un contrato semejante". En las definiciones *subjetivas* hay también un componente positivo: para ser considerado consumidor el sujeto debe destinar la adquisición a su uso personal o familiar; pero la calidad profesional del intermediario resulta indiferente. En esta concepción, se trata del "adquirente no profesional de bienes de consumo destinados a su uso personal"¹¹⁶. Aunque para ser sinceras, no podemos ignorar que hay legislaciones, instrumentos normativos, que combinan el uso personal con la naturaleza profesional o no

115 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P, "Consumer Protection in International Private Relations", en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 671-672. En primer lugar, el tipo de persona puede ser llevado en consideración. De hecho, algunos ordenamientos jurídicos se reservan exclusivamente la descripción de los consumidores para las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas. Otros, sin embargo, abarcan los dos tipos. Una sub-distinción puede ser empleada para las personas jurídicas: en algunos países, una asociación puede ser considerada como un consumidor, pero no una sociedad (civil o mercantil), mientras que en otros, la descripción no se limita a un determinado tipo de persona jurídica. En segundo lugar, el comportamiento de una persona que compra bienes o servicios desempeña un papel importante en la determinación de la aplicación de las normas de protección. Siguiendo el ejemplo de la legislación de la UE, en muchos ordenamientos jurídicos se limita la aplicación del derecho del consumidor a los consumidores pasivos, es decir, a aquellos que no han tomado ninguna medida en particular para comprar los productos y/o para aquellos que han sido blanco de marketing y campañas de publicidad. Por último, algunas leyes llevan en consideración la finalidad según la cual los bienes hayan sido adquiridos con el fin de determinar la aplicación de los instrumentos de protección en el derecho del consumidor. Este criterio permite una apreciación flexible de la figura teórica del consumidor. Las compras realizadas por motivos profesionales se excluyen de esta zona de aplicación del derecho del consumidor. Este elemento se combina a veces con la experiencia del comprador: por lo tanto un profesional que compra bienes o servicios por razones profesionales, pero en un área de actividad en la que él/ella no tiene experiencia, puede ser considerado como un consumidor y puede beneficiarse de las normas de protección. (Traducción libre)

profesional de la actividad desarrollada por el consumidor al concluir el contrato, tal el caso del artículo 120 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, cuando establece que: “habrá prestación corriente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del mismo”.

1. El concepto de consumidor en el derecho de fuente interna

Para empezar el análisis al cual nos propusimos, el primer paso será buscar el concepto de consumidor establecido en el derecho interno de cada uno de los Estados que forman parte del MERCOSUR, incluyendo a Venezuela, para que así sea posible trazar un paralelo entre las calificaciones presentadas, de forma a verificar en cuáles de ellos se le confiere al consumidor una mayor protección jurídica.

A) El concepto de consumidor en la Argentina

El artículo 1º de la ley n° 24.240, ley de protección y defensa del consumidor, cuya redacción fue determinada por la reforma introducida por la ley n° 26.361, del 07 de abril de 2008, brinda la noción de usuarios¹¹⁷ y consumidores en el territorio argentino, manteniendo, a grandes rasgos, la definición anteriormente empleada, empero, introduciendo algunos cambios importantes, los cuáles serán subrayados en este trabajo.

Conforme el artículo mencionado, se entiende por consumidor o usuario “a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

¹¹⁶ Cuando analicemos las legislaciones pertinentes procuraremos ubicarlas dentro de estas concepciones.

¹¹⁷ El derecho argentino distingue entre el usuario y el consumidor, determinando que el primero se refiere a quien utiliza bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo. (HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, “La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2009-1, 2009, p. 270.)

El primer comentario que se puede hacer a este precepto es que el mismo, con relación a la redacción anterior, conserva el criterio amplio de incluir en el concepto de consumidor tanto a la persona física como a la jurídica, lo que de cierta forma, está en armonía con las legislaciones vigentes en los demás países del MERCOSUR¹¹⁸, cómo se verá en el trascurso de este estudio.

Además, es de subrayar que la nueva redacción dada al artículo 1º incluye como consumidor a aquél que adquiere o utiliza bienes o servicios de modo gratuito. De esta forma, conforme destacan Roberto A. Vázquez Ferreyra y Damián Avalle, “quedan entonces comprendidas directamente dentro del ámbito de la ley, siéndoles por ende aplicables todos sus institutos (deber de información, carácter vinculante de la oferta, régimen de las garantías, etc.), las denominadas muestras gratis (antes contempladas en la reglamentación), la provisión de servicios sin costo con fines experimentales o publicitarios, en fin, toda contratación gratuita; así como también todos aquellos ‘accesorios’ gratuitos a una relación de consumo, tales como el servicio de playa de estacionamiento en supermercados y centros comerciales, etc.”¹¹⁹

Otra cuestión que surge de la lectura del mentado artículo 1º es que para que sea considerado consumidor, el sujeto debe actuar en el mercado como destinatario final de los bienes o servicios, ya que éstos deben ser empleados para uso privado, familiar o social. Es decir, por el texto de la ley, “el producto o servicio es retirado del mercado, no volviéndose a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios.”¹²⁰ Siendo así, la reforma admitió que las personas jurídicas estén dentro de esta protección legal, cuando actúen fuera del ámbito de su actividad

118 HERNÁNDEZ, Carlos A.; FRUSTAGLI, Sandra A., “Primeras Consideraciones sobre los Alcances de la Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con Especial Referencia a la Materia Contractual”, *Revista de Direito do Consumidor*, .nº 67, jul./sept. 2008, p. 246.

119 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A; AVALLE, Damián, “Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *La Ley*, Tomo 2008-D, p. 1064.

profesional¹²¹, confirmando la tendencia jurisprudencial¹²² y doctrinaria¹²³ que pugnaba por una interpretación menos rigurosa¹²⁴.

Además, el nuevo artículo 1º eliminó los tres incisos que antes tipificaban los contratos amparados por la ley de defensa del consumidor (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y

120 HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A., *op. cit.*, p. 246. Respecto al tema, es interesante mencionar que el art. 2º, § 2º de la ley de defensa del consumidor, derogado por la reforma, decía expresamente que no tendrían el carácter de consumidores o usuarios quienes adquiriesen, almacenaren, utilizaren o consumieren bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Esto condujo a que un sector de la doctrina argentina sostuviera que sólo las personas jurídicas sin fines de lucro estaban en condiciones de ser calificadas como consumidores, entendiendo, por ende, que no se justificaba extender a las empresas la protección concedida a las personas físicas, sustentada en la carencia del suficiente discernimiento y en la hiposuficiencia, ya que éstas cuentan con conocimiento, experiencia de mercado y asistencia técnica. (STIGLIZ, Gabriel, “Interpretación del Contrato por Adhesión entre Empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, *La Ley*, Tomo 1995-C, p. 18.) De la misma forma, el decreto reglamentario de la ley 24.240, por no distinguir “entre adquisiciones relacionadas de manera genérica o específica con la actividad profesional del adquirente, intentaba excluir de la tutela legal a las personas jurídicas de carácter lucrativo, toda vez que en tal caso, cualquier adquisición habría de relacionarse de algún modo con su actividad profesional”. (HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, *op. cit.*, p. 269.)

121 Como se puede observar, la fórmula legal del derecho argentino conserva el criterio amplio de considerar como consumidores a las personas físicas y a las jurídicas, en la medida que actúen fuera del ámbito de sus actividades profesionales, que en el caso de las últimas supone obrar fuera de su objeto social o giro comercial específico. (HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, *op. cit.*, p. 269.)

122 Véase: “*Defensa del Consumidor. Sujetos Comprendidos. Calificación de Consumidor. Protección Ley 24240 arts. 1 y 2. Destinatario Final del Bien. Exclusión: Fines Comerciales.* Corresponde declarar aplicable la ley 24.240 respecto de una persona jurídica como consumidor protegido por tal norma legal, si – como en el sub lite – aquella adquirió a título oneroso un automotor cero kilómetro con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de una empresa comercial: en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de éste, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; este es el alcance protector que emana de la ley 24.240, 1 y 2 párrafos, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta la sociedad en cuestión, por esencia, el consumidor.” (CNA 21 noviembre 2000, *Artemis Construcciones S.A. c/ Dijon S.A. y otro*, CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL.

dirigida a persona indeterminada). Por la nueva redacción, queda ahora comprendida toda la contratación inmobiliaria, antes limitada a los inmuebles nuevos destinados a la vivienda, exceptuados los negocios celebrados entre dos particulares, por estar ausente el requisito de profesionalidad que define el concepto de proveedor, conforme el artículo 2º de la ley 24.240¹²⁵. La nueva redacción permite incluir en la noción de consumidor a todo aquél que celebre un contrato o negocio jurídico, sobre todo los relacionados a “la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”¹²⁶.

Sin embargo, el cambio más significativo se refiere a la introducción del párrafo final al artículo 1º, según el cual: “se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza

PROSECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, 2010, p. 76.)

123 LORENZETTI, Ricardo, *op. cit.*, p. 82; GHERSI, Carlos A; WEINGARTEN, Celia, “Proyecto de Reforma a la Ley del Consumidor”, *La Ley*, Tomo 2006-E, p. 1.144.

124 Esta consideración acerca la conveniencia de la aceptación de una noción amplia abarcativa tanto de las personas físicas como las personas jurídicas fue defendida por Victoria BASZ y Sara L. FELDSTEIN de CÁRDENAS, en ponencia ante la Comisión N° 7, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1990.

125 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A; AVALLE, Damián, *op. cit.*, p. 1064.

126 Cabe destacar que estas figuras contractuales referentes a los tiempos compartidos, clubes de campo y cementerios privados tienen solamente carácter enunciativo. Como destaca Laura Pérez Bustamante: “tales menciones no eran necesarias, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han estimado aplicable la ley de defensa del consumidor a estas contrataciones.” (PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, en: R. Vázquez Ferreyra (coord.), *op. cit.*, p. 110.)

bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”

Por esta determinación, el legislador argentino consideró comprendidos en la tutela del régimen de consumo a los no contratantes, como bien señala Atilio Alterini¹²⁷. De esta forma, están protegidos por la ley de defensa del consumidor los que se conocen como *bystander*, es decir, “aquellas personas que sin haber celebrado un contrato con el proveedor de bienes o servicios, sufren un perjuicio por la utilización o consumo de éstos”.¹²⁸

En esta línea, por ende, es de subrayar la equiparación que se hace del consumidor con aquél sujeto que “de cualquier manera esté expuesto a la relación de consumo.” Según Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli, esta situación puede darse en las siguientes circunstancias: a) cuando se trata de potenciales consumidores, frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquellos y b) cuando se trata de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor¹²⁹.

B) El concepto de consumidor en Brasil

El Código de Defensa del Consumidor, ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990, en su artículo 2° define el consumidor como siendo “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final.”

127 ALTERINI, Atilio A., “Las Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera Lectura, 20 Años Después”, en: R. Vázquez Ferreyra (coord.), *op. cit.*, p. 6.

128 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto; AVALLE, Damián, *op. cit.*, p. 1065.

129 HERNÁNDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A., *op. cit.*, p. 248.

Como se verifica, el Código mencionado adoptó el concepto económico de consumidor, ya que se refiere al destinatario final del producto o servicio, elemento indispensable para la calificación de una persona física o jurídica como sujeto de la relación de consumo¹³⁰. De ser así, según la ley brasileña, para que el sujeto sea considerado consumidor deberá retirar el bien del mercado al adquirirlo o simplemente utilizarlo, poniendo fin en la cadena de producción, por no emplearlo profesionalmente¹³¹. Así, aquel que adquiere o utiliza el bien, para seguir produciendo, no será calificado como consumidor final, pues estará transformando el bien, utilizándolo para ofrecer otro producto a su cliente¹³², que sí es el verdadero consumidor¹³³, en la medida que éste no actúa con habitualidad y con conocimiento de mercado.

130 Para Claudia Lima Marques: "Le CDC a préféré une définition large du consommateur, avec un élément objectif (la 'destination finale') sans mentionner l'utilisation des produits et des services contractés pour des besoins personnels ou familiaux (élément subjectif). La définition de l'article 2 permet l'inclusion des personnes morales sous son champ d'application." (LIMA MARQUES, Claudia, "Brésil", en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *op. cit.*, p. 55.) El CDC optó por una definición amplia de consumidor, con un elemento objetivo (el "destino"), mencionando el uso de productos y servicios contratados para las necesidades personales o familiares (elemento subjetivo). La definición del artículo 2 permite la inclusión de las personas jurídicas en virtud de su alcance. (Traducción libre)

131 LIMA MARQUES, Claudia; /MIRAGEM, Bruno; HERMAN BENJAMIM, Antonio, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 83.

132 Ésta, por ejemplo, es la misma interpretación empleada por la jurisprudencia brasileña, como se puede verificar del texto del fallo de segunda instancia, emitido por el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul, según el cual: "O conceito de consumidor dado pelo artigo 2º da Lei 8.078 não compreende aqueles serviços prestados pelos fornecedores que tenham por escopo a sua utilização no exercício da atividade profissional de seu destinatário. Não há de se falar na existência de relação de consumo quando pessoa física ou jurídica não contratar o serviço na condição de destinatário final." (TJRS, 17 sept./2008, *Apelação Cível nº 70020636734*, Relator Des. Odone Sanguiné.)

133 MORALES, Mirta, *Un Estudio Comparativo de la Protección Legislativa del Consumidor en el Ámbito Interno de los Países del Mercosur*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, Renovar, 2006, p. 67.

Esta interpretación es considerada por la doctrina mayoritaria como una definición de orden finalista, en la medida que restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia, para tutelar especialmente a este grupo más vulnerable de la sociedad¹³⁴.

De esta forma, es necesario mencionar que la persona jurídica también podrá ser considerada “consumidor”, pero, solamente cuando los bienes adquiridos fueren de consumo, y no de capital, debiendo ser demostrado que no serán empleados en otra actividad en el mundo de los negocios¹³⁵.

134 FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, “O Conceito de Consumidor e Noção de Vulnerabilidade nos Países do Mercosul”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 64, oct./dic. 2007, p. 86. Al contrario, la doctrina maximalista asevera que el concepto de consumidor se aplica también a las relaciones en donde el bien o el servicio adquiridos se destinan a la producción, es decir, a la satisfacción de las necesidades profesionales, lo que alarga enormemente la definición dada por la ley. Según Carolina Cruz: “os maximalistas consideram como sendo consumidores aqueles sujeitos que são destinatários fáticos dos produtos ou serviços, independentemente de serem também seus destinatários econômicos. Defendem, pois, uma interpretação mais ampla da expressão ‘destinatário final’.” (DIAS TAVARES GUERREIRO CRUZ, Carolina, *Contratos Internacionais de Consumo. Lei Aplicável*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 51.)

135 FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, *op. cit.*, p. 87. En este sentido es interesante destacar la interpretación dada por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, respecto a la inclusión de la persona jurídica en el concepto de consumidor. Para esta Corte: “uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. - *Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.*” (STJ 20 ago/2009, *Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 27512/BA*, Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

Además, es necesario subrayar que el Código mencionado permite una extensión o un alargamiento del concepto en estudio, cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura tradicional del consumidor, en los artículos 2º, párrafo único, 17 y 29, prescindiendo del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo con el proveedor. En esta línea de razonamiento, impone “verdaderos criterios extensivos en la materia, al permitir que personas físicas o jurídicas que no se encuadran específicamente en la definición de consumidor, gocen mediante la comprobación de su vulnerabilidad, de los beneficios de la aplicación de estas normas protectoras, mientras sean considerados como consumidores equiparados.”¹³⁶

De esta forma, son considerados como consumidores equiparados: la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (artículo 2º, párrafo único); todas las víctimas de un daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (artículo 17)¹³⁷; y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (artículo 29). Todas las hipótesis mencionadas constituyen el llamado *bystander* del derecho anglosajón¹³⁸.

Por ende, es interesante destacar que el último artículo referido abre enormemente el

136 TINAJEROS ARCE, Érika Patrícia, “La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, abr./jun. 2005, p. 178.

137 El artículo mencionado se refiere a los accidentes de consumo, que no reclaman la existencia de un vínculo obligacional entre el proveedor y la persona afectada en su incolumidad física, psíquica o económica.

138 KLAUSNER, Eduardo Antonio, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2ª Ed., Curitiba, Juruá, 2007, p. 88. Lisiane Ody todavía menciona que tal equiparación se verifica, por ejemplo, en la hipótesis de accidente aéreo, explosión de negocio de venta de fuegos artificiales o hasta en situaciones más sencillas como aquellas que involucran a los familiares del consumidor. (FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, *op. cit.*, p. 88.)

abánico de situaciones en donde puede estar presente la figura del consumidor por equiparación. Así, conforme destaca Mirta Morales: “por el mismo ingresarán a la categoría de consumidores un sin número de personas que eventualmente se enfrenten a todo tipo de ‘prácticas comerciales’ como ofertas, publicidad, etc.¹³⁹, despertando enormes posibilidades en cuanto a la aplicación de las normas protectoras del CDC, al permitir que la propia sociedad dictamine en este caso que sujetos quedarán comprendidos.”¹⁴⁰

C) El concepto de consumidor en Paraguay

La ley n° 1.334, del 27 de octubre de 1998, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario, trae en su artículo 4°, apartado “a” la definición de consumidor, en los siguientes términos: se entenderá por consumidor y usuario “a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

De esta forma, tal como vimos en relación a las leyes argentina y brasileña, la calidad de consumidor deviene de la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio como destinatario final¹⁴¹, pudiendo ser considerado como tal tanto la persona física como la jurídica, siempre y cuando el bien o el servicio adquirido no sea empleado en la cadena profesional o de producción, lo que desvirtuaría el concepto.

Empero, para aclarar la amplitud de la definición es necesario tener presente lo que dispone el artículo 5° de la ley mencionada, con respecto a la relación de consumo. Según la

139 Claudia Lima Marques menciona además de la publicidad, la selección de foro desleal, el arbitraje o cláusulas penales obligatorias entre los ejemplos enumerados en el artículo 51 del CDC que constituyen prácticas comerciales abusivas. (LIMA MARQUES, Claudia, “Brasil”, *op. cit.*, p. 55.)

140 MORALES, Mirta, *op. cit.*, pp. 68-69.

141 MORALES, Mirta, *op. cit.*, p. 77.

disposición referida, “relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.” Es decir, a partir del juego del artículo 4º, apartado “a” con el artículo 5º, se verifica que solamente tendrá la protección conferida por la ley de defensa del consumidor aquél sujeto, persona física o jurídica, que haya establecido una relación contractual a título oneroso, resultando excluidas, por lo tanto, todas las relaciones entabladas de modo gratuito¹⁴².

Además, es de subrayar que la ley mencionada tampoco se refiere a los *bystander*, como lo hacen la ley argentina y la brasileña, no existiendo la figura del consumidor equiparado para los casos de accidentes de consumo.

Empero, es posible sostener una interpretación extensiva de la calificación de consumidor, si se considera que el artículo 4º, apartado “a” también se refiere a aquellos que utilicen o disfruten de un bien o servicio. De esta forma, según Mirta Morales, será consumidor para el derecho paraguayo no solamente aquel que participa activamente de la relación de consumo, sino también “todo aquel que se vea involucrado en ocasión de utilizar y/o disfrutar el bien en cuestión”, no siendo necesario que sea parte directa en la relación de consumo¹⁴³.

D) El concepto de consumidor en Uruguay

La Ley n° 17.250, del 11 de agosto de 2000, conocida como Ley de Defensa del Consumidor¹⁴⁴, en su artículo 2º, define el consumidor como “toda persona física o jurídica

¹⁴² En sentido contrario: KLAUSNER, Eduardo Antonio, *op. cit.* p. 94.

¹⁴³ MORALES, Mirta, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁴ De los cuatro países Miembros del Mercosur, Uruguay fue el último a consagrar una ley particular de defensa del consumidor. (MORALES, Mirta, *op. cit.*, p.72.)

que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.”

Teniendo en cuenta las legislaciones ya estudiadas, cabe resaltar que el derecho uruguayo adopta el concepto económico de consumidor, en la medida que establece que el producto o el servicio deban ser retirados del mercado para ser considerados como adquiridos en el ámbito de una relación de consumo, de lo que se infiere que no podrán ser empleados para la producción u obtención de otros bienes o servicios. En este sentido, la parte final del artículo 2º añade al concepto anteriormente destacado que “no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”

No obstante, es de mencionar que la ley bajo análisis define la relación de consumo como siendo el vínculo oneroso realizado entre proveedor y consumidor. De esta forma, según Érika Patricia Tinajeros Arce, “el carácter oneroso debe estar presente en el vínculo proveedor – consumidor para que pueda calificarse como relación de consumo, admitiéndose la gratuidad solamente en aquellos casos en los que esté preparada una relación de consumo posterior. Por tanto, conforme el art. 4º, serán consideradas relaciones de consumo todas las promociones gratuitas de productos y servicios tendentes a concretar una adquisición onerosa de estos en el futuro.”¹⁴⁵

Por ende, cabe señalar que el derecho uruguayo no contempla la figura del consumidor equiparado¹⁴⁶, a diferencia de lo que hacen las legislaciones argentina y brasileña.

E) El concepto de consumidor en Venezuela¹⁴⁷

En Venezuela, la ley n° 37.930, del 4 de mayo de 2004, trata de la Protección al

¹⁴⁵ TINAJEROS ARCE, Érika Patricia, *op. cit.*, p. 179.

¹⁴⁶ MORALES, Mirta, *op. cit.*, p. 76.

Consumidor y Usuario y deroga la ley anterior de n° 4.898, del 17 de mayo de 1995.

Así, la nueva ley venezolana, en su artículo 3°, establece que todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes o servicios y consumidores o usuarios, referentes a la adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios públicos o privados y a cualquier otro negocio jurídico de interés económico para las partes serán regidos por las disposiciones contenidas en el texto legal en cuestión.

El artículo 4°, a su vez, trae las calificaciones de consumidor y usuario, entre otras. Según el artículo referido, consumidor es “toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final”. No obstante, la misma disposición establece la noción de usuario como “toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final.”

Es decir, el derecho venezolano, al igual que el derecho de los demás países ya mencionados, adopta el concepto económico de consumidor y usuario, cuando se refiere a éstos como destinatarios finales¹⁴⁸. Empero, como se puede observar, en la noción particular de consumidor, excluye la posibilidad de que personas jurídicas sean consideradas como tales, lo que en mucho se aleja de la fórmula empleada por los demás países mercosureños.

Sin embargo, en la parte final del precepto nombrado, la ley venezolana exceptúa del concepto de consumidor y usuario a “las personas naturales y jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización”, lo que viene al encuentro de la noción económica adoptada.

Por ende, el texto nada menciona respecto al concepto de consumidor equiparado o *bystander*.

¹⁴⁷ Como ya se mencionó al comienzo de este artículo, será analizado el concepto de consumidor en Venezuela, en razón de que este Estado está en proceso de adhesión como Miembro pleno al bloque mercosureño.

¹⁴⁸ FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, *op. cit.*, p. 97.

2. El concepto de consumidor en el derecho de fuente convencional autónoma

Una vez que ya fue vista la noción de consumidor en el derecho de fuente interna de los países mercosureños, conviene, ahora, analizar los intentos que se hicieron a nivel autónomo en el bloque, para el establecimiento de normas internacionales en materia de defensa del consumidor, en donde se insertan los esfuerzos realizados para calificar su noción y contenido.

Empero, cabe destacar que, hasta la fecha, no existe un convenio o tratado vigente que contenga la calificación de consumidor y, por ende, normas directamente relacionadas a su protección.

A) La Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) n° 123/1996

El 13 de diciembre de 1996, en Fortaleza, tuvo lugar la XXIV Reunión del Grupo del Mercado Común, en el ámbito MERCOSUR, en la cual fue aprobada la Resolución GMC n° 123/1996, que contempla, en su anexo, las definiciones de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio.

De esta forma, según el apartado I del Anexo de la Resolución mencionada, “consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárense a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo¹⁴⁹. No se considera consumidor o usuario a aquel que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

¹⁴⁹ Es interesante mencionar que el texto de la Resolución mencionada, en portugués, se refiere a la colectividad de personas, expresión que fue excluida de la traducción al español. Conforme el texto original, redactado en portugués, la definición sería: “(...) Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas as relações de consumo. (...)”

Es decir, la Resolución GMC n° 123/1996 tomó los elementos presentes en las definiciones del derecho interno de los países, para elaborar la calificación del consumidor a nivel convencional. Esto porque, como se pudo observar, existen elementos comunes en la estructura del concepto de consumidor en los Estados Miembros, tales como: a) se trata de una persona física o jurídica¹⁵⁰; b) que adquiere o utiliza productos o servicios; c) como destinatario final, en una relación de consumo o en función de ella¹⁵¹.

Empero, como subraya Eduardo Antonio Klausner, en este concepto, el cual fue trasladado al Protocolo de Santa María, que será analizado en el ítem siguiente, está excluida la definición de consumidor por equiparación, que, por ejemplo, se encuentra presente en el derecho de fuente interna de Argentina y Brasil. No obstante, la norma incluye como consumidores a los entes colectivos y a las personas jurídicas¹⁵².

Además, es necesario señalar que la Resolución mencionada no está vigente, porque su vigencia se condicionó a la aprobación del Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, el cual jamás fue aprobado¹⁵³.

B) El Protocolo de Santa María

150 Acá se exceptúa el derecho venezolano, que no admite la persona jurídica como siendo “consumidor”.

151 HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, *op. cit.*, p. 262.

152 KLAUSNER, Eduardo Antonio, *op. cit.*, p. 84.

153 En 1997, se presentó un Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor a nivel Mercosur, el cual establecía la unificación de las legislaciones de los países miembros del bloque. (PEREIRA GAIO JÚNIOR, Antonio, *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003, p. 125.) En que pese el esfuerzo hecho, el Proyecto mencionado no fue aprobado, principalmente por el rechazo presentado por la delegación brasileña que consideró que su aprobación representaría un retroceso en materia de defensa del consumidor en el ámbito interno.

El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado por la Decisión CMC n° 10, del 17 de diciembre de 1996, trae en su Anexo el concepto de consumidor, definiéndolo en los siguientes términos: “es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipáranse a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo. No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

En otras palabras, el Protocolo de Santa María utiliza la definición de consumidor constante de la Resolución GMC n° 123/1996, anteriormente analizada.

Así como la Resolución mencionada, el Protocolo referido jamás entró en vigencia, porque su artículo 18 condiciona su entrada en vigor a la aprobación del Reglamento Común de Defensa del Consumidor.

C) El Proyecto de Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor

En las reuniones celebradas entre el 25 al 29 de noviembre de 1997 fue presentado por el Comité Técnico n° 7 el Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR. En términos generales, el texto referido, Recomendación n° 1/97¹⁵⁴ dirigida a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, fijaba pautas máximas y unificadas de protección al consumidor en los cuatro países del bloque.

Sin embargo, fue blanco de severas críticas, principalmente por parte del gobierno brasileño, para quien su aprobación representaría un retroceso en materia de protección a los consumidores brasileños, ya que derogaría una serie de artículos del Código de Defensa del Consumidor que, a su vez, ofrecen una protección mucho mayor que la norma

154 Acta n° 8/97 del Comité Técnico n° 7 sobre Defensa del Consumidor, anexo III.

mercosureña¹⁵⁵.

Por esta razón, durante la XXV Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, realizada en Montevideo, en los días 9 y 10 de diciembre de 1997, el Protocolo fue rechazado, lo que condujo a que tanto la Resolución GMC n° 123/1996 como el Protocolo de Santa María, antes analizados, perdiesen totalmente el valor jurídico, ya que su vigencia estaba condicionada a la aprobación del Reglamento Común referido.

No obstante, aunque el Protocolo haya sido refutado, es interesante observar el concepto traído en su artículo 3°, según el cual: “consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquél que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

De acuerdo con Claudia Lima Marques, el concepto de consumidor, presentado en la primera parte del artículo mencionado, limita la definición al consumidor-contratante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de este Proyecto¹⁵⁶. Según este artículo, se exige la existencia de un vínculo obligacional, clásico y bilateral, pues se menciona que la relación de consumo se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

155 Para Lima Marques, quien fue severamente contra el Proyecto de Reglamento, “os direitos do consumidor não são considerados pelos órgãos do Mercosul como direitos fundamentais de nenhum cidadão dos países membros, mas sim como barreiras ao comércio que prejudicam os fornecedores nacionais e devem ser reduzidos ao máximo, inclusive em sua interpretação de norma já reducionista!” (LIMA MARQUES, Cláudia, “Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 23-24, jul./dic. 1997, p. 101.)

156 LIMA MARQUES, Claudia, “Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 26, abr./jun. 1998, p. 74.

Por ende, según la autora mencionada, el artículo 5º trae como consecuencia la exclusión de las llamadas relaciones de consumo indirectas, como por ejemplo, la responsabilidad de los bancos de datos de crédito sobre las informaciones prestadas sobre el consumidor. Asimismo, excluye de la protección del Protocolo a los consumidores equiparados, que son terceros no contratantes, como por ejemplo el hijo del consumidor, la colectividad expuesta a una práctica abusiva y las víctimas de accidentes de consumo¹⁵⁷.

Como se puede observar, el concepto de consumidor insertado en el texto del Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR, es menos abarcador que las definiciones presentadas por la Resolución GMC n° 123/1996 y por el Protocolo de Santa María y su adopción representaría una reducción en la protección de los consumidores argentinos y brasileños, sobre todo.

D) El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo

Como resultado de la LXIII Reunión Ordinaria del Comité Técnico n° 7 sobre “Defensa del Consumidor”, ocurrida en Río de Janeiro, en los días 18 y 19 de agosto del 2010, se sancionó el Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo.

Según el Proyecto mencionado, existe la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo con los postulados establecidos por la Resolución A/RES/39/248 de la Asamblea General de la ONU (Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de abril de 1985), considerando que, en materia de negocios internacionales, la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante para el proceso de integración.

En lo pertinente al objeto de nuestro análisis, conviene destacar que el artículo 1.1 del Proyecto mencionado define como consumidor “cualquier persona física que, frente a un

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 74.

profesional o proveedor de bienes y servicios actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezca al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”.

Tal como se advierte, se trata de una calificación sumamente reduccionista, poco abarcadora, que podría significar un verdadero como desafortunado retroceso, ya que excluye del concepto de consumidor a las personas jurídicas, situación establecida en el derecho de fuente interna de los Estados Miembros del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

No obstante ello, el 22 de septiembre de 2011, en la CXXII Reunión Ordinaria de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, el texto mencionado, con algunas adaptaciones, fue propuesto como Proyecto de Acuerdo sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, abandonándose la postura inicial de presentación del mismo como una propuesta de Resolución del Grupo Mercado Común.

Con respecto a la calificación de consumidor presente en el artículo 1º del Proyecto, fueron insertados más elementos, que terminaron por ampliar la definición inicial. A partir del nuevo texto, se entiende por consumidor “cualquier persona física o jurídica destinataria final de bienes o servicios que respecto a un proveedor profesional, actúe con fines personales, familiares, domésticos, que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa.”

Como se puede observar, la persona jurídica, ahora, volvió a ser insertada en la nueva redacción normativa, atendiéndose a las atinadas críticas efectuadas con relación a la propuesta original, que configuraba tal como dijimos, un verdadero retroceso.

Por ende, cabe subrayar que el concepto actual se refiere a consumidor como destinatario final del producto o del servicio, cambio importante que, implícitamente, conlleva el concepto de *bystander* o tercero no contratante, presente en las legislaciones de fuente interna tanto de Argentina como de Brasil.

E) El Proyecto de Resolución del Grupo Mercado Común (GMC) sobre

Conceptos Básicos en materia de Defensa del Consumidor

Como resultado de la CXXII Reunión Ordinaria de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, realizada en Montevideo, del 20 al 22 de septiembre de 2011, fue presentado un Proyecto de Resolución del GMC¹⁵⁸, que tiene como objetivo definir o calificar los términos “consumidor”, “proveedor”, “relación de consumo”, “producto”, “servicio” y “oferta”, teniendo en cuenta la puesta en marcha del proceso de armonización de legislaciones en el área de defensa del consumidor en el bloque.

El art. 1º del Proyecto indicado define el consumidor como siendo “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella.”

Este concepto es todavía más abarcador que las demás nociones presentadas por el bloque en las iniciativas anteriores. En la misma línea de la propuesta de Acuerdo antes analizada, todo indica que se estaría contemplando la figura del *bystander* o consumidor por equiparación.

No obstante, es dable señalar que el Proyecto de Resolución aún inserta, expresamente, la posibilidad de que aquellos que adquieran un producto o servicio de forma gratuita, es decir, sin contraprestación onerosa, también puedan ser alcanzados por la protección brindada por la norma. Aunque este concepto esté abarcado implícitamente en la noción de consumidor como aquel que adquiere o utiliza un producto o servicio, es loable la iniciativa de la Comisión de Comercio en tanto implica esclarecer, echar luz al ámbito de aplicación de la norma mercosureña.

III. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSUMO TRANSFRONTERIZO

158 El Proyecto mencionado se encuentra en el Anexo VII del Acta n° 05/2011 de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Determinar cuál es el juez competente para dirimir los conflictos surgidos de una relación de consumo transfronteriza es una tarea que reviste especial importancia.

En esta materia, la tendencia de las modernas legislaciones va por el camino de privilegiar los llamados “foros de protección”, a favor del criterio del juez del domicilio o de la residencia habitual del consumidor, en razón de su debilidad o vulnerabilidad, lo cual le posibilita iniciar su acción ante los tribunales de su propio Estado.

Siguiendo esta tendencia, en el MERCOSUR, ya en 1996, fue celebrado el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, que precisamente adopta el criterio del foro de protección, a favor del consumidor. No obstante ello, hasta la fecha, la norma mencionada no logró adquirir vigencia, ante la existencia de una suerte de cláusula cerrojo que tal como mencionamos, se encuentra establecida en el su artículo 18, que vincula, que condiciona su entrada en vigor a la aprobación del Reglamento Común de Defensa del Consumidor.

Si bien es cierta la ausencia de normas de fuente convencional que se encuentren vigentes, no es menos cierto que en razón de la importancia que revisten, nos sentimos obligadas a detenernos en el análisis los puntos de conexión empleados por el Protocolo mencionado. No obstante, por razones estrictamente de prolijidad metodológica, le daremos una mirada a vuelo de pájaro a la regulación de fuente interna de cada Estado parte del MERCOSUR, en materia de consumo transfronterizo.

1. La jurisdicción en el derecho de fuente interna

En materia de contratos internacionales de consumo, en lo que se refiere a la jurisdicción, los Estados que integran el MERCOSUR no han legislado sobre el tema en el ámbito interno. Por tal motivo, para solucionar los casos transfronterizos que involucran consumidores son empleados los criterios tradicionales derivados de las relaciones contractuales, en general, sin perjuicio de las construcciones jurisprudenciales que se fueron erigiendo a este respecto. Teniendo en cuenta esta premisa, a continuación, serán mencionadas las soluciones adoptadas por cada Estado.

La Argentina regula el tema de la protección del consumidor en la ley n° 24.240 que si es cierto por su carácter de orden público permite la aplicación del principio interpretativo

del *in dubio pro consumptore* (art. 3°), no lo es menos que no contempla ninguna regla que establezca la competencia internacional de los jueces en materia de consumo. En este sentido, de acuerdo con Paula M. All, “no encontramos en el ordenamiento argentino de fuente interna una norma de jurisdicción referida específicamente a los contratos de consumo. La jurisdicción contractual está contenida en las normas generales de los artículos 1.215 y 1.216 del Código Civil, de los que surge que son jueces competentes para entender en litigios contractuales internacionales los del lugar de cumplimiento o ejecución del contrato (entendido como el lugar de realización de cualquier prestación derivada del contrato) y los del domicilio o residencia del demandado. De acuerdo a las normas de los artículos 1.215 y 1.216 del Código Civil, los jueces argentinos resultarían competentes cuando el vendedor o el proveedor del servicio tenga su establecimiento en la Argentina (y fuere demandado el consumidor), cuando la entrega de la cosa o la prestación del servicio se verifica en nuestro país o cuando el pago de la contraprestación dineraria se efectúe en Argentina. Asimismo, se abriría la competencia de los jueces argentinos en supuestos de demandas incoadas por el vendedor/productor/prestador del servicio contra el consumidor, ante el foro del domicilio de éste.”¹⁵⁹

Como se puede observar, ello se compadece con una interpretación acotada de los artículos citados que no permiten vislumbrar la posibilidad de que el consumidor demande ante su propio foro¹⁶⁰ al cocontratante establecido en el extranjero, lo que genera una

159 ALL, Paula María, “La Construcción de un Sistema de Protección del Consumidor en el Mercosur: avances y desafíos de cara a la CIDIP VII”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2006-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 535. Uzal todavía añade la competencia de los tribunales del lugar de comisión del hecho ilícito, por aplicación analógica obtenida de la bilateralización de la norma interna del art. 5, inc. 4, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (UZAL, María Elsa, “La Protección al Consumidor en el Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 139-141, Buenos Aires, Depalma, 1991-A, p. 257.)

160 En el mismo sentido, Najurieta destaca que: “en materia de obligaciones contractuales, el favor al consumidor puede evidenciarse en introducir el *forum actoris*, es decir, admitir que el juez argentino se declare competente, cualquiera que sea el lugar de celebración o cumplimiento del contrato, cuando el consumidor opta por demandar ante el juez de su domicilio o de su residencia habitual, si coincide con el lugar donde el demandado ha llevado a cabo una actividad publicitaria o informativa para incitar al consumo.” (NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de Jurisdicciones en Casos que Involucran a Consumidores”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 139-141, Buenos Aires, Depalma, 1991-A, p. 225.)

situación de franca desprotección. Sin embargo, desde nuestra mira a tenor una interpretación doctrinaria sentada por la jurisprudencia argentina desde 1985 se abriría el foro del domicilio del consumidor cuando al iniciar la acción logre demostrar que cumplió con la prestación a su cargo¹⁶¹.

Por ende, es necesario mencionar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación admite la prórroga de jurisdicción a favor de jueces o árbitros extranjeros, conforme al artículo 1º del instrumento mencionado, siempre que: a) se trate de asuntos patrimoniales de índole internacional; b) exista conformidad de las partes; c) la jurisdicción argentina no sea exclusiva; d) la prórroga no esté prohibida por la ley. En materia de consumo internacional, específicamente, no hay reglamentación respecto a la elección de foro,¹⁶² debiendo su admisión ser analizada caso por caso, por el juez interviniente.

En Brasil, la ley n° 8.078/90, que regula la protección del consumidor, tampoco contempla normas específicas para los contratos internacionales de consumo, respecto a la jurisdicción. Siendo así, en ausencia de reglas especiales, se aplican las normas generales previstas en el artículo 88 del Código de Proceso Civil, según las cuales son competentes los jueces brasileños cuando el demandado está domiciliado en Brasil, cuando una obligación tiene lugar de cumplimiento en Brasil y cuando la acción se origina en hechos o actos ocurridos en el país.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de normas especiales, la jurisprudencia viene reconociendo como competentes en la esfera internacional los jueces del domicilio del

161 RODRÍGUEZ, Mónica Sofía; OLIVA, Graciela Alicia, “Jurisdicción en materia contractual”, en: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., “Derecho Internacional Privado y de la Integración. Colección de Análisis Jurisprudencial”, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 471-478.

162 La única previsión existente es la que consta del art. 27, tercer párrafo del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, ya mencionado, que expresamente rechaza el acuerdo de elección de foro en materia de consumo.

consumidor¹⁶³ para los casos de responsabilidad por hecho del producto, como bien señala Claudia Lima Marques¹⁶⁴.

Respecto a la elección de foro, el Ministerio de Justicia, por medio de la Portaria n° 4, de 13 de marzo de 1998, determina que si el foro elegido fuere distinto del foro del domicilio del consumidor, la cláusula contractual será nula, por ser considerada abusiva. Esta reglamentación, vigente para el ámbito interno, también está siendo aplicada, extendida por los tribunales brasileños para la resolución de los casos que involucran relaciones transfronterizas de consumo.

Paraguay, a su vez, sigue la misma línea de los demás países socios del Mercosur, no contando con ninguna previsión respecto al tema, cuestión que tampoco aparece reglada en la ley n° 1.334/1998, llamada Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario.

Para determinar el juez competente en el ámbito internacional, el artículo 19 del Código de Organización Judicial establece que puede demandarse ante el juez paraguayo el cumplimiento de contratos que deban ejecutarse en dicho país, permitiendo, además, que se demande al deudor en el domicilio de éste.

En lo pertinente al ejercicio de la autonomía de la voluntad para la prórroga de jurisdicción, tampoco hay previsión acerca de la posibilidad de elección de foro en materia de contratos internacionales de consumo, siendo dable señalar que el artículo 3° del Código mencionado aduce expresamente que “la competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales.”¹⁶⁵

Por último, Uruguay nada dispone acerca de reglas específicas sobre la protección de los consumidores en la esfera internacional, ni siquiera en la ley n° 17.250/2000.

163 El Proyecto de Código de Proceso Civil, presentado en el Congreso Nacional brasileño, en junio del 2010, menciona, en su art. 21, reglas especiales de jurisdicción, previendo que cabrá a la autoridad judicial brasileña procesar y juzgar las acciones decurrentes de las relaciones de consumo, cuando el consumidor tuviere domicilio o residencia en Brasil.

164 LIMA MARQUES, Claudia, “Brésil”, *op. cit.*, pp. 64-65.

Las reglas de jurisdicción están dispuestas en el Apéndice del Código Civil y en la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, que consagran el principio general de la competencia de los jueces del Estado cuya ley es competente para regular la relación jurídica, sin perjuicio de que sean competentes los jueces del Estado del domicilio del demandado. Sin embargo, respecto a la jurisdicción internacional en materia de consumo, el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, de 2008, establece en su artículo 58, apartado “d”, que los tribunales uruguayos serán competentes, “en materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la República se hubiere celebrado el contrato; o si hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo.”

No obstante, respecto a la elección de foro, el principio general es el de la no aceptación de la autonomía de la voluntad, salvo autorización expresa contenida en ley especial. En este sentido, la doctrina destaca que no debe ser admitida la posibilidad de elección de foro en los contratos celebrados con consumidores¹⁶⁶, ya que el sistema legal de defensa del consumidor es considerado de orden público y, por lo tanto, no puede ser modificado por voluntad de las partes. Corroborando lo anteriormente dicho, el Proyecto mencionado, en su art. 59, inciso 2, determina expresamente que no se admitirán acuerdos con cláusulas de elección de foro en materia de consumo, en Uruguay.

Por ende, es necesario mencionar que en el derecho uruguayo existe una disposición particular referente al tratamiento del tema de la elección de foro que se constituye en una excepción al régimen general del Código Civil, anteriormente mencionado. Tratase de la ley n° 16.749/1996, sobre Mercado de Valores, que en el primer párrafo del artículo 46 dispone que: "en la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional,

165 A favor de la interpretación del artículo mencionado de forma a admitirse la prórroga de jurisdicción en los contratos internacionales, desde que no se afecte el orden público internacional, ver: RUIZ DIAS LABRANO, Roberto, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, p. 693.

166 En este sentido ver: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado - Tomo II – Parte Especial*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 281 y ss.

sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquellos, cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere". Respecto al tema, la doctrina advierte que "esta es la primera norma dictada por el legislador uruguayo en la que se permite expresamente la elección de la ley y la jurisdicción. A pesar de no tratarse de un acuerdo entre las partes sino de la voluntad de una sola de ellas que es la entidad emisora de los valores, este artículo muestra cierta apertura —si bien relativa y limitada a un caso muy específico— hacia la posibilidad de que se acoja en el futuro la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales."¹⁶⁷

Finalmente, Venezuela tampoco brinda normas específicas de Derecho Internacional Privado vinculadas a los contratos con consumidores a pesar de la existencia de la ley n° 37.930/2004, denominada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Ante esta falta de previsibilidad legal, deben ser buscadas las reglas generales respecto a la jurisdicción en materia contractual, las cuales están previstas en la Ley de Derecho Internacional Privado sancionada en 1998.

En este sentido, el artículo 39 de la norma mencionada contempla el principal criterio atributivo de jurisdicción, que es el del lugar del domicilio del demandado, lo que en materia de consumo transfronterizo puede dificultar al consumidor el acceso a la justicia. Asimismo, conforme el artículo 40, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados del ejercicio de acciones de contenido patrimonial, cuando las obligaciones deban ejecutarse en el territorio del país o se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el territorio referido; cuando el demandado haya sido citado personalmente en Venezuela; o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción.

Trasladando las hipótesis de competencia judicial internacional referidas para la esfera del derecho del consumidor, la doctrina destaca que para los casos en los cuales el proveedor de bienes o servicios estuviere domiciliado fuera de Venezuela, los tribunales venezolanos serán competentes para conocer de las acciones de contenido patrimonial si los productos o servicios en cuestión hubieren sido puestos a la disposición del consumidor en territorio venezolano, si el contrato hubiere sido realizado en el país o si en el país debiera darse el

¹⁶⁷ ALBORNOZ, María Mercedes, "El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en los Estados del Mercosur – The Law Applicable to International Contracts in Mercosur States". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art3.htm>, acceso el 01/11/2011.

cumplimiento de la obligación o si en él se hubiesen verificado los hechos que dieron lugar a la obligación. No obstante, hasta la fecha, los tribunales venezolanos no han recurrido a ninguno de estos criterios para determinar la jurisdicción en materia de relaciones de consumo¹⁶⁸.

Respecto a la prórroga de jurisdicción, el artículo 47 de la ley mencionada dispone, en lo que nos interesa, que la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos no podrá ser derogada convencionalmente a favor de tribunales judiciales o arbitrales extranjeros cuando se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten el orden público venezolano.

Siguiendo esta línea de razonamiento, si se pacta que el conflicto debe ser llevado a cabo ante un tribunal extranjero, dadas las características del caso, y si éste acuerdo de elección de foro afecta a los principios esenciales de Venezuela, podría ser desestimado y los tribunales venezolanos podrían asumir la jurisdicción, para ofrecer una protección razonable al consumidor. Así, conforme la doctrina, si el consumidor no tiene medios para responder a un proceso planteado en el extranjero, la negativa de conferir jurisdicción a los tribunales venezolanos configuraría una verdadera violación al principio de la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 26 de la Constitución nacional¹⁶⁹.

2. La jurisdicción en el derecho de fuente convencional autónoma

Como ya adelantamos el MERCOSUR aprobó en 1996, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, que tiene la finalidad de determinar criterios para regir la competencia internacional de los jueces que están habilitados a dirimir litigios, en donde estén involucrados consumidores.

168 MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Venezuela", en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *op. cit.*, p. 560.

169 MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Venezuela", *op. cit.*, p. 563.

El surgimiento de esta norma se dio, en razón de que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual¹⁷⁰, expresamente, en su artículo 2, apartado 6, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de venta al consumidor. Según destaca Eduardo Tellechea Bergman, esta exclusión se debe a la existencia de una previsible desigualdad contractual entre las partes que motivó a que los contratos con consumidores no fuesen incluidos en una regulación convencional en la que la solución básica se funda en los acuerdos de elección de foro¹⁷¹.

El Protocolo de Santa María, con relación a su ámbito de aplicación material, se aplica a los contratos de compraventa a plazo y de provisión de bienes muebles corporales, así como a los contratos de prestación de servicios, incluyendo préstamos y otras operaciones de crédito. Sin embargo, el artículo 1º excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de transporte. En lo pertinente a su ámbito de aplicación territorial, resulta aplicable cuando el proveedor y el consumidor estén domiciliados en distintos Estados partes del MERCOSUR o cuando estando domiciliados en el mismo Estado parte, la prestación característica de la relación de consumo se realiza en otro.

Con relación a la jurisdicción internacional, el Protocolo establece, en su artículo 4º, la regla general de la competencia de los jueces del Estado del domicilio del consumidor, resultado de la adopción del principio general de protección a la parte débil de la relación contractual. Asimismo, en la misma disposición se establecen jurisdicciones alternativas, a exclusiva opción del consumidor, desde que su voluntad se haya manifestado expresamente, en el momento de entablarse la demanda. En este sentido, se admite la jurisdicción concurrente de los tribunales del Estado de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de los bienes, o del domicilio del demandado. Además, el Protocolo menciona que si el requerido tuviere domicilio en un Estado parte y en otro

170 Sobre el tema ver: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*, en: A. A. Alterini (dir.), “Colección - El Sistema Jurídico en el Mercosur”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

171 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 78.

filial, sucursal o agencia, podrá ser demandado ante cualquiera de dichos Estados. No obstante, el consumidor solamente podrá ser demandado por el proveedor ante los jueces del Estado de su domicilio.

Por último, es importante destacar que debido a que el texto del Protocolo de Santa María no contiene regla ninguna respecto a la elección de foro, para la doctrina, el instrumento mencionado no permite el uso de la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados con consumidores, no siendo posible pactar jurisdicción a través de una cláusula inserta en un contrato, porque los tribunales competentes mencionados en la norma referida excluyen la jurisdicción de otros¹⁷², por constituirse en foros de protección.

Para finalizar, no es demasiado reiterar que el Protocolo bajo análisis no está vigente en el bloque, por los motivos ya mencionados.

IV. LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Como último tema a ser analizado en este trabajo, está el que se refiere a la determinación de la ley material aplicable para solucionar la controversia surgida a partir de una relación transfronteriza de consumo.

Siguiendo la misma estructura adoptada con relación al análisis de la cuestión de la jurisdicción internacional, primeramente, analizaremos el derecho de fuente interna de los Estados que componen el MERCOSUR en materia de contratos internacionales en general, ya que hasta la fecha los socios no cuentan con normas específicas que regulen las relaciones internacionales de consumo.

Acto continuo, serán analizadas las recientes iniciativas existentes en el ámbito del derecho convencional del MERCOSUR, a fin de reglamentar la materia.

1. La ley aplicable en el derecho de fuente interna

172 ALL, Paula María, *op. cit.*, pp. 532-533. Ver también: PERUGINI ZANETTI, Alicia, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005.

Como ya fue mencionado anteriormente, no hay reglas especiales que regulen el Derecho Internacional Privado del Consumo en el derecho de fuente interna de los Estados que integran el MERCOSUR. Luego, para la solución de casos que involucren consumidores es necesario recurrir a las disposiciones generales de los contratos internacionales, que ni siempre ofrecen una solución adecuada a la solución de conflictos vinculados a este tipo contractual.

Respecto a la Argentina, el país, en su Código Civil, no cuenta con una disposición que expresamente consagre la libertad de contratación en el orden internacional, entendida como facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a la relación contractual. Esta ausencia provocó el desarrollo de dos corrientes de pensamiento, por un lado, las tesis afirmatorias inclinadas hacia la admisión del principio de la autonomía de la voluntad dentro del derecho argentino de fuente interna y por el otro, las tesis negatorias, volcadas hacia su rechazo. “Ambas tesis buscaron fundamento en otras normas del derecho positivo. Así los partidarios de las primeras recurrieron al artículo 1197 del Código Civil; mientras que los partidarios de las segundas, se basaron en los célebres Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y más puntualmente, su Protocolo Adicional (Art. 5).”¹⁷³

Considerando que las partes no hicieron uso de la autonomía de la voluntad, los artículos 1205, 1209 y 1210 resuelven la cuestión de la ley aplicable, sujetando el contrato internacional a la ley del lugar de celebración (art. 1205) o a la ley del lugar de ejecución del contrato (art. 1209 y 1210).

Para solucionar la aparente contradicción entre los puntos de conexión adoptados por la legislación argentina, se menciona que “la clave para conciliar estos preceptos hay que buscarla en determinar si el contrato tiene inicialmente contacto o no con la República Argentina. Se sostiene, en este aspecto, que si el contrato tiene desde el inicio algún contacto con nuestro país, rigen los artículos 1209 y 1210 y se aplica la ley del lugar de ejecución. En cambio, si el contrato no tiene vinculación *ab initio* con el territorio argentino, queda sujeto a lo que preceptúa el artículo 1205, es decir, a la ley del lugar de su celebración. Otra línea de pensamiento considera que corresponde atender al lugar de ejecución del contrato como

173 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Bases de armonización legislativa en materia contractual para el Mercosur: entre la esperanza y la utopía”, 2010. (En prensa).

elemento diferenciador de aplicación de una u otras disposiciones; y por ende, si el contrato internacional tiene lugar de ejecución determinado o determinable, se aplican los artículos 1209 y 1210, quedando sujeto a la ley de su cumplimiento; si en cambio el lugar de cumplimiento del contrato internacional resulta indeterminado rige el artículo 1205, quedando sometido al lugar de su celebración.¹⁷⁴

No obstante, no podemos dejar de mencionar que parte de la doctrina del país, con fundamento en el propio Código Civil, toma partido por criterios de conexión derivados del principio de proximidad, tales como los vínculos más estrechos y la teoría de la prestación más característica del contrato.

Con relación a Brasil, el país no es tan receptivo a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad¹⁷⁵ como lo es, en cierta medida, la Argentina. Al no prever, en su derecho interno, la posibilidad de que las partes elijan el derecho aplicable a la relación contractual, parte de la doctrina se inclina por el rechazo de la aceptación de este principio¹⁷⁶, mientras la otra admite su aplicación¹⁷⁷.

No obstante ello, con la entrada en vigencia de la ley de arbitraje, n° 9.307/1996, la autonomía de la voluntad fue expresamente aceptada en el derecho brasileño, permitiéndose,

174 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Bases de armonización legislativa en materia contractual para el Mercosur: entre la esperanza y la utopía”, *op. cit.*

175 Los debates alrededor de la admisión de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, en Brasil, empezaron a ganar más espacio a partir de la promulgación de la Ley de Introducción al Código Civil de 1916, que en su artículo 13 preveía que salvo estipulación en contrario, la substancia y los efectos de las relaciones contractuales establecidas entre las partes serían regidas por el derecho del lugar de celebración del contrato. La Ley de Introducción al Código Civil de 1942, que actualmente se llama Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (en virtud de lo que dispone la ley n° 12.376/2010), en el artículo 9°, simplemente quitó de la redacción anteriormente mencionada la expresión “salvo estipulación en contrario”, lo que motivó a que muchos afirmasen con vehemencia que el derecho brasileño no recepta esta teoría.

176 RODAS, Grandino, “Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais”, *Contratos Internacionais*, São Paulo, RT, 1995, p. 44.

ahora, a las partes, establecer la ley aplicable al contrato en la convención arbitral¹⁷⁸. En que pese lo previsto en esta disposición, el principio continúa siendo motivo de debate en la doctrina y en la jurisprudencia del país, ya que la Ley de Introducción a las normas del Derecho Brasileño no contempla ninguna disposición a respecto¹⁷⁹.

Luego, resulta aplicable, en Brasil, lo dispuesto en el artículo 9º de la ley supra mencionada, según el cual para regir los contratos internacionales será aplicada la ley del lugar de celebración.

Sin embargo, el artículo 9º, en su párrafo 2º, destaca que la obligación resultante del contrato se considera constituida en el lugar en que reside el proponente. Respecto al tema, son interesantes las palabras de Cláudia Lima Marques, que al analizar la temática bajo la óptica del derecho del consumidor, advierte que: “como, em matéria de consumo, a lei brasileira material, o Código de Defesa do Consumidor, determina que o proponente nos contratos de consumo é sempre o fornecedor (art. 30, CDC), teríamos sempre, se usado o art. 9º, § 2º, da LICC/1942, a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para regir os contratos a distância, como os contratos do comércio eletrônico do consumo. Observar-se-ia, pois, uma forte incoerência no DIPr brasileiro que, em vez de proteger o sujeito

177 Jacob Dolinger, retomando la posición del saudoso profesor Haroldo Valadão, es partidario de que la autonomía de la voluntad es permitida por la legislación brasileña, una vez que la opción del legislador por la aplicación de la ley del lugar de celebración es una consecuencia de la aplicación del principio mencionado, pues siempre está la voluntad tácita de someter el contrato a la ley del lugar en donde fue celebrado. (DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado – Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.)

178 ARAÚJO, Nádía de, *Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 121.

179 Tramita en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley nº 1782/11, de la autoría de Carlos Bezerra (PMDB-MT), que busca alterar la Ley de Introducción al Código Civil para permitir a las partes elegir la ley aplicable para regir las obligaciones asumidas en el contrato internacional.

constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da Constituição da República de 1988), privilegia o fornecedor com sede no exterior.”¹⁸⁰

Conforme la profesora mencionada, la mejor solución para el derecho brasileño sería adoptar una norma flexible que indique la ley del domicilio del consumidor como aplicable, por aplicación analógica del artículo 101 del Código de Defensa del Consumidor, permitiéndose al juez solamente aplicar la ley elegida limitadamente por las partes en el contrato, caso ésta fuere la más favorable al consumidor¹⁸¹.

Respecto al derecho de Paraguay, el país tampoco prevé expresamente el uso de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, en su Código Civil. No obstante, parte de la doctrina se manifiesta en el sentido de que no existe obstáculo para que en los contratos internacionales se acuerden reglas sobre el derecho aplicable, desde que sean respetadas las normas imperativas que determinan la aplicación de la ley local¹⁸².

En este sentido, tal cual ocurrió en Brasil, se puede sostener que a partir de la sanción de la ley nº 1879/2002 sobre arbitraje y mediación, que recepta expresamente, en su

180 LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, RT, 2004, pp. 440-441.

181 LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, *op. cit.*, p. 445.

182 RUIZ DIAS LABRANO, Roberto, *op. cit.*, pp. 663-667. Para el profesor mencionado, la regla que recepta el principio de la autonomía de la voluntad en el derecho paraguayo está enunciada en el artículo 669 del Código Civil del país, que faculta a los interesados reglar libremente sus derechos mediante contratos. No obstante, al momento de determinar la ley aplicable, deben ser observados el orden público y las buenas costumbres, determinación constante del artículo 9º del Código mencionado, a la que se sujeta la aplicabilidad del derecho extranjero. En sentido contrario, sosteniendo que el artículo 669 no recepta el principio mencionado, Nádia de Araújo asevera que: “não nos parece que as atuais regras paraguaias permitam às partes exercerem o direito de escolha da lei aplicável, nos moldes de outras leis, que expressamente o permitem. Todavia, em face da ausência de manifestação jurisprudencial a esse respeito não se pode dizer que o assunto está inteiramente pacificado. (ARAÚJO, Nádia de, *op. cit.*, pp. 89-90.)

artículo 32, el principio de la autonomía de la voluntad, el mismo puede ser considerado como un criterio para la definición de la ley material aplicable al contrato en materia de arbitraje comercial internacional, lo que puede indicar un gran cambio respecto al tratamiento de la temática en el país, una vez que los debates respecto a la aceptación o no de este principio siguen estando presentes y la doctrina referente al caso es prácticamente escasa.

Por ende, con relación a la ley materialmente aplicable, el Código Civil, en su artículo 14, indica que la validez intrínseca de los contratos se regirá por la ley del lugar de cumplimiento, mientras que el artículo 23 indica que la ley del lugar de celebración será la competente para regular la validez extrínseca del contrato.

Uruguay, a su vez, desde el siglo pasado, viene presentando serias resistencias a la admisión de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, reposando sus orígenes en la doctrina de Gonzalo Ramirez¹⁸³. Desde entonces, el principio ha enfrentado serias dificultades para encontrar aceptación, aún más porque el artículo 2.403¹⁸⁴ del Código Civil Uruguayo es interpretado de forma unívoca por la jurisprudencia del país como siendo una norma de carácter imperativo¹⁸⁵, en la medida que prohíbe a las partes la libertad de elegir el derecho aplicable a la relación contractual.

Conforme advierte Cecilia Fresnedo de Aguirre, la excepción a este principio está dada en la parte final de artículo supra mencionado, que establece que la voluntad de las partes “sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente”. Según la autora, “podemos interpretar que ‘ley competente’ refiere al orden jurídico remitido por la

183 Sobre el tema ver: ARAÚJO, Nádía de, *op. cit.*, pp. 85-86.

184 Dispone el artículo mencionado: “las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente.”

185 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 166.

norma de conflicto aplicada en el caso, o a la normativa de DIPr competente para regular la categoría de que se trata, ya sea ésta de fuente nacional o internacional.”¹⁸⁶

Entretanto, un cambio substancial en el país podría ser generado a partir de la aprobación del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de 2008. El artículo 48.1 del Proyecto mencionado innova respecto de las soluciones vigentes, al establecer que “los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan.” Además, no es demasiado reiterar que la ley de Mercado de Valores contempla expresamente en el artículo 46, párrafo primero, una excepción a la regla general, permitiendo la elección de la ley que regirá la relación contractual, por parte de la entidad emisora de los valores, lo que también sirve como argumento a favor de la aceptación gradual de la autonomía de la voluntad en Uruguay.

Respecto al tema consumidor, el artículo 50.5 del Proyecto prevé un estatuto mínimo para determinar el derecho aplicable en esta materia, prohibiendo expresamente la elección de ley por las partes¹⁸⁷. El dispositivo mencionado establece específicamente que los contratos internacionales de consumo serán regidos: a) por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor; b) en caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán de conformidad por la ley del lugar del domicilio del consumidor; c) en los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

Por ende, respecto a la regla general, actualmente vigente, cuando no hubiere el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el artículo 2.399 del Código Civil resulta de aplicación, determinando que las obligaciones serán regidas en cuanto a la existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento.

¹⁸⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Uruguay”, en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *op. cit.*, p. 549.

Por último, con relación al derecho de Venezuela es dable señalar que el país claramente acoge el principio de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley material que regirá el contrato. El artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que: “las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes.” De esta forma, conforme destaca Eugenio Hernández-Bretón, se percibe que “la autonomía conflictual es reconocida en su forma más amplia. Las partes pueden escoger cualquier Derecho con independencia de que presente alguna vinculación con el contrato en cuestión. Pueden escoger ese Derecho, además, en cualquier momento: antes o después de celebrar el contrato. Inclusive cabe la posibilidad de modificar la elección previamente realizada, quedando, en todo caso, a salvo los derechos de terceros y la validez formal del contrato. Se admite inclusive que las partes durante un proceso judicial acuerden el Derecho aplicable al contrato internacional en cuestión.”¹⁸⁸

Sin embargo, no habiendo ejercicio de la autonomía de la voluntad o si la elección no fuere válida, el artículo 30 de la norma indicada destaca que “las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.” De la lectura de esta disposición, se percibe que el país se inclina por la adopción de la teoría de los vínculos más estrechos, abandonando la de la prestación más característica, aceptando, en igual medida, la aplicación de la *lex mercatoria* como fuente de derecho para regir la relación contractual.

En apoyo de lo anteriormente dicho, el artículo 31 de la ley bajo estudio aún advierte que se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, justamente para viabilizar la realización de las exigencias de justicia y equidad, impuestas para la solución del caso concreto.

188 HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “Venezuela”, en: C. ESPLUGUES MOTA; D. HARGAIN y G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 797.

Respecto al derecho del consumidor, la doctrina venezolana ha defendido la aplicación de las normas generales para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo, por lo que puede ser plenamente realizada la elección de la ley material que irá regir los contratos celebrados con consumidores¹⁸⁹. Sin embargo, es dable señalar que parte de la doctrina aboga por la necesidad del empleo de mecanismos específicos para proteger el consumidor, tales como las normas de aplicación inmediata¹⁹⁰, de forma a limitar el juego de la autonomía de la voluntad cuando la ley elegida, principalmente en un contrato de adhesión, que expresa la voluntad del más fuerte, menoscabe el derecho del consumidor, parte débil de la relación contractual¹⁹¹.

2. La ley aplicable en el derecho de fuente convencional autónoma¹⁹²

Por último, queda analizar los intentos realizados en el ámbito convencional del MERCOSUR, en el sentido de reglamentar la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo.

En este escenario, traemos a colación el Proyecto de Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo, que tuvo origen en una propuesta hecha por la delegación brasileña, en los días 18 y 19 de agosto de 2010, en Río de

189 MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Venezuela", *op. cit.*, p. 564.

190 HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "Venezuela", *op. cit.*, p. 809.

191 En este sentido: MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Venezuela", *op. cit.*, pp. 565-566.

192 Sobre el tema ver: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "Bases de armonización legislativa en materia contractual para el MERCOSUR: entre la esperanza y la utopía", en: L. Díez-Picazo y Ponce de León, E. Garzón Valdés, C. M. Grosman, E. R. Zaffaroni (Dir.), *NOS AD JUSTITIAM ESSE NATOS. Libro Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011)*, vol. II, Valparaíso, Edeval, 2011. pp. 975-1030.

Janeiro, que presentó en este entonces un Proyecto de Resolución del GMC sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo.

Posteriormente, el 22 de septiembre de 2011, en la CXXII Reunión Ordinaria de la CCM, fue finalmente presentado el Proyecto de Acuerdo mencionado, que se basa en la necesidad de adopción de reglas comunes sobre ley aplicable a los contratos celebrados entre proveedores de bienes o prestadores de servicios y consumidores o usuarios en la región.

El texto indicado, respecto a la ley aplicable, en su art. 6° dispone, que los contratos internacionales celebrados por el consumidor en el Estado de su domicilio se regirán por el derecho elegido por las partes, quienes podrán optar entre el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede principal del proveedor de los productos o servicios. En ausencia de elección válida, se indicará como aplicable el derecho del Estado del domicilio del consumidor. Respecto a los contratos celebrados por el consumidor, estando éste fuera del Estado de su domicilio, igualmente tendrá validez el derecho elegido por las partes, que podrán optar entre el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o el del domicilio del consumidor. En ausencia de elección, se aplicará el derecho del lugar de celebración.

Tal como se ve, estos preceptos estarían reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad con carácter restrictivo, toda vez, que si bien se lo admite, se limitan las posibilidades de las partes que podrán elegir pero siempre dentro de un catálogo un elenco brindado por el legislador.

No obstante, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable debe darse por escrito y de común acuerdo, no siendo aplicable si el foro tuviere normas de carácter imperativo. En tal caso, las reglas a ser aplicadas serán aquellas que fueren consideradas más favorables al consumidor (art. 9°).

V. ALGUNAS PROPUESTAS. CONCLUSIONES

Tras el análisis de los derechos de fuente interna y convencional, es posible establecer las siguientes conclusiones, vinculadas a los temas calificación, jurisdicción y ley aplicable a los contratos internacionales de consumo en el MERCOSUR.

En primer lugar, se verifica la pertinencia de establecerse una calificación de consumidor que abarque a todas las relaciones de consumo, sean ellas directas o indirectas, si el objetivo es tener, en el MERCOSUR, una norma común, aplicable a todos los Estados partes. Empero, esta armonización legislativa no podrá ofrecer una protección menor que la ya asegurada por el derecho argentino y brasileño, que son los que brindan una mejor condición al consumidor nacional.

A partir del estudio comparado de distintas legislaciones, se advierte que hay elementos comunes que están presentes en todas ellas. Por ejemplo, todas las normas de fuente interna de los países mercosureños hablan del consumidor como una persona física o jurídica, a excepción de Venezuela que no considera esta última como consumidor, que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final. Todas, además, excluyen de la calificación referida a quienes adquieren, almacenan, utilizan o consumen un bien o servicio para que sea integrado en un proceso de producción o cadena productiva. Es decir, con relación a estos tres elementos, hay consenso en el bloque. Sin embargo, la cuestión se pone un poco más compleja cuando se trata del concepto de *bystander* o consumidor equiparado. Solamente Argentina y Brasil reconocen la posibilidad, en sus ordenamientos internos, de ofrecer protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo. Los primeros intentos de regulación del Derecho del Consumidor en el bloque, como la Resolución GMC n° 123/1996 y el Protocolo de Santa María, no previeron la figura del consumidor por equiparación. No obstante, recientemente, en septiembre de 2011, por medio de la presentación del Proyecto de Acuerdo sobre Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo en el MERCOSUR y de la Propuesta de Reglamento del GMC sobre Conceptos Básicos en materia de Defensa del Consumidor, pareciera que el bloque empezó a abrirse a la posibilidad de inclusión del consumidor equiparado en la esfera de protección normativa, una vez que al calificar consumidor, en los nuevos proyectos mencionados, se adopta el criterio amplio vinculado al hecho de ser destinatario final del producto o del servicio.

Por otro lado, es necesario reiterar que no existe, en la actualidad, una norma MERCOSUR vigente que establezca el concepto de consumidor. Además, la única norma que rige en el bloque en materia de Derecho del Consumidor es la Resolución GMC n° 126/94, que en su artículo 2° determina que hasta que no sea aprobado un Reglamento Común para el MERCOSUR, cada Estado aplicará su legislación para los productos y servicios comercializados en su territorio, lo que, en última instancia, significa la manutención de distintos grados de protección al consumidor en el bloque y la aplicación del concepto legal de consumidor que rige en cada espacio territorial¹⁹³.

Esta postura del bloque lleva a que coexistan múltiples conceptos o calificaciones de consumidor en el espacio integrado, generando situaciones en donde una persona sea considerada como consumidor en Argentina y no lo sea en Uruguay, lo que crea una cierta dosis de desprotección e inestabilidad a los consumidores transfronterizos que cruzan las fronteras en la búsqueda de un objetivo concreto: el de consumir. Ello desde ya constituye un serio problema, porque esta ausencia obliga al operador jurídico a recurrir a los derechos de fuente interna, que tal como vimos dentro del MERCOSUR muestran algunas similitudes, pero también algunas divergencias. Estas asimetrías legislativas, de persistir, terminan por conspirar contra la consolidación y el fortalecimiento de un esquema de integración, por favorecer y/o estimular el *forum shopping* invitando y entusiasmando a las personas humanas y jurídicas a migrar en la búsqueda de niveles de protección distintos que unilateralmente favorezcan sus propios intereses. |

A tenor del análisis realizado, habrá que discernir acerca de la conveniencia o no de introducir calificaciones autárquicas, autónomas de consumidor dentro del área. Para el supuesto de una respuesta afirmativa, parece imponerse la tendencia hacia la formulación en los instrumentos internacionales de una definición, una calificación que sea lo suficientemente abarcativa, como para permitir aumentar el ámbito de aplicación material de tal modo de favorecer, extender el abanico de posibilidades, el espectro de protección jurídica a un mayor número de personas tanto humanas como jurídicas atenuando el nivel de exposición, de vulnerabilidad de los mentados consumidores y usuarios.

193 KLAUSNER, Eduardo Antonio, *op. cit.*, p. 85.

Con relación al tema de la jurisdicción internacional, vimos que los Estados que componen el bloque no cuentan con reglas específicas en materia de consumo internacional, en su derecho de fuente interna. Además, tampoco el MERCOSUR, en el ámbito convencional, contempla normas que sean aplicables sobre la temática, una vez que el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo no está vigente.

No obstante lo anteriormente dicho, los esfuerzos realizados a nivel convencional en el bloque demuestran una preocupación constante en ofrecer protección al consumidor, en la medida que se privilegia el foro de su domicilio como criterio general a ser aplicado.

No se debe dejar de mencionar, asimismo, que a excepción de la Argentina, que teóricamente permite el uso de la autonomía de la voluntad para la elección del foro en materia de consumo, los demás Estados partes no están abiertos para el recurso a este tipo de cláusula contractual, en razón de la necesidad de ofrecer protección a la parte débil del contrato. En el mismo sentido se está interpretando el Protocolo de Santa María, que nada dispuso respecto a la materia, debiendo ser interpretado conjuntamente con el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, que, al permitir la elección de foro, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos realizados con consumidores.

Por lo tanto, con relación a la competencia judicial internacional, es urgente e imprescindible la puesta en vigencia del Protocolo de Santa María, que ofrece protección al consumidor transfronterizo del bloque, una vez que adopta las modernas tendencias en materia legislativa.

Por último, con relación a la ley aplicable, se verifica que los países involucrados en la conformación del MERCOSUR no contemplan, en su derecho interno, normas específicas destinadas a regir las relaciones de consumo. Por lo tanto, la salida es el recurso a las normas tradicionales previstas para los contratos internacionales en general, las cuales, como se vio, no son suficientes para brindar al consumidor una adecuada protección jurídica.

Además, respecto a la posibilidad de elección del derecho material que regirá la relación contractual, a excepción de Venezuela, que claramente acepta la autonomía de la

voluntad conflictual, los demás países todavía están debatiendo el tema, algunos con mayor proclividad y otros con mayor resistencia. Sin embargo, el problema principal está en aceptar este principio en los contratos internacionales con consumidores, en razón de la posición de debilidad o hiposuficiencia presentada por el consumidor transfronterizo.

No obstante esta resistencia en el empleo de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable a los contratos con consumidores, el Proyecto de Acuerdo presentado en el MERCOSUR recepta claramente este principio. Respecto al tema, aunque sea novedoso aceptar la posibilidad de elección de ley aplicable en los contratos de consumo, el derecho que resultare aplicable no debiera ofrecer una protección menor que el derecho del domicilio o de la residencia del consumidor.

Luego, tanto en materia de ley aplicable como en materia de jurisdicción, al no existir normas actualmente vigentes en el ámbito MERCOSUR que reglamenten el consumo transfronterizo, la Resolución GMC n° 126/94 deberá ser aplicada, lo que hace con que cada Estado aplique su propia legislación de derecho interno para los productos y servicios comercializados en su territorio.

De esta forma, ante las discusiones expuestas, queda mencionar que al legislador del MERCOSUR, conforme el compromiso asumido en el artículo 1° del Tratado de Asunción, le compete instar la armonización legislativa en las áreas pertinentes, de modo tal de evitar distorsiones entre los Estados miembros, y que la ignorancia de las reglas aplicables en países distintos al suyo lleve a los consumidores – usuarios a no realizar transacciones fuera de sus países. |

Ello sin olvidar que cuando se asume el compromiso de armonización, puede hacérsela en base a la legislación más adelantada —como adoptando la forma más sencilla—, siguiendo un modelo intermedio o haciendo una nueva legislación para todos los miembros del bloque. Por supuesto, la forma ideal de armonizar está en adoptar y adaptarse al modelo superior más avanzado. En el caso MERCOSUR, la situación dada parecería indicar la conveniencia de un acercamiento a la legislación brasileña, ya que es la que tiende a la mayor protección del consumidor. Nivelar hacia abajo implicaría un retroceso, tomando en cuenta también que habría dificultades internas para que Brasil pudiese descender el nivel de protección de sus consumidores.

Lo que se deberá buscar es una armonización de las legislaciones, sin herir los derechos ya adquiridos y el status de protección ya alcanzado en cada uno de los derechos estatales. Y aquí la palabra empleada precedentemente armonización cobra una especial relevancia, ya que, en este tema lo atinado no es uniformar, sino antes bien de acercar las semejanzas.

Para ello, mucho tiene que decir el Derecho Internacional Privado que sabido ha sido el pionero, el derecho más involucrado en materia de integración jurídica y así contribuir, aportando respuestas a los problemas planteados, para superar tales dicotomías (que pueden conducir a soluciones diferentes) hasta llegar a incluir protección en virtud de la existencia de una relación de consumo, haya o no contrato.

En el contexto de la sociedad de información, resulta incuestionable la imperiosidad de promover, de fomentar el desarrollo de políticas públicas encaminadas a armonizar las normas y los estándares a nivel regional, mediante la creación o adaptación de marcos legislativos que incentiven la confianza y la seguridad de las transacciones internacionales en general, y consecuentemente las que se despliegan en línea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes, “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en los Estados del Mercosur – The Law Applicable to International Contracts in Mercosur States”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/125/art/art3.htm>, acceso el 01/11/2011.
- ALL, Paula María, “La Construcción de un Sistema de Protección del Consumidor en el Mercosur: avances y desafíos de cara a la CIDIP VII”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2006-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- ALTERINI, Atilio A. *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- ALTERINI, Atilio A., “Las Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera Lectura, 20 Años Después”, en: R. Vázquez Ferreyra (coord.), *op. cit.*,

- ARAÚJO, Nádia de, *Contratos Internacionais. Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. PROSECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, 2010.
- DIAS TAVARES GUERREIRO CRUZ, Carolina, *Contratos Internacionais de Consumo. Lei Aplicável*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.
- DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado – Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- FEITEN WINGERT ODY, Lisiane, “O Conceito de Consumidor e Noção de Vulnerabilidade nos Países do Mercosul”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 64, oct./dic. 2007.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. “Bases de armonización legislativa en materia contractual para el MERCOSUR: entre la esperanza y la utopía”, en: L. Díez-Picazo y Ponce de León, E. Garzón Valdés, C. M. Grosman, E. R. Zaffaroni (Dir.), *NOS AD JUSTITIAM ESSE NATOS. Libro Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011)*, vol. II, Valparaíso, Edeval, 2011.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*, en: A. A. Alterini (dir.), “Colección - El Sistema Jurídico en el Mercosur”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; KLEIN VIEIRA, Luciane. “La Noción de Consumidor en el Mercosur”, *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, Madrid, Universidad Carlos III, oct./2011.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Consumer Protection in International Private Relations”, en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010.

- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Uruguay", en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado - Tomo II – Parte Especial*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- GHERSI, Carlos A; WEINGARTEN, Celia, "Proyecto de Reforma a la Ley del Consumidor", *La Ley*, Tomo 2006-E.
- HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Buenos Aires, BdeF, 1998.
- HERNÁNDEZ, Carlos A.; FRUSTAGLI, Sandra A., "Primeras Consideraciones sobre los Alcances de la Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con Especial Referencia a la Materia Contractual", *Revista de Direito do Consumidor*, .nº 67, jul./sept. 2008.
- HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, "La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 2009-1, 2009.
- HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, "Venezuela", en: C. ESPLUGUES MOTA; D. HARGAIN y G. PALAO MORENO (dirs.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Buenos Aires, BdeF, 2008.
- JOSSERAND, L., "La protección de los débiles por el Derecho", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, nº 12, dic./1947.
- KFURI LOPES, Rénan, "A maioria da Lei de Consumo no Brasil", *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, nº 19, febr./mar. 2008.
- KLAUSNER, Eduardo Antonio, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2ª Ed., Curitiba, Juruá, 2007.

- LIMA MARQUES, Claudia, “Brésil”, en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010.
- LIMA MARQUES, Claudia, “Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 26, abr./jun. 1998.
- LIMA MARQUES, Cláudia, “Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul – Primeiras Observações sobre o Mercosul como Legislador da Proteção do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 23-24, jul./dic. 1997.
- LIMA MARQUES, Claudia, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, RT, 2004.
- LIMA MARQUES, Claudia; /MIRAGEM, Bruno; HERMAN BENJAMIM, Antonio, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo, “La Relación de Consumo. Ámbito de Aplicación del Estatuto de Defensa del Consumidor”, en: R. Lorenzetti/G. J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Venezuela", en: D. P. Fernández Arroyo y J. A. Moreno Rodríguez (coords.), *Consumer Protection in International Private Relationships – La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010.
- MORALES, Mirta, *Un Estudio Comparativo de la Protección Legislativa del Consumidor en el Ámbito Interno de los Países del Mercosur*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, Renovar, 2006.
- NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de Jurisdicciones en Casos que Involucran a Consumidores”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nº 139-141, Buenos Aires, Depalma, 1991-A.

- PEREIRA GAIO JÚNIOR, Antonio, *A Proteção do Consumidor no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2003.
- PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, en: R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*”, Rosario, 2005.
- RODAS, Grandino, “Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais”, *Contratos Internacionais*, São Paulo, RT, 1995.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía; OLIVA, Graciela Alicia, “Jurisdicción en materia contractual”, en: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., “Derecho Internacional Privado y de la Integración. Colección de Análisis Jurisprudencial”, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- RUIZ DIAS LABRANO, Roberto, *Derecho Internacional Privado*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2010.
- STIGLIZ, Gabriel, “Interpretación del Contrato por Adhesión entre Empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, *La Ley*, Tomo 1995-C.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- TINAJEROS ARCE, Érika Patricia, “La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, abr./jun. 2005.
- UZAL, María Elsa, “La Protección al Consumidor en el Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 139-141, Buenos Aires,

Depalma, 1991-A.

- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A; AVALLE, Damián, “Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *La Ley*, Tomo 2008-D.
- WAJNTRAUB, Javier H., “La Noción de Consumidor tras la Reforma de la Ley 24.240”, en: R. Vázquez Ferreyra (Coord.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

CUADERNILLO 6:

**NUESTRAS CONCLUSIONES Y ALGUNAS
PROPUESTAS**

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

2012

NUESTRAS CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas*

I. BASES JURÍDICAS PARA LA ARMONIZACIÓN EN LOS ESPACIOS INTEGRADOS, EN PARTICULAR EN EL MERCOSUR

El compromiso asumido por los Estados que integran el MERCOSUR en el artículo 1° del Tratado de Asunción, acuerdo fundacional del bloque de 1991, los obliga a lograr la armonización legislativa en las áreas pertinentes. Precisamente el área contractual en general y en especial la contratación electrónica en la que intervienen consumidores lo son.

Por ende, resulta un hecho incuestionable la necesidad de promover y fomentar el desarrollo de políticas públicas para armonizar las normas en el nivel regional, mediante la creación o la adaptación de marcos legislativos que incentiven la confianza y la seguridad de las transacciones en línea. Esta meta, este objetivo, indudablemente, debe prestar especial atención a la legislación que favorezca la seguridad jurídica de aquellas personas que opten por utilizar los medios electrónicos en lugar de los medios convencionales, brindando la necesaria protección de los consumidores en la contratación electrónica, como un instrumento para el desarrollo de la sociedad de la información.

Estos cuadernillos se centraron en el análisis de los principales marcos normativos, ordenamientos jurídicos tanto de fuente interna como convencional, sin soslayar los

** Abogada (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Titular de Cátedra en Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Es Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Es autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos y ponencias en Congresos, sobre temas de su especialidad.

imprescindibles estudios de derecho comparado en materia de protección de los consumidores en el comercio electrónico, con la finalidad de descubrir, elaborar, sentar los lineamientos básicos, las bases que debería contener un instrumento legal en el nivel regional, específicamente en el MERCOSUR.

Ahora bien, alcanzar el objetivo a través de un instrumento autónomo, propio del MERCOSUR nos parece una respuesta adecuada, máxime cuando tal como se observa la CIDIP más allá de su grandiosidad como obra codificadora, no ha logrado aún resultados efectivos en una materia altamente sensible como es la de la contratación electrónica. Y esta postergación parece obedecer fundamentalmente, según nuestra mirada, a las diferentes idiosincrasias jurídicas de quienes la integran, que si bien no es un obstáculo insalvable para la armonización legislativa, ciertamente la retardan. Baste como ejemplo observar que en la propuesta de Estados Unidos de la CIDIP VII y este no es un dato menor, se permite, siguiendo una práctica generalizada en ese país, que las autoridades públicas actúen más allá de sus fronteras y aún más, que ejecuten aspectos civiles de sentencias penales. Asimismo, en esta propuesta se llegan a introducir soluciones que favorecen abiertamente a los proveedores de servicios, que como resulta de toda obviedad, tienen sede en ese país. Dicho en otras palabras, las propuestas analizadas por esta obra codificadora, no hacen más que reflejar aquellas diferencias explicitadas en la concepción del derecho, que desnudan entre otras cuestiones, un claro intento de aplicar en esta área jurídica el método de modelo matemático, que tal como se sabe, además de no ser para nada ingenuo, se limita al empleo de la variable jurídica para la formulación de normas. Parte de la idea de considerar que si una regla jurídica es exitosa en determinado ámbito, merece, puede ser trasplantada, copiada en cualquier contexto, sin tomar en consideración, sin el respeto debido a otras variables tales como las sociales, económicas, políticas, entre otras.

Afortunadamente, las disparidades legislativas derivadas de la pertenencia a familias jurídicas diversas no se perciben, manifiestan entre los países que conforman el espacio integrado del MERCOSUR y este es un elemento a favor que debería ser aprovechado, ya que las asimetrías existentes de por sí no son de tal entidad, de tal magnitud que el consenso entre los integrantes del bloque no puedan superar a la hora de la discusión, del debate legislativo.

Lo que debe quedar claro como el agua, es que la delicada como relevante tarea que aspira a la creación de un marco normativo para el MERCOSUR en materia de contratación electrónica en la que intervienen los consumidores, debería resultar del empleo del método de campo, que sin lugar a dudas resulta el más apropiado como técnica de reglamentación por atender al más amplio espectro de variables más acorde con el objeto, y con la parte de la realidad que jurídicamente se pretende regular.

Hemos descubierto en este trabajo, a partir del estudio comparado de distintas legislaciones que hay, afortunadamente, algunos elementos comunes que están presentes en todas ellas, los cuales a todas luces, favorecen, impulsan la armonización. Por ejemplo, todas las normas de fuente interna de los países mercosureños hablan del consumidor como una persona física o jurídica. Todas, además, excluyen de la calificación referida a quienes adquieren, almacenan, utilizan o consumen un bien o servicio para que sea integrado en un proceso de producción o cadena productiva. Es decir, con relación a estos elementos, hay consenso en el bloque. Sin embargo, la cuestión se pone un poco más compleja cuando se trata del concepto de bystander o consumidor equiparado. Solamente Argentina y Brasil reconocen la posibilidad, en sus ordenamientos internos, de ofrecer protección jurídica al tercero no contratante, que se ve afectado por la relación de consumo.

Además, lo precedentemente expuesto, cobra especial importancia cuando se observa que la única norma que rige en el bloque en materia de Derecho del Consumidor es la Resolución GMC n° 126/94, que en su artículo 2° determina que hasta que no sea aprobado un Reglamento Común para el MERCOSUR, cada Estado aplicará su legislación para los productos y servicios comercializados en su territorio, lo que, en última instancia, significa el mantenimiento de distintos grados de protección al consumidor en el bloque y la aplicación del concepto legal de consumidor que rige en cada espacio territorial.

Pero lo que más provoca cierta perplejidad, y este es un problema más, que si persisten estas distintas calificaciones de consumidor, esta especial circunstancia de por sí sola es un peligro, ya que los empresarios se verán tentados a desplazar sus actividades dentro del espacio integrado hacia aquellos territorios donde el nivel de protección le sea más conveniente, menos riesgoso, menos oneroso, definitivamente el de menor nivel.

En cuanto a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, pensamos que no hay que resistirse demasiado, tal como ya lo comprende el Proyecto de Acuerdo presentado en el MERCOSUR que recepta claramente esta facultad. Aceptar la posibilidad de elección de ley aplicable en los contratos de consumo, no implica una suerte de festival de la autonomía, sino que la ley que resultare aplicable no debiera ofrecer una protección sustancialmente menor a la que otorga el derecho del Estado del domicilio o de la residencia del consumidor.

Asimismo, cabe señalar que a la hora de la regulación en materia de contratación electrónica en el MERCOSUR, nada merece ser descartado de plano, por lo que no podemos darnos el lujo de soslayar aquellas realizaciones autónomas, propias del área como el Protocolo de Santa María de 1996, así como tampoco algunas propuestas en el ámbito de la CIDIP VII, entre otras analizadas precedentemente.

II. ALGUNAS PREMISAS Y PROPUESTAS FINALES

El marco normativo, sea una convención o una ley modelo o una guía legislativa, debería siempre partir de una noción del consumidor lo suficientemente flexible que permita una interpretación lo más amplia posible del espectro, del nivel de tutela.

En cuanto a las cláusulas de elección de ley aplicable o de jurisdicción no debería, tal como dijéramos rechazarse su ejercicio de plano, sino colocar a la autonomía de la voluntad en sus justos límites, encauzándola, acotándola para evitar el desnivel de la balanza a favor de los más poderosos en desmedro de los más débiles.

A su turno, el principio del favor del consumidor, de la aplicación de la ley más favorable a sus derechos, debería ser en definitiva, el principio rector que podría servir de guía en cualquier interpretación del instrumento jurídico a elaborarse en la materia.

Es más, pensamos en la posibilidad de introducir, para darle la más amplia protección al consumidor on line, la presunción de que se encuentra contratando desde el lugar de su domicilio, por ende, que es un consumidor pasivo. Por supuesto, excepcionalmente permitiendo a quien contrató con él, destruir la presunción demostrando, aunque somos

conscientes de las dificultades probatorias que podrían derivarse, que el consumidor contrató desde afuera del Estado de su domicilio.

Es verdad que una de las cuestiones más delicadas consiste en determinar la ley aplicable cuando las partes en la contratación electrónica no la han elegido, o por alguna razón, la misma se tornara ineficaz. Aquí parece que, nuevamente, adquiere especial esplendor el principio de la aplicación de la ley más favorable al consumidor, que puede plasmarse en el instrumento jurídico que proponemos como una suerte de disposición materialmente orientada hacia la protección óptima.

Aunque en este aspecto, no puede olvidarse que precisamente en el MERCOSUR la presunción de que el derecho más favorable al consumidor es el de su residencia habitual no siempre le será más beneficiosa. Solamente baste pensar en la hipótesis de un contrato celebrado electrónicamente entre un proveedor de Brasil y un consumidor con residencia habitual en la Argentina, dado que en el estado actual de las cosas ante la falta de un instrumento armonizador en la materia, de aplicarse la ley argentina en defecto de elección por las partes, el consumidor se vería perjudicado en la medida que el nivel de protección del derecho argentino es inferior al nivel que brinda el derecho brasileño. De modo que esta aplicación no debería ser automática sino surgir del caso concreto, donde adquiere especial relevancia el papel del aplicador, del intérprete del derecho.

No obstante, también sabemos que la determinación del derecho más favorable al consumidor si bien es cierto puede convertirse en una tarea más o menos sencilla, no lo es menos que la dificultad disminuye cuando se advierte que no son tantísimos los derechos estadales en juego objeto de la comparación. Cuestión además, que puede ser zanjada acudiendo a normas desde afuera del MERCOSUR tales como la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero de Montevideo de 1979, entre otras posibles, o lo que es mejor aún, introduciendo como proponemos en el instrumento jurídico autónomo que propiciamos, un sistema de información a cargo de autoridades centrales que faciliten el conocimiento del derecho extranjero.

También sería de toda conveniencia introducir dos disposiciones, una relacionada con el orden público internacional como criterio interpretativo, así como una regla que con el objeto de brindarle el máximo de tutela dispusiera que en todo caso habrán de aplicarse las

normas imperativas de protección del consumidor del Estado de su residencia habitual cuando el consumidor haya sido agredido por el dueño de un sitio web en ese lugar. Esta es una posibilidad abierta al debate, claro.

Nuestro trabajo se encuentra encaminado a dar algunas respuestas, algunas soluciones en materia de contratación electrónica en la que intervienen los consumidores, sin resignar, sino antes bien destacando el rol que merece asignarse al Derecho Internacional Privado, como instrumento fundamental de integración jurídica. Máxime cuando resulta claro que armonizar, es acercar, es aproximar y esta es, desde su aparición en el elenco jurídico, una de sus más notables características. Nuestra disciplina ante los desafíos del presente se encuentra plena de vitalidad y con las herramientas adecuadas para resolver muchos de los conflictos que se producen en la Sociedad de la Información, en la que todos, consciente o inconscientemente, transitamos.

Porque todo ello estamos convencidas, que la contribución del Derecho Internacional Privado es ineludible, dado que se trata de un área de derecho que por su propia naturaleza, no se puede conformar con ser considerado como una suerte de derecho de remisión, neutral, imperturbable e impoluto, sino que antes bien su misión consiste en última instancia como todo el derecho, a contribuir en la búsqueda de respuestas, soluciones que mejoren la convivencia social. Y esto es lo que precisamente hemos tratado de hacer aquí en materia de contratación electrónica, con la mirada puesta en la búsqueda de algunas bases mínimas, lineamientos encaminados a atenuar, equilibrar mediante reglas jurídicas, el dispar poder de negociación, la hiposuficiencia, la debilidad jurídica que suelen adolecer quienes en muchas ocasiones más que las necesarias, se nos han dado en llamar los profanos, los inexpertos, los consumidores en el área de la contratación electrónica. Si para muchos la humanidad está esclavizada por las máquinas, es hora de cambiarla. Porque el futuro puede ser tan bueno o tan malo como seamos capaces de construirlo.

CUADERNILLO 7:

SÍNTESIS GRÁFICA

Por Luciana B. Scotti

Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

2012



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA



PROYECTOS DE REFORMA

	Ley aplicable	Juez competente
Proyecto de Reformas al Código Civil de 1993	Artículo 954: Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos destinados a la financiación de tales prestaciones se rigen por el derecho del domicilio del consumidor , en los siguientes casos: 1) si la celebración del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad en ese Estado y allí se han cumplido los actos necesarios para la celebración del contrato,	Artículo 944: En materia contractual son competentes concurrentemente los jueces del Estado del domicilio del demandado y los del lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Asimismo se admite la intervención de los jueces del Estado cuyo derecho se aplica al fondo del asunto. Artículo 945 (...) En caso de contratos concluidos por consumidores solo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento del diferendo

	<p>2) si el cocontratante del consumidor ha recibido la orden en ese Estado, 3) si el consumidor ha sido incitado por el cocontratante a desplazarse a un Estado extranjero con la finalidad de dar allí la orden de compra o provisión.</p> <p>La elección por las partes del derecho aplicable no puede tener por efecto privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas del Estado en el cual tiene su domicilio.</p>	
<p>Libro VIII de Derecho Internacional Privado del Proyecto de Ley de Unificación de los códigos Civil y de Comercio de 1998/1999</p>	<p>Artículo 2613: Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos:</p> <p>a) Si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.</p> <p>b) Si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado.</p> <p>c) Si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.</p> <p>Se excluye la posibilidad de elección de la ley aplicable.</p>	<p>Artículo 256: Las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo, deben interponerse ante los tribunales de su domicilio. A elección del actor, pueden también interponerse ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, los del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes o ante los del domicilio del demandado.</p> <p>Sólo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento de la controversia.</p>
<p>Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003</p>	<p>Artículo 79: Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la</p>	<p>Artículo 27: Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, o del cumplimiento de la obligación de garantía o del domicilio del demandado.</p> <p>En esta materia no se admite el</p>

	<p>residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En los contratos con consumidores no se aplican los artículos 69 a 73. (En consecuencia, la norma proyectada excluye directamente la autonomía de la voluntad para este tipo de contratos).</p>	<p>acuerdo de elección de foro.</p>
<p>Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012</p>	<p>Artículo 2655: Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.</p>	<p>Artículo 2654: Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.</p>

No se admite la elección de ley aplicable.

FUENTE CONVENCIONAL

NORMAS PROVENIENTES DE OTROS FOROS DE CODIFICACIÓN



United Nations Commission on
International Trade Law
(UNCITRAL)





UNION EUROPEA

PRINCIPALES DIRECTIVAS PROTECTORIAS DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

✓ Directiva del Consejo 85/577/CEE del 20 de diciembre de 1985 para proteger al consumidor con respecto a los contratos que se negocian fuera de los establecimientos mercantiles.
✓ Directiva del Consejo 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986 para aproximar las leyes, reglamentaciones y disposiciones administrativas de los Estados Miembros concerniente al crédito del consumidor.
✓ Directiva del Consejo 90/314/CEE del 13 de junio de 1990 sobre paquetes de viajes, de vacaciones y de turismo.
✓ Directiva del Consejo 93/13/EEC del 5 de abril de 1993 sobre términos injustos en los contratos de los consumidores.
✓ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 1994 sobre la protección de los compradores con respecto a ciertos aspectos de los contratos relacionados con la compra de un derecho para utilizar bienes inmuebles bajo el sistema de tiempo compartido.
✓ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997 sobre la protección de los consumidores con respecto a los contratos a la distancia.
✓ Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 1998 sobre la protección de los consumidores en la indicación de los precios de los productos que se ofrecen a los consumidores.
✓ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de mayo de 1998 sobre medidas cautelares para la protección de los intereses de los consumidores.
✓ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de mayo de 1999 sobre ciertos aspectos de la venta al consumidor de bienes y las garantías relacionadas.
✓ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de septiembre de 2002 concerniente a la comercialización a distancia de servicios financieros al consumidor y que enmienda la Directiva del Consejo 90/619/EEC y las Directivas 97/7/EC y 98/27/EC.
✓ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 14 de enero

de 2009 sobre contratos de aprovechamiento por turno.

Directiva	Definición de consumidor
Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (<i>Diario Oficial</i> núm. L 372 de 31-12-1985 p. 31-33).	<i>“Artículo 2:</i> Para los fines de la presente Directiva, se entenderá por: «consumidor», toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional.”
Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (<i>Diario Oficial</i>	<i>“Artículo 1: 2.</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «consumidor»: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su

núm. L 42 de 12-2-1987 p. 48-53).	oficio o profesión.”
Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (<i>Diario Oficial</i> núm. L 158 de 23-6-1990 p. 59-64).	“ <i>Artículo 2:</i> “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 4) Consumidor: la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario»).
Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (<i>Diario Oficial</i> núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34).	<i>Artículo 2:</i> “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (<i>Diario Oficial</i> núm. L 280 de 29-10-1994 p. 83-87).	“ <i>Artículo 2:</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: «adquirente»: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato.
Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (<i>Diario Oficial</i> núm. L 144 de 04-06-1997 p. 19 – 27).	“ <i>Artículo 2 Definiciones:</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 2) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (<i>Diario Oficial</i> núm. L 080 de 18-03-1998 p. 27 – 31).	“ <i>Artículo 2:</i> A efectos de la presente Directiva se entenderá por: e) «consumidor»: cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional.”
Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (<i>Diario</i>	“ <i>Artículo 1 Ámbito de aplicación y definiciones:</i> 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente

<i>Oficial</i> núm. L 171 de 7-7-1999 p. 12–16).	Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.
Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (<i>Diario Oficial</i> núm. L 178 de 17-07-2000 p. 01 – 16).	“ <i>Artículo 2 Definiciones:</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: e) "consumidor": cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.
Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (<i>Diario Oficial</i> núm. L 271, de 9-10-2002 p. 16 a 24).	“ <i>Artículo 2 Definiciones:</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: d) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.
Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE, las Directivas 97/7/CE, 98/ 27/EC y 2002/65/CE y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (<i>Diario Oficial</i> núm. L 149, de 11-06-2005 p. 22-38)	<i>Artículo 2 Definiciones:</i> A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «consumidor»: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.”



UNION EUROPEA






UNION EUROPEA



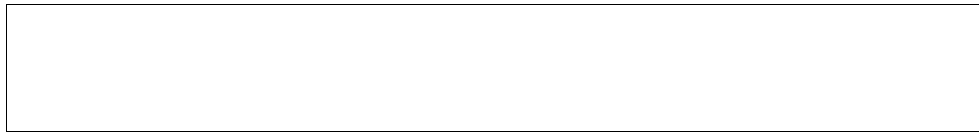
UNION EUROPEA



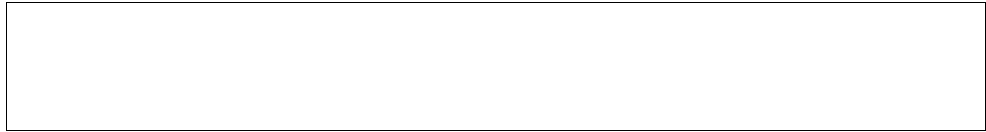
LEY INTERNA	DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR
<p data-bbox="207 982 792 1136">Ley N° 24.240, Ley de protección y defensa del consumidor, modificada por la ley N° 26.361, del 07 de abril de 2008</p> 	<p data-bbox="829 940 1446 968">Artículo 1°. Objeto. Consumidor. Equiparación.</p> <p data-bbox="829 978 1446 1304">La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.</p> <p data-bbox="829 1346 1446 1598">Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.</p>
<p data-bbox="207 1703 792 1835">Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990</p>	<p data-bbox="829 1633 1446 1738">Artículo 2°: define al consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final.”</p> <p data-bbox="829 1770 1446 1894">Son considerados como consumidores equiparados: la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (artículo 2°, párrafo único); todas las víctimas de un</p>

	<p>daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (artículo 17); y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (art. 29).</p>
<p>Ley N° 1.334, del 27 de octubre de 1998, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario.</p> 	<p>Artículo 4°, apartado a: se entenderá por consumidor y usuario “a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”. Según el artículo 5, “relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.”</p>
<p>Ley N° 17.250, del 11 de agosto de 2000, Ley de Defensa del Consumidor</p> 	<p>Artículo 2°, define el consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.</p> <p>La parte final del artículo 2° añade que “no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.”</p> <p>Define la relación de consumo como el vínculo oneroso realizado entre proveedor y consumidor.</p>

AVANCES RECIENTES EN EL MERCOSUR



Como resultado de la LXIII Reunión Ordinaria del Comité Técnico n° 7 sobre “Defensa del Consumidor” (Río de Janeiro, 18 y 19 de septiembre de 2011), se modificó el artículo 1.1 del Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor. El artículo 1.1 del Proyecto define como consumidor **“cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes o servicios, adquiere o utiliza bienes o servicios en su condición de destinatario final de dichos bienes o servicios”**. El 22 de septiembre de 2011, en la CXXII Reunión Ordinaria de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, el texto mencionado, con algunas modificaciones, fue aprobado. A partir del nuevo texto, se entiende por consumidor **“cualquier persona física o jurídica destinataria final de bienes o servicios”**.



Como resultado de la CXXII Reunión Ordinaria de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (Montevideo, del 20 al 22 de septiembre de 2010), se aprobó el Proyecto de Protocolo de Montevideo. El art. 1º del Proyecto indicado define el consumidor como **“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios”**.