

Re: Observaciones y Consideraciones a las propuestas de Convención sobre Ley Aplicable a algunos Contratos de Consumidor y Ley Modelo sobre Jurisdicción y Conflicto de Leyes aplicables al Consumidor

Fecha: 15 de Mayo 2006

De: Cristos Velasco San Martín

Director General

North American Consumer Project on Electronic Commerce (NACPEC)

<http://www.nacpec.org>

Por medio de este documento, me permito hacer algunas observaciones y consideraciones a los primeros instrumentos encomendados a este grupo de expertos titulados: “*Convención sobre Ley Aplicable a algunos Contratos de Consumidor*” y “*Ley Modelo sobre Jurisdicción y Conflicto de Leyes aplicables al Consumidor*”.

I. Convención sobre Ley Aplicable a algunos Contratos de Consumidor

Consideramos que la propuesta de la Dra. Claudia Lima Marques representa un buena base para comenzar con el análisis y redacción de un documento tan importante y complejo como es un proyecto de convención interamericana. A continuación, les transmito algunos puntos de vista sobre algunos de los artículos, con el propósito de ayudar a enriquecer las rondas de discusión encomendadas a este grupo de expertos.

Artículo 1. Definición de Consumidor

1. Consideramos que la definición no solo deba incluir a un consumidor como “*cualquier persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención*” sino en particular, en todas y cada una de las hipótesis y situaciones en las que se pudiera encontrar un consumidor, como pudieran ser al celebrar un contrato de prestación de servicios de acceso a un medio informativo, como por ejemplo la suscripción a un periódico en Internet o celebrar una compraventa de un bien o producto en un sitio de Internet y no solamente en contratos a distancia, viaje y tiempo compartido como lo establece el texto del proyecto. Con el uso de las tecnologías de la información, y en particular del Internet, se ha abierto un abanico de nuevas posibilidades y opciones para los consumidores que hay que tomar en cuenta, partiendo de un principio fundamental básico en las relaciones de consumo: “*a los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio*”.

Asimismo, consideramos conveniente incluir en la definición tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas como destinatarios finales en una relación de consumo. Este concepto se ha incorporado en la mayoría de las legislaciones Latinoamericanas tal y como lo señala en Dr. Jorge Veiras Paz en su documento. Por ejemplo, la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) Mexicana reformada el 4 de Febrero del 2004 introdujo un nuevo concepto de ‘*consumidor*’ que incluye no solo a las personas físicas como destinatarios finales de bienes, productos o servicios,

sino también a aquellos consumidores que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros. El espíritu del legislador al haber incluido dicha disposición en la LFPC es proteger a un nicho de mercado aún prevaleciente en la mayoría de los países latinoamericanos que son las pequeñas y micro empresas, que pueden consistir desde una hasta tres personas -que son consumidores y comerciantes al mismo tiempo- y que generalmente adquieren materia prima para incorporarla en sus productos o servicios para posteriormente comercializarlos, tal es el caso de los artesanos o alfareros. Cabe señalar que la LFPC establece en su artículos 99 y 117 un monto máximo de \$300,000 pesos mexicanos como requisito para que el consumidor que se encuentra dentro dicha hipótesis normativa, pueda interponer una reclamación ante la agencia de protección al consumidor Mexicana, ProFeCo. A continuación transcribo textualmente el artículo 2° de la LFPC:

“Artículo 2

Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I. Consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

Tratándose de personas morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, sólo podrán ejercer las acciones a que se refieren los referidos preceptos cuando estén acreditadas como microempresas o microindustrias en términos de la Ley para el Desarrollo de la Competitividad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal, respectivamente y conforme a los requisitos que se establezcan en el Reglamento de esta ley.”

Valdría la pena analizar detalladamente la conveniencia de incluir a las personas jurídicas contempladas en el anterior supuesto, así como aquellas personas jurídicas que realizan actividades sin fines de lucro, como pudieran ser asociaciones y grupos de consumidores que adquieren insumos (como por ejemplo, mobiliario, equipo de computo y servicios de acceso a Internet) para cumplir con las actividades de su objeto social, como pudiera ser el prestar un servicio de asesoramiento o consulta jurídica a un ciudadano para ayudarlo a resolver un determinado problema.

2. Ahora bien, con respecto a considerar consumidores “a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes, que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales” tal y como lo señala el numeral 2 del artículo 1° del proyecto, consideramos que dicha disposición podría tener algunos problemas prácticos en su aplicación y más aún, estaría sujeta a un debatido marco de interpretación discrecional por parte de las autoridades encargadas de su ejecución. Por ejemplo, que pasaría si “x” persona decide comprar un juguete para su hijo en un sitio de Internet y el juguete saliera defectuoso y posteriormente la persona “x” lo devolviera a la empresa o proveedor para obtener uno nuevo o bien para que se le restituya su dinero. En este

supuesto, consideramos que no habría ningún problema para que se le restituya su dinero, siempre y cuando la persona “x” hubiera sido quien directamente lo adquirió y siempre y cuando pudiera probarlo a través de su mensaje electrónico de confirmación de compra. Ahora bien, que pasaría si al hijo de la persona “x” no le agradó el juguete o se aburrió después de dos días y decide regresarlo por mensajería, sin la aprobación del padre de familia, ¿estaría en este caso el niño legítimamente facultado para solicitar el cambio o la devolución ante el proveedor? y ¿que pasaría si la persona “x” en su lugar argumentara que el juguete lo adquirió para darlo como regalo de cumpleaños al hijo de un amigo?, ¿podría el “*amigo de x*” estar legítimamente facultado para solicitar el cambio o la devolución, aún y cuando no tuviera la confirmación de compra? Más aún, ¿que pasaría si el anterior ejemplo tuviera que someterse y resolverse ante un Tribunal nacional para acreditar el “*lazo o vínculo familiar o de acompañante*”? ¿en quien recaería la carga de la prueba?; ¿en que sentido sería interpretada esta disposición del proyecto?

Consideramos mucho más conveniente incluir una definición de consumidor amplia, general y neutra, pero que comprenda todas las actividades o supuestos en los que un consumidor se encuentre, sin la necesidad de incluir a terceras personas, que en la mayoría de los casos permanecen ajenas en una transacción. Es importante que el bien jurídico a tutelar sea el consumidor *per se* y no terceras personas, aún y cuando exista un vínculo familiar o de amistad.

Asimismo, creemos que sería primordial incluir en este proyecto, una definición precisa de ‘*proveedor*’ -y no solamente de ‘*profesional*’- quien es la otra parte fundamental en todo contrato o relación de consumo. A este respecto, la LFPC contempla la siguiente definición:

“Artículo 2. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

II. Proveedor: la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios;”

3. “*Para el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido*” sería conveniente incluir una definición- dentro de esta misma sección- que especifique lo que se entiende por ‘*viaje de tiempo compartido y viaje combinado*’. Independientemente de la fuentes de derecho comparadas citadas por la Dra. Lima Marques, valdría la pena tomar en cuenta la definición contenida en el artículo 64 de la LFPC Mexicana que textualmente señala:

“Artículo 64. La prestación del servicio de tiempo compartido, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos.”

a. El hecho de incluir en la definición de “*contratante principal*” a aquella “*persona física que compra o se compromete a contratar*” estaríamos hablando de un supuesto de promesa de contratación y no de la celebración y ejecución de un contrato final de esta naturaleza. Consideramos conveniente eliminar la parte de “*o se compromete a contratar*” y dejarlo simplemente como “*contrata*” para que no este sujeta a ambigüedades sobre su alcance al momento de su interpretación, que pudiera resultar en perjuicio de un consumidor.

4. Consideramos que la disposición contenida en este numeral es primordial, puesto que pretende dejar al juez la libertad de elegir la ley aplicable y más favorable a los intereses del consumidor, tomado en cuenta el domicilio de este último, sin embargo, valdría la pena revisar bien su redacción final ya que existen algunos errores de forma que podrían causar confusión al interpretarla.

Artículo 2. Protección contractual general

1. Esta disposición es fundamental y en general estamos de acuerdo en que la ley que rija los contratos celebrados a distancia, sea en primer lugar, la ley del lugar donde el consumidor tenga su domicilio o residencia habitual¹; posteriormente la del lugar de celebración y ejecución del contrato y al final dejar la del domicilio o sede en donde se encuentre ubicado el proveedor. Sin embargo, valdría la pena aclarar lo que se entiende por el concepto “*prestación mas característica*” contenido en el proyecto, puesto que la terminología utilizada podría ser interpretada en diferentes sentidos y podría tener un alcance o consecuencias innecesarios en perjuicio del consumidor.

Artículo 3. Normas Imperativas

2. Con respecto a la aplicación de las normas imperativas sobre jurisdicción y ley aplicable contenidas en este rubro, en general consideramos que son apropiadas pues lo que se busca con esta normativa es darle una mayor certeza al consumidor, permitiendo al juez la libertad de aplicar supletoriamente el marco jurídico doméstico. Sin embargo, dentro de este numeral, se señalan algunos aspectos tales como:

“el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios” como supuestos de actividades precedidas antes de llevar a cabo una contratación, que creemos podrían ocasionar algunos problemas, sobre todo en transacciones de comercio electrónico, debido al actual problema que están generando los denominados correos basura o ‘*Spam*’ que reciben los consumidores en sus cuentas de correo electrónico y que actualmente sirven de vehículos para llevar a cabo practicas fraudulentas y engañosas en detrimento del consumidor.

Sí bien el mandato de este grupo no es analizar las políticas y regulación del *Spam*, como tampoco las prácticas desleales o engañosas al consumidor y en vista de que no existe consenso alguno para la regulación de este tema a nivel internacional², consideramos oportuno incluir una

¹ Es importante, sobre todo en aquellos contratos a distancia celebrados a través del Internet o por medios electrónicos, darle preferencia al principio o regla de “*País de Destino (Country of Destination)*” que ha sido favorecido principalmente por la legislación Europea y Canadiense. En este principio o regla, el consumidor goza de la protección de las leyes de su domicilio de residencia y de la prohibición expresa de la renuncia a su jurisdicción, independientemente de que se haya estipulado en contrario una cláusula de elección de ley y jurisdicción competente en un contrato. Este principio o regla, igualmente permite a los consumidores entablar acciones jurídicas en contra de proveedores o empresas en los Tribunales competentes de su país, sin la necesidad de tener que trasladarse a otro país o jurisdicción para emprender una acción legal.

² Vease, ITU-WSIS Thematic Meeting on Countering Spam, “*Spam in the Information Society: Building Frameworks For International Cooperation*”, ITU Strategic Policy Unit (2004), disponible en: http://www.nacpec.org/docs/Background_Paper_Cooperation.pdf

Asimismo, recomendamos ver las iniciativas y documentos de la *OCDE* sobre este tema en:

disposición dentro de esa misma sección, que especifique que el proyecto de convención no pretende regular el *Spam* y las prácticas de publicidad y mercadotecnia dirigidas al consumidor. Dicha disposición podría quedar redactada de la siguiente forma:

“todo el envío de publicidad comercial o de mercadotecnia a través de medios electrónicos para la comercialización de productos, bienes y servicios estará sujeta al marco jurídico doméstico de cada país”.

Artículo 5. Temas excluidos

En general, estamos de acuerdo con el enlistado de los contratos que quedarían excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de convención puesto que son el tipo de contratos regulados por otras convenciones internacionales, sin embargo sería conveniente conocer más a fondo la justificación pragmática y el por qué de la inclusión de dicho listado y saber si este proyecto, pretende incluir o excluir contratos de propiedad intelectual, como por ejemplo aquellos contratos que celebran los consumidores para adquirir software a través del Internet y descargarlo directamente en su computadora y en los que generalmente el consumidor acepta los términos y condiciones de un contrato de adhesión en Internet con el simple clic del mouse en un ícono contenido al final del mismo (*Click-through agreements*); así como aquellos paquetes de software o programas de cómputo que se adquieren directamente en un mostrador comercial y que generalmente al abrir la envoltura, paquete o caja se entiende por perfeccionado y aceptado un contrato (*Shrink-wrap agreements*).

Artículo 6. Contratos de viaje y turismo

Consideramos que el alcance de este artículo está limitado únicamente a aquellos consumidores que contratan directamente con un compañía de viajes establecida en su lugar de residencia, sin embargo, el proyecto pasa completamente por alto aquellos contratos de viaje y servicios turísticos que se celebran a través del Internet y que generalmente toman la forma de contratos de adhesión. Vale la pena destacar que los contratos de este tipo, vienen a romper completamente con el esquema tradicional, en particular con lo que respecta a los domicilios en donde se encuentran establecidas las partes, puesto que el Internet es un medio global que desconoce límites fronterizos en donde comúnmente, tanto el proveedor como el consumidor (e inclusive el servidor), se ubican en lugares y domicilios diferentes. Por consecuencia y tomando en cuenta que una gran parte de los contratos de viaje se llevan a cabo a través del Internet³, sería conveniente analizar detenidamente en su momento la redacción y el contenido de este artículo para considerar los contratos celebrados por este medio.

II. Ley Modelo sobre Jurisdicción y Conflicto de Leyes aplicables al Consumidor

<http://www.oecd-antispam.org/>

³ Tan solo en México durante el 2004, las ventas totales del comercio electrónico al consumidor alcanzaron \$2,384 millones de pesos mexicanos, siendo el sector de viajes el que registró mayor crecimiento y dinamismo con \$945'348,000.00 millones de pesos mexicanos en ventas. Ver AMIPCI, “*Estudio de Comercio Electrónico en México 2004*”, disponible en: <http://www.amipci.org.mx/estudios.php>

Con respecto a este instrumento y cuyo primer borrador fue propuesto por el Dr. Eduardo Tellechea Bergman, tengo los siguientes comentarios:

Independientemente de la decisión que tome este grupo de expertos sobre la conveniencia de redactar dos instrumentos distintos, considero conveniente, -al igual que con el proyecto de *Convención sobre Ley Aplicable*- incluir un preámbulo o exposición de motivos en el que se detalle la justificación y la necesidad de contar con un instrumento jurídico de esta naturaleza en la región; es decir, una explicación general bien motivada que señale los considerandos y sobre todo que de respuesta a los siguientes cuestionamientos: ¿por qué es necesario elaborar este instrumento?; ¿por qué se propone una ley modelo en lugar de una convención? ¿qué beneficios representaría al consumidor? ¿qué ventajas y/o desventajas traería a los estados miembros de la OEA adoptar dicho instrumento? et. al. El análisis puntual de dicho cuestionamientos a la luz de casos prácticos y experiencias acontecidas en países de la OEA con respecto a la adopción de convenciones y/o leyes modelo en su legislación interna sería, sin duda, un ejercicio muy ilustrativo para los miembros de este grupo de expertos.

Asimismo, consideramos que dicho preámbulo o exposición de motivos, podría ser un buen punto de partida y sobre todo servirá para darle una mayor justificación al documento respecto a: (i) las fuentes de derecho comparado existentes en otros países; (ii) lo que han hecho algunos organismos internacionales en la materia; (iii) las diferencias existentes de interpretación de las reglas sobre conflictos de leyes y jurisdicción en países con sistema jurídico common law y países con sistema de derecho civil; (iv) el impacto que tendría el documento en las relaciones de consumo y sobre todo, como se aplicarían las reglas propuestas en transacciones y contratos de comercio electrónico y en general en aquellas actividades a través del Internet, en donde la parte jurídica a tutelar sea el consumidor.

Las propuestas de la delegación de Canadá, tanto en su documento de fecha 10 de Diciembre del 2004, como en su descripción de propuesta sobre elaboración de una legislación modelo sobre jurisdicción y normas sobre conflictos de leyes, con respecto a tomar en cuenta los objetivos de política pública para la elaboración de una convención o ley modelo sobre jurisdicción y ley aplicable en materia de contratos con el consumidor son fundamentales, puesto que son los principios aceptados por los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) incorporados en los *Lineamientos sobre Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico*⁴, instrumento que ha servido de guía tanto para países miembros como no miembros para elaboración de legislación y políticas sobre protección al consumidor en comercio electrónico en el nicho de mercado negocio a consumidor (B2C)⁵.

⁴ Recomendación del Consejo de la OCDE Relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico. Fecha de aprobación 9 de Diciembre de 1999, disponible en: http://www.oecd.org/document/51/0,2340,en_2649_34267_1824435_1_1_1_1.00.html

⁵ México tomó en cuenta estos lineamientos de la OCDE e incorporó algunos de los principios en su primera legislación sobre comercio electrónico publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de Mayo del 2000. Ver VELASCO, Cristos "Where Does Mexico Stand on Internet Policy?", Inter-American Trade Report Part One, Volumen 11, Number 1 (January 2004) <http://www.nacpec.org/docs/TradeReportJanuary2004.pdf>; and Part Two, Volumen 11, Number 2 (February 2004), National Law Centre For Inter-American Free Trade, en: <http://www.nacpec.org/docs/TradeReportFebruary2004.pdf>

Asimismo y con el objeto de que este grupo de expertos pueda tener mayores elementos e información para la elaboración de este instrumento, en la sección sobre “*Jurisdicción*” de la organización y sitio que actualmente dirijo (NACPEC) y que se encuentra localizada en el siguiente URL: <http://www.nacpec.org/en/links/jurisdiction/index.html> encontrarán información, estudios, publicaciones académicas, casos y vínculos actuales en ambos idiomas -Inglés y Español- acerca del tema sobre jurisdicción y ley aplicable en transacciones y actividades llevadas a cabo por el Internet. Estoy seguro que los antecedentes contenidos en dicha sección, así como las fuentes de información y vínculos ahí contenidos, nos podrán servir de apoyo a este grupo de expertos para la elaboración del preámbulo o exposición de motivos de este instrumento.

Espero que los comentarios vertidos en el presente sirvan para enriquecer nuestra primera ronda de discusión, así como para mejorar las propuestas e instrumentos encomendados a este grupo de expertos. Estamos seguros que durante los próximos días y en particular durante las fechas contempladas para la redacción artículo por artículo de ambos instrumentos, este grupo de expertos gozará de un margen de tiempo más amplio para analizar el texto de su articulado y aportar aspectos sustanciales y relevantes que nos ayuden a redactar y acordar los proyectos definitivos dentro del calendario contemplado.

Sin otro particular al respecto, reciban un cordial saludo y quedo de ustedes.

Atentamente,