

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^{1/}

por **Claudia Lima Marques,**

Profesora de la Universidad Federal de Río Grande do Sul,

Doctora en Derecho de la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Maestría en Derecho Civil y Derecho Internacional Privado de la

Universidad de Tübingen y Especialista en Integración Europea del Europa-Institut,

Saarbrücken, Alemania

Introducción

Habiendo tenido el honor de dirigir las clases del Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en agosto de 2000, sobre “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”,^{2/} ocasión en que llegué a la conclusión de que era necesario y oportuno elaborar en la región una nueva Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) para la protección del consumidor turista y del consumidor que contrata a distancia, en especial en el creciente comercio electrónico, quisiera ahora resumir dicho Curso, divulgar las conclusiones a que llegué y someterlas a la crítica de los colegas brasileños.

El abordaje del Curso de 2000 fue necesariamente regional, al igual que las soluciones propuestas, como la propia CIDIP proyectada al final, pero los problemas identificados también se reflejan en el ordenamiento brasileño, como procuramos destacar en el presente artículo. Efectivamente, las normas brasileñas del Derecho Internacional Privado vigentes datan de 1942 y los proyectos existentes –como el Proyecto Reale del Nuevo Código Civil, el Proyecto de la OAB-SP sobre comercio electrónico de la nueva LICC de Jacob Dolinger – apuntan sólo a actualizar los aspectos materiales de un nuevo consumo internacional o fueron retirados del Parlamento y ya no se tramitan, con lo que queda sin regular en forma especial el problema de la ley aplicable a estos contratos internacionales de consumo cada vez más comunes.^{3/} La importancia del tema resulta clara. En este sentido, si las normas del Derecho Internacional Privado también están desfasadas a nivel

-
1. El presente artículo es la nueva versión, compuesta por los 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 (en prensa), para su divulgación en Brasil. La autora agradece al Dr. Jean Michel-Arrighi, renombrado consumerista y Director Jurídico de la OEA, Washington, por la honrosa invitación para dirigir el Curso en la OEA, 2000, y quisiera agradecer y rendir homenaje a los Profesores Elmo Pilla Ribeiro (UFRGS), Michael R. Will (Saarbrücken), Alfred von Overbeck (Lausanne) y Erik Jayme (Heidelberg), grandes maestros que me enseñaron la belleza, la importancia y la utilidad del Derecho Internacional Privado en nuestros tiempos.
 2. El Curso, en su totalidad, será publicado por la OEA, en Washington; véase MARQUES, Cláudia Lima, “La protección del consumidor: aspectos del derecho privado regional y general”, Curso de Derecho Internacional, CJI/OEA, Washington/Río de Janeiro, 2001.
 3. Otro buen ejemplo es que, de los 80 PLs anexados al Proyecto de Ley 1825/91 de actualización del CDC, sólo tres (PL 884/95, PL 2646/96 y PL 2893/97) tratan el tema del consumo internacional y, ello, en lo que se refiere a la información prestada al consumidor, tema ya tratado por el Artículo 31 del CDC.

nacional, la elaboración de una solución regional puede ser un camino más fácil y efectivo en estos tiempos globalizados^{4/}, como lo ha demostrado el ejemplo europeo.^{5/}

Hace algún tiempo, la protección del consumidor era un problema de derecho interno pues la actuación de la mayoría de las personas se restringía al territorio de su país, en una relación típicamente nacional, sin ningún elemento de internacionalidad,^{6/} pero hoy la realidad regional y nacional es diferente. 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.^{7/} 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.^{8/} 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.^{9/} Las propias formas de producción y montaje son hoy internacionales; los contratos internacionales de consumo y el turismo se masificaron.^{10/} El fenómeno de *consumidor pasivo* internacional y de *consumidor activo* internacional ya llegó a los países de América Latina y al Brasil. Consumir en forma internacional es

-
4. Sobre los problemas y la trivialización de la expresión “globalización”, véase el análisis lúcido de PORTO, Ronaldo, *Globalização e Direito do Consumidor*, en RDC 32, p. 45.
 5. Sobre el ejemplo europeo, véase nuestro artículo *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, en la Revista de Derecho Privado, vol. 4 (2000), p. 50 y sig.
 6. Así lo indica HOFFMAN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, in *RabelsZ* 38 (1974), p. 401, donde explica que, en casos excepcionales, se podía usar la cláusula de orden público para proteger al “más débil” en sus contratos, accidentes, turismo internacional.
 7. Así también observan los maestros uruguayos HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Julio César Faira Ed., Montevideo, 1998, p. 504, citando HARGAIN/MIHALI.
 8. Con ello concuerdan BENJAMIN, Antônio Herman de V., *Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience*, en RAMSAY, Iaian (Ed.), *Consumer Law in the Global Economy*, Asgate, Brookfield, USA, 1996, p. 50 y REICH, Norbert, *Consumerism and citizenship in the Information Society-The case of electronic contracting*, en WILHELSSON, Thomas (Ed.), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer, Law International, La Haya/Londres/Boston, 2001, p. 163 y sigs. Véase MARQUES, Claudia Lima (Org.), *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*, Editora Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994 y *El Código brasileño de defensa del consumidor y el Mercosur*, en GHERSI, Carlos Alberto (Director), *Mercosur-Perspectivas desde el derecho privado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 199-226.
 9. La distinción entre consumidor activo (que se traslada de un país a otro) y consumidor pasivo (que recibe la información, que contrata en su país, sin traslado físico) es muy utilizada en Alemania y será aquí seguida para facilitar la exposición. Véase, por el uso de la expresión, JAYME, Erik y KOHLER, Christian, *Europäisches Kollisionsrecht 1999- Die Abendstunde der Staatsverträge*, en *IPRAX* 1999, p. 404.
 10. Véase BENJAMIN, Antonio Herman de V., *O transporte aéreo e o Código de Defesa do consumidor*, en *Revista AJURIS-Edição Especial*, marzo de 1998, vol. II, p. 499 y sigs.. Véase también mi artículo *A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais*, en *Revista, Direito do Consumidor*, San Pablo, vol. 3 (1992), p. 155-197.

típico de nuestra época. El servicio o producto extranjero es *status*, es bien simbólico en la actual cultura de consumo;^{11/} el turismo, los viajes, el ser consumidor activo en forma internacional forma parte de la búsqueda posmoderna de placeres, del esparcimiento individual, de la realización de los sueños y del imaginario, es una distinción social cada vez más importante.^{12/}

En verdad, el derecho del consumidor tiene una vocación internacional,^{13/} y en ningún otro sector del derecho privado los modelos y las inspiraciones extranjeras y supranacionales estuvieron tan presentes. En teoría, el consumidor no debe ser perjudicado, sea en el plano de la seguridad, la calidad, la garantía o el acceso a la justicia, sólo porque adquiere un producto o utiliza un servicio proveniente de otro país o suministrado por una empresa con sede en el exterior.^{14/} En teoría, el consumidor turista o viajero, aquel que adquiere productos y servicios en otro país, debe poder contar con una protección mínima de sus intereses, así como el que, al recibir publicidad de un fabricante ubicado en otro país, resuelve contratar a distancia o por medios electrónicos. Por tanto, hubo un cambio sustancial en la estructura del mercado,^{15/} una globalización también de las relaciones privadas de consumo,^{16/} y revela las fallas del mercado^{17/} y los límites del concepto de “soberanía” del consumidor en el mercado actual.^{18/} Su posición es cada vez más débil o vulnerable y el desequilibrio en las relaciones de consumo es intrínseco,^{19/} lo cual hace necesaria una efectiva tutela y una intervención positiva de los Estados y de los Organismos Internacionales legitimados para ello.^{20/}

La pregunta es si nuestro ordenamiento jurídico está preparado para esta internacionalización de las relaciones de consumo. Existe una gran especificidad en estas relaciones jurídicas internacionales que, si bien representan sólo un segmento del comercio internacional, tienen un potencial económico y político importantísimo (Parte I). La realidad de la mayoría de los países de las Américas es que las leyes nacionales de protección de los consumidores, de derecho civil y de derecho comercial, y las normas generales, raramente incluyen normas de derecho internacional privado especiales para la tutela efectiva de los contratantes más débiles, de las víctimas de los accidentes con productos y servicios defectuosos, de los turistas, de los que reciben la publicidad, el marketing agresivo y emocional de nuestros tiempos, en fin, de los consumidores domiciliados en

-
11. Aquí estamos siguiendo las enseñanzas de FEATHERSTONE, Mike, *Cultura de Consumo e Pós-modernismo*, Ed. Studio Nobel, San Pablo, 1995, p. 31
 12. Véase FEATHERSTONE, p. 31.
 13. Véase BOURGOIGNIE, Thierry, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, CDC-Story Scienza, Bruselas, 1988, p. 215ss
 14. Así lo manifestamos en el artículo *Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, publicado en *Revista Direito do Consumidor*, vol. 23-24, p. 79 y también, en el mismo sentido, en el Mercosur, STIGLITZ, Gabriel, *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur*, en *Derecho del Consumidor*, vol. 6, 1995, p. 20
 15. Cfr. BOTANA GARCÍA, Gema e RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999, p. 8 (citado BOTANA).
 16. Véase, GHERSI, *Postmodernidad*, p. 139 y sig.
 17. Véase BOURGOINIE, p. 64 e seg.
 18. Véase BOTANA, p. 8 e BOURGOINIE, p. 64.
 19. CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la Consommation*, 3.ed., Dalloz, París, 1992, p. 1, considera que este desequilibrio siempre existió, y que ahora está calificado de tal manera que es uno de los objetivos sociales de nuestro tiempo, a saber, proteger al consumidor en posición estructuralmente más débil.
 20. Así me manifesté en *El Código brasileño*, p. 199; también BOTANA, p. 8, menciona la actual “degradación de la posición del consumidor”.

estos países o nacionales de estos países. Las normas nacionales del Derecho Internacional Privado (en adelante, "DIPr") en general son antiguas^{21/} y la única actualización llegó a través de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), organizadas por la OEA. Las CIDIP, sin embargo, no impusieron ninguna conexión más favorable específicamente sobre la protección del consumidor, como veremos más adelante. (Parte II).

Es incontrovertible que la protección de este agente económico más débil,^{22/} en general, una persona física no profesional, que actúa, contrata un negocio en el mercado de consumo o de suministro de productos y servicios sin fines de lucro y fuera de su actividad profesional principal, interesa hoy al Derecho Internacional Privado regional, como lo comprueba el Protocolo de Santa María de 1998 en el Mercosur y al Derecho Internacional Privado general, como lo demostraron el proyecto de 1980 de la Convención de la Haya^{23/} y la Convención Europea de Roma de 1980.

Se plantea aquí la interrogante de si los esfuerzos realizados hasta ahora fueron suficientes o deben ser renovados. Las normas nacionales deberían bastar para proteger al consumidor en el nuevo mercado sin fronteras, al mismo tiempo que no deben ser usadas por los países como nuevas barreras a la libre circulación de productos y de servicios de los países integrados o que pertenecen a una zona de libre comercio o unión aduanera, como el TLCAN (NAFTA), el ALCA o el Mercosur.^{24/} No obstante, obsérvese que 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,^{25/} y, al contrario, tratan de excluir estos contratos de su campo de aplicación.^{26/}

21. A excepción de Estados Unidos y Venezuela, para lo cual véase PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *Curso general de Derecho Internacional Privado- Problemas Selectos*, Fundación Fernando Parra Aranguren, Caracas, 1991, p.51 y sigs.

22. Véase BENJAMIN, Antonio Herman, *El Código Brasileño de Protección del Consumidor*, en Política y Derecho del Consumo, VELILLA, Marco (Director), Ed. El Navegante, Bogotá, 1998, p. 480.

23. Véase VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1982, p. 6, que explica cómo este proyecto de convención apuntaba a complementar la Convención de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a la venta internacional de mercaderías, lo que nunca llegó a ocurrir, pues el referido proyecto, creado en 1980, nunca llegó a ser aprobado, habiendo sido superado por la propia Convención de Roma de la CEE, suscrita en ese mismo año, con su famoso Artículo 5 sobre el mismo tema.

24. Véase KRÄMER, Ludwig, *La CEE et la protection du consommateur*, Collection Droit et Consommation 15, Story, Bruselas, 1988, p. 377. Véase también nuestro artículo, *El Código brasileño*, p. 199 y sigs.

25. Véase BOTANA, p. 21, donde se citan los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y la Convención de Viena sobre compra y venta internacional de mercaderías, de 1980.

26. El ejemplo más importante son las normas uniformizadoras de la Convención de la ONU sobre Compra y Venta de Mercaderías de 1980, conocida como la Convención de Viena de 1980, que en su Artículo 2 y su Artículo 5 procuran evitar la aplicación de estas normas de comercio internacional a los contratos con consumidores legos. Véase, sobre el tema, HARGAIN/MIHALI, p. 506 y GARRO, Alejandro Miguel y ZUPPI, Alberto Luis, *Compraventa internacional de mercaderías*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 81.

En Europa, desde la década de 1970, los especialistas propugnan la necesidad de que el Derecho Internacional Privado se ocupe de la protección de los más débiles, especialmente de los consumidores,^{27/} incluyendo los nuevos elementos de conexión más flexibles y adaptados a la tutela del vulnerable en estas situaciones privadas internacionales, ante las carencias de dichas conexiones “neutras” y rígidas, más adaptables al relacionamiento entre iguales o, por lo menos, entre profesionales y comerciantes.²⁸ Estas normas especiales del DIPr serían necesarias hasta que se registrara en Europa la armonización de las normas materiales de defensa del consumidor, por lo menos, en los temas principales de la internacionalización vivida hasta entonces.^{29/}

Con las debidas adaptaciones, me parece que exactamente este momento histórico se está repitiendo en el espacio interamericano. El sistema interamericano está claramente abierto al comercio internacional y a la regionalización, pero todavía tiene un ordenamiento jurídico con vacíos e insuficiente para proteger a los agentes económicos más débiles de su mercado, los consumidores. Sería necesaria una evolución.

En este sentido, sumándome a los especialistas uruguayos y argentinos^{30/} que me precedieron en estos estudios sobre la protección del consumidor en situaciones internacionales, quisiera aprovechar esta invitación del Comité Jurídico Interamericano para sugerir la elaboración de una Convención Especializada de Derecho Internacional Privado sobre protección del consumidor en dos situaciones específicas: la del consumidor turista, especialmente aquel que recurre al sistema de multipropiedad o tiempo compartido y al del consumidor que contrata a distancia, sea por medios tradicionales o por nuevos medios electrónicos. Me inspiro en la actual doctrina europea, que sigue indicando que el tema de la protección del consumidor es básico para los mercados globalizados,^{31/} es la manera de armonizar los intereses del mercado con los deseos de respeto por los nuevos derechos humanos en tiempos posmodernos, de creciente individualismo y de integración económica cada vez más desarrollada.^{32/}

27. Se hicieron famosos los trabajos de ZWEIGERT, NEUHAUS e LANDO, que sugerían, el primero, que incluyese valores sociales y, el segundo, que se abandonara la autonomía de la voluntad en los contratos entre contratantes débiles y fuertes, como los de consumo y, el tercero, sugiriendo, primero, que el DIPr. pasase a elegir como conexión el domicilio del contratante más débil; véase también el estudio de VON HOFFMANN, Bernd von, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, en *RabelsZ* 38 (1974), (396-420), p. 398 y sigs., y de KROPHOLLER, Jan, *Das Kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei*, en *RabelsZ* 42 (1978), (634-661), p. 634 y sigs.

28. Véase KROPHOLLER, 1978, p. 636.

29. Así lo manifiesta, denominando el orden jurídico alemán de la época de "incompleta e insegura para los contratantes más débiles ", KROPHOLLER, p. 635.

30. Cabe mencionar especialmente aquí los estudios de BOGGIANO, DROMI y TONIOLLO, en Argentina, ARRIGHI y los jóvenes autores HIRGAIN/MIHALI, en Uruguay.

31. Véase la exposición firme y crítica de JUNKER, Abbo, *Von Citoyen zum Consommateur- Entwicklung des internationalen Verbraucherschutzrechts*, en *IPRAX* 1998, p. 67 y sigs., donde afirma que el consumidor es el "citoyen", o ciudadano político europeo del futuro. JUNKER se inspira en un trabajo semejante de von WESTPHALEN, *Vom Citoyen über den Bourgeois zum Consommateur*, *ZIP* 1995, p. 1643, véase JUNKER, p. 67.

32. Este análisis posmoderno es un homenaje al maestro orientador del Doctorado, Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, de la Universidad de Heidelberg, que en su brillante curso de la Haya lanzó su teoría de los reflejos de la posmodernidad en el derecho. Véase JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le*

I – Especificidad del consumo internacional e insuficiencia de las normas del Derecho Internacional Privado nacionales de la región

Al principio, corresponde establecer claramente cuáles son las especificidades de las relaciones de consumo internacionales, comparándolas con las relaciones comerciales internacionales. Es cierto que en el comercio internacional también existe la barrera idiomática, la de la falta de información, la diferencia de normas y costumbres, las dificultades e inseguridad en la entrega y en el pago, en la garantía, en el nivel de calidad y en el servicio post venta,^{33/} pero estas dificultades se califican cuando el socio contractual es un lego, un consumidor.^{34/} La primera de las especificidades del consumo internacional es, pues, el desequilibrio informativo y de especialización intrínseco entre las partes contratantes internacionales ante la condición de lego y vulnerable del socio consumidor.^{35/} El comercio internacional, las relaciones de compra y venta o de prestación de servicios entre personas con sede en países diferentes, en general se produce entre personas jurídicas o profesionales, comerciantes y empresarios –ergo, especialistas y profesionales- para poder moverse en el mundo de los negocios internacionales. En el consumo internacional no existe esta realidad. El socio consumidor es atraído por métodos agresivos de marketing (por ejemplo, telemarketing, teleshopping, ventas emocionales de tiempo compartido para turistas) o por precios reducidos (descuentos, reducción de impuestos, envío gratuito, etc.), por el sentido de aventura (por juegos, apuestas, premios), o por su propia ignorancia en cuanto a las dificultades de las transacciones transnacionales (escaso conocimiento del idioma para entender la oferta, o la publicidad, mito de la calidad superior de los productos importados, productos novedosos, desconocidos en países emergentes, por falta de asesoramiento jurídico o de un departamento jurídico para la negociación, confianza en que la marca tendrá servicios post venta en su país, etc.). Las reglas del comercio internacional, las reglas del derecho internacional privado, en general, están construidas sobre la base del profesionalismo y la especialidad de los socios involucrados,^{36/} para proteger a quien vende, a quien suministra el producto o el servicio, y no a quien sólo paga (comprador, beneficiario del servicio, “consumidor”).

Otra especificidad del consumo internacional es la falta de “continuidad” o su “discontinuidad”. Los actos de comercio se caracterizan por la repetición e inclusive los contratos internacionales tienden a abrir mercados y relaciones bastante cooperativas y duraderas. Los

droit internationale privé postmoderne - en: Recueil des Cours de l' Académie de Droit International de la Haye, 1995,II, p. 33 y sigs. (citado en Jayme, Cours).

33. Sobre las dificultades del comercio internacional, véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos Internacionais*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 60 y sig., y MOURA RAMOS, Rui Manuel, y SOARES, María Angela Bento, *Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 9 y sigs. Se llega a defender, por su especificidad, inclusive la existencia de un derecho del comercio internacional; véase JADAUD, Bernard y PLAISANT, Robert, *Droit du Commerce International*, Dalloz, París, 1991, p. 1.
34. Véase Comisión Europea, *Guía del consumidor europeo en el mercado único*, Comisión Europea, Bruselas, 1995, p. 15 y 16.
35. Sobre la vulnerabilidad del consumidor, véase mi libro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, San Pablo, 1999, p. 140 y sigs.
36. En este sentido, cabe destacar la decisión del STF de no considerar "consumo" las relaciones de importación de materia prima entre dos comerciantes, SENTENCIA EXTRANJERA CONTESTADA N° 5.847-1, Decreto promulgado el 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa. Véanse mis comentarios sobre esta decisión del STF, conjuntamente con Eduardo TURKIENICZ, *Comentários ao acórdão do STF no caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC*, en la Revista Direito do Consumidor, vol. 36 (2000), p. 221 y sigs.

contratos de consumo internacionales, por el contrario, son en general de intercambio, no tienen larga duración ni se benefician del sistema financiero internacional o transfieren la tecnología en el sentido estricto de la palabra.^{37/} Por ejemplo, ser turista es un fenómeno puntual y estacional; comprar a distancia de un proveedor de California (Estados Unidos) un determinado *software* o libro, también es un fenómeno eventual y discontinuado. Las reglas del comercio internacional, las reglas del derecho internacional privado, en general, están construidas sobre la base de la confianza y la continuidad, del incremento de relaciones: el que compra internacionalmente, volverá a comprar si la “ejecución” fue adecuada; es necesario proteger al que vende, al que, sin muchas garantías y sin conocer a su cliente, envía propiedad suya para un país lejano. En el consumo internacional, la propiedad se invierte, el comprador no es un comerciante, no es un *expert*; por el contrario, es lego, compra por el precio, por las calidades preconizadas, confía en una protección legal muchas veces inexistente y asume enormes riesgos al dar acceso al número de su tarjeta de crédito.

Las demás especificidades son en escaso valor: la masificación y la dificultad de reejecución. El consumo internacional es un fenómeno de masas; basta pensar en el turismo estacional, el tiempo compartido, con sus círculos de intercambios internacionales, los paquetes turísticos para grandes fiestas, los transportes aéreos, los cruceros marítimos, etc.^{38/} Considerado individualmente, el contrato internacional de consumo tiene pequeño valor, sea para la economía de un país o para el proveedor. Este pequeño valor dificulta sustancialmente el acceso a la justicia, reprime el litigio, dificulta que el consumidor asuma gastos exagerados, sea para reclamar, para buscar nuevamente al proveedor, para hacer valer su garantía, etc. El consumo internacional tiene también una última especificidad, que es común a los servicios en general, su reejecución, en caso de frustración de las expectativas del consumidor contratante, que es bastante dificultosa. En el caso del turismo, reeditar algo, como una excursión, días de vacaciones en una playa contaminada, recuperar el confort del hotel en un país lejano, etc., es una tarea casi imposible, y la respuesta será sólo económica, con las pérdidas y los daños respectivos. En materia de contratos a distancia, la eventualidad de las pérdidas de tiempo, de la pérdida de una posibilidad o de la generación de daños morales conexos a la mala ejecución del contrato internacional de consumo, también son casi una constante, siendo preferible prevenir los daños y minimizarlos, pues las respuestas serán sólo económicas, con las pérdidas y los daños respectivos.

Corresponde destacar, finalmente, que existe un fuerte componente político económico en las normas de protección nacional e internacional de los consumidores, porque, si un país exportador mantiene un alto nivel de protección de sus consumidores, aumenta la calidad de sus productos, que encontrarán mayor aceptación internacional. Si un país turístico aumenta el grado de protección de los turistas y facilita su acceso a la justicia, garantiza mejores condiciones al turismo y facilita el desarrollo de este importante sector económico; en otras palabras, las reglas sobre el derecho del

37. Rara excepción sería el contrato de tiempo compartido o multipropiedad, que es una relación duradera, aunque fluida, a veces nacional o internacional (con círculos de intercambios); véase, sobre el tema, el maestro brasileiro, TEPEDINO, Gustavo, *Multipropriedade Imobiliária*, Saraiva, San Pablo, 1993 y mi artículo, *Contratos de time-sharing no Brasil e a proteção dos consumidores: Crítica ao Direito Civil em tempos pós-modernos*, en Revista Direito do Consumidor, San Pablo, vol 22 (1997), pg. 64-86.

38. La doctrina europea advierte desde la década de los 80 y, especialmente, en la década de los 90, que el turismo de masas es uno de los sectores económicos que más crece en la Unión Europea, y que la defensa del consumidor se torna necesaria inclusive como instrumento armonizador de la competencia. Véase, con estadísticas sobre el crecimiento del sector turístico, LETE ACHIRICA, Javier, *El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los consumidores*, Ed. Cedec, Barcelona, 1997, p. 32 a 34.

consumidor interesan a la competitividad del mercado interno y a la competitividad internacional, a la vez que contribuyen a la creación de un mercado interno con competencia leal y con la realización de las políticas gubernamentales.^{39/}

La tendencia apunta a la elaboración de reglas nacionales, muchas de ellas consideradas de orden público internacional,^{40/} *lois de police* o leyes de aplicación inmediata,^{41/} así como la aproximación, armonización de las reglas nacionales, que aseguran la protección del consumidor, en los organismos internacionales dedicados a la integración económica, como la Unión Europea (UE) o el Mercosur.

A. De la necesidad de normas especiales del Derecho Internacional Privado para la protección de los consumidores

1. Por un Derecho Internacional Privado con valores sociales y función de armonía regional

Los autores clásicos brasileros definían conceptualmente el Derecho Internacional Privado, a la manera de Pillet y de la teoría francesa, como “la ciencia que tiene por objeto la regulación jurídica de las relaciones internacionales de orden privado”^{42/} o las “relaciones de orden privado de la sociedad internacional”,^{43/} cuyo objeto no sería sólo el estudio de los conflictos de leyes en el espacio,^{44/} sino también los conflictos de jurisdicción, los problemas de nacionalidad, la condición jurídica de los extranjeros y el derecho adquirido. En particular, acepto la limitación del objeto del DIPr. propuesta por autores italianos y alemanes^{45/} y en este trabajo consideraré como Derecho Internacional Privado las reglas, normas y el desarrollo jurisprudencial y los principios tendientes a indicar la aplicabilidad de una ley a los casos privados con conexión con más de un orden jurídico, solucionando sólo indirectamente los llamados conflictos de leyes en el espacio, así como todas las

39. Véase también GHERSI, Carlos Alberto, *Razones y fundamentos para la integración regional, en: Mercosur - Perspectivas desde el derecho privado*, Ghersi (Coord.), 1993, p. 30 y sigs.

40. La excepción de orden público tiene un claro fin social y de protección, no sólo del sistema del DIPr. , sino también, en los países de la familia del derecho continental europeo, de las políticas públicas u objetivos de armonía social interna, BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social de lois en droit international privé*, Recueil des Cours, 1993, II, t. 239, Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 60 a 69.

41. En la definición clásica de Franceskakis, reproducida por BUCHER, p. 39, son leyes o reglas “don't l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays.”; véase Artículo 7, inciso 2 de la Convención de Roma de la UE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. Tales normas se aplican directamente. Véase, sobre el Artículo 18, Ley de Derecho Internacional Privado suiza, BUCHER, p. 39.

42. Esta es la definición de FULGÊNCIO, Tito, *Synthesis de Direito Internacional Privado*, Ed. Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1937, p. 5.

43. Esta es la expresión de BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Ed. Histórica, Ed. Río, 1988, p. 11.

44. Véase Rodrigo OCTAVIO, Rodrigo, *Direito Internacional Privado-Parte Geral*, Ed. Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1942, p. 19, que confiesa que esta es la parte principal de la disciplina, pero no la única, y que, a su juicio, incluiría también la condición jurídica de los extranjeros y el respeto por los derechos adquiridos, p. 20.

45. KEGEL, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 6.Aufl., Beck, Munich, 1987, p. 3, KROPHOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990 (donde se cita Kropolher/IPR), p. 1 y von BAR, Christian, *Internationales Privatrecht-vol.II*, BT, Beck, Munich, 1991, p. 1.

normas (materiales, de ayuda, calificadoras o de aplicación inmediata) que intervienen o ayudan (*Hilfsnormen*) en este procedimiento.^{46/} Los temas auxiliares para la solución de estos conflictos de leyes en el espacio serán tratados como materias “hermanas” del DIPr. y, hoy –práctica y pragmáticamente- en él contenidas, como el Derecho Procesal Civil Internacional o el Proceso Civil Internacional. Corresponde mencionar en especial los esfuerzos para la determinación de una jurisdicción especial para el consumidor y de facilidades en el reconocimiento y ejecución de las sentencias, así como los esfuerzos para una mayor cooperación jurisdiccional internacional en este tema.

De la misma manera, parece necesario aclarar que aceptaremos aquí la teoría del Derecho Internacional Privado posmoderno de mi maestro de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. H.c. mult. Erik Jayme, para quien, el DIPr es un instrumento de armonía y paz en las relaciones hoy globalizadas.^{47/} El DIPr posmoderno lograría equilibrar y representar al mismo tiempo las fuerzas contradictorias sociales y económicas de nuestra época, del individualismo posmoderno de una identidad cultural exacerbada, la fuerza irresistible de la aproximación y regionalización económica, de espacios supranacionales de integración y de un libre comercio globalizado. 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 mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy. Representa, políticamente, un compromiso con la lealtad del mercado, asegurada en una visión macro por el derecho de la competencia y, en su visión micro, aunque hoy cada vez más colectiva y difusa, por el derecho del consumidor. Por último, socialmente, procura equilibrar el *revival* de la autonomía de la voluntad, de la concentración en el papel del individuo en la determinación soberana de sus relaciones privadas, económicas y de consumo, y el *revival* de los derechos humanos, toda vez que, recibir protección del Estado, es un derecho fundamental de los ciudadanos de muchos países, y el derecho del consumidor es un derecho humano de nueva generación.^{48/}

Si, como enseña JAYME,^{49/} el DIPr. es una de las ramas más sensibles a los cambios sociales, políticos y jurídicos de fin de siglo, pues evita conflictos ideológicos y valoraciones negativas en cuanto a los derechos nacionales, al permitir indicar soluciones (materialmente y jurisprudentemente) justas para los conflictos privados internacionales, sin impedir ni afectar el curso del comercio internacional y del liberalismo económico, incorporar normas de respeto a los derechos de los individuos en este DIPr. del futuro, no sólo minimiza los riesgos de adopción de soluciones radicales, por insatisfacción en cuanto a la justicia material en las relaciones internacionales, sino que también llena un vacío de *lex mercatoria*, al establecer un estándar internacional de garantía de la efectividad de los derechos para el socio más débil en el comercio internacional, el consumidor, un agente económico lego. Se evita así que la laguna sea llenada, pues, mediante un nuevo territorialismo nacional radical.

Es interesante observar que, si los países siempre lograron un consenso en torno a la necesidad de evolucionar y garantizar con normas imperativas o con normas narrativas (*soft law*) las bases del comercio internacional de mercaderías y servicios entre comerciantes o profesionales, no existió hasta ahora una gran preocupación por evolucionar en las normas del DIPr. de protección del

46. Véase Artículo 3 de EGBGB alemana.

47. Véanse las bellísimas enseñanzas de JAYME, Cours, p.56 y sigs.

48. JAYME, Cours, p. 49.

49. Véase JAYME, Cours, p. 129 y sigs.

consumidor-persona física cuando actúa fuera de su actividad profesional, como destinatario final de servicios y productos para fines personales o familiares.^{50/} Más allá de los esfuerzos de la proyectada Convención de la Haya en 1980 y de las Convenciones europeas, el tema ha sido poco debatido en las Américas, como veremos más adelante.^{51/} Si bien se puede intentar una explicación de este vacío consciente de la *lex mercatoria* mundial, la cual me parece sería que los países desarrollados ya poseen mecanismos jurídicos y de DIPr. suficientes para la aplicación de sus reglas de defensa del consumidor, garantizando así una protección efectiva de sus ciudadanos, también en las relaciones de consumo internacional.

Al mismo tiempo, no existe un gran interés o necesidad de ampliar esta misma norma para los consumidores de fuera de la región o para los consumidores de los países del segundo o tercer mundo, hoy llamados países emergentes. Se crea entonces el mito, entre los países emergentes, de que una norma elevada de protección del consumidor representaría una barrera al libre comercio,^{52/} desarrollando así nuevos mercados para la colocación de productos y servicios ya prohibidos en otros países o aún en etapa de prueba en cuanto a sus riesgos. Se evita también que las industrias locales de los países emergentes inviertan en la elaboración de una norma internacional adecuada de protección del consumidor (y del medio ambiente), de manera de impedir –indirectamente- que estas industrias puedan exportar sus productos y servicios y participar más activamente (y en forma competitiva) en el mercado internacional. Revertir este esquema es un problema de política internacional, pero el derecho puede contribuir llenando este vacío de la manera más neutra y menos conflictiva posible, que es –irónicamente- el Derecho Internacional Privado, con sus normas indirectas (o de método conflictual), protectoras de los consumidores, con un claro objetivo material (y no jurídicamente neutro).^{53/}

En resumen, proponemos en este trabajo una utilización actualizada del DIPr., llenando estas normas con valores sociales que permitirán la armonía de las relaciones internacionales necesaria en nuestros tiempos; un DIPr. de solución material de los complejos conflictos posmodernos que ahora involucran derechos humanos y límites constitucionales,^{54/} un DIPr. “narrativo”^{55/} que señale un

50. Véase, sobre el tema, ARRIGHI, Jean Michel, *La Protección de los Consumidores y el Mercosur*, en: Revista Direito do Consumidor, San Pablo, vol. 2 (1992), p. 126 y sigs.

51. Véase TONIOLLO, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, en Revista de Derecho del Mercosur, año 2, No. 6, diciembre de 1998, p. 96, comentando el proyecto de la Haya. Véase también el mencionado informe y proyecto de VON MEHREN, *Rapport explicatif -Loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, en Actes et Documents de la Quatorzième session (1996), tomo II, Ventes aux consommateurs, Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, La Haya, 1982, p. 6 y sigs

52. Sobre la incorrección de este mito, véase mi artículo *O Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul*, en Revista Direito do Consumidor, vol. 8, p. 43 y sigs.

53. Sobre la crisis del DIPr., véase el curso de KEGEL en La Haya, citado por NISHITANI, Yuko, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Universitätsverlag C.Winter, Heidelberg, 2000, p. 283.

54. Me refiero al *Double Coding* en la interpretación de las normas actuales, que no son ya intrínsecamente neutras, sino que comportan la protección de los valores constitucionales, especialmente los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico internacional, por Convenciones de Derecho Internacional Público. Véase JAYME, Cours, p. 36.

55. Adopto aquí la teoría de Jayme sobre normas narrativas (JAYME, Cours, p. 247), destacando que cualquier propuesta de Convención internacional y el texto que de ahí surja tiene hoy un efecto por lo menos narrativo, de demostrar los problemas y los caminos, de narrar objetivos y principios, aunque

objetivo, que “formule un discurso” –y la mismo tiempo promueva la “discusión”-,^{56/} que haga efectiva la necesaria protección de los más débiles en los mercados internacionalizados de hoy.^{57/}

Como preconiza KROPHOLLER, en su famoso artículo de 1978 sobre la protección de la parte más débil a través del Derecho Internacional Privado,^{58/} es necesario evolucionar a un DIPr. impregnado de valores sociales. Me parece el momento de pasar a considerar también estos valores en las normas de DIPr. elaboradas en la OEA: la protección del más débil en la sociedad de consumo y de información, es decir, el consumidor.

Según BRILMAYER, los valores tradicionales del DIPr., tales como la previsibilidad de la ley aplicable y el desestímulo del forum-shopping, son análogos a los valores procesales y no a las conexiones territoriales, pues no tienen su fundamento en las preferencias materiales de cada país.^{59/} Desarrollando un poco más este pensamiento crítico de la autora norteamericana, podríamos afirmar, con JAYME,^{60/} que las nuevas normas de DIPr. de protección al consumidor, por lo menos las originarias en la Unión Europea, que procuraremos seguir, tienen finalidad material. Es decir, estas normas de DIPr. hallan su fundamento en las preferencias materiales de esta región y en la decisión gubernamental supranacional de extender el estándar europeo de protección a los agentes económicos más débiles y en forma más efectiva a toda la región, a todos sus ciudadanos y residentes.

sea sólo como fuente de inspiración, e inclusive, aunque estas normas nunca lleguen a tener vigencia, sus esfuerzos, como los de la Convención de La Haya de 1980, demuestran la existencia de la necesidad y obligan a buscar –nacional, regional o universalmente- soluciones. Véanse, sobre la necesidad de la protección internacional del consumidor, los estudios de von HOFFMAN, KROPHOLLER, en las Américas, de BOGGIANO, y, más recientemente, de BRÖCKER e TONIOLLO, todos ellos citados en este trabajo.

56. Si la comunicación es uno de los elementos de la posmodernidad destacados por Jayme, es cierto que el derecho también es una forma de discurso, un discurso cada vez más deslegitimizado, en desconstrucción constante, inclusive por el discurso de la necesidad del libre comercio globalizado, y, por eso mismo, incluyo aquí la idea de Habermas y de los seguidores de las teorías actuales de semiótica, de que el discurso (en el caso, el nuevo DIPr. de protección del consumidor) o mi actual propuesta de Convención, debe promover la discusión sobre el tema y con ello legitimarse. Véase, sobre el tema, MÜLLER, Friedrich, *Direito-Linguagem-Violência*, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 17 y sigs. Véase, criticando a Habermas por usar sólo los derechos fundamentales en su capítulo sobre paradigmas del derecho en la teoría del discurso, HÖFFE, Otfried. *Una conversione della teoria critica sulla teoria del diritto e del estato di Habermas in Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV serie, v. LXXI, n.1, 1994, p. 285. Véase HABERMAS, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 68 y sigs. y mi trabajo *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, Artículo publicado en la Revista ARQUIVOS do Ministério da Justiça, Brasília, año 50, número 189, ene/junio de 1998, p. 49 y sigs., con extensa bibliografía sobre los efectos desconstrutores de los discursos de la posmodernidad en el derecho.

57. Sobre la necesidad de tomar posición doctrinaria, véase ARRIGHI, p. 126-127.

58. KROPHOLLER, p. 655.

59. BRILMAYER, Lea, *Conflicts of Law*, 2.ed, Little, Brown and Co., Boston, 1995, p.178: “Traditional choice of law values such as predicability and the discouragement of forum-shopping are very closely analogous to procedural values. Unlike territorial scope decisions that derive from substantive preferences, however, they are typically not a product of specific domestic substantive rule, but apply across a wide range of substantive areas.”

60. Así se manifestó sobre el fin material de las normas del DIPr. originarias de la Unión Europea, JAYME (en HOMMELHOFF/JAYME/MANGOLD (Ed.), *Binnermarkt-Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1995), p.35), apud JUNKER, p. 74, nota 132.

A pesar de ser a primera vista “nacionalista” (o posnacionalista), esta opción no me parece errada, pues en verdad el DIPr. sigue buscando una legitimación material para sus opciones acerca de qué ley debe ser aplicada. Siendo así, me parece perfectamente razonable que las conexiones elegidas por el DIPr interamericano para proteger al consumidor de la región tengan como finalidad la protección de la parte más débil (von HOFFMAN), de sus derechos fundamentales (JAYME) y la justicia sustancial en el caso concreto (ZWEIGERT).^{61/}

Especialistas norteamericanos de DIPr. destacan que el ideal de igualdad tiene origen constitucional (*The equal protection clause*),^{62/} lo que importa un límite para las normas de DIPr.: no deben las mismas discriminar en forma injusta (“unfair”), ni crear privilegios e inmunidades; deben ser razonables y tener una clara base social y política.^{63/} Actualmente, también podemos considerar este mandamiento universal de búsqueda de la igualdad entre las personas físicas de una sociedad (destacado por JAYME, *revival* de los derechos humanos en la posmodernidad),^{64/} como uno de los objetivos de DIPr. en busca de la armonía de decisiones,^{65/} de la solución justa para los intereses involucrados y para los derechos fundamentales implícitos en la relación de consumo. El DIPr sería entonces más un instrumento de protección de los más débiles y de realización de la justicia en estas sociedades internacionalizadas, integradas o globalizadas de hoy.

Obsérvese que también en materia de competencia leal hubo una clara evolución en el DIPr. Las normas nacionales protectoras de la competencia leal adquirieron un alto grado de extraterritorialidad.^{66/} Al igual que los tratados europeos,^{67/} también la tradicional conexión de la *lex loci delicti commissi* pasó a ser interpretada en forma flexible, sea como lugar de la conducta de competencia abusiva (*place of wrongful conduct*), sea como lugar de efectos (*place of impact or relevant market*), y también pasó a ser considerada el lugar de toma de decisión de la empresa, inclusive en ilícitos complejos,^{68/} procurando siempre la justicia del DIPr. en el caso concreto y una mayor armonía en las decisiones.^{69/}

61. Con ello concuerda TONIOLLO, p. 99 citando a De Vischer.

62. HERZOG, Peter E., *Constitutional Limits on Choice of Law*, Recueil des Cours, 1992, III, t. 229, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 285.

63. HERZOG, p. 287.

64. JAYME, Cours, p. 167 y sigs.

65. Véase BOGGIANO, Antonio, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci*, en Recueil des Cours, 1992, II, t. 233, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 138.

66. A esta conclusión llega, examinando el párrafo 98, 2,1 GWB alemán, MARTINEK, Michael, *Das internationale Kartellprivatrecht*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987, p.94.

67. La extraterritorialidad comienza por los propios artículos del Tratado de la Comunidad Económica Europea (hoy modificado por los Tratados de Maastricht y Amsterdam en cuanto al número, pero no en cuanto a la materia), como recuerda Casella: “*A diferencia del artículo 80 CECA, los artículos 85 y 86 de la CEE no restringen el ámbito geográfico de incidencia de los dispositivos, con lo cual no quedan vinculados a la situación geográfica de la empresa, siendo aplicables las normas comunitarias en materia de competencia, inclusive aunque las empresas estén localizadas o sean controladas en un tercer país, configurando la extraterritorialidad de su incidencia.*” (CASELLA, Paulo Borba, *Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico*, San Pablo, Ltr, 1994, p.430)

68. Sobre el tema y esta evolución de la flexibilidad, véase DYER, Recueil, p. 413 y sigs.

69. MARTINEK, p.96.

Finalmente, es preciso considerar que en tiempos de fragmentación posmoderna, las reglas de DIPr deben concentrarse sólo en algunos temas y, por tanto, asegurar también una protección por temas o fragmentada. Debe tratarse de reglas flexibles o, al menos, alternativas para que pueda materializarse el principio de favorecer al consumidor. Según JAYME, el DIPr. posmoderno debe privilegiar al mismo tiempo los valores individuales regionales y la integración (o proximidad) económica, dejando que cada mercado de alguna forma decida qué es lo mejor para sus consumidores.^{70/} Esta fragmentación y flexibilización será buscada aquí a través de la concentración en dos temas en los que me parece que la protección nacional del consumidor será siempre insuficiente o tendrá lagunas, inclusive en los países del primer mundo, y donde la unificación de normas de DIPr.^{71/} será oportuna también para el comercio internacional, al crear mayor seguridad, previsibilidad para los profesionales y armonía en las decisiones: a saber, algunos aspectos de la protección del turista y de la protección del consumidor en el comercio internacional a distancia o a través de medios electrónicos.

2. Las conexiones actuales y su inadecuación para la protección del consumidor

Según enseña KROPHOLLER,^{72/} es necesario elaborar normas específicas de DIPr. para la protección de los consumidores legos o no profesionales, pues las conexiones hoy existentes para regular el comercio internacional tienen todas como base el equilibrio estructural de fuerzas o de intereses profesionales entre los agentes (ambos profesionales) involucrados, sugiriendo como conexiones, sea la autonomía de la voluntad (elección de la ley que regirá el contrato por las partes, en el contrato o después), el lugar de la ejecución (en general, el lugar de ejecución de la prestación característica, siempre prestada por el profesional en caso de contrato de consumo internacional), o del lugar de concertación del contrato (conectando el contrato con el orden jurídico del país oferente, en contratos a distancia, siempre también el oferente). Este equilibrio estructural no existe en los contratos internacionales concertados con consumidores legos.

Según recuerda bien JAYME, el momento actual es de prevalencia de normas materiales en casos internacionales, reduciendo la importancia del proceso civil internacional tradicional,^{73/} tiempos de una mayor posibilidad de determinación propia por el individuo (*Selbstbestimmung*) en derecho material,^{74/} de las nuevas técnicas en las convenciones internacionales, procurando armonizar las diferencias culturales y de desarrollo a través de la cooperación judicial y sel respeto a las normas imperativas locales,^{75/} tratando de respetar los derechos humanos involucrados en cada caso,^{76/} lo que

70. Véase JAYME, Cours, p. 129 y sigs.

71. Sobre los aspectos positivos y negativos de la unificación del DIPr a través de Tratados, véase NEUHAUS, Paul Heinrich y KROPHOLLER, Jan, *Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?*, en *RabelsZ* 45 (1981),p. 73 y sigs.

72. KROPHOLLER, p. 398 y sigs.

73. Así lo afirma JAYME, Erik, *Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus*, en *IPRAX-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2000, p. 169, al recordar que las primeras normas comunitarias europeas todas apuntaban a la jurisdicción, como la Convención de Bruselas II, que trata del Derecho de Familia, pero que este método es insuficiente para evitar la gran importancia de las normas materiales, muchas de ellas de aplicación inmediata en cualquier foro, y los nuevos métodos alternativos de solución de controversias, muchas veces extrajurisdiccionales y cada vez más frecuentes.

74. JAYME, IPRAX 2000, p. 170.

75. Véase JAYME, IPRAX 2000, p. 168.

significa, ante la revolución tecnológica actual, una nueva prevalencia de la residencia habitual del consumidor como nuevo elemento de conexión para determinar la ley aplicable al comercio electrónico *Business-to-Consumer* y el nuevo criterio para determinar la competencia del foro.^{77/} Aquí está, según el gran maestro de Heidelberg, el futuro del DIPr.

El lograr objetivos materiales a través de normas de DIPr no parece plantear un problema metodológico en el DIPr de las Américas. Según muchos autores, existe cierta tradición de territorialismo en América Latina^{78/} y también en los Estados Unidos,^{79/} privilegiándose claramente hoy la aplicación de la *lex fori*. Esta solución simplista de la aplicación de la *lex fori*, como relación de consumo o relación considerada de origen público (internacional) es clásica, aunque no es oportuna ni suficiente en los días de hoy.^{80/}

Esta solución territorialista no es oportuna pues no promueve la armonía de decisiones y acaba por aumentar las tensiones entre el comercio internacional, cada vez más uniformizado y protegido, y las legislaciones nacionales o regionales, que dejan desamparados a sus consumidores, especialmente en los países del tercer mundo, permitiendo el abuso y el uso de modalidades fuertemente diferenciadas, al crear, como afirma Gabriel Stiglitz, un consumidor de “residuos”, situaciones insostenibles a largo plazo. Esta solución territorialista no es suficiente, pues deja siempre desamparada a parte de los consumidores nacionales, pues nunca basta para proteger al consumidor turista, ni protege eficazmente al consumidor actual, que contrata internacionalmente por teléfono, cable o Internet, sin conciencia clara de qué ley se aplica a esta relación, o cuáles son exactamente sus derechos y garantías materiales, sus privilegios (o no) de foro. Por otro lado, es preciso aprender con la enseñanza de la Corte Europea, la tolerancia e igualdad implícita de los ordenamientos jurídicos, de las leyes protectoras de los consumidores, principalmente entre Estados que participan de una integración económica y legislan sobre la norma mínima.^{81/} Y recordar que, muchas veces, la ley del

76. Véase JAYME, IPRAx 2000, p. 171, donde cita los casos de decisión judicial en Alemania sobre el desastre de Chernobyl, en que el “lugar del delito” fue considerado el territorio alemán donde la “nube radioactiva” causó perjuicios, que deben ser indemnizados por la empresa rusa y, también, los casos sobre comercio electrónico, en que se están considerando competentes los foros del lugar de “distribución” de la información por Internet, ergo, del lugar donde está el consumidor.

77. JAYME, IPRAx 2000, p. 171.

78. Véase, sobre las diferentes influencias políticas y jurídicas para el territorialismo típico del DIPr de los países de América Latina, SAMTLEBEN, Juergen, *Menschheitsglück und Gesetzgebungsexport- Zu Jeremy Bentham's Wirkung in Lateinamerika*, en *RabelsZ* 50 (1986), p. 475. Véase también ARAÚJO, Nádia de, *Contratos Internacionais - Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 2ª ed., Ed. Renovar, Río de Janeiro, 2000, p. 145 y sigs.

79. Véase RICHMAN, William M. y REYNOLDS, William L., *Understanding Conflict of Laws- 2.ed.*, Times Mirror Books, Estados Unidos, 1995, p. 230.

80. Véase también KROPHOLLER, p. 635.

81. Sobre el tema, véase BRÖCKER, Marion, *Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 107. Según la autora, la Corte comenzó a establecer una línea de igualdad valorativa (*Gleichwertigkeit*) de las normas nacionales de protección de los consumidores y de deber del Estado miembro de la Unión Europea de tolerancia en relación con la aplicación del derecho “extranjero” de un país también miembro de la Unión Europea, justamente en el caso de *Cassis de Dijon*, BRÖCKER, p. 107.

otro país puede asegurar al consumidor más derechos que la ley local.^{82/} Es preciso, pues, tratar de usar todas las técnicas de flexibilidad, de apertura actual del DIPr. y, al mismo tiempo, las técnicas clásicas de seguridad y limitada alternatividad para legitimar la mejor solución al caso concreto, privado internacional, de consumo.

Esta mezcla entre el actual DIPr. posmoderno, posterior a la *Revolución Americana*,^{83/} y con valores sociales claros, debe ser construida examinando lo positivo o negativo de las conexiones hoy existentes. Así, por ejemplo, si la autonomía de la voluntad de las partes es hoy considerada el elemento más importante de la conexión en el comercio internacional,^{84/} la misma tiene un límite en lo que se refiere a las relaciones de consumo. Como enseña NEUHAUS, la posibilidad de elección de la ley por las partes, la autonomía de la voluntad en el DIPr, pierde su sentido, pasa a ser instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes.^{85/} Examinando la Convención de La Haya y la CIDIP IV, el maestro argentino BOGGIANO^{86/} propuso, para la protección de los consumidores, una regla de autonomía limitada: la elección de las partes sólo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor. Prevalecerían como límites generales a la autonomía de la voluntad las normas de orden público internacional y las normas de policía (Artículo. 1208 CCArg.).^{87/}

La experiencia europea, como vimos, va en sentido inverso, prefiriendo la Convención de Roma indicar la preferencia de las normas imperativas del foro (Art. 7º)^{88/} y sólo después una norma especial limitativa –y en mucho- de la autonomía de la voluntad. La tendencia autónoma internacional, pues, es prestigiar la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable a los

82. Así lo recuerda BOGGIANO, Antonio, *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138, pleiteando la aplicación de la ley más favorable al consumidor.

83. Según Erik Jayme (JAYME, Cours, p. 44), una de las tendencias del derecho internacional privado posmoderno o actual sería la materialización de las reglas de conflicto de leyes y aplicación reiterada de la *lex fori*. Después de la llamada "american revolution", el movimiento doctrinario y jurisprudencial ocurrido en Estados Unidos en la década de 1960, que repensó el método y la idea de justicia en el derecho internacional privado, las reglas de conflicto de leyes habrían superado su automatismo y simple posición instrumental de indicación de una ley material para resolver "directamente" el conflicto, pasando ahora a interesarse por la solución concreta o directa (material) del caso.

84. DE BOER, Ted. M., *Facultative Choice of Law - The procedural status of choice-of-law rules and foreign Law*, Recueil des Cours, 1996, t. 257, Nijhoff, La Haya, 1997, p. 300.

85. En el original: "Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit-, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.", NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des IPR*, 1962, p. 172 *apud* von HOFFMANN, p. 396.

86. Véase , BOGGIANO, en su texto *The Contribution*, p. 138 y 139.

87. BOGGIANO, *The Contribution*, p. 137.

88. Convenio de Roma de 1980- "Artículo 7º - Disposiciones imperativas - 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

contratos aunque, por razones de política y de orden público, esta elección sea limitada.^{89/} La razón parece inclinarse en favor de MANCINI, que pleiteando la autonomía de la voluntad en DIPr. encuentra apoyo para ésta justamente en el derecho material, en la libertad (material) del individuo de vincularse a un contrato que le sea justo y útil, establecer sus causas y elegir la ley que será aplicada.^{90/} Si hoy el DIPr. posee bases propias para la elección del elemento de conexión de la autonomía de la voluntad,^{91/} NEUHAUS^{92/} propone que se invierta la idea de MANCINI: si las partes tienen autonomía material de voluntad, puede haber autonomía de voluntad en el DIPr., pero si las partes no tienen verdadera autonomía de voluntad materialmente, porque una de ellas es más fuerte estructuralmente (como el profesional proveedor que redacta y determina 100% de los contratos internacionales de consumo) y otra más débil (el consumidor, el lego o vulnerable, que normalmente concerta contratos nacionales y sólo en algunas hipótesis concerta contratos internacionales, a veces inclusive sin tener conciencia de esta circunstancia), entonces, no sirve la voluntad de autonomía de voluntad como conexión principal. En estos casos, no hay una verdadera libertad material, no puede haber verdadera libertad en DIPr. o incentivaremos la elección de la ley más favorable (y por la) parte más fuerte.

La posición de BOGGIANO, de una limitada autonomía de la voluntad, establece en verdad una conexión “a favor del consumidor” que bien puede ser interesante para la evolución del DIPr. de la región. Es cierto que los jueces de los países interamericanos, a excepción de los jueces del sistema del *case law*, tienen poca tradición en materia de normas alternativas abiertas, pero la alternatividad limitada es uno de los instrumentos más usados hoy para garantizar resultados materiales equitativos.^{93/} La técnica de elaborar técnicas alternativas, indicando el fin material o de favorecimiento deseado, es inclusive denominada por la doctrina del principio del favorecimiento (*Günstigkeitsprinzip*) y son conocidas las reglas de alternativa que llevan a *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis*, etc.^{94/} La dificultad que plantea la regla propuesta por BOGIANNO, es la aún amplia posibilidad de elección de la ley, lo que significará un gran trabajo para el juez competente, que tendrá que verificar si la ley elegida sería mejor que la aplicación material de otras leyes en contacto con el consumidor.

Semejante sugerencia alternativa, pero más limitada, formuló TONIOLLO, al defender que, al aplicar las reglas argentinas, el juez procurase una armonización con el mandamiento de protección del consumidor y permitiese que ésta (y no el juez) eligiese entre la aplicación de la ley de residencia habitual (Artículo. 1209, 1210, 1212, 1213 CCArg.), *lex loci celebrationis* (Artículo 1205 CCArg.) o *lex loci executionis*, conforme la que fuera más favorable a sus pretensiones.^{95/} Esta solución

89. Véase la ley suiza de 1987, y véase, en general, NISHITANI, p. 291 y sigs.

90. Así lo enseña NISHITANI, p. 216 y puede leerse en las perdidas clases de Mancini, recuperadas y reproducidas, en italiano, por la profesora de Sendai, NISHITANI, p. 378 y sigs.

91. Véase NISHITANI, p. 318.

92. Véase NISHITANI, p. 318 citando la frase de Neuhaus: “Nur und überall dort, wo die erste [materiellrechtlicher Freiheit] besteht, ist auch die zweite [kollisionsrechtlicher Freiheit] angebracht.” [Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, p. 257] Véase también von Hoffmann, p. 396, citando a Neuhaus.

93. Véase KROPHOLLER, IPR, p. 120 (§ 20 II). Como aclara NISHITANI, p. 283, estos nuevos métodos de DIPr. continental son consecuencia directa de la *American Conflicts Revolution* en DIPr.

94. Así lo enseña KROPHOLLER, IPR, p. 120 a 122.

95. TONIOLLO, p. 99: "Las elecciones alternativas son un adecuado instrumento de protección desde que permiten dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías."

alternativa también es interesante, pues permite la elección de la ley más próxima a esta relación de consumo, según la visión del consumidor. Por otro lado, cuanto mayor la posibilidad de elección del consumidor, menor la previsibilidad de la ley a ser aplicable para el proveedor, lo que puede –de ser muy amplia- acabar por perjudicar al comercio.

Obsérvese que KROPHOLLER ya consideraba, en 1978, la determinación de la ley más favorable al consumidor como una tarea bastante difícil para los jueces, pues el uso de esta conexión abierta, típica del actual *Restatement* de los Estados Unidos, suponía la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de las diversas leyes involucradas en el caso, para sólo entonces determinar aquella más favorable a los intereses del consumidor, y que sería aplicable.^{96/} Por otro lado, el hoy consagrado autor alemán, consideraba que la progresiva armonización de las normas materiales que realizaría la Comunidad Europea reduciría la necesidad de normas especiales de DIPr., las cuales, no obstante, seguirían siendo necesarias en las relaciones privadas que involucrasen a terceros países no europeos.^{97/} Hoy, se sabe que la evolución en la armonización de las normas materiales solo especifica la tarea del DIPr como instrumento de mayor integración, y no sustituye estas normas,^{98/} como comprueban las nuevas normas de DIPr de las Directivas, de la revisión del Convenio de Roma e inclusive del Derecho autónomo alemán, que modificó el Artículo 29 de la EGBGB de protección al consumidor a efectos de incluir específicamente una norma de preferencia de las leyes materiales en algunos contratos (Artículo 29a EGBGB).^{99/}

De manera que, tiene razón BOGGIANO al afirmar que las conexiones rígidas ofrecen a los nacionales sólo una “seguridad ilusoria”,^{100/} pues hoy nadie desconoce los fenómenos del *forum-shopping*, de las soluciones alternativas de controversias y de la renuencia del consumidor a litigar internacionalmente (demanda reprimida). De modo que, al mantener la mayoría de los países interamericanos conexiones rígidas para los contratos de consumo y soluciones nuevas y abiertas para el resto del comercio internacional, es poco probable que se produzcan estas demandas y que sean solucionadas por el juez local. El DIPr. interamericano debe alcanzar la evolución de los derechos internacionales privados nacionales también en materia de protección del consumidor. Adviértase que las normas que apuntan a la protección del consumidor son siempre representativas del interés estatal, son normas imperativas. Esta naturaleza imperativa debe informar también a las normas del DIPr. sugeridas por la OEA. En otras palabras, no se trata de una materia en que prevalezca el interés privado y comercial, en que la economía de la voluntad pueda decidir inclusive la naturaleza de las normas del DIPr., si es obligatoria o facultativa (*facultatives choice of law*).^{101/} Por la propia naturaleza desequilibrada de la relación privada objeto de las normas regionales propuestas, el DIPr.

96. KROPHOLLER, p. 657.

97. KROPHOLLER, p. 657.

98. Véase también TONIOLLO, p. 108.

99. La ley sobre contratación a distancia La ley sobre contratación a distancia con consumidores, aprobada el 13 de abril de 2000, introdujo este nuevo (y polémico) Artículo 29^o. EGBGB, que entró en vigencia el 1 de julio de 2000 (según noticia IPRACT, 2000, 2000, 3, p. [248] VI. Sobre los estudios de modificación del Artículo 29 para incluir el Artículo 29a en EGBGB, véase STAUDINGER, p. 414 y sigs. El texto se encuentra también en IPRACT, 1999, 4, p. [304]VII.

100. Véase BOGGIANO, *The Contribution*, p. 134: "the illusion of rigid conflict rules".

101. Sobre el tema del DIPr. facultativo, véase el curso de La Haya de DE BOER, p. 235 y sigs., en especial, p. 303 y sigs. Sobre el tema del DIPr. Facultativo, véase el curso de La Haya de DE BOER, p. 235 y sig., en especial, p. 303 y sig.

para la protección del consumidor aquí propuesto debe ser imperativo y cogente para todos los Estados Partes de esta futura Convención internacional o CIDIP.

Se impone superar las conexiones tradicionales para proteger al contratante más débil. Por ejemplo, la regla del *favor offerentis*, en cuanto a su forma, y la conexión en la residencia del oferente en contratos entre ausentes, conocida en el derecho brasileiro, también son inadecuadas para los desafíos del comercio con consumidores y para su protección en los tiempos que corren. En el caso de los contratos o las relaciones de consumo, el oferente es siempre el proveedor, (véase Artículo. 30 Ley 8078/90 brasileira), inclusive aunque fictamente se denomine contrato de adhesión o aunque las condiciones generales contractuales de la “propuesta” sean sometidas a la aceptación de los consumidores. Se sabe que es el proveedor el que redacta y determina tal “propuesta”, por lo cual, los formularios y la propia publicidad realizada por el proveedor profesional determinan que la oferta de consumo sea hoy siempre realizada por el proveedor.^{102/}

Esta realidad hace que las normas brasileiras del Artículo 9 § 2º de la LICC/42 y el Artículo 9 § 1º LICC/42 estén superadas.^{103/} El § 2º del Artículo 9 dispone que la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar en que resida el proponente, determinando así la aplicación de la ley del lugar de residencia del proveedor para regir los contratos entre ausentes, inclusive los de consumo. Es necesario, pues, superar esta regla y elegir, para los contratos de consumo, a diferencia de los contratos internacionales comerciales, una conexión más favorable al consumidor, como la del Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980, que da preferencia a la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, como conexión rígida (Artículo 5.3 Convención de Roma de 1980) si no existe manifestación expresa de la voluntad.

Este mismo Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980^{104/} determina que la elección de una ley para regir el contrato de consumo, es decir, la conexión en la autonomía de la voluntad, no podrá excluir la aplicación de las normas y leyes imperativas de protección del país de residencia

102. En el caso brasileiro, el CDC, Ley 8.078/90, determina expresamente que la oferta es siempre del proveedor o profesional *ex vi lege* en los Artículos 30, 34, 35 y 48. Véanse mis comentarios, en Contratos, p. 288 y sigs.

103. El texto actual de la LICC/42 es el siguiente: "Artículo 9. *Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se constituyesen. § 1º. Destinándose la obligación a ser ejecutada en Brasil y dependiendo de forma esencial, será ésta observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto. §2. La obligación resultante del contrato se reputará constituida en el lugar en que resida el proponente.*

104. El texto del Artículo es el siguiente: "Artículo 5º- *Contratos celebrados por consumidores -1. El presente artículo se aplicara a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona , el consumidor , para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional , así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 , la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual : - si la celebración del contrato hubiera sido precedida , en ese país , por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad , y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato , o - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país , o - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido , a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar ."*

habitual del consumidor, si a) la oferta, publicidad o algún acto de concertación del contrato aconteció en este país (por ejemplo, la publicidad para un crucero marítimo organizado en la Argentina es hecha en la televisión abierta o de cable brasilera); b) si el proveedor o su representante recibiera la reserva, o realizara la contratación en el país de residencia habitual del consumidor (por ejemplo, los contratos de tiempo compartido en Punta del Este, Uruguay, con consumidores residentes en Brasil son celebrados en Brasil por representantes autónomos, que invitan a los consumidores a cocteles y reuniones, les ofrecen premios y ventajas, en que el emprendimiento será explicado y la propuesta suscripta, así como el pago futuro a través de boletos de tarjetas de crédito que serán firmados también en esas reuniones de ventas en suelo brasilero); c) cuando se trate de la venta de productos y el consumidor viajase para adquirir esos productos, pero el viaje fuera organizado por el proveedor con esta finalidad de contratación (por ejemplo, las excursiones organizadas para adquirir productos en una zona franca o en una determinada fábrica en el exterior), como lo aclara el Artículo 5.2 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las relaciones vinculantes derivadas de contratos.^{105/} En el caso interamericano, la mejor conexión rígida sería la del domicilio, entendido como la residencia habitual, a ejemplo del Artículo 3 del Protocolo de Santa María (Mercosur)^{106/} o de la tradición de la CIDIP^{107/} y sus normas materiales uniformes.^{108/}

Finalmente, corresponde abordar el difícil tema de la definición del consumidor en las normas de DIPr., de acuerdo con TONIOLLO, cuando afirma que el concepto de consumidor, para el DIPr., debe tener una necesaria amplitud “para comprender las variadas situaciones que requieren tutela”^{109/} La Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en vigor en la UE, en su Artículo 5, define los “contratos concertados con consumidores” como aquellos que tienen por finalidad suministrar a una persona o abastecerla para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.^{110/} Similar definición negativa y subjetiva^{111/} está presente en la

105. JAYME, Erik e HAUSAMANN, Rainer, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, Beck Verlag, Munique, 1998, p. 116.

106. ARAUJO, Nádia, MARQUES, Frederico Magalhães y REIS, Márcio, *Código do Mercosul- Tratados e Legislação*, Ed. Renovar, Río de Janeiro, 1998, p. 161.

107. Según SIQUEIROS, José Luis, *Contribución de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado*, XIII Curso de Derecho Internacional, Secretaría General, OEA, 1987, p. 170, esta fue una de las grandes contribuciones de la CIDIP al determinar que el domicilio interamericano se aproximaba a la figura de la residencia habitual en boga en Europa; véase también CIDIP-II-1979-Convención sobre el domicilio de las personas físicas.

108. Como enseña OPPERTI BADAN, *Estado Actual del Derecho Internacional Privado en el Sistema Interamericano*, IX Curso de Derecho Internacional, vol. I, Secretaría General, OEA, 1983, N° 2.7, la principal innovación de la CIDIP-II sobre el domicilio de las personas físicas de 1979 fue la utilización de normas materiales uniformes. Según ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *A convenção Interamericana sobre domicílio das pessoas físicas em direito internacional privado*, en CASELLA, Paulo Borba y ARAUJO, Nádia (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana - As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, Ltr, San Pablo, 1998, las normas de la referida CIDIP-II no son “sustanciales” sino “calificadoras”, p. 217; ocurre que, en la tradición alemana (véase KROPHOLLER, p. 80, KEGEL, IPR, 35, STEINDORF, Ernst, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 30), las normas materiales de ayuda (*Hilfsnormen*), son consideradas normas materiales del DIPr (*materielles Sonderrecht*), ergo, concordamos con la opinión del maestro uruguayo OPPERTI, Curso OEA, N° 2.7.

109. TONIOLLO, p. 95.

110. JAYME/KOHLER, IPR-Texto, p. 107.

111. Véase TONIOLLO, p. 95.

Convención de Bruselas de 1968 y en la de Lugarno (Artículo 13), que da pie al sistema especial de protección de los Artículos 14 y 15.^{112/}

En este sentido, me parece que las características de los consumidores que serían aceptables por un mayor número de países serían las de su no profesionalidad, de persona física (recordando el uso familiar, colectivo o personal de los productos y servicios adquiridos o usados), de contratante o usuario final (en el caso del turista) y de víctima de productos y servicios con fallas.^{113/} La extensión de la protección al no contratante, al simple usuario, es polémica y puede ser atenuada si definiéramos a los comprendidos por cada una de las normas de defensa del consumidor, fragmentadas por tema o tipo de contrato, como hizo la Unión Europea, renunciando a una definición genérica amplia de consumidor. Por otro lado, la definición de todas las víctimas de productos defectuosos como consumidores no es necesaria, pues las convenciones vigentes, como la de La Haya de 1986, son aptas para proteger suficientemente en el DIPr., y con conexiones especiales, a las víctimas de accidentes de consumo. Otra serie de convenciones internacionales abordan la responsabilidad civil derivada de accidentes, muchos vinculados a la cadena de producción, como la prevista CIDIP sobre accidentes catastróficos y contaminación transfronteriza. Este tema, por tanto, no será abordado en nuestras sugerencias.

Importa destacar también que, en forma general, se reconoce una definición de consumidor “relacional”, es decir, que esta condición puntual y efímera realmente sólo se produce frente a un agente económico profesional, o proveedor, la empresa, el comerciante, en relaciones profesional-lego, y no en relaciones profesional-profesional o lego-lego.^{114/}

Nuestra sugerencia de definición del consumidor sería: *Consumidor [a los efectos de esta Convención] es toda persona física que, ante un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones aquí comprendidas [por esta Convención], actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional.*

Según KROPHOLLER, las normas de protección especiales para los consumidores, como agentes más débiles en el comercio internacional, deberían seguir el siguiente método: respetar la aplicación de las normas imperativas (en alemán, *Sonderregelung für zwingende Normen*),^{115/} elaborar normas por tipos contractuales o temas^{116/}, usar normas bilaterales clásicas,^{117/} optar por elementos de conexión objetivos y, en el caso de los contratos de consumo, optar por otra conexión que no sea la de

112. Similar definición fue incluida, el 29.06.2000, en el Código Civil alemán. En el original: "*BGB- § 13 Verbraucher - Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*" (BGB- § 13- Consumidor – Consumidor es toda persona física que concierne un negocio jurídico, cuya finalidad no tiene relación comercial o con su actividad profesional).

113. Véase también BENJAMIN, p. 500.

114. Así ocurre en el ordenamiento jurídico de Italia, Francia, Alemania, Inglaterra, Bélgica, examinados en detalle por KLESTA DOSI, Laurence, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, en Rivista di Diritto Civile, 6, nov.-dic.1997, p. 669 a 675. Sobre la repercusión de estas ideas en los países del Mercosur, véase RIVERA, Julio César, *Interpretación del Derecho comunitario y noción de consumidor - dos aportes de la Corte de Luxemburgo*, en La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 520 y sigs.

115. KROPHOLLER, p. 648.

116. KROPHOLLER, p. 655.

117. KROPHOLLER, p. 657 y 660

la prestación característica,^{118/} dando preferencia a las conexiones de la esfera contractual del más débil (*Recht der Vertragsphäre des Schwächeren*), y limitar la autonomía de la voluntad o la posibilidad de elección de la ley por parte del proveedor, comerciante o parte contratante más fuerte,^{119/} a la vez de imponer correcciones con cláusulas de orden público^{120/} y cláusulas de escape,^{121/} a ejemplo de la actual ley suiza.

En la convención que se propondría, me parece más positivo utilizar el método de la Convención de Roma de 1980, que combina la preferencia de las reglas de aplicación inmediata del foro^{122/} (como el nuevo Artículo 29a EGBGB), con una cada vez más limitada posibilidad de elección de la ley y una definición limitada, más específica, del consumidor. Se impone proteger a los terceros de la familia y acompañantes, usuarios directos y también no profesionales, por lo cual se sugiere incluir una regla de ampliación del campo de aplicación de las normas: “*Considérense consumidores también a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal o a los terceros acompañantes que usufructúen directamente de los servicios o productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales de éstos.*” E inclusive se sugiere una norma especial para la definición de consumidor específica para el contrato de tiempo compartido: “3. *En el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido, se considerarán consumidores: a) el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a comprar el paquete turístico, el viaje o el tiempo compartido para su uso propio; b) los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales compra o se compromete el contratante principal a comprar el viaje o el paquete turístico y los que usufructúen del viaje o del tiempo compartido por algún espacio de tiempo, inclusive aunque no sean los contratantes principales; c) el cesionario o la persona física a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso.*”

118.KROPHOLLER, p. 656.

119.KROPHOLLER, p. 656.

120.KROPHOLLER, p. 655.

121.KROPHOLLER, p. 657.

122.Se trata de la técnica del Derecho Internacional Privado de identificación de algunas leyes o normas internas que, por su importancia e íntimo contacto con los intereses gubernamentales o de orden público de un país, deben ser seguidas por todos y en todas las relaciones privadas con contactos firmes con aquel país. Son las llamadas “leyes de aplicación inmediata” para nacionales y extranjeros y para todas las relaciones privadas, sin necesidad de pasar antes por el método de DIPr. de indicación de una ley aplicable, pues esta propia ley “de aplicación inmediata” o ley de “policía” tiene pretensiones de aplicación genérica y extraterritorial siempre, sin que importe si son leyes de derecho privado o público, toda vez que afirman fuertes intereses de organización de la sociedad estatal. Como la llamada ley de aplicación inmediata es directa o resuelve el conflicto directamente, su aceptación e identificación jerárquica dentro del DIPr. es una técnica (cada vez más utilizada) de “materialización” de las nuevas normas de conflictos de leyes. Este fenómeno es conocido en general por la expresión francesa “*lois d'application immédiate*”, popularizada por los estudios del gran profesor griego Francescakis desde 1958, a pesar de que el estudio muy semejante del italiano De Nova (“*norme sostanziali autolimitate*”, “*norme di applicazione necessaria*”), es de 1959. La segunda expresión francesa, “*lois de police*” o leyes de policía, también se hizo más conocida que la expresión alemana para significar las leyes obligatorias, “*zwingende Normen*” (la expresión de Savigny era “*Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur*”); véase, SCHWANDER, Ivo, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zúric, 1975, p. 132 a 184.

En cuanto a las conexiones titulares, me parece preferible por el momento seguir el modelo del Mercosur, utilizado en el Protocolo de Santa María específico de las relaciones de consumo, y proponer conexiones rígidas para regir los contratos de consumo específicos, sugiriendo una regla alternativa limitada, la elección por el juez de la ley “favor consumidor”, en la norma general para contratos de consumo. De esta manera, no queda mucho espacio para la autonomía de la voluntad, en este primer momento, inclusive para establecer una diferenciación con la CIDIP V de 1994 y para estar atentos a las tendencias proteccionistas norteamericanas y a las tendencias limitadoras actuales de la experiencia europea.

Kropholler termina su análisis afirmando que las normas de DIPr clásicas, con ropaje actual, podrían servir para proteger al contratante más débil, que el DIPr. continental europeo podría (y debería) incluir valores y esta dimensión social, por ser este un mandamiento (*Gebote*) de su tiempo.^{123/} Concordando con esta afirmación y teniendo en cuenta la visión posmoderna del DIPr., según las lecciones de Erik Jayme, me parece que, hoy, este es el mandamiento *Gebote* para el sistema interamericano, como veremos a continuación.

B. La insuficiente protección nacional del consumidor en el DIPr en las Américas y en las convenciones generales sobre el comercio de mercaderías

En el Mercosur, la doctrina siempre advirtió que, ante las diferencias de nivel de protección nacional entre los cuatro países, no se podía adoptar el sistema de origen, s pena de dejar desprotegidos a los consumidores de los países destinatarios.^{124/} La opción de la Resolución del Grupo Mercado Común N° 126/94,^{125/} aprobada el 16 de diciembre de 1994, fue exactamente en este sentido, al imponer la norma del mercado de comercialización, en lo que respecta a las normas aplicables de protección de los consumidores, hasta que los empeños de armonización legislativa dieran un resultado positivo.^{126/} Se trata de una norma específica del derecho internacional privado unificada con miras a la defensa del consumidor, al determinar –indirectamente- cuál es la ley aplicable en casos de conflictos de consumo y al imponer la regla del país de destino: los productos y servicios que circulan libremente en el Mercosur deben respetar la ley del país donde serán comercializados, la ley del mercado de destino, en cuanto a la defensa del consumidor. Esa regla fija así un campo de aplicación espacial y territorial de las normas nacionales del derecho del consumidor^{127/} y rechaza la regla europea de aplicación de las leyes del país de origen del producto o servicio.

123. Nótese que KROPHOLLER, p. 660, defiende que la conexión más estrecha, determinada imperativamente por las normas clásicas del DIPr., puede proteger eficazmente al consumidor, al contratante más débil, toda vez que las normas clásicas de DIPr. con ropaje actual pueden absorber esta dimensión social de protección de los más débiles: "Das IPR Savignyscher Prägung nimmt die sozialen Gebote der Zeit in sich auf".

124. Véase DROMI, p. 365. Así también lo propuso siempre STIGLITZ, *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur*, publicado en Argentina, La Ley.19/5/95 y en Brasil, en: *Direito do Consumidor*, vol. 6, p. 20.

125. MERCOSUL/GMC/RES. 126/94, en: *Boletim de Integração Latino-Americana*, 15, p. 133.

126. Resolución 126/94 GMC/MERCOSUR - "Artículo 2. Hasta que sea aprobado un Reglamento común para la defensa del consumidor en el Mercosur, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes, a los productos y servicios comercializados en su territorio."

127. Véase también CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Hacia la protección equilibrada del consumidor en el Derecho Internacional privado*, in *Investigación y docencia*, 18, 1991, Rosario, p.50.

Si, de un lado, tenemos una evolución bastante razonable en la protección material del consumidor por su ley nacional, lo mismo no puede decirse en materia de protección especial a través del DIPr. Se podría pensar que, como las normas nacionales de protección de los consumidores son generalmente consideradas en los países interamericanos como de orden público internacional, *lois de police* o normas imperativas del tipo de “ley de aplicación inmediata”, no sería necesaria una convención sobre el tema: el consumidor domiciliado en un país o nacional de un país estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas. La conclusión no es suficiente, pues presenta dos fallas:

1. Deja al consumidor turista sin protección cuando retorna a su país, pues su protección presupondría la extraterritorialidad de estas leyes, cuya característica es precisamente la territorialidad. El consumidor turista internacional sólo estaría protegido cuando el juez nacional aplicara justamente la *lex fori* a estas relaciones internacionales.^{128/} No obstante, debe observarse que la mayoría de los elementos de conexión hoy existentes en los países interamericanos son los de la *autonomía de la voluntad* en contratos internacionales, o del *lugar de ejecución* o del *lugar de residencia del proponente*. Todas estas conexiones más comunes llevarán a la aplicación de la ley extranjera en relaciones contractuales con consumidores nacionales, pues es el proveedor extranjero que redacta los contratos concertados con turistas, por ejemplo, e incluye la cláusula de elección de “su” ley, también el lugar de ejecución y el de la prestación característica, que siempre es del proveedor o de un tercer país, por ejemplo, en el comercio electrónico de consumo, toda vez que el consumidor sólo paga el producto o servicio. Hoy, también, oferente es el profesional proveedor, y ya no los consumidores.^{129/}

2. Deja al consumidor interamericano sin protección, cuando el foro probable de su demanda fuera un país extranjero, por ejemplo, cuando contrata a distancia o por comercio electrónico. Y ello es así porque no es cierto que las normas imperativas o de orden público del país de domicilio del consumidor serán aplicadas (si no hubiere una convención internacional específica) por el juez o en el proceso arbitral del otro país, como lo comprueban exhaustivos estudios de jurisprudencia del primer mundo.^{130/}

128. Estos casos son muy raros, pero ya existe un *leading case* en Brasil. En una reciente decisión, el SJT responsabilizó a la filial brasilera por la garantía de un producto adquirido en Estados Unidos (distribuido por la matriz en Japón y producido posiblemente en Indonesia o China), de la marca Panasonic, todo, de acuerdo con el Código Brasileiro del Derecho del Consumidor, considerado “ley de aplicación inmediata”. El REsp. 63.981-SP, cuyo relator fue el Ministro Sálvio de Figueiredo, fue decidido el 4 de mayo de 2000, con el siguiente temario: “*Derecho del Consumidor. Mercadería adquirida en el exterior con fallas. Obligación de la empresa nacional de la misma marca de reparar el daño. La realidad actual indica que estamos viviendo en un mundo de economía globalizada. Las grandes empresas perdieron la marca de la nacionalidad para transformarse en empresas mundiales. Salieron del provincianismo y alcanzaron universalidad. Por las peculiaridades de la especie (¿????), la Panasonic do Brasil Ltda. Responde por el defecto de la mercadería de marca Panasonic adquirida en el exterior.*” Véanse mis comentarios en el artículo Normas, en Revista de Direito Privado 4, p. 85 y sigs.

129. Véase que la prestación característica no fue considerada oportuna, ni siquiera para su inclusión de la CIDIP V, según NOODT, TAQUELA, María Blanca, *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Diego FERNANDEZ ARROYO (Org.) Ed. Eurolex, Madrid, 1997, p. 104.

130. Tras un exhaustivo examen del derecho y de la jurisprudencia alemana, se llegó a la conclusión de que no existe obligación alguna del juez alemán de usar las normas imperativas de terceros países; sólo las

De ahí que sea necesario establecer una protección al consumidor interamericano justamente en estos dos temas, como proponemos a continuación. Sin embargo, dado que las afirmaciones anteriores sobre la insuficiencia del uso del orden público internacional y de las conexiones más empleadas en los países interamericanos son afirmaciones complejas, es menester examinar en detalle las reglas nacionales del DIPr., las convenciones generales sobre el comercio internacional de mercaderías en vigor en estos países, para que podamos comprobarlas.

1. Examen de algunas de las normas nacionales autónomas del DIPr. de los países interamericanos

Es interesante observar que, a excepción de Estados Unidos^{131/} y Canadá, son raras las normas nacionales del Derecho Internacional Privado que apuntan específicamente a la protección de los consumidores en los países americanos. En cuanto al DIPr. de Québec, consagrado en el Código Civil de 1991, es interesante observar su actualización metodológica, puesto que prevé varias normas abiertas (Artículo 3076), el conocimiento de leyes imperativas de otro Estado (Artículo 3079), un orden público estricto por la incompatibilidad de resultado práctico de la aplicación de la ley extranjera (Artículo 3081) y una cláusula de escape general (Artículo 3082).^{132/} Asimismo, posee una regla específica para los contratos de consumo (Artículo 3117),^{133/} permitiendo la autonomía de la voluntad, pero considerando obligatorias las normas imperativas del foro, en idénticas circunstancias que el Artículo 5 de la Convención de Roma e indicando como aplicable, a falta de elección, la ley de residencia del consumidor.

El Código Civil de Québec posee una regla específica también para accidentes que involucran productos (Artículo 3128), previendo que la víctima (no se menciona la expresión consumidor) podrá elegir entre la ley del Estado en que el fabricante del producto tiene su establecimiento o su residencia y la ley del Estado donde el bien fue adquirido, aparte de considerar sus normas de DIPr imperativas para todo perjuicio sufrido en Québec o resultante de la materia prima originaria de Québec (Artículo 3129).

En América Latina, el Código Civil de Chile de 1955, modificado en 1996, no contiene ninguna norma especial sobre protección del consumidor en el DIPr.^{134/} Las normas del DIPr de México tampoco mencionan especialmente a los consumidores.^{135/} El Estatuto del Consumidor de Colombia es de 1982 (Dec. 3.466 del 2 de diciembre de 1982),^{136/} pero su Código Civil de 1873, en su

normas imperativas de los países miembros de la UE deben ser respetadas, a estar al Artículo 7.1 de la Convención de Roma de 1980, como confirma BECKER, Michael, *Zwingendes Eingriffsrecht in der Urteilsanerkennung*, in *RabelsZ* 60 (1996), p. 737.

131. Véase el Artículo 3545 sobre *products liability* y el Artículo 3547 sobre *conventional obligations* de la nueva ley de Louisiana, Ley 923 de 1991 (publicada íntegramente en *IPRAX* 1993, p. 56 y sigs.), en KROPHOLLER, Jan, KRÜGER, Hilmar, RIERING, Wolfgang, SAMTLEBEN, Jürgen, SIEHR, Kurt, *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, Max-Planck-Institut, Hamburg, 1999, p. 1002 y sigs.

132. Véase el texto en DOLINGER, Jacob, y TIBÚRCIO, Carmen, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 297-298.

133. Véase el texto en DOLINGER, *Vade Mecum*, p. 297-298

134. Véase KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 174 y sigs.

135. La Reforma del Código Civil fue establecida por el Decreto del 11 de diciembre de 1987, reproducido por DOLINGER, *Vade Mecum*, p. 393.

136. Ley publicada íntegramente, en Brasil, en *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 228-239.

Artículo 20, sobre la ley aplicable a los contratos y bienes, no menciona al consumidor.^{137/} Según informan autores alemanes, hasta 1999 no poseían normas especiales de protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado Ecuador,^{138/} Costa Rica,^{139/} El Salvador,^{140/} Guatemala,^{141/} Nicaragua^{142/}, Panamá,^{143/} Perú^{144/} y Honduras.^{145/}

La ley de protección del consumidor de Venezuela es de 1995.^{146/} La nueva ley venezolana de Derecho Internacional Privado es posterior y data de 1998, pero, en sus 64 artículos, nada menciona específicamente sobre la protección del consumidor, a pesar de mencionar varias veces los “principios generales del Derecho Comercial Internacional”. Aún así, la nueva ley venezolana incluye normas actualizadas sobre la aplicación de las normas imperativas nacionales (Artículo 10), sobre la conexión equitativa para el caso concreto (Artículo. 7) y, especialmente, incluye una norma a favor de las víctimas en caso de accidentes o actos ilícitos, lo que puede beneficiar a los consumidores. (Artículo. 32).^{147/}

En los países miembros del Mercosur, la situación no es mejor. En Paraguay, la ley de defensa del consumidor es de 1998,^{148/} el Código Civil de 1985 nada menciona sobre consumidores y, en materia contractual, señala como aplicable la ley del lugar de ejecución de la obligación (Artículo 17).^{149/} En Uruguay, su ley de defensa del consumidor es de 1999,^{150/} y su Código Civil de 1868, modificado en 1994, señala como aplicable para las relaciones obligacionales la ley del lugar de ejecución (Artículo 2399) y los Tratados Montevideo de 1889.^{151/} Las normas brasileras de DIPr. son rígidas y antiguas, y tampoco nada mencionan sobre el consumidor, previendo sólo una amplia regla sobre orden público (Artículo 17 de la Ley de Introducción al Código Civil Brasiler, LICC/42). En materia contractual, a pesar de los esfuerzos de la doctrina, las normas actuales prácticamente imposibilitan la autonomía de la voluntad en materia de contratos.^{152/} Es aplicable en este caso la *lex loci celebrationis* (Artículo 9 de la LICC/42: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”). La norma del Artículo 9 § 1 LICC/42 impone una aplicación acumulativa de la ley brasiler en cuanto a la forma, en caso de ejecución en Brasil. La norma del

137. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 414.

138. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 210 y sigs.

139. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 204 y sigs.

140. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 228 y sigs.

141. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 268 y sigs.

142. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 608 y sigs.

143. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 620 y sigs.

144. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 664 y sigs.

145. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 268 y sigs.

146. Publicada íntegramente en Brasil, en Revista Direito do Consumidor, vol. 26 (1998), p. 307-327.

147. Véase Decreto 36.511, de 6 de agosto de 1998, en KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 958-995.

148. Ley 1.334, 27 de octubre de 1998, que será publicada íntegramente en Revista Direito do Consumidor, vol. 30 (1999), p. 247-255

149. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 638.

150. Ley 17.189, de 20 de setiembre de 1999, publicada íntegramente en Revista Direito do Consumidor, vol. 33 (2000), p. 262-270.

151. KROPHOLLER/KRÜGER/RIERING/SAMTLEBEN/SIEHR, p. 910.

152. Ver ARAÚJO, p. 108. Sobre la controversia de la autonomía de la voluntad en Brasil y en varios países de América Latina y la contribución de la CIDIP y las convenciones de La Haya, véase BOGGIANO, *The Contribution*, p. 132 y sigs.

Artículo 9§ 2 de la LICC/42 se utiliza para identificar el lugar de propuesta en contratos entre ausentes o a distancia, como la mayoría de los contratos internacionales de hoy. Según el §2 del Artículo 9, "la obligación resultante del contrato se reputará constituida en el lugar donde resida el proponente", determinando así la aplicación de la ley del lugar de residencia del proveedor para redactar los contratos entre ausentes, aún los de consumo, así como los contratos concertados por computadora, en el comercio electrónico de consumo, o los contratos de tiempo compartido o propiedad múltiple. En materia de accidentes con productos y servicios defectuosos, la regla aplicable también es la del Artículo 9, ahora interpretada como *lex loci delicti*, ley del lugar en que fue cometido el acto ilícito o ley del lugar en que se produjo el daño y sus consecuencias.^{153/}

La doctrina argentina siempre propuso normas especiales más protectoras para las relaciones de consumo, especialmente para los contratos de adhesión.^{154/} En cuanto al ámbito contractual, que es el que más nos interesa, las normas nacionales o autónomas del DIPr. argentino se encuentran en los Artículos 1205 a 1214 del Código Civil y no existen normas especiales para la protección de los consumidores, pero la nueva disposición constitucional debe "iluminar" la aplicación de estas normas.^{155/} Los Artículos 1209 y 1210 prevén la aplicación de la *lex loci executiones* y de la *lex loci celebrationes*, pero la doctrina advierte que, en una visión tradicional, la primera conexión indicará como aplicable en general la ley del proveedor, aquel que realizó la prestación principal característica, es decir, la prestación no vinculada al pago en dinero realizado por el consumidor, constituyendo "privilegio injustificado" para el proveedor.^{156/} La segunda conexión beneficia la aplicación de la ley del lugar de "firma" de los contratos, dando lugar muchas veces a la aplicación de la *lex fori* argentina, pero deja sin protección al consumidor turista y al que contrata a distancia o por medios electrónicos, situaciones cada vez más comunes en el día de hoy.^{157/} La doctrina propone entonces que el consumidor pueda elegir entre la "ley del lugar de adquisición del producto", que sería especialmente importante en los dos casos mencionados, y una conexión para la ley más favorable al consumidor, así como la elaboración de normas semejantes al Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980.^{158/} Ahora bien, en cuanto a los actos ilícitos en perjuicio de los consumidores, la conexión tradicional es también en Argentina la *lex loci delicti* (Art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940), entendida como la ley del lugar del acto delictivo (*lex loci actus*), pero ya ha sido objeto de graves críticas y se sugiere que, en las relaciones de consumo, se pueda usar la ley de residencia habitual de quien sufrió el perjuicio, en solución semejante a la de la Convención de La Haya de 1973.^{159/} Parte de la doctrina propone que el consumidor víctima pueda elegir entre la ley del lugar del establecimiento principal de la persona a quien se va a atribuir la responsabilidad, y la ley del lugar de adquisición del producto.^{160/}

153. Sobre esta versión brasilera de la teoría de la ubicuidad alemana y las críticas de la doctrina a estas conexiones rígidas, véase MARQUES, Claudia Lima, *Novos rumos do Direito Internacional Privado quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (em especial de acidentes de trânsito)*, en Revista dos Tribunais, San Pablo, vol. 629 (mar/1988), p. 72 y sigs.

154. Así surge del famoso curso de La Haya, de BOGGIANO, *International*, p. 55 y *The Contribution*, p. 134 y sigs.

155. TONIOLLO, p. 98.

156. Véase TONIOLLO, p. 100.

157. Así lo advierte también, TONIOLLO, p. 102.

158. TONIOLLO, p. 101, 102 y 107.

159. TONIOLLO, p. 108 y 110.

160. Sugerencia de TONIOLLO, p. 110.

Si la legislación nacional sigue siendo insuficiente en este sector, en la doctrina del DIPr., el tema de la protección de los consumidores cada vez se incluye más como materia de nueva concentración del Derecho Internacional Privado.^{161/} La doctrina es casi unánime en cuanto a la necesidad de protección especial del consumidor también en las relaciones de consumo internacionales y en la decisión regional a favor del consumidor. La autonomía de voluntades es una regla inoportuna, si una de las partes es más débil, como en el caso de los contratos celebrados con consumidores.^{162/} Por tanto, se propone una armonización de las reglas del DIPr. en el contexto del Mercosur^{163/} y de otros organismos internacionales.^{164/} También en el proceso civil internacional, los desafíos de la globalización y regionalización de la economía están requiriendo una respuesta efectiva de protección de los más débiles con jurisdicciones privilegiadas y soluciones alternativas de las controversias.

2. Examen de algunas convenciones generales sobre comercio internacional de mercaderías y protección de los consumidores

Nos importa aquí recordar que las grandes convenciones sobre comercio internacional siempre trataron de excluir del campo de aplicación de sus normas los contratos concertados con consumidores para uso doméstico, familiar o no profesional.^{165/} Es así que la Convención de La Haya^{166/} sobre la ley aplicable a los contratos de compra y venta internacionales de 1986 (Artículo 2, literal c y numeral 5, literal d)^{167/} o la Convención de la ONU sobre Compra y Venta de Mercaderías de 1980, conocida como la Convención de Viena de 1980^{168/} (Artículo 2, y Artículo 5).^{169/} Sea para evitar conflictos con leyes nacionales consideradas de orden público internacional,^{170/} sea porque las

161. BOGGIANO, *The Contribution*, p. 139, TONIOLLO, p. 94 y sigs., MARQUES, Cláudia Lima, *Direitos do Consumidor no Mercosul : Algumas sugestões frente ao impasse*, en Revista Direito do Consumidor, San Pablo, vol. 32 (1999), p. 16 y sigs. Ya BRILMAYER, p. 174, incluyó el tema “*The postulate of Consumer Sovereignty*”, no para tratar de la protección del consumidor, sino para realizar una analogía con la soberanía de las decisiones de los Estados sobre qué políticas (policy) o intereses protegerán en el DIPr, siguiendo la línea del *Law and Economics*.

162. Véase BOGGIANO, *International*, p. 55 y sigs. y BOGGIANO, *The Contribution*, p. 138.

163. Véase TONIOLLO, p. 97.

164. BOGGIANO, *The Contribution*, p. 138, trabaja con la posibilidad de una manifestación general, a través de la Conferencia de La Haya, o regional, a través de la OEA.

165. Véase HARGAIN/MIHALI, p. 506.

166. Se trata de una actualización de la Convención de 1955. Véase, sobre la escasa aceptación de estas convenciones entre los Estados, pese a su enorme importancia como modelo legislativo, ARAÚJO, p. 124 y sigs.

167. En el original: “*Art.2. The Convention does not apply to:c) sales of goods bought for personal, family or household use; it does, however, apply if the seller at the time of the conclusion of the contract neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use. Art. 5. The Convention does not determine the law applicable to ...d) the effect of the sale in respect of any person other than the parties.*”

168. Véase, sobre la importancia y aceptación de esta Convención también entre Estados de las Américas, ARAÚJO, p. 127 y sigs.

169. En el original: “*Art. 2. La presente convención no se aplicará a las compraventas: a) 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;...*”

170. Así se manifiestan GARRO/ZUPPI, p. 81: “*La razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las*

diferencias en la protección de los consumidores siempre pesaron a favor de los países industrializados y exportadores del primer mundo,^{171/} la verdad es que el tema nunca fue tratado directamente en las convenciones que unificaron las normas materiales, ni en una ley modelo, de UNIDROIT o UNCITRAL^{172/}, ni fue objeto de una CIDIP o de una Convención de La Haya.^{173/} Sólo las Resoluciones de la ONU tuvieron influencia inspiradora en las legislaciones nacionales.

Es interesante observar que muchos países americanos están unidos por la Convención de Viena de 1980 sobre compra y venta de mercaderías.^{174/} Esta Convención, preparada por UNCITRAL, que es uno de los mayores éxitos de unificación de normas en el comercio internacional, apunta totalmente a los contratos de venta entre comerciantes y trata de excluir de su campo de aplicación los contratos internacionales entre consumidores y proveedores de productos,^{175/} e inclusive así es posible su aplicación excepcional a estos contratos.^{176/} Y esto porque el Artículo 2º de la Convención de Viena de 1980 dispone: “*Esta convención no se aplica a las ventas: a) de mercaderías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, antes o en el momento de la celebración del contrato, no supiera ni debiera saber que las mercaderías eran adquiridas para tal uso.*” De esta manera, si un abogado encomienda en Chile a una fábrica de Argentina, por carta o usando papel timbrado de su oficina, una mesa para su computador en casa, el fabricante argentino puede considerar que esa mercadería se destina a la actividad del cliente, ergo, se aplicaría la

leyes de orden público de protección al consumidor. La legislación especial de protección al consumidor ha sido incorporada en estos últimos años a numerosos ordenamientos jurídicos, inclusive en algunos países de América Latina, como México.” Véase también HARGAIN/MIHALI, p. 507.

171. Véase HOFFMANN, p. 396, KROPHOLLER, p. 636, BOTANA, p. 9 y HARGAIN/MIHALI, p. 506, citando la opinión de Liblé.
172. La ley modelo de la UNCITRAL (que efectivamente se dedica al comercio internacional), al referirse al comercio electrónico, expresamente indica no apartar las normas tutelares, al parecer, queriendo excluir de su campo de aplicación los contratos de consumo a través de medios informáticos, con el texto: “Art. 1. Ámbito de aplicación - La presente Ley* será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizado en el contexto de actividades comerciales. *La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.”
173. Corresponde mencionar el proyecto de La Haya de 1980. Véase VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report*, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1982, p. 6. Este proyecto de convención apuntaba a complementar la Convención de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a la venta internacional de mercaderías, pero ello nunca llegó a producirse, pues el referido proyecto, terminado de redactar en 1980, no fue aprobado, al ser superado por la propia Convención de Roma de la CEE, suscrita ese mismo año, con su Artículo 5 sobre el mismo tema.
174. A 1995, habían ratificado la Convención los siguientes países americanos: Argentina, Chile, Ecuador, Canadá, Cuba, México y Estados Unidos; h la había firmado Venezuela. Véase, SCHLECHTRIEM, Peter, *Internationales UN-Kaufrecht*, J.C.Mohr, Tübingen, 1996, p. 225-226 o, por datos actualizados: www.un.org/Depts/Treaty/bible/Part_I_E/X/_X_10.html
175. Usamos el verbo “tratar” pues está comprobada la aplicación de la Convención de Viena en los contratos con consumidores, concurriendo con el derecho alemán, por ejemplo, en lo que se refiere a las leyes especiales sobre crédito al consumo, sobre contratación fuera del establecimiento comercial y sobre responsabilidad por productos defectuosos, como lo afirma también la tesis del Doctorado de WARTEMBERG, Konrad W., *CISG und deutsches Verbraucherschutzrecht: Das Verhältnis der CISG insbesondere zum VerbrKrG, HaustürWG und ProdHafG*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998, p. 101 a 104.
176. Así lo enseña SCHLECHTRIEM, Rdn.23-32, especialmente en p. 19.

Convención de Viena para regular esta venta.^{177/} Aquí se trata de una excepción vinculada al principio de la razonabilidad, pues era razonable y legítimo el desconocimiento del comerciante de que el co-contratante era un consumidor.^{178/} El peligro de esta aplicación posible del derecho uniforme en relación con contratos concertados por consumidores es la opinión de la parte mayoritaria de la doctrina de que la Convención tendría primacía, por ser un derecho uniforme, en relación con cualquiera de las normas nacionales de protección de los consumidores.^{179/} Es por ello que prefiero aquí destacar el espíritu de la Convención de exclusión de los contratos internacionales de consumo como forma de proteger eficazmente al consumidor nacional en el comercio internacional. Este espíritu denota claramente la dificultad de tratar, en la misma Convención, o en la norma interna, el comercio internacional entre profesionales y las relaciones de consumo internacionales entre un profesional y un lego o consumidor. El tratamiento jurídico de las relaciones entre iguales no puede ser igual al tratamiento jurídico de relaciones entre diferentes, entre profesionales y legos, entre fuertes y débiles. Y esta fue justamente la idea central del Proyecto de La Haya de 1980, que fue superado por las convenciones europeas y por las modificaciones internas de los países industrializados, pero no en el espacio interamericano.^{180/}

La experiencia europea de más de 40 años de armonización de normas materiales y unificación de normas del DIPr. y del Artículo 2º de la Convención de Viena de 1980, nos hace llegar a la conclusión de que, tanto regional como universalmente, la protección del consumidor siempre fue tema que se separó del comercio internacional normal y se trató en el DIPr. con conexiones más seguras, previsibles y positivas para el agente más débil. Concluyo, por tanto, en favor de la oportunidad de que la OEA elabore una CIDIP sobre el tema.

II – De la necesidad de una Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo

“América merece un lugar de destaque en la historia de la codificación del Derecho Internacional”^{181/} Privado, con la iniciativa de Simón Bolívar de 1826,^{182/} y –parafraseando al maestro

177. Ejemplo adaptado del citado por SCHLECHTRIEM, p. 19.

178. Así lo enseñan HARGAIN/MIHALI, p. 506.

179. Véase la unanimidad de la doctrina europea sobre esta supremacía, en la práctica, en WARTEMBERG, p. 19.

180. Obsérvese que las conexiones previstas por el proyecto de La Haya de 1980 fueron las siguientes: la autonomía de la voluntad (Art. 6, frase 1), pero la ley elegida por las partes no debería privar al consumidor de la protección que le aseguren las normas imperativas del país de su residencia habitual (Art. 6, frase 2 del Proyecto), las condiciones relativas a la existencia, la validez y la forma del consentimiento serían regidas por la ley del país de residencia habitual del consumidor en el momento de la declaración. (Art. 6, 4 frase), en ausencia de elección por las partes, la ley aplicable sería la ley del país de residencia habitual del consumidor (Art. 7 del proyecto), la capacidad de las partes y los efectos de los contratos no serían regidos por la *lex contractus* y si tratados como cuestiones independientes (Art. 9), y la reserva de orden público; véase VON MEHREN, Arthur, *Law applicable to certain consumer sales*, Texts adopted by the Fourteenth Session and Explanatory Report, Ed. Bureau Permanent de la Conférence, La Haya, 1982, p. 2 y 3. La definición de consumidor (art. 2) y las exclusiones (art. 4 y 5) del proyecto no son hoy, sin embargo, actuales, pese a que, en un examen más detenido del proyecto de 1980 hallamos, muchos de los elementos hasta hoy deseables para el DIPr en materia de protección efectiva de los consumidores.

181. La frase es de OCTAVIO, p. 218.

brasileño Rodrigo Octavio^{183/} - “a ella sin duda corresponde la prioridad de los esfuerzos oficiales” para la elaboración de normas protectoras de los intereses específicos de los consumidores, por lo menos a nivel nacional, en Estados Unidos, Canadá y México, como veremos a continuación. En Derecho Internacional Privado, ninguna región desplegó esfuerzos tan amplios de codificación como las Américas, con los nueve Tratados de Montevideo (1888-1989), el Código Bustamante del 20 de febrero de 1928, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado desde 1975 (CIDIP).^{184/} En materia de derecho del consumidor, los esfuerzos regionales europeos son los más famosos y fructíferos, tal vez por el modelo de integración supranacional elegido, con Convenciones sobre la ley aplicable a los contratos (Convención de Roma de 1980) y la jurisdicción (Convención de Bruselas de 1968), con normas y conexiones especiales para los consumidores, que terminaron superando los estrechos límites de los Estados Miembros de la UE y hoy vinculan, a través de las convenciones paralelas, prácticamente a toda la región. Nos parece, por tanto, que es el momento de modificar esa situación y defender la necesidad y oportunidad de una Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo.

1. Ausencia de normas especiales sobre las transacciones y los contratos con consumidores en el sistema interamericano: ¿consumidor, o agente olvidado?

La globalización, la aproximación de los mercados, la integración de mercados, la apertura a productos y servicios extranjeros, el carácter internacional de las relaciones privadas son, según la doctrina actual, los grandes desafíos del derecho del consumidor.^{185/}

Según las palabras lúcidas de Jean-Michel Arrighi, el consumidor es el “protagonista olvidado”.^{186/} Tanto en los tratados interamericanos, como en los dedicados a la integración, como el Tratado de 1980 de la ALADI y el Tratado de Asunción de 1991 del Mercosur, no se encuentra la palabra “consumidor”.^{187/} Tampoco en las CIDIP hasta hoy suscritas mereció especial atención el tema de la protección del consumidor, concentrándose las mismas en el derecho del comercio internacional entre profesionales, en accidentes no derivados de productos defectuosos, en la protección de menores, el derecho de la familia y sucesiones, en la parte general del Derecho Internacional Privado y en el Proceso Civil Internacional.^{188/}

La OEA elaboró hasta ahora CIDIP sobre letras de cambio, cheques, cartas rogatorias, pruebas, mandato y representación, sociedades mercantiles, laudos, medidas cautelares, prueba e información en derecho extranjero, domicilio de la persona física, normas generales de DIPr,

182.OCTAVIO, p. 219 e seg.

183.Parafraseando a Rodrigo OCTAVIO, p. 218: "América merece un lugar de destaque en la historia de codificación del Derecho Internacional, y a ella corresponde sin duda la prioridad de los esfuerzos oficiales en ese orden de trabajos."

184.Como enseña Jayme, Cours, p. 65. Véase también FERNANDEZ ARROYO, *La Codificación*, p. 69 y sigs.

185.Así lo afirma también MACEDO JÚNIOR, p. 45 y 53.

186.ARRIGHI, p. 126.

187.ARRIGHI, p. 126.

188.Véase, sobre el tema, Carmem TIBÚRCIO, in CASELLA/ARAÚJO, p. 49 y sigs.

adopción de menores, persona jurídica, jurisdicción, alimentos, transporte internacional, restitución de menores, contratos internacionales y tráfico de menores.^{189/}

Por otro lado, en tanto tenemos el ejemplo de éxito en la armonización de las normas materiales de protección del consumidor en la Unión Europea, que abarca muchos de los temas actuales antes mencionados, en las Américas, por el contrario, el enfoque ha sido más de integración “negativa” en el tema. El TLCAN (NAFTA), por ejemplo, todavía no legisló sobre el tema,^{190/} tal vez por el ya buen nivel existente de defensa del consumidor en los países más desarrollados, con la tendencia a utilizar la *lex fori* inclusive para los turistas, y la elección de su ley en contratos internacionales. La laguna en las demás organizaciones de integración de las Américas, tal vez se deba a la escasa importancia del tema en economías menos desarrolladas o todavía dedicadas a organizar su mercado. También es preciso considerar el fracaso^{191/} o, por lo menos, el estancamiento actual de los esfuerzos de armonización de las normas materiales en el Mercosur,^{192/} que indica la escasa solidez de la idea de protección del más débil en la política de algunos gobiernos,^{193/} especialmente cuando –en teoría- se contraponen a los intereses económicos de la liberalización del comercio y de la mayor exportación, inclusive de productos de menor calidad y seguridad. Armonizar (más aún, unificar) normas materiales de defensa del consumidor es una tarea teórica difícil, que requiere un mandato claro en cuanto a los objetivos que se persiguen, el nivel de protección deseado (sea “tercermundista”, sea internacional). Esta tarea necesita la legitimación para legislar e incorporar en los derechos nacionales las normas materiales elaboradas. Es una tarea que, por ejemplo, el Mercosur no consiguió realizar y que fue cumplida con éxito por la Unión Europea en los últimos 40 años.

La realidad de los países interamericanos es semejante también en cuanto a las normas procesales encaminadas a garantizar derechos procesales especiales o un acceso facilitado del consumidor a la justicia en casos internacionales. En tanto en Europa existen directivas procesales

189.DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Mercosur- Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1997, p. 242-244.

190.Sobre el tema de la “negative form of integration”, que sólo elimina discriminaciones y barreras al comercio, véase la crítica del mexicano Gustavo VEGAS-CANOVAS, en LUSTIG, Nora, BOSWORTH, Barry y LAWRENCE, Robert, *North American Free Trade - Assessing the Impact*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1992, p. 200 y 201, que desearía una integración más al estilo de la Unión Europea con una “positive form of integration”, con una legislación que proteja a las poblaciones.

191.La expresión es de FERNANDEZ ARROYO, Diego P., *La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur: Ocho respuestas contra la incertidumbre*, in Revista de Derecho del Mercosur, Buenos Aires, año 3, Nº 4, agosto de 1999, p. 51.

192.Así me manifesté en Revista Direito do Consumidor, San Pablo, vol. 32 (1999), p. 16 y sigs.

193.Así también lo afirma MOSSET, ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del Consumidor-Ley 24.240*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 17: “Ciertos sectores quieren ver en la 'defensa del consumidor' el 'ataque al empresario', y juzgan que es 'incompatible' con una economía de mercado defender al consumidor” y concluye, p. 19: “en los países más avanzados se defiende al consumidor,...el consumidor de bienes y servicios se encuentra protegido y las empresas controladas. La libertad absoluta, el dejar hacer, no es propio de la etapa post industrial o de la 'civilización técnica'. Es esta una versión para la exportación, nacida de los cenáculos más extremos del liberalismo....”

especiales^{194/} y se elaboró un “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la regulación de los litigios de consumo en el mercado interno”^{195/}, en el espacio interamericano son raras las normas nacionales que garantizan una jurisdicción especial en caso de contratos internacionales de consumo o que aseguren el libre acceso a juzgados especiales de pequeñas causas (*small claims*) o a métodos de solución más rápidos y baratos de los conflictos (internacionales) de consumo. Obsérvese que estas cuestiones internacionales pueden ser consideradas de gran complejidad, por involucrar normas del Derecho Internacional Privado. El costo de litigar en países extranjeros y en causas que involucran la aplicación del derecho extranjero puede ser grande, restringiendo la disposición del consumidor a reivindicar sus derechos o a recurrir a la justicia en relación con el tema. Las convenciones internacionales del DIPr. y el Proceso Civil Internacional existentes, como la CIDIP, los Protocolos de Cooperación Judicial del Mercosur y los Tratados de Cooperación Bilateral, no se dedican a elaborar normas especiales de protección de los consumidores de la región^{196/} y los pocos proyectos efectivamente elaborados, nunca entraron en vigor.^{197/}

Existe un cierto consenso en la doctrina brasilera y argentina en cuanto a que no es necesario ni oportuno que el Mercosur rehaga o reelabore en forma regional todos los temas ya tratados en las CIDIP, siendo mejor y más oportuna la utilización de estas CIDIP y su ratificación por todos los países miembros del Mercosur.^{198/} De ahí la importancia de examinar la CIDIP V. Si la CIDIP V sobre contratos internacionales, siguiendo el modelo de la Convención de Roma de 1980, de la UE, hubiera previsto alguna norma especial para el contrato de consumo internacional, no sería necesaria una convención especial sobre el tema. Lamentablemente, el Artículo 5 de la CIDIP V sobre contratos internacionales no establece una excepción expresa de los contratos de consumo ni consta que alguno de los países que la ratificaron haya hecho alguna declaración especial sobre el tema.^{199/} Esta laguna en el sistema interamericano merece un estudio más detallado.

2. La Convención de México (CIDIP-V) de 1994 sobre a ley aplicable a los contratos internacionales, en comparación con el sistema europeo de protección del consumidor en estos contratos.

194. Véase Directiva 98/27/CE en relación con las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores, comentada por BOTANA, p. 8.

195. COM 96, 13 final, de 14 de febrero de 1996, comentado por BOTANA, p. 7-8.

196. Véase SIQUEIROS, p. 159 y sig.

197. Un ejemplo de estos buenos esfuerzos que nunca entraron en vigor es el Protocolo de Santa María elaborado por la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, en 1996. Actualmente, se estudia la modificación de su texto (Acta 01/2000 RMJ), la inclusión de nuevos miembros, Bolivia y Chile, y la elaboración de un Tratado totalmente nuevo. Véanse mis críticas, *Revista Direito do Consumidor*, San Pablo, vol. 32 (1999), p. 16 y sigs.

198. Así lo sostiene FERREIRA DA SILVA, p. 199 e NOODT, p.134. También es bastante crítico, FERNANDEZ ARROYO, p. 49 y GHERSI, Carlos Alberto y LOVECE, Graciela, *Contrato de tiempo Compartido (Timesharing)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 105.

199. “Artículo 5. Esta convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil...; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de...mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario...” Véase OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I, 1996, p. 29.

La Convención de México (CIDIP-V) de 1994 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales no menciona la palabra consumidor. Es cierto que los Estados Partes, al firmar, adherir o ratificar la Convención, pueden, conforme lo autoriza expresamente el Artículo 1 de la referida CIDIP-V, “*declarar a qué clase de contrato no se aplicará la convención*” (Art. 1º, 4a frase). Pueden, por ejemplo, declarar que no se aplica la CIDIP-V a los contratos entre comerciantes y consumidores legos, pero esta declaración es una protección reducida y en general olvidada por los Estados al ratificar la referida Convención,^{200/} que vela esencialmente por el comercio internacional, por lo cual, se presupone que excluye el comercio que involucra a consumidores.^{201/}

Hubiera sido mejor que no se hubiera eliminado la propuesta original de SIQUEIROS de excluir expresamente los contratos concertados con consumidores.^{202/} No haber tratado el tema en 1994 en forma especial, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia de éxito europea, fue una gran oportunidad perdida,^{203/} que sólo podrá ser recuperada con una nueva convención especial. De modo que el tema sería definitivamente excluido del campo de aplicación de la CIDIP V.

Efectivamente, las conexiones elegidas por la CIDIP-V de 1994 se adecuan más a las relaciones entre comerciantes internacionales, son conexiones actuales, como la autonomía de la voluntad (Art. 7º e la CIDIP-V), flexibles (como la posibilidad de elegir una nueva ley aplicable, modificando la anterior, Artículo 8 y de *dépeçage*, Art. 7) ^{204/} e inclusive abiertas (como la *open ended rule* del Art. 9º, que señala como aplicable, en caso de no elección eficaz de la ley, la ley del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos).^{205/} La posibilidad de elección de la

200. Según consta, México y Venezuela no recurrieron a esta declaración para excluir los contratos de consumo; véase HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht*, en IP RAX, 1998, p. 378 y sigs.

201. El texto de la Convención CIDIP-V es el siguiente: “*Art. 5. Esta convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil...; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes...de títulos en los mercados de valores) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario...y de las personas jurídicas en general. Art. 6. Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Parte de esta Convención.*”

202. Así lo informa NOODT, p. 126.

203. Véase también NOODT, p. 132.

204. El texto de la Convención CIDIP-V es el siguiente: “*Art. 7. El contrato se rige por el derecho elegido por las partes... dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. Art. 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, dichas modificaciones no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.*”

205. El texto de la Convención CIDIP-V es el siguiente: “*Art. 9. Si las partes hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse*

ley es amplia, sin orientación alguna, y la CIDIP-V no exige un “contacto razonable” de la ley elegida por las partes.^{206/}

Esta técnica abierta y actualizada del DIPr. ha dificultado la ratificación de la Convención por el Brasil,^{207/} en el caso del Mercosur. Si este dato no es importante desde el punto de vista regional, merece destacarse el hecho de que esta técnica no haya sido utilizada ni siquiera en la Europa de hoy, donde, a pesar de complementar la Convención de Roma de 1980 con una serie de normas de DIPr. con temática específica en las nuevas directivas, ninguna de ellas aceptó la autonomía de la voluntad sin límites en contratos de consumo ni la modificación de la ley por la (ficta o real) declaración de la voluntad de las partes. Existe siempre un espíritu de protección mínima del consumidor por las reglas imperativas de su país de residencia o domicilio, la utilización de una conexión abierta de favorecimiento (*favor consumidor*), para permitir que los jueces del foro (posiblemente también elegido) determinen cuál es la ley “con vínculos más estrechos” o más favorable a los intereses de los consumidores, o conexiones más rígidas, clásicas y subjetivas, con el claro objetivo de proteger al agente económico más débil, como la conexión con la residencia habitual del consumidor.

La Unión Europea siempre se preocupó por asegurar un sistema de transacciones en el mercado interno que le permitiese que estas negociaciones y contratos “internacionales-integrados” pudieran garantizar la seguridad y adecuación para los consumidores. La libre circulación de productos, servicios, capitales y personas permite que estas transacciones se multipliquen y es objetivo de la política de protección del consumidor que las mismas puedan producirse de la mejor forma posible.^{208/} Adviértase que la importante Convención de Roma de 1980 introduce en el DIPr. comunitario europeo una norma uniforme especial para la protección de los consumidores, el Artículo 5. Esta Convención impone, pues, el DIPr. especial de protección de los consumidores a los 15 países de la UE y, hoy, a los países del Espacio Económico Europeo, más algunos países, como Suiza. Según su Artículo 2, el instrumento debe ser utilizado por el juez nacional europeo también en relación con terceros países, es decir, países no signatarios de la Convención de Roma de 1980, aunque determinando su carácter *self-executing*, uniforme y universal.^{209/}

Obsérvese que la propia Comunidad Económica Europea, hoy UE, prefirió no utilizar la expresión “contrato internacional” en su convención específica, la Convención de Roma de 19 de junio de 1980.^{210/} Esta disciplinaria la ley aplicable “a las obligaciones contractuales”, y se aplica

a título excepcional, la ley de ese otro Estado a esa parte del Contrato. Véanse detalles en NOODT, p. 94.

206. Véase NOODT, p. 94.

207. Véase ARAÚJO, p.188. FERREIRA DA SILVA, p. 194 y sigs., NOODT, p. 96.

208. Véase miembro de la Comisión VANDEN ABEELE, M., *Orientations de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in FALLON/MANIET (Coord.), *Securité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté européenne*, CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Scienza, Bruselas, 1990, p. 273.

209. Véase KILLIAN, Wolfgang, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Beck Verlag, Munique, 1996, p. 319 la clasificación del DIPr. Uniforme europeo.

210. Es sabido que la definición de LA categoría de contratos “internacionales” no es fácil. De hecho, los contratos son “nacionales”, ligados siempre a una ley estatal o a una convención o un acuerdo internacional (PEREIRA, José Edgard Amorim, “Contrato Internacional do Comércio”, en: *Revista de Direito Civil*, n. 47, p.7). Las reglas del Derecho Internacional Privado de cada Estado que indican los puntos de conexión, de unión de un contrato a un orden jurídico, son suficientemente fuertes para determinar la ley aplicable al contrato y a sus varias cuestiones conexas (capacidad, forma, etc.). Por

tanto a las obligaciones de naturaleza interna como a las de naturaleza internacional, a las obligaciones pre y poscontractuales que fueran calificadas como de naturaleza “contractual” y quedarán comprendidas en su campo de actuación, este sí internacional.

La norma especial para los contratos con consumidores, a diferencia de la norma general de autonomía de la voluntad para los contratos internacionales comerciales, se refleja en el Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980.^{211/} Este Artículo 5 de la Convención de Roma determina que la elección de una ley para regir el contrato de consumo, es decir, la conexión en la autonomía de la voluntad, no podrá excluir la aplicación de las normas y leyes imperativas de protección del país de residencia habitual del consumidor, si a) la oferta, publicidad o algún acto de concertación del contrato se produjo en ese país; b) si el proveedor o su representante recibiera la reserva o realizara la contratación en el país de residencia habitual del consumidor; c) cuando se trate de venta de productos y el consumidor viajase para adquirir estos productos, pero el viaje estuviera organizado por el proveedor con esta finalidad de contratación, como aclara el Artículo 5,2 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable en las relaciones obligacionales derivadas de contratos.^{212/} Como conexión objetiva más favorable al consumidor, la Convención da preferencia a la ley del país en que el consumidor tiene su residencia habitual como conexión rígida (Artículo 5,3 de la Convención de Roma de 1980), si no existe manifestación expresa de la voluntad.^{213/} Esta norma protegerá inclusive a los turistas, si no existió elección de la ley en el contrato^{214/} Estas normas son bastante sabias y, a pesar de casi 20 años de ejecución, fueron mantenidas en las sugerencias actuales de modificaciones de la Convención en el Reglamento. Es cierto que las normas del DIPr. especiales para la protección de los consumidores en contratos especiales fueron incluidas en las nuevas directivas (nuestro próximo tema) y que las nuevas Resoluciones del Consejo exigen mayor protección del consumidor turista y del consumidor que contrata por medios electrónicos o a distancia.

Cabe resaltar, asimismo, que la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 9 de octubre de 1980, incluye los contratos de transporte, pero respeta las demás convenciones internacionales existentes sobre la materia, como las convenciones sobre el transporte aéreo, ferroviario, marítimo, etc. Y, en materia de pasajeros, su norma de protección del consumidor del Artículo 5 no incluye los contratos de transporte (Artículo 5.4), y sólo los viajes combinados o los

tanto, a lo que llamamos contratos internacionales serían a los contratos relevantes para las normas de Derecho Internacional Privado (Georgette NAZO, Tipificação dos Contratos Internacionais, in: RT 564, p. 27). Las más famosas convenciones internacionales intentaron evitar las inseguridades de la terminología, definiendo claramente su campo de aplicación. Así, la Convención de Viena de 1980 sobre Compra y Venta Internacional, define en su Artículo 1º la compra y venta disciplinada por la Convención como la que es ejecutada entre personas domiciliadas o con sede en países diferentes. Se evita así que la voluntad de las partes, eligiendo una ley extranjera o un foro extranjero, pueda transformar un “contrato interno” en contrato internacional. Por otro lado, sin embargo, esta definición no considera como elemento importante para determinar la “internacionalidad” del contrato el lugar de ejecución de las prestaciones.

211. Véase el texto del Artículo 5 anteriormente reproducido en el presente trabajo.

212. JAYME/HAUSMANN, p. 116.

213. Véase BRÖCKER, p. 53, comentando que, en otras relaciones, la preferencia apunta a la prestación característica (Art. 4 de la Convención), no conveniente en casos de contratos de consumo.

214. En este sentido, BRÖCKER, p. 53, relata las críticas a este artículo y la sugerencia de algunos autores alemanes de optar por la ley del lugar de “mercado de consumo”.

paquetes turísticos (Artículo 5,5). Aquí es aplicable el Artículo 7 de la Convención, que prevé la aplicación de las normas imperativas del país del foro, también en beneficio de los consumidores.^{215/}

La Convención de Roma de 1980 será transformada en breve en un Reglamento interno de la UE,^{216/} toda vez que el Derecho Internacional Privado (y el Proceso Civil Internacional) pasó a ser considerado materia de competencia subsidiaria de la UE, pero, por ahora, según informaciones, su aprobación es bloqueada por el Gobierno británico y llevará todavía algún tiempo.^{217/} Completan el sistema europeo de DIPr. de protección del consumidor en contratos internacionales las normas de DIPr presentes en las directivas.

Los trabajos de la Comisión de reforma de la Convención de Roma de 1980 todavía no están listos, pero la doctrina de DIPr. alemana ya anticipa que abarcarán sólo tres temas: 1. Inclusión del derecho de mandato o representación en el campo de la aplicación de la Convención, pues hoy el Artículo 1,2 literal f de la Convención lo excluye; 2. Inclusión de las normas de DIPr. hoy existentes en las directivas, especialmente en las directivas de protección del consumidor, a ejemplo del nuevo Artículo 29 a. de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBG), y 3. Modificación del Artículo 7 sobre normas de aplicación inmediata (*Eingriffsnormen*) para considerar los avances del DIPr. en esta esfera.^{218/} Como se ve, las reformas serán mínimas, pero todas reflejan importantes repercusiones en el tema aquí tratado de defensa del consumidor, que, sin duda, también se evidencian en la UE.

En cuanto a las directivas sobre defensa del consumidor que contienen normas de DIPr., estas están directamente relacionadas con la proyectada reforma del Artículo 7 de la Convención sobre la aplicación inmediata de las normas imperativas materiales del país del foro y del país de residencia habitual del consumidor. La aplicación de las normas imperativas del foro no será objeto de modificaciones (Artículo 7,2), pero las normas pretenden aclarar que la aplicación de las normas imperativas del país de residencia habitual del consumidor deberá hacerse efectiva sólo si estas normas, aparte de apuntar a la protección del interés del individuo, también representan intereses gubernamentales de este Estado (proyectado Artículo 7,3).^{219/} Sería una reforma más al estilo norteamericano del actual *Restatement*, lo que parece ya estar aconteciendo en la práctica, cuando media el convencimiento de los jueces, por lo cual, tiene menor impacto. Es importante sí el significado indirecto de la reforma, de una clara jerarquía o prevalencia del Artículo 7 en relación con los Artículos 5 y 6 de la Convención. De la reforma nacería la necesaria jerarquía de la aplicación inicial del Artículo 7 de la Convención de Roma para sólo después aplicar el juez el Artículo 5, especial para los consumidores.^{220/} La doctrina europea hace tiempo que discute si el juez debe

215. Véase BRÖCKER, p. 58 y sigs.

216. Véase JAYME, IPRACT 1999, p.413. Propuesta de Reglamento que sustituirá a la Convención de Bruselas ya se encuentra lista, COM (1999) 348 final, publicado íntegramente en IPRACT 2000, p. 41 y sigs.

217. Información no oficial publicada por la redacción, en IPRACT 2000, p. 164, V.

218. Así informa JUNKER, Abbo, *Empfehl es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrung zu präzisieren?*, en IPRACT 2000, p. 65.

219. Así lo sugiere JUNKER, IPRACT 2000, p. 73: nuevo “*Art. 7.(3) Eine Bestimmung, die ohne auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regelt, darf nicht nur dem Ausgleich oder dem Schutz privater Interessen dienen, sondern muss wesentliche politische, wirtschaftliche oder soziale Interessen des Staates schützen, desse innerstaatlichen Recht die Bestimmung angehört.*”

220. Así concluye JUNKER, IPRACT 2000, p. 71.

primero tener en cuenta las normas imperativas o de aplicación inmediata (o de orden público internacional), las normas materiales de protección del individuo en general, del país del foro, para sólo después aplicar la regla de “favor consumidor” o el Artículo 5 de la Convención, que expresamente dispone la aplicación de las normas imperativas del país de residencia habitual del consumidor (en general, también país del foro, en virtud de la Convención de Bruselas), si es más favorable a él en ese contrato de consumo. El orden jerárquico de estos artículos es polémico y divide la doctrina, pues al Artículo 7 es general y el Artículo 5 es específico, por lo que debería tener preferencia en los casos de contrataciones de consumo.^{221/} La reforma aclararía que el Artículo 7 es una especie de “favor parte más débil” (inclusive de los no consumidores), una protección de los derechos individuales,^{222/} y el Artículo 5, especial para consumidores, en los asuntos que trata. La práctica jurisprudencial, por lo menos de la Corte Federal Civil alemana, ha ido en sentido contrario: sólo aplica el Artículo 7 cuando el Artículo 5 -especial y, por tanto, prevalente- no defiende suficientemente al consumidor o muestra lagunas.^{223/}

En particular, considero más defendible esta última posición, de dar preferencia a la norma especial del Artículo 5 para la contratación con consumidores y, si este Artículo muestra lagunas, el recurso al Artículo 7 de la Convención, en su versión actual. La reforma tendrá que decidir cuál es el mejor camino para la UE. Resta examinar las “Directivas del DIPr.”, como se las denomina.

JAYME/KOHLER destacan cinco directivas de protección del consumidor que comportan normas específicas de DIPr., a saber, la de cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE), la de tiempo compartido o propiedad múltiple (Directiva 97/47/CE), la de contratación a distancia (Directiva 97/7/CE), la de garantías (Directiva 1999/44/EC) y la de comercio electrónico (Directiva 2000/31).^{224/}

La primera Directiva de protección del consumidor en incluir normas específicas de DIPr. fue la de cláusulas abusivas de 1993 (Directiva 93/13/CEE).^{225/} Esta Directiva incluye en su Artículo 6,2 una norma unilateral de DIPr.^{226/} que fue bastante criticada por no definir, al contrario del Artículo 5

221. Esta es la interpretación del Gobierno alemán, que incorporó el Artículo 5 en el Artículo 29 EGBGB (Ley de Introducción al Código Civil Alemán) y el Artículo 7 en el Artículo 34 EGBGB; véase JUNKER, IPRACT 2000, p. 67. Sobre la incorporación en la EGBG alemana de las normas de la Convención de Roma, véase BRÖCKER, p. 34 y sigs.

222. Según JUNKER, IPRACT 2000, p. 69.

223. Véase la jurisprudencia del BGH alemán, de 1993 a 1997, en JUNKER, IPRACT 2000, p. 67. El mismo autor relata que, en materia laboral, que cuenta con una norma especial de protección del trabajador en el Artículo 6 de la Convención de Roma de 1980, la práctica de la Corte Superior Laboral alemana (BAG) ha ido en sentido contrario, al dar preferencia al Artículo 7 sobre el Artículo 6 de la Convención, en JUNKER, IPRACT 2000, p. 67. Una crítica a la posición del BGH de aplicar en forma subsidiaria de Artículo 7, se encuentra también en EBKE, Werner F., *Schuldrechtliche Teiltwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht: Zum Ende der Alfälle*, en IPRACT 1997, p. 270.

224. JAYME/KOHLER, IPRACT 1999, p. 411 a 413. Ya JUNKER, IPRACT 1998, p. 70 a 73 comenta sólo las Directivas de las cláusulas abusivas, de tiempo compartido o propiedad múltiple y de garantías, como “de DIPr.”, posición que no adoptamos, pues la directiva de contratación a distancia es bastante importante en la protección internacional de los consumidores, como lo demuestra hoy la directiva especial sobre comercio electrónico.

225. JUNKER, IPRACT 1998, p. 70.

226. Véase Jayme, IPRACT 1999, p. 412, JUNKER, IPRACT 1998, p. 71 e BRÖCKER, p. 128.

de la Convención de Roma, lo que se entiende por “vínculo más estrecho”.^{227/} JUNKER entiende que el Artículo 6,2 es un derecho imperativo internacional en el sentido del Artículo 7,2 de la Convención de Roma, por lo cual debe tener prioridad frente al Artículo 5.^{228/} Otros autores la critican por proteger al consumidor europeo frente a la aplicación del derecho de Estados que no pertenecen a la UE, demostrando cierta desconfianza en relación con la legislación de defensa del consumidor de terceros países, en tanto la Convención de Roma trataba de la misma forma la legislación de terceros países y de países de la UE o del Espacio Económico Europeo, conectando sólo a nivel de protección del país de residencia del consumidor.^{229/} El texto de la norma, en traducción libre, es el siguiente:

"Art. 6. (2) Los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para que el consumidor no pierda la protección garantizada por esta directiva, cuando el derecho de un tercer Estado sea elegido para regular el contrato y el contrato posea un vínculo estrecho con el territorio de un Estado Parte(de la UE)."^{230/}

La incorporación o transposición de esta norma de DIPr. derivada de la Directiva 93/13/CE dio lugar a una gran polémica, pero Alemania, por ejemplo, modificó su ley de condiciones generales contractuales AGBGB y cambió el texto de su norma de DIPr. en esta ley (§12 AGBG) y en su ley sobre insolvencia.^{231/} El nuevo párrafo 12 de la ley de condiciones generales contractuales acabó teniendo preferencia –en casos de contratos de adhesión- sobre el Artículo 29 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1987 (Art. 29 EGBGB), que era específico para la protección de los consumidores e incorporaba textualmente el Artículo 5 de la Convención de Roma.^{232/} Así disminuye el campo de aplicación de los mencionados Art. 5 y Art. 29 EGBGB, que permitían ambos la elección por el juez de la ley de “mayor protección del consumidor” (*Günstigkeitsprinzip*), en un verdadero "favor consumidor", ello, cuando se sabe que la protección de la Directiva es sólo mínima o estándar, y nunca quiso ser la mayor protección.^{233/}

La segunda Directiva que incluía una norma de DIPr. era la referente al tiempo compartido (Directiva 94/47/CE). Su Artículo 9, también en forma unilateral (cuando el Artículo 5 de la Convención es una norma bilateral y actualizada),^{234/} incluye una protección no sólo para el adquirente, sino también para los demás usuarios^{235/} al afirmar:

" Art. 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

227. Véase, BRÖCKER, p. 129.

228. Véase JUNKER, IPRACT 1998, p. 71.

229. Véase BRÖCKER, p. 127.

230. JUNKER, IPRACT 1998, p. 71.

231. BRÖCKER, p. 131 y 174.

232. Véase JUNKER, IPRACT 1998, p. 71 y 72.

233. Véase BRÖCKER, p. 132 y JUNKER, IPRACT 1998, p. 71; también JAYME, IPRACT 1999, p. 412 que refiere al texto de Finlandia como el que mejor preservó el equilibrio entre el Art. 5 de la Convención y la Directiva.

234. BRÖCKER, p. 135.

235. Véase crítica de BRÖCKER, p. 133.

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.^{236/}

"Art. 9 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro."^{237/}

La incorporación o transformación de esta Directiva también fue bastante problemática.^{238/} Y el sistema se tornó "excesivo, innecesario y complejo"^{239/} con la Directiva sobre contratación a distancia. La Directiva 97/7/CE establece en su Art. 12, 2 la siguiente norma unilateral^{240/} de protección de los consumidores europeos:

Art. 12 (2). Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que el consumidor no pierda la protección asegurada por esta Directiva, cuando el derecho de un tercer Estado sea elegido para regular el contrato y este posea un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados Partes (de la UE)".^{241/}

Esta norma es criticada por procurar (y lograr) garantizar una protección mundial de los consumidores mediante la imposición de un estándar europeo, en tanto el objetivo de la Convención de Roma era permitir la autonomía de la voluntad y aún así garantizar la mejor protección de los consumidores europeos.^{242/} Parte de la doctrina llega a la conclusión de que las directivas no son instrumentos aptos para armonizar las normas de CIPr.^{243/} La transformación de esta Directiva y de la de tiempo compartido en Alemania, también fue muy criticada por incluir un nuevo inciso en la Ley de Introducción al Código Civil alemán, el Artículo 29a EGBGB.^{244/}

Es interesante observar que en todas las Directivas la definición de consumidor siempre fue la de persona física que actúa fuera de su profesión, para fines privados, frente a un profesional.^{245/} En la doctrina, se discute la pertinencia del límite contractual de la protección concedida por las Directivas. Obsérvese que la definición de "consumidor" beneficiario en el caso de la Directiva sobre paquetes turísticos y viajes combinados de 1990 siempre fue otra, ante la necesidad de proteger al

236. Texto en español oficial, LETE, p.345.

237. Texto en español oficial, LETE, p. 348.

238. JAYME, IPRACT 1999, p. 412 informa que cada país la transformó de manera diferente: Italia y España otorgan siempre la protección de la ley nacional, si el inmueble está allí localizado; Luxemburgo asegura la protección de su ley, aunque el inmueble esté localizado fuera de la UE y del EEE; la ley belga prohibiría la elección de leyes de los países que suscribieron la Convención de Roma, Bruselas y Lugano.

239. Así se manifiesta BRÖCKER, p. 136.

240. BRÖCKER, p. 136.

241. Traducción libre del texto presentado por BRÖCKER, p. 135.

242. Véase BRÖCKER, p. 138.

243. Véase, como conclusión general, BRÖCKER, p. 138 y JUNKER, IPRACT 1998, p. 74.

244. Véase JAYME, IPRACT 1999, p. 406, quien afirma que el lugar de ubicación del Artículo 29a fue infeliz, al impedir la utilización del Art. 36 sobre la interpretación de las normas comunitarias.

245. Véase LORENZ, Werner, *Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit*, IPRACT 1994, p. 429, que excluye la relación "Privado-Privado" o "consumidor-consumidor", frente al campo de aplicación de las directivas, siempre orientadas a la actividad de los profesionales, proveedores.

destinatario final del servicio y al contratante, hecho respaldado por la doctrina y que debe ser tenido en cuenta en el DIPr.^{246/} También la Directiva de Tiempo Compartido, que no deja de tratarse de una especie de turismo, amplía su protección al usuario en general. Esto demuestra claramente los límites de las reglas especiales, como la del Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980, que fue incorporado en Alemania a la Ley de Introducción en 1987 (EGBGB) y que después de las normas de DIPr. sobre las Directivas antes mencionadas tuvo que ser cambiado, pues dejaba sin protección específica a viajeros de paquetes turísticos, que no fueran los contratantes y a los usuarios de tiempo compartido o propiedad múltiple que no fueran los contratantes originales, aparte de otras lagunas. Si bien la regla del Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980 todavía no fue enmendada, ya hubo un cambio sustancial en la EGBGB, con la introducción de un nuevo artículo especial para incorporar las reglas del DIPr. de las nuevas Directivas, el Artículo. 29a EGBGB. Aunque el Artículo 29 EGBGB ya era considerado complicado y poco “sólido”,^{247/} el nuevo Artículo 29a es aún más complejo y difícil, discrimina los derechos extraeuropeos y da lugar, realmente, a la aplicación del derecho complementario de países europeos.^{248/}

Si este nuevo artículo de la Ley de Introducción al Código Civil alemán ha merecido críticas, la verdad es que la anterior incorporación de la Convención de Roma de 1980 no estaba demostrando ser suficiente para proteger a los turistas, como sí lo demostraba en los casos de tiempo compartido y de venta fuera del establecimiento comercial, denominados en general casos de “Gran Canaria”.^{249/} Además, era necesario transformar las numerosas Directivas de DIPr.

Por fin, la Directiva 1999/44/CE sobre garantías, también trajo consigo una norma de DIPr., confirmando la tendencia de normas especiales y unilaterales nuevas para cada Directiva de protección del consumidor.^{250/} El Artículo 7,2 sobre garantías es semejante al de las Directivas anteriores, y establece lo siguiente:

"Art. 7. (2) Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no pierda la protección asegurada por esta Directiva, cuando el derecho de una tercer

246. Véase también JUNKER, IPRAX 1998, p. 69.

247. Así lo manifestó JUNKER, citando a Christian von BAR, en IPRAX 1998, p. 68.

248. "Art. 29a EGBGB. (1) Si la ley elegida para regular un contrato no es de un Estado Miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo, son también aplicables las normas de las leyes que incorporan las Directivas de protección de los consumidores (Leyes de protección del consumidor sobre Condiciones Generales Contractuales, la Ley de Contratos a Distancia y de Tiempo Compartido), cuando el contrato tenga un vínculo estrecho con uno o más países de la Unión Europea-UE o del Espacio Económico Europeo-EEE. (2) Un vínculo estrecho existe cuando: 1. El contrato sea celebrado en virtud de una oferta pública, publicidad o actos negociales semejantes efectuados en uno de los Estados de la UE o del EEE. 2. La otra parte contratante, cuando declaró su voluntad o aceptó la oferta, tenía el domicilio en los países de la UE o EEE. (3) La ley sobre tiempo compartido es aplicable al contrato, regido por una ley de un país no miembro de la UE o del EEE, cuando el inmueble se encuentra en un Estado de la UE o del EEE. (4) Las Directivas de protección del consumidor en el sentido de este artículo son: 1. Directiva 93/13/CE...sobre cláusulas abusivas; 2. Directiva 94/47/CEE sobre tiempo compartido; 3. Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia..."
Texto oficial en alemán, traducción libre, publicada en IPRAX 1999, p. [304] VII y en BGBL. Teil 1 Nr. 28, 29. Junio de 2000, p. 901.

249. Sobre estos casos que ocurrían con turistas alemanes en las islas españolas, en Portugal, pero también en Turquía y Túnez, véase FIRSCHING/VON HOFFMANN, 376 (Rdn. 73).

250. Véase JAYME, IPRAX 1999, p. 412.

*Estado sea elegido para regular el contrato, desde que este posea un vínculo estrecho con el territorio de un Estado Parte (de la EU).*²⁵¹

Obsérvese que la Directiva 2000/31/CE apunta a la protección de los consumidores y a valorizar el hecho de que la transacción *on-line* ocurre realmente en el país de destino del servicio o producto, país del consumidor, y no en el país de origen del servicio o producto (Considerando nr.22), pero incluye un sistema de límites y exclusiones bastante complejo. En resumen, para los consumidores no se aplica el principio general de la ley del país de origen, la ley del proveedor. Para saber qué ley se aplica a los contratos de consumo tenemos que recurrir al régimen general de las Directivas (de cláusulas abusivas, contratación a distancia y garantías), más la Convención de Roma de 1980. Ello, porque la Directiva expresamente anuncia, en su Artículo 1,4 que: “*Esta Directiva no crea normas suplementarias en Derecho Internacional Privado, ni trata de la jurisdicción.*”^{252/} Según la doctrina predominante sobre la Directiva de contratación a distancia (y, ahora, de comercio electrónico),^{253/} la publicidad en el país de residencia habitual del consumidor a través de la Internet es suficiente para establecer el “vínculo más estrecho”^{254/} y los requisitos del Art. 5 de la Convención de Roma y Art. 29 de la EGBGB alemana: se aplicará la ley del país de la residencia del consumidor!

Como se observa, las reglas europeas son muy restrictivas de la autonomía de la voluntad en DIPr., son normas especiales (*Sonderrechte*) bastante protectoras de los consumidores, y aún así el Consejo ordenó su enmienda y un mayor grado de protección de los consumidores, especialmente en lo que se refiere a la protección del consumidor turista, también denominado consumidor activo, y en materia de contratación en la sociedad de información o en el comercio electrónico.^{255/}

Volviendo al examen de la Convención de México de 1994-CIDIP V, se concluye que ninguna de sus normas tiene la claridad del Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980 o del actual sistema europeo, de Directivas especiales para determinado tipo de contratos. Es cierto que la doctrina latinoamericana considera en forma casi unánime que las reglas nacionales de protección del consumidor tienen la naturaleza de normas de orden público internacional y, por tanto, estarían incluidas en la excepción del Artículo 11 de la CIDIP V, evitando así todo perjuicio para los consumidores de la región por las conexiones más “flexibles” y de autonomía de la voluntad de los demás artículos de la CIDIP V de 1994.^{256/} Efectivamente, el Artículo 11 de la CIDIP trata de contemporizar la situación, dando preferencia a las normas imperativas de la *lex fori*, con el siguiente texto: “*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será a discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*”^{257/}

251. Traducción libre del original alemán, en JAYME, IPRAx 1999, p. 412.

252. En el original, Art. 1,4: “*Diese Richtlinie schafft weder zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts, noch befasst sie sich mit der Zuständigkeit der Gerichte.*” Amtsblatt L 178/8, 17.7.2000.

253. Véase THORN, Karsten, Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, en IPRAx 1999, p. 4 e 5.

254. En este sentido, véase también VON BAR, p. 323 (Rdn. 437).

255. Así lo informan JAYME/KOHLER, IPRAx 1999, p. 404.

256. Véase HERNÁNDEZ-BRETÓN, IPRAx 1998,384, donde se comunica también la entrada en vigor de la CIDIP V entre México y Venezuela el 14.1.1997, IPRAx, p. 379.

257. OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I y II, 1996, p. 29.

De modo que, si las normas nacionales de protección de los consumidores son en general consideradas en los países interamericanos como de orden público internacional, *lois de police* o normas imperativas del tipo de “ley de aplicación inmediata”, no sería necesaria una convención sobre el tema: el consumidor domiciliado o nacional de un país estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas. Este Artículo 11 de la CIDIP-V, sin embargo, no basta para la efectiva protección del agente más débil, por las dos razones antes expuestas: 1) Deja al consumidor turista, que siempre compra en forma “internacional”, sin protección especial alguna, pues litigará normalmente en foros extraños, debido a que la norma del Artículo 11 de la CIDIP asegura al turista sólo la protección de la ley del consumidor del país que visitó. Si litigara en su país, podría tener la protección de sus leyes materiales de defensa del consumidor. 2) Deja al consumidor interamericano sin protección especial cuando contrata a distancia o por comercio electrónico. Ello, porque no es cierto que las normas imperativas o de orden público del país de domicilio del consumidor serán aplicadas por “discreción”^{258/} del juez del foro competente, generalmente, el del proveedor.

Conclusión: Sugerencia de futura Convención de CIDIP

Las enseñanzas de la doctrina, de las Convenciones ahora existentes sobre contratos internacionales y la propia *ratio* de la norma del Artículo 11 de la CIDIP-V, que procura dar preferencia a las normas imperativas locales del foro en relación con la ley elegida por las partes, nos lleva a concluir que, regionalmente (así como universalmente), la protección del consumidor siempre fue tema que se apartó del comercio internacional normal y tuvo que ser tratado en DIPr. con conexiones más seguras, previsibles y positivas para el agente más débil. Se repite aquí la famosa frase de NEUHAUS: “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado pierde su sentido -así como la libertad contractual en el derecho material- si pasa a ser instrumento de dominación de los más débiles por los más fuertes.”^{259/}

Por tanto, concluyo que es necesario que la OEA elabore una convención especializada sobre la protección del consumidor, estableciendo elementos de conexión y normas especiales para este fin, para lo cual aprovecho el estudio aquí realizado y proponer que el Comité Jurídico Interamericano-CJI/OEA estudie la conveniencia de elaborar una Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre algunos contratos y transacciones con consumidores. En este sentido, inspirada en el pequeño proyecto de la Convención de La Haya de 1980^{260/} y en las enseñanzas de la doctrina actualizada, someto a la crítica algunas sugerencias de normas:

258.OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/Doc. 46/94, vol. I y II, 1996, p. 29.

259.Reiteramos la hermosa frase en el original: “Die Parteiautonomie verliert ihren Sinn - ebenso wie die materiellrechtliche Vertragsfreiheit-, wenn sie zur Herrschaft des Stärkeren über den Schwächeren wird.”, NEUHAUS, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, p. 172 *apud* von HOFFMANN, p. 396.

260.El proyecto de convención preveía sólo 10 artículos y las siguientes conexiones: autonomía de la voluntad (Art. 6, frase 1), pero la ley elegida por las partes no podría privar al consumidor de la protección que le asegurasen las normas imperativas del país de su residencia habitual (Art.6, frase 2 del Proyecto), las condiciones relativas a la existencia, a la validez y a la forma del consentimiento serían regidas por la ley del país de residencia habitual del consumidor en el momento de la declaración. (Art.6, 4 frase), a falta de elección por las partes, la ley aplicable sería la del país de residencia habitual del consumidor (Art. 7 del proyecto), la capacidad de las partes y los efectos de los contratos no estarían regidos por *lex contractus* y sí serían cuestiones independientes (Art. 9) y la reserva de orden público típica de la Conferencia de La Haya (Art. 10: “*L'application d'une loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.*”). Véase VON MEHREN, *Textes adoptées*, p. 2 y 3.

Propuesta de Convención CIDIP

I – NORMAS GENERALES

Campo de aplicación

Art. 1 - Definición de Consumidor

1. Consumidor, a los efectos de la presente Convención, es toda persona física que, frente un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenecen al ámbito de su actividad profesional.
2. Se consideran consumidores también a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes que usufructúen directamente de los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales de tales servicios y productos.
3. Para el caso de contratos de viaje y de propiedad múltiple, se considerarán consumidores:
 - a. el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a comprar el paquete turístico, el viaje o el tiempo compartido para su uso propio;
 - b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales compra o se compromete el contratante principal a comprar el viaje o el paquete turístico y los que usufructúen del viaje o de la propiedad múltiple por algún período de tiempo, aún no siendo contratantes principales;
 - c. el concesionario o persona física al cual el contratante principal o el beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;
4. Si la ley aplicable indicada por esta convención define en forma más amplia o beneficiosa quién debe ser considerado consumidor o equipara a otros agentes a consumidores, el juez competente puede tener en cuenta esta ampliación del campo de aplicación de la Convención, si fuera más favorable a los intereses del consumidor.

Art. 2 – Protección contractual general

1. Los contratos y las transacciones que involucran a consumidores, especialmente los contratados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, estando el consumidor en su país de domicilio, se regirán por la ley de este país o por la ley más favorable al consumidor, elegida entre las partes, sea la ley del lugar de concertación del contrato, la ley del lugar de ejecución del contrato, de la prestación característica o la ley de domicilio o sede del proveedor de productos y servicios.
2. A los contratos celebrados por el consumidor, estando fuera de su país de domicilio, se aplicará la ley elegida por las partes, entre la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución y la ley del domicilio del consumidor.

Art. 3 Normas imperativas

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente, en la protección del consumidor, las normas del país del foro que tengan carácter imperativo.
2. Habiendo estado la contratación precedida de alguna actividad negocial, de marketing, del proveedor o de sus representantes, en especial, por envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones, mantenimiento de filial o representantes y demás actividades encaminadas al suministro de productos y servicios y a la atracción de clientela en el país de domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de este país en la protección del consumidor, acumulativamente, aquellas del foro y la ley aplicable al contrato o a la relación de consumo.

Art. 4. Cláusula de escape

1. La ley indicada como aplicable por esta Convención puede no ser aplicable en casos excepcionales si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, la conexión con la ley indicada como aplicable demuestra ser superficial y si el caso se encuentra mucho más vinculado estrechamente a otra ley, más favorable al consumidor.

Art. 5. Temas excluidos

1. Quedan excluidos del campo de aplicación de la presente convención:
 - a. Los contratos de transporte regulados por convenciones internacionales;
 - b. Los contratos de seguros;
 - c. Las obligaciones contractuales excluidas expresamente del campo de aplicación de la CIDIP V sobre contratos internacionales;
 - d. Los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;
 - e. Los demás contratos y relaciones de consumo, y las obligaciones de ahí resultantes, que involucren a consumidores regidos por convenciones específicas.

II – PROTECCION EN SITUACIONES ESPECIFICAS

Art. 6 - Contratos de viaje y turismo

1. Los contratos de viaje individual contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos serán regulados por la ley del lugar de domicilio del consumidor, si este coincide con la sede o la filial de la agencia de viajes que vendió el contrato de viaje o donde fue efectuada la oferta o la publicidad o cualquier otro acto negocial previo por parte del comerciante, transportista, agencia o sus representantes autónomos.
2. En los demás casos, los contratos de viaje individual contratados en paquete o combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos, se aplicará la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación del contrato.

3. A los contratos de viaje no regulados por convenciones internacionales, concertados a través de contratos de adhesión o condiciones generales contractuales, será aplicable la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación del contrato.

Art. 7 - Contratos de propiedad múltiple o tiempo compartido

1. Las normas imperativas de protección de los consumidores del país de localización física de los emprendimientos de esparcimiento y de hotelería que utilicen el método de venta, de uso o de habitación en propiedad múltiple o tiempo compartido, ubicados en los Estados Partes, se aplican acumulativamente a estos contratos, en favor de los consumidores.

2. Las normas del país en que fue realizada la oferta, la publicidad o cualquier otra actividad de marketing, como telefonemas, invitaciones a recepciones, reuniones, fiestas, o envío de premios, sorteos, estadías o privilegios gratuitos, entre otras actividades negociales de los representantes o de los propietarios, organizadores y administradores de tiempos compartidos o la propiedad múltiple, o la firma de pre-contratos o contratos de propiedad múltiple o derecho de uso/aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, deberán ser tenidas en cuenta en favor del consumidor, en cuanto a la información, al derecho de arrepentimiento y sus plazos, y las causas de rescisión del contrato o pre-contrato, así como determinarán el contenido exacto del contrato concertado y la posibilidad o no de pago o de firma de boletos de tarjetas de crédito en este período.

PROPUESTA DE CONVENCION CIDIP EXPLICADA

I. NORMAS GENERALES

Campo de aplicación

Art. 1. Definición de Consumidor

1. A los efectos de la presente Convención, consumidor es toda persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por la presente Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional.

Fuente: Art. 5 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Art. 2,1 Directiva 85/577/CEE sobre contratos negociados fuera del establecimiento comercial, Art. 2, b y c de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos concertados por consumidores, Art. 2,2 de la Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997 sobre contratos a distancia, y Art. 1, 2 a de la Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre venta de bienes de consumo y garantías.

2. Se consideran consumidores también los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal o los demás acompañantes que usufructúen directamente de los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por la presente Convención, como destinatarios finales de éstos.

Fuente: Art. 2 § único de la ley brasilera 8.078/90 y US Eletronic Commerce Signatures Act

3. En el caso de contratos de viaje y de propiedad múltiple, se consideran consumidores:

- a. el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a comprar el paquete turístico, el viaje o el tiempo compartido para su uso propio;
- b. los beneficiarios o las terceras personas en nombre de las cuales compra o se compromete el contratante principal a comprar el viaje o el paquete turístico y los que usufructúen del viaje o de la propiedad múltiple por algún período de tiempo, inclusive no siendo contratantes principales;
- c. el concesionario o la persona física a la cual el contratante principal o el beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;

Fuente: Art. 2.4 y 4.3 de la Directiva 90/314 sobre viajes combinados y Directiva Europea 94/47/CE de 26 de octubre de 1994 (Directiva sobre tiempo compartido), doctrina europea (León, p. 258)

4. Si la ley aplicable indicada por esta Convención definiera en forma más amplia o beneficiosa quién debe ser considerado consumidor o equiparar a otros agentes a consumidores, el juez competente puede tener en cuenta esta ampliación del campo de aplicación de la Convención, si fuera más favorable a los intereses del consumidor.

Art. 2. Protección contractual general

1. Los contratos y las transacciones que involucren a consumidores, especialmente los contratados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, estando el consumidor en su país de domicilio, se regirán por la ley de este país o por la ley más favorable al consumidor, elegida entre las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley de ejecución del contrato, de la prestación característica o la ley de domicilio o sede del proveedor de productos y servicios.

2. A los contratos concertados por el consumidor estando fuera de su país de domicilio se aplicará la ley elegida por las partes, entre la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución y la ley del domicilio del consumidor.

Art. 3. Normas imperativas

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente en la protección del consumidor las normas del país del foro que tengan carácter imperativo.

2. Habiendo sido la contratación precedida de alguna actividad comercial, de marketing, del proveedor o de sus representantes, en especial, el envío de publicidad, correspondencia, e-mail, premios, invitaciones, mantenimiento de filial o de representantes y demás actividades encaminadas al suministro de productos y servicios y a la atracción de clientela en el país de domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente en la protección del consumidor las normas imperativas de este país, acumulativamente, las del foro y la ley aplicable al contrato o a la relación de consumo.

Fuente: Art. 7 de la Convención de Roma de 1980, doctrina europea y argentina, Art. 29 y 29a de la EGBGB.

Art. 4. Cláusula de escape

1. La ley indicada por la presente Convención como aplicable puede no serlo en casos excepcionales si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, la conexión con la ley indicada como aplicable demuestra ser superficial o si el caso se encuentra mucho más estrechamente vinculado a otra ley, más favorable al consumidor.

Fuente: Ley suiza de 1987.

Art. 5. Temas excluidos

1. Quedan excluidos del campo de aplicación de esta Convención:
 - a. Los contratos de transporte regulados por Convenciones Internacionales;
 - b. Los contratos de seguros;
 - c. Las obligaciones contractuales excluidas expresamente del campo de aplicación de la CIDIP V sobre contratos internacionales.
 - d. Los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;
 - e. Los demás contratos y relaciones de consumo, y las obligaciones resultantes de estos, que involucren a consumidores regidos por convenciones específicas.

Fuente: CIDIP V, Protocolo de Santa María/Mercosur, Art. 5 de la Convención de Roma de 1980/EU, Art. 2 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compra y venta de mercaderías/UNCITRAL

II. PROTECCION EN SITUACIONES ESPECÍFICAS

Art. 6. Contratos de viaje y turismo

1. Los contratos de viaje individual contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos serán regulados por la ley del lugar del domicilio del consumidor, si éste coincidiera con la sede o filial de la agencia de viajes que vendió el contrato de viaje o donde fue efectuada la oferta, publicidad o cualquier otro acto negocial previo por el comerciante, transportista, agencia o sus representantes autónomos.

2. En los demás casos, a los contratos de viaje individual contratados en paquete o combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería y/o turísticos, será aplicable la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación del contrato.

3. A los contratos de viaje no regulados por convenciones internacionales, concertados a través de contratos de adhesión o condiciones contractuales generales, se aplicará la ley del lugar donde el consumidor declara su aceptación del contrato.

Fuente: Ley alemana sobre paquetes turísticos, jurisprudencia brasilera, § 41 de la ley austríaca y doctrina europea (Kropholler, RabesZ 42(1978), p. 643). § 12 AGB-Gesetz alemán de 1976, § 11 de la ley alemana de enseñanza a distancia de 1976, ahora incorporadas al BGB.

Art. 7. Contratos de propiedad múltiple o tiempo compartido

1. Las normas imperativas de protección de los consumidores del país de ubicación física de los emprendimientos de esparcimiento y hotelería que recurran a métodos de venta, de uso o de habitación en propiedad múltiple o tiempo compartido, ubicados en los Estados Partes, se aplican acumulativamente a estos contratos, en favor de los consumidores.

2. Las normas del país en que fue efectuada la oferta, la publicidad o cualquier actividad de marketing, como telefonemas, invitaciones para recepciones, reuniones, fiestas, el envío de premios, sorteos, estadías o privilegios gratuitos, entre otras actividades negociales de los representantes o de los propietarios, organizadores y administradores del tiempo compartido o la propiedad múltiple, o la firma de pre-contratos o contratos de propiedad múltiple o de derecho de uso/aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, deberán ser tenidas en cuenta en favor del consumidor, en cuanto a la información, el derecho de arrepentimiento y sus plazos, y las causas de rescisión del contrato o pre-contrato, así como la determinación del contenido exacto del contrato concertado y la posibilidad o no de pago o de firma de boletos de tarjetas de crédito en este período.

Fuente: Art. 9 y Art. 5, Directiva Europea 94/47/CE de 26 de octubre de 1994, Art. 15 de la Ley uruguaya, Ley 17.189/99, Art. 2 de la ley paraguaya, Ley 1334/98, Jurisprudencia brasilera interpretando el Art. 1 del CDC, Ley 8.078/90, §8 de la ley alemana de tiempo compartido TzWrG, 20 de diciembre de 1996, ahora incorporada al BGB.