

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTICULO 2 DEL PROYECTO DE
REGLAMENTACIÓN INTERAMERICANA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS
CONSUMIDORES PRESENTADOS POR BRASIL**

**Enviado por la Prof. Paula M. All y la Prof. Adriana Dreyzin de Klor al
Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la
preparación de la CIDIP VII (OEA)**

Sumario: **I. Consideraciones preliminares. II. Ámbito americano.** 1. Tratados de Montevideo. A) Tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1889. B) Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940. 2. Código Bustamante. 3. La importancia de la Conferencia interamericana especializada de derecho internacional privado sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V). 4. Leyes y proyectos de leyes de derecho internacional privado. A) Ley venezolana de derecho internacional privado. B) Proyecto argentino de Código de Derecho internacional privado. C) Proyecto uruguayo de Ley general de derecho internacional privado. 5. La protección del consumidor en el ámbito del MERCOSUR. A) El trabajo del Comité Técnico N° 7. 6. Reglamentación de los contratos internacionales en la fuente interna de los países del MERCOSUR. A) Argentina. a. El rol de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho y las normas de conflicto subsidiarias del Código Civil. b) El XXVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. B) Brasil. C) Paraguay. D) Uruguay. **III. Ámbito europeo.** 1. La reglamentación en la Unión Europea sobre contratos de consumo. 2. La ley suiza de derecho internacional privado. 3. La ley italiana de derecho internacional privado. 4. El Código belga de derecho internacional privado. **IV. La “construcción” de un régimen de protección del consumidor a escala americana a través de la labor de la CIDIP.**

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La internacionalidad es una nota distintiva de ciertos contratos que genera diferentes dudas: de un lado, la referida al ordenamiento jurídico en cuya órbita debe ser insertado y a las posibilidades de autorregulación y compatibilidad de las normas creadas por los contratantes para regir su relación específica, con el o los sistemas jurídicos nacionales con los cuales el contrato se vincula. De otro, el problema de la determinación de los tribunales, oficiales o privados, ante los cuales deberán ser planteadas las controversias que eventualmente lleguen a suscitarse. Vinculada con esta última cuestión, aparece el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias, cuando las mismas han sido emitidas por jueces estatales o árbitros que actúan fuera del territorio del Estado en que se necesita el reconocimiento. Existe, en síntesis, una trilogía de cuestiones que constituyen la base para la construcción de toda la problemática que generan las relaciones jurídico-privadas internacionales.

La tendencia general que se advierte a nivel mundial es la consagración de la autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable a las relaciones contractuales internacionales¹. Las partes que intervienen en una transacción internacional gozan de amplios poderes para elegir la ley aplicable a sus relaciones y para determinar el contenido material del contrato. Ahora bien, en el supuesto de que no ejerzan tal facultad, entrar a regir las normas de conflicto que, como veremos luego, pueden variar entre las conexiones rígidas clásicas (lugar de celebración y lugar de cumplimiento) y aquellas fórmulas flexibles que aluden a los vínculos más estrechos (estableciendo o no, en su caso, presunciones).

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que en materia de contratos celebrados con consumidores estas reglas a veces varían; el punto de inflexión de la autonomía de la voluntad está dado, precisamente, por la presencia de contratos en los cuales interviene una parte débil, un sujeto necesitado de protección. Así, la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable directamente se prohíbe en algunos sistemas jurídicos mientras que, en otros, se la restringe considerablemente.

Antes de entrar a analizar la propuesta del PLM y del PTB, hemos considerado útil realizar una reseña de algunos de los instrumentos normativos –convencionales y de fuente interna– que guardan una relación directa con la temática planteada, haciendo hincapié especialmente en el reconocimiento y validez de los *pactum de lege utenda* y en las normas aplicables para regir las obligaciones contractuales que involucran a consumidores.

II. ÁMBITO AMERICANO

1. TRATADOS DE MONTEVIDEO

Argentina, Uruguay y Paraguay se encuentran vinculados por los Tratados de Montevideo. El derecho aplicable a los contratos internacionales se encuentra regulado, en forma general, en los Tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889 y 1940.²

¹ P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 13.

² Por su parte, el Tratado de Montevideo de derecho comercial terrestre internacional de 1940 contiene disposiciones referentes al seguro terrestre (art. 12), transporte terrestre (arts. 14 a 18), prenda con registro (arts. 19 a 22) y el Tratado de Montevideo de derecho de la navegación comercial internacional de 1940 contempla el contrato de ajuste (art. 20), el contrato de fletamento y de transporte marítimo de mercaderías y personas (arts. 25 y 26), el seguro marítimo (art. 28) y los préstamos a la gruesa (art. 32). Ninguno de los Tratados contiene una norma expresa referida a los contratos de consumo.

A) TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889

Este instrumento somete la regulación del contrato a la ley del lugar de ejecución de las obligaciones emergentes del mismo³. En lo que respecta al *pactum de lege utenda*, el silencio de los Tratados ha sido tradicionalmente interpretado como rechazo a la autonomía de la voluntad de las partes para escoger la ley aplicable a los contratos internacionales⁴.

B) TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1940

Este Tratado rechaza los pactos de elección del derecho aplicable “salvo cuando la ley aplicable los admita”. Entonces, la admisibilidad de la autonomía de la voluntad de los contratantes para elegir la normativa que regule el acuerdo de voluntades termina siendo resuelta por el ordenamiento interno del país cuya ley será -en principio- aplicable si no media pacto alguno.⁵

Las pocas disposiciones atinentes a los contratos internacionales (arts. 32 a 37 del Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889, y arts. 36 a 42 del Tratado de 1940), se limitan a proporcionar “soluciones analíticas basadas en la ley del lugar de ejecución de la obligación típica del contrato”⁶, aunque no se deja librada la determinación del lugar de cumplimiento a lo que resulte del contrato sino que, la propia normativa se encarga de establecer, mediante

³ Este instrumento normativo dedica el Título X al tratamiento de los “actos jurídicos”, regulándolos en 8 artículos. Así, el art. 32 dispone que “la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”, señalando la siguiente norma que “la misma ley rige: a) su existencia, b) su naturaleza, c) su validez, d) sus efectos, e) sus consecuencias, f) su ejecución, g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”. Contiene asimismo normas referidas a los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, o que recaen sobre cosas determinadas por su género, a cosas fungibles y sobre prestación de servicios (art. 34). Determina la ley aplicable a los contratos de permuta (art. 35) y accesorios (art. 36). Asimismo en el art. 37 se refiere a la perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, a las obligaciones que nacen sin convención (art. 38) y, finalmente, contiene una disposición relativa a las formas de los instrumentos, públicos y privados (art. 39).

⁴ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 197. Sin embargo, Boggiano considera que los Tratados de Montevideo de 1889 no han prohibido a las partes realizar una elección del derecho aplicable a los contratos diversa de la elección que proporcionan los Tratados; así, fundándose en los arts. 19 y 31 de la Constitución Nacional argentina, no se podría negar aquella autonomía y las partes podrían entonces pactar la elección del derecho aplicable. A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 368.

⁵ El art. 5 del Protocolo Adicional dispone que: “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

⁶ Los artículos 37 y 38 del Tratado de Montevideo de 1940 reproducen en forma textual los artículos 33 y 34 del Tratado de Montevideo de 1889.

presunciones o criterios localizadores, qué se debe entender en cada caso por lugar de cumplimiento.⁷

2. CÓDIGO BUSTAMANTE

El Código de derecho internacional privado -Código Bustamante- de 1928⁸ fue ratificado por Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, El Salvador y Venezuela.⁹

Si bien el Código no lo establece de forma expresa, se ha entendido que la validez de los pactos de *lege utenda* ha sido admitida¹⁰. El principio general consagrado -siempre supletoriamente a lo dispuesto por las propias partes- es la ley del lugar de celebración como normativa para regir las cuestiones atinentes a la contratación internacional.

El artículo 186 del Código Bustamante establece que los contratos se rigen por la ley personal común de los contratantes y, en

⁷ D. HARGAIN / G. MIHALI, *Circulación de bienes en el MERCOSUR*, Buenos Aires, B de F / Julio César Faira, 1998, p. 33.

⁸ Véase J. SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983, pp. 100 ss. y J. DOLINGER, "The Bustamante Code and the Inter-american Convention in the Brazilian System of Private International Law", *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, 2002, pp. 136 ss.

⁹ Cabe poner de relieve que Bolivia, Chile y Perú son países asociados del Mercosur. Dejaron de aprobar el Código, a pesar de estar presentes en la Conferencia, Argentina, Colombia, Estados Unidos, México, Paraguay y Uruguay. Como se observa, Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay prefirieron seguir vinculados por los Tratados de Montevideo.

¹⁰ Según Boggiano "la inspiración manciniana del Código Bustamante haría presumir la admisión del principio de autonomía. Aparentemente todos los límites que imponen los distintos artículos del Código parecen suponer el principio de autonomía, antes que negarlo". A. BOGGIANO, *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 16. Cabe resaltar que el mismo autor del Código, Antonio Sánchez de Bustamante, señaló: "Nosotros entendemos que, sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus detalles, en cuanto a la esencia misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos, debe prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad o autarquía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra. En virtud de las razones que allí hemos expuesto y que nos parece innecesario repetir, el legislador debe inclinarse en materia de contratación ante la ley que las partes se dan a sí mismas. Cuando lo hacen de un modo expreso, la situación es muy clara y, si resulta de su voluntad tácita, hay que interpretarla aplicando a ese efecto la fórmula que también hemos expuesto en su oportunidad. (...) Como la ley fundamental de los contratos en DIPr es la voluntad de las partes, éstas pueden señalar expresa o tácitamente las reglas a que ha de obedecer su interpretación". A pesar de tan significativas palabras, no se encuentra en el Código la consagración expresa del principio de autonomía, lo cual al decir de Hernández Bretón, resulta verdaderamente sorprendente. E. HERNÁNDEZ BRETÓN, "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 71, Caracas, 1988, pp. 385-386.

su defecto, por la ley del lugar de su celebración. Los aspectos atinentes a la validez intrínseca y a los efectos de los contratos se someten a la ley del domicilio común o de la nacionalidad común de las partes, y si la ley personal no fuera común al derecho del lugar de celebración. La capacidad para prestar el consentimiento se rige también por la ley personal de cada parte contratante -en virtud de lo dispuesto por el artículo 176-, derecho que será el del domicilio o el de la nacionalidad del sujeto según la jurisdicción en que se plantee el conflicto (artículo 7).

El Código no contiene ninguna disposición que se refiera específicamente a los contratos y/o relaciones de consumo.

3. LA IMPORTANCIA DE LA CONFERENCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDIP V)

A pesar de que la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994)¹¹ no es derecho positivo, hasta el momento, en la mayoría de Estados latinoamericanos consideramos, no obstante, que cualquier planteamiento sobre la necesidad de armonizar las normas contractuales sobre derecho aplicable en la región no puede prescindir del análisis -siquiera somero- de las líneas directrices contenidas en la CIDIP-V.¹²

Uno de los aspectos que merece remarcarse en la Convención es el papel asignado a la autonomía de la voluntad. Con respecto a la normativa aplicable a los contratos internacionales la Convención, en primera instancia, confiere a las partes contratantes el derecho de escoger cuál será la ley aplicable a su relación o vínculo contractual¹³;

¹¹ Véase el análisis efectuado por L. PEREZNIETO CASTRO, "Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *RDIPr. e Pr.*, n° 4, Octubre-Diciembre 1994, pp. 765-767.

¹² A pesar de que la Convención se encuentra vigente solamente entre México y Venezuela, coincidimos en que "constituye un punto de referencia insoslayable en la construcción de cualquier discurso acerca del DIPr contractual americano". D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur / Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, 2003, p. 37.

¹³ La Convención consagra la autonomía de la voluntad en forma amplia, ya que en el art. 7.1 expresa que: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes". No es necesario que la ley elegida tenga algún tipo de contacto con el contrato; las partes pueden adoptar un derecho neutral. Se evidencia la recepción expresa del principio de la autonomía de la voluntad. Juenger señala que, felizmente, el criterio seguido por la Convención de Roma en cuanto a la elección de una ley estatal no influyó en la infraestructura jurídica interamericana de la CIDIP V, ya que el art. 7.1 confiere a las partes contratantes total autonomía para optar por el conjunto de reglas que deseen, sea éste el ordenamiento jurídico de un Estado o nación o un derecho no positivo

el derecho aplicable puede ser elegido en forma expresa o tácita (art. 7.1), requiriéndose que la voluntad tácita se manifieste o surja de manera evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto¹⁴. La elección del derecho puede referirse ya sea a la totalidad del contrato o sólo a una parte del mismo, admitiéndose de este modo el *dépeçage* voluntario. La Convención en el art. 7.2 dispone que “la elección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

Ahora bien, cuando las partes no eligieron expresamente la ley aplicable al contrato, desarrollaron conductas que pauten inequívocamente su voluntad en tal sentido, el acuerdo de voluntades queda sometido a la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos¹⁵. Es decir que, ante la ausencia de elección por las partes, - como principio general subsidiario-, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos (art.10.1).¹⁶ Se observa entonces que se sigue, como criterio general para la determinación del derecho aplicable, el sistema de conexión flexible o principio de proximidad.

como los principios UNIDROIT. F. K. JUENGER, “Os Princípios da UNIDROIT sobre contratos comerciais e escolha de lei contractual interamericana”, en: P. B. Casella / N. De Araújo (coords.), *Integração Jurídica Interamericana. As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo, LTR, 1998, p. 176, pto. V.

¹⁴ Véase A. BOGGIANO, “La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrat internationaux et les Principes d’Unidroit”, *Unif. L. Rev.*, vol. I, n° 2, 1996, pp. 219-227.

¹⁵ Señala M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, México, Oxford University Press, 2000, p. 92, que el principal aporte de esta Convención es la flexibilidad del conjunto de sus disposiciones; dicha flexibilidad se concreta en el método empleado para la designación de la ley aplicable, el cual se fundamenta en dos pilares: la autonomía de la voluntad como factor de conexión y, en defecto de elección, el derecho con el que el contrato tenga vínculos más estrechos.

¹⁶ Véase M^a B. NOODT TAQUELA, “Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales” en: *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado*, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid / Eurolex, 1997, p. 100. Noodt Taquila expresa que “por primera vez en la esfera interamericana se ha adoptado el sistema de conexión flexible. El criterio de mayor proximidad o de los vínculos más estrechos se erige en principio general para regir los contratos. Para los países latinoamericanos con tradición de derecho continental requiere un cambio de mentalidad importante. Aunque los resultados a los que se llegue en la práctica no han de ser necesariamente diferentes, se modifica la perspectiva general: se parte de un principio de flexibilidad que parece en un primer momento demasiado indeterminado y se permite una gran libertad al juez.” En su opinión, deberá pasar un buen tiempo de aplicación de la Convención para que quienes deban utilizarla se familiaricen con el principio de flexibilidad ya que, mientras tanto, puede generarse temor e inseguridad.

La CIDIP V acepta la autonomía de las partes y luego se remite al derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Resulta importante destacar que la Convención para determinar el derecho aplicable no establece presunciones; la doctrina de la “prestación característica” no aparece en la Convención, ni como criterio para determinar el derecho aplicable ni como presunción de vínculo más estrecho con el contrato¹⁷. La CIDIP V no ha incluido ninguna presunción que guíe al intérprete en el proceso de determinación de cuál es el país con el que el contrato presenta una mayor vinculación. Así, la solución adoptada deja totalmente libre al intérprete en su apreciación de la realidad negocial -que en la mayoría de los casos no puede ser subsumida en rígidos criterios hermenéuticos-.¹⁸

El art. 9.2 establece que 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 presenta vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales¹⁹. Según Juenger los términos de esta norma, que mezcla de una manera ecléctica las conexiones tradicionales con los principios materiales, no resulta ideal; sin embargo, tiene -en su opinión- la innegable virtud de proporcionar a jueces y árbitros un margen de discrecionalidad que les permite recurrir a los Principios UNIDROIT, antes que a una oscura e inaceptable regla de un derecho nacional²⁰.

¹⁷ Muchos autores manifestaron que había sido desafortunado eliminar la doctrina de la prestación característica ya que ésta podría haber constituido una pauta orientadora para jueces y partes. Para los países latinoamericanos la introducción del principio de proximidad sin la presunción de la prestación característica o de otras pautas orientadoras generó reparos en la doctrina por el miedo a la inseguridad. M^a B. NOODT TAQUELA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en: D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 1001.

¹⁸ L. PEREZNIETO CASTRO (nota 11), p. 773. En opinión autor mexicano deben considerarse elementos tales como la residencia habitual o establecimiento de las partes, lugar de celebración del contrato o su lugar de cumplimiento, o bien, las conductas o intenciones manifestadas por las partes, los contactos preliminares en la negociación de su contrato, entre otros. Señala también como un aspecto novedoso el mandato que hace la Convención al juez para que éste tome en cuenta, para la determinación de los elementos subjetivos y objetivos antes citados, “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

¹⁹ Véase H. VEYIA, “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *ADDUI*, n° 25, 1995-II, pp. 388-390.

²⁰ F. K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Unif. L. Rev.*, 2000-1, p. 185. Fernández Arroyo y Fresnedo, al referirse al art. 9.2, ponen de relieve que “a idea fue alcanzar un balance entre justicia y certeza, dándole instructivos definidos al juez, y no sólo una guía filosófica. Sin embargo, es dudoso que esas indicaciones sean suficientes en cuanto a la previsibilidad del resultado, sobre todo si se compara con la Convención europea que utiliza presunciones para guiar al juez, como la de la prestación característica (art. 4.2)”. Véase D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C.

El párrafo final del art. 9 dispone que si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato. Se admite de este modo el fraccionamiento o *depeçage*²¹ legal.

De acuerdo a lo que establece el art. 11 de la Convención, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo y será discreción del foro, en los supuestos en que lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. Surge de manera clara que se contempla tanto la aplicación de normas de policía del juez como de normas de policía extranjeras: las primeras, de cumplimiento obligatorio y necesario, las segundas de cumplimiento facultativo. Por su parte, el art. 18 dispone que el derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro²².

La Profesora Lima Marques ha señalado que el art. 11 de la CIDIP V no resulta suficiente para brindar protección a la parte más débil ya que por ejemplo, en primer lugar, se deja al “consumidor turista” (que siempre realiza compras internacionales) sin protección especial, debido a que generalmente litigará en foros extraños y la norma del art. 11 asegura al turista -apenas- la protección de la ley del consumidor del país que visitó; en segundo lugar, deja al “consumidor interamericano” sin protección especial cuando contrata a distancia (o realiza operaciones de comercio electrónico) porque no es cierto que las normas imperativas o de orden público del país del domicilio del consumidor sean aplicadas con “discreción” por el juez del foro competente, que generalmente será el del proveedor. Según Lima Marques, la *ratio* de la norma del art. 11, que intenta dar preferencia a las normas imperativas locales del foro en relación a la ley escogida por las partes, la lleva a concluir que regionalmente (así como universalmente), la protección del consumidor siempre fue un tema que se separó del comercio internacional y, por tanto, debe ser tratado por el DIPr con conexiones más seguras, previsibles y positivas para la parte más débil de la relación²³.

FRESNEDO DE AGUIRRE, “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, en: D. P. Fernández Arroyo (coord.), (nota 17), p. 959.

²¹ R. LÓPEZ VELARDE ESTRADA, “Derecho aplicable en materia de contratos internacionales”, *Rev. Mex. DIPr.*, n° 5, 1998, pp. 70-72,

²² Noodt Taquela señala que si bien la norma no menciona los “principios” de orden público (como sí lo hace la Convención interamericana de normas generales -CIDIP II- en su art. 5), la interpretación debería realizarse en el mismo sentido que ésta, especialmente en los países del MERCOSUR que son todos ratificantes de dicho instrumento convencional. M^a B. NOODT TAQUELA (nota 17), p. 1003.

²³ Resulta interesante ver el planteo de C. Lima Marques con relación a esta norma. C. LIMA MARQUES, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e peral”, *Cursos de Derecho internacional*, Serie temática, vol. I (Parte 2): El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C., Comité Jurídico Interamericano- Secretaría General, OEA, 2002, pp. 1542-1543.

La Convención de México no ha adoptado normas específicas para los contratos con parte débil. De la lectura del art. 5 se concluye que los contratos con consumidores quedarían, en principio incluidos dentro de su regulación. No obstante, el art. 6 prescribe que “las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional vigente entre los Estados Parte de esta Convención.

Lima Marques señala que la CIDIP V no excepciona de manera expresa a los contratos de consumo y que si hubiese previsto alguna norma especial para estos contratos, una convención especial sobre el tema no sería necesaria. Así, al no ser tratado el tema en una norma especial, teniendo en cuenta especialmente la experiencia europea, fue una oportunidad perdida y podría, según ella, ser recuperada con una nueva convención especial; de esta forma, el tema de los contratos con consumidores sería definitivamente excluido del campo de aplicación de la CIDIP V²⁴. Específicamente con relación a los contratos de consumo, se ha considerado que la opción de la CIDIP V, en materia de conexiones y técnica legislativa, no resulta adecuada y suficiente para la protección de los consumidores de la región²⁵.

4. LEYES Y PROYECTOS DE LEYES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) LEY VENEZOLANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La ley de derecho internacional privado de 1998 establece en el art. 29 que “las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes”. El art. 30 señala que “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Y el art. 31 añade lo siguiente: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando correspondan, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

B) PROYECTO ARGENTINO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

²⁴ C. LIMA MARQUES (nota 23), p. 1541.

²⁵ Así, véase C. LIMA MARQUES (nota 23), p. 1543.

Con relación al derecho aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el art. 79 del Proyecto establece: “Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido con él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor;
- c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero o los fines de efectuar en él su pedido.

En los contratos con consumidores no se aplican los artículos 69 a 73.” (normas de contratos).

Consideramos que la prohibición de la autonomía de la voluntad no constituye una respuesta satisfactoria. En todo caso, la protección del consumidor como parte débil no se logra prohibiendo la elección de la ley aplicable sino limitando o condicionando la autonomía de las partes.

Algunos profesores argentinos se han pronunciado en el sentido de que la norma sobre derecho aplicable a los contratos con consumidores debe estructurarse con contactos alternativos y a favor del consumidor. Así, 1) domicilio, sede o residencia habitual del proveedor, 2) domicilio o residencia habitual del consumidor, 3) lugar de adquisición del producto, 4) derecho elegido por las partes²⁶.

C) PROYECTO URUGUAYO DE LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El art. 49 del Proyecto uruguayo de ley general de derecho internacional privado de 2004 dispone: “1. Los contratos sobre relaciones de consumo se regirán de conformidad con la ley del lugar de residencia del consumidor. 2. Los contratos sobre relaciones de consumo que se celebren y cumplan en la República, se regirán por las leyes de ésta.”

²⁶ Así, véase J. A. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado argentino”, *RDM*, n° 6, 1998, pp. 94-95.

Vale decir que el Proyecto uruguayo no contempla la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a los contratos de consumo. No obstante, para los “contratos en general” el Proyecto innova y en el art. 46.1 establece que “los contratos internacionales se rigen por el derecho elegido por las partes”. Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable de conformidad a lo establecido en el art. 46 o si su elección resultare ineficaz, el art. 47 prevé que “el contrato se regirá por la ley del lugar de cumplimiento”, estableciendo la norma los criterios para determinar dicha ley.

La exposición de motivos del Proyecto de ley general de derecho internacional privado uruguayo destaca que “Se prevén no obstante las relaciones de consumo, las que por primera vez se incorporan en una regulación de derecho internacional privado en nuestro ámbito. Pese a su especialidad, se estimó del caso incluir un estatuto mínimo para determinar la ley aplicable, en virtud de la importancia que tiene para el país, en especial en las zonas de turismo, el supuesto de consumidores extranjeros que realizan negocios en la República, lo que desde cierto ángulo son calificables como relaciones de consumo (art. 49).”

5. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991 en la ciudad de Asunción se suscribió el Tratado para la creación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, denominado “Tratado de Asunción” o “Tratado marco”. El art. 1 *in fine* de dicho Tratado establece “el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”. Si bien el Preámbulo del Tratado de Asunción expresa el propósito de “ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles a fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes” mostrando un interés en proteger al consumidor, no obstante se evidencia cierta debilidad ya que no se ha concretado como prioridad el imperativo de una armonización²⁷ legislativa sobre los distintos aspectos de la defensa del consumidor a fin de alcanzar un mayor nivel de protección²⁸.

Con relación a los contratos transfronterizos a través de los cuales se instrumenta la circulación de bienes en el MERCOSUR, nos encontramos con un panorama normativo extremadamente inadecuado. No existe aún ninguna norma “común” que resuelva con carácter uniforme y general esta problemática. Y lo mismo sucede, específicamente, con los contratos concluidos con consumidores. Si

²⁷ Véase M. BASSO, “Harmonização do direito dos países do Mercosul”, *RDM*, n° 6, 2000, pp. 119-122.

²⁸ G. STIGLITZ, *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, Rosario, Juris, 1997, p. 188.

bien es cierto que uno de los propósitos del bloque es la protección de esta parte débil, no se ha logrado concretar totalmente ya que no existe una armonización en la materia. En otras palabras, MERCOSUR no cuenta con una regulación a nivel institucional del derecho aplicable a los contratos con consumidores. Lo que sí debe destacarse es que tanto Argentina (Ley 24.240), Brasil (Código de defensa del consumidor, aprobado por Ley 8.078), Paraguay (Ley 1334) y Uruguay (Ley 17.250) cuentan con leyes internas de protección del consumidor²⁹.

En el Anexo V, el Tratado de Asunción preveía que, a los efectos de la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, se crearán Subgrupos de Trabajo (órganos auxiliares que presentan propuestas al GMC). Existen asimismo Comités Técnicos (órganos auxiliares de la CCM que presentan recomendaciones al GMC). El Comité Técnico N° 7 es el de “defensa del consumidor”.

A) EL TRABAJO DEL COMITÉ TÉCNICO N° 7

Los derechos de los consumidores en el MERCOSUR fueron establecidos efectivamente por el Grupo Mercado Común en su X reunión que tuvo lugar en Asunción en junio de 1993. Allí se recomendó al Subgrupo de Trabajo N° 10 (Políticas macroeconómicas) la elaboración de directrices de trabajo para la Comisión de defensa del consumidor a fin de permitir viabilizar avances concretos para la definición de una política de protección del consumidor para el bloque. Tal Comisión, reunida en Ouro Preto en diciembre de 1994, fue la encargada de seguir con los trabajos destinados a la elaboración de un reglamento común y para presentar un proyecto al GMC.

En la XI Reunión del CMC, realizada en Fortaleza en diciembre de 1996, fueron aprobados diversos instrumentos y así se logró un cierto avance. Los resultados que se han alcanzado hasta este momento han sido parciales:

- 1) Resolución GMC N° 1231/96. Conceptos: definición de consumidor, proveedor relación de consumo y producto.
- 2) Resolución GMC N° 124/96. Derechos básicos: protección de la vida, salud, educación, información, protección contra la publicidad engañosa y métodos comerciales coercitivos o desleales, prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, acceso a órganos judiciales y administrativos.
- 3) Resolución GMC N° 125/96. Protección de la salud y seguridad de los productos y servicios disponibles y deber de informar sobre los riesgos.
- 4) Resolución GMC N° 126/96. Publicidad: prohibición de publicidad engañosa, principios y límites de la publicidad comparativa.
- 5) Resolución GMC N° 127/96. Garantía contractual: especificaciones de las garantías del productor de bienes y servicios. Debe señalarse que la

²⁹ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Modalidades contractuales específicas”, en: D. P. Fernández Arroyo (coord.), (nota 17), p. 1027.

vigencia de las Resoluciones quedó condicionada a la aprobación de un Reglamento Común sobre Defensa del consumidor (junto con un glosario anexo), que luego se transformó en un Proyecto de Protocolo de Defensa del consumidor del MERCOSUR³⁰.

El Comité N° 7 tiene por fin principal armonizar las normas de defensa del Consumidor en el ámbito del MERCOSUR. La instauración de un régimen protector de los derechos el consumidor en el ámbito del proceso de integración mercosureño ha generado una discusión en torno a la legitimación del MERCOSUR como legislador en esta materia y la falta de mecanismos e instrumentos adecuados para producir las normas. Pero más allá de ello, se ha destacado las diferencias existentes en las reglamentaciones y especificaciones técnicas de productos y normas de seguridad, sanitarias y ambientales entre los Estados Parte. Por otra parte, la obligación de respetar las normas locales más exigentes para que los productos (y los servicios) puedan penetrar en otros mercados puede chocar con las normas del país de los proveedores que tengan menores niveles de exigencia; de esta forma los diferentes niveles de protección de los consumidores entre los países podría llevar a alguno de ellos a restringir y/o prohibir la entrada y el consumo de bienes y servicios provenientes del exterior, inclusive aquellos que provinieran de Estados del mismo bloque de integración regional, lo que configuraría una forma de barrera no tarifaria³¹. La opinión mayoritaria sostiene que resulta necesario compatibilizar reglas comunes para permitir y garantizar el flujo continuo de relaciones económicas y comerciales entre los Estados Parte³².

Este Proyecto de Protocolo persigue la armonización normativa de los derechos del consumidor, especialmente en lo atinente a la temática de la publicidad y la protección de la salud y la seguridad del consumidor visitante. Sin embargo, el documento no ha satisfecho plenamente las posiciones de todos los Estados Parte y por dicho motivo sigue sin aprobarse.

Conforme surge del Acta N° 01/04 MERCOSUL/CT N° 7 de la XLII Reunión del Comité N° 7 de Defensa del consumidor, los esfuerzos para lograr una “normativa MERCOSUR de defensa del consumidor” no fueron logradas en su totalidad debido a la baja frecuencia de reuniones, a las reiteradas ausencias de delegados a las mismas, así como también por un enorme desconocimiento de la situación real en que se desenvuelven las relaciones de consumo y la defensa del consumidor en cada uno de los Estados miembros. Más allá de estas razones, lo cierto es que varias entidades representativas de la

³⁰ En 1997 el Reglamento Común cambió de nombre y pasó a ser llamado “Protocolo”.

³¹ O. L. S. SANTOS, “A defesa do consumidor no Brasil e no Mercosul”, *RDM*, n° 6, 2000, p. 138. El autor señala que, considerando las diferencias de las legislaciones internas de los cuatro países, el Código de Consumo brasileiro puede ser interpretado como una “barrera no tarifaria”, no por impedir el comercio, pero sí por representar un crecimiento de costos por los mayores requerimientos de seguridad y/o garantías para los productores extranjeros en relación a los de sus mercados de origen.

³² Así, O. L. S. SANTOS (nota 31), pp. 137-138.

magistratura y del Ministerio Público Brasileño, entre otras, entablaron una verdadera batalla contra la tentativa de establecer este “Protocolo”³³.

Claudia Lima Marques advirtió “el peligro de retroceso, de destrucción de garantías legales ya conquistadas.” Sostuvo que “(...) tal Protocolo planificado inicialmente y aprobado parcialmente como un cuerpo de ‘pautas básicas’ o mínimas para ‘la protección del consumidor’ en los cuatro mercados, parece hoy, teniendo en vista los textos ya aprobados, pretender ser un verdadero nuevo Código de Defensa del Consumidor, con normas unificadas e imperativas, que pasarán a tener vigor en los cuatro países del MERCOSUR (...) para todos los proveedores y consumidores”³⁴. En la misma posición De Lucca señaló que el retroceso era evidente y que los derechos y las garantías absolutamente consagrados en beneficio del consumidor brasileiro (pacificados en el plano legislativo, doctrinal y jurisprudencial y ya absorbidos por el empresario nacional en la calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado) se tornaban amenazados seriamente por las disposiciones del Protocolo que, so pretexto de “armonizar” las legislaciones de los Estados mercosureños, intentaba promover una verdadera y real “unificación de normas”, con nuevas definiciones de conceptos jurídicos básicos en el ámbito de la ordenación interna de cada país. Puso asimismo de relieve que la armonización no significaba unificación³⁵.

En opinión de Santos, el Proyecto de Protocolo no constituye una mera decisión sobre pautas básicas, sino de un complejo tratado internacional que nivelaría “para abajo” las normas que deberán regular las relaciones de consumo de los Estados Parte de MERCOSUR, pudiendo de esta forma provocar en Brasil –en el caso de ser adoptado– una revocación de la legislación anterior. Con relación al contenido, también existen problemas ya que se evidencia un notable retroceso en los derechos garantizados al consumidor brasileiro (téngase en cuenta que Brasil posee un sistema codificado de protección del consumidor donde se contemplan garantías inexistentes en los demás países del bloque). El Proyecto de Protocolo, a través de sus 53 artículos, transformaría en “letra muerta” 21 normas del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Las presiones de diferente índole que se ejercieron provocaron que la CCM alegara que el texto del Proyecto no atendía la orientación establecida en el bloque y que el proceso de armonización debería tomar como referencia la legislación más exigente

³³ Véase O. L. S. SANTOS (nota 31), p. 141.

³⁴ Véase C. LIMA MARQUES, sugerión del *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-Brasilcom*, al Ministerio de Justicia Brasileiro, noviembre de 1997.

³⁵ N. DE LUCCA, “O MERCOSUL e a defesa dos consumidores brasileiros”, *RDM*, n° 5, 1998, p. 26 y véase nota 25 de su trabajo. Para una clara explicación de los métodos de unificación, coordinación, armonización, véase A. BOGGIANO, *Derecho Internacional y Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter Iura*, Buenos Aires, La Ley, 1997, pp. 190-192, (“Algunas conclusiones sobre los métodos de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos”).

(la de Brasil, en este caso) y la más próxima a los parámetros internacionales³⁶.

El “Protocolo” había sido aprobado y firmado por el Ministerio de Justicia de Brasil el 27 de noviembre de 1997, pero fue dejado sin efecto por la delegación brasilera en la Comisión de Comercio, coordinada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. La delegación “reafirmó su posición de no aceptar cualquier rebaja en el grado de protección al consumidor conferido por la legislación brasileña”. De la misma manera enfatizó que “el documento no atiende a la orientación establecida en el MERCOSUR, según la cual en el proceso de armonización, se tendrá como referencia la legislación más exigente y los *standards* internacionales. Por este motivo la delegación de Brasil no aprobó dicho documento en la CCM. La delegación de Brasil ya había manifestado, en el ámbito del CT n. 7, su disconformidad con la propuesta de conferir al documento el *status* de protocolo, habiendo subrayado que el mismo carecía de consistencia”³⁷.

Con respecto a las reglas sobre protección del consumidor aprobadas por el MERCOSUR, Lima Marques señala que éstas se dividen en dos tipos: de un lado, aquellas que interesan –apenas indirectamente– a la protección del consumidor y que solamente de manera refleja significan una preocupación del bloque de integración regional por los consumidores de la región; de otro, aquellas que han sido elaboradas por el Comité Técnico N° 7, en forma de “resolución”, para llegar a conformar el Protocolo Común de Defensa del Consumidor. La autora señala que, en materia de defensa de los intereses económicos de los consumidores, las normas elaboradas por el MERCOSUR fueron pocas y, las que se dictaron, estaban más destinadas a la protección e información del consumidor, del comerciante y de la defensa de la competencia³⁸.

El 15 de diciembre de 2000 se firmó la Declaración Presidencial de derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR. Dicha Declaración establece el compromiso de armonizar progresivamente las legislaciones de los Estados Parte³⁹.

La necesidad de armonizar los derechos de los consumidores en el marco del proceso de integración mercosureño ha sido planteada, desde diversos sectores, como un imperativo. Sin embargo, la discusión ha girado en torno a si la reglamentación común debía basarse en un

³⁶ Véase O. L. S. SANTOS (nota 31), pp. 141-142 y C. LIMA MARQUES (nota 54), pp. 1583-1587.

³⁷ Véase C. LIMA MARQUES (nota 23), p. 1586.

³⁸ C. LIMA MARQUES (nota 23), pp. 1583-1584. Así, pueden mencionarse el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR, aprobado por la Dec. 11/93, la creación de un Comité de Turismo (Res. 12/91), una Comisión sobre Seguros (Res. 07/92), un Reglamento de recursos internos contra prácticas desleales en el MERCOSUR (Dec. 07/93), un Reglamento de Telecomunicaciones (Res. 42/93) y una serie de normas sobre embalajes, (Res. 10/91, 17/92, 28/93, 35/93, 36/93, 48/93 y 87/93).

³⁹ Véase la Declaración Presidencial en DC, n° 12, 2001, pp. 149-151.

conjunto de normas básicas y aproximar así, de forma flexible, las legislaciones de los Estados Parte o si, por el contrario, tal reglamentación implicaría una unificación de legislaciones. Desde la doctrina brasileña se ha argumentado que la protección debería darse a través de una “armonización parcial de todos los países miembros, sin excluir las legislaciones nacionales vigentes” (de esta forma, Brasil podría continuar aplicando su Código de mayor rigor proteccionista) o quizás “a partir de una legislación unitaria media para los cuatro países”. Esta última vía podría implicar –se ha sostenido– una anulación del Código de Defensa del Consumidor brasileño y un retroceso para el consumidor de Brasil⁴⁰.

6. REGLAMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA FUENTE INTERNA DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

Hemos señalado que no existe una normativa común sobre derecho aplicable, en ámbito del MERCOSUR, a los contratos internacionales en general, y tampoco una reglamentación común en materia de contratos con consumidores. Este trabajo no pretende efectuar un análisis exhaustivo de las normas de fuente interna los Estados parte de MERCOSUR, sino meramente realizar algunas precisiones acerca de las simetrías y asimetrías existentes entre los diversos órdenes normativos con la finalidad de permitir un análisis global de la reglamentación de las obligaciones contractuales en este ámbito regional.

En materia contractual, si bien existen tratados o convenciones vinculantes para algunos Estados parte del MERCOSUR, no existe ninguna norma convencional que vincule a la totalidad de los países; por tanto, los contratos internacionales deben ser sometidos -por el momento- a las disposiciones de DIPr de fuente interna⁴¹.

⁴⁰ O. L. S. SANTOS (nota 392), pp. 139 y 142-143.

⁴¹ Arellano García, citando a Jean Derruppé, sostiene que "el reto de la codificación internacional exige conciliar los intereses de la colectividad nacional y las necesidades de la vida internacional. Como consecuencia, (...) la pobreza de las fuentes internacionales lleva a que sea la legislación interna la que pretenda esa conciliación de intereses". Véase C. ARELLANO GARCÍA, "Los conflictos internacionales de leyes en materia de contratos", en: L. Pereznieta Castro / C. Bealir Mouchel (eds.), *Segundo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 37-38.

A) ARGENTINA

A. EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO Y LAS NORMAS DE CONFLICTO SUBSIDIARIAS DEL CÓDIGO CIVIL

Si enfocamos nuestro análisis desde la óptica argentina, se observa que es posible que las partes, en ejercicio de su autonomía, elijan la normativa que más les convenga para regular el contrato; a falta de tal elección, es decir, subsidiariamente, el Código Civil establece normas de conflicto supletorias (arts. 1205-1214).

Con respecto al tema de la autonomía de las partes los autores argentinos y la jurisprudencia se han orientado de modo significativo hacia su reconocimiento⁴². En el derecho privado interno aparece

⁴² Así, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Corrientes en 1985, todos los participantes aceptaron en forma unánime la autonomía de la voluntad como punto de conexión en los contratos internacionales. Una serie de sentencias emanadas de la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial entre los años 1981 y 1985 ha reiterado la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales, afirmando decididamente el criterio de regir el contrato por la ley de la parte que debe cumplir la prestación característica, para el supuesto de que los contratantes no hubieran ejercido dicha facultad de elección; así en autos "*Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transportes Internacionales, S.A.*", 1981 (ED, diario del 18/02/1982), "*Cicerone c. Banco de Entre Ríos*", 1982 (E.D., t. 101, p. 179), "*Deutsches Reisebüro c. Speter Armando*", 1984 (ED, diario del 12/04/1984), "*Arrebillaga, Arturo c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*", 1984, (DJ, 1985-1, p. 292), "*Expreso Mercurio, S.A. c. Maupe, S.A. s/ ordinario*", 1984 (DJ, 1985-I, pp.287, 289) y "*Espósito e Hijos, Antonio c. Jocqueviel de Vieu*", 1985. Puede consultarse el análisis de estos fallos en M^a S. NAJURIETA, "El domicilio del deudor de la prestación característica en los contratos internacionales" DJ, 1985-I, pp. 287-294. De la misma autora, "Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", LL 1986-A, , pp. 1006 ss. Un comentario al fallo "*Arrebillaga*" puede verse en W. GOLDSCHMIDT, "La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance", E.D., t. 109, pp. 711-720. Para un análisis del fallo "*Banco de Río Negro y Neuquén*", véase M. MALBRAN, "Autonomía contractual y ley subsidiaria en el derecho internacional privado argentino", E.D., t. 98, pp. 2865-868. Cabe poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia en el caso "*Méndez Valles, Fernando v. A. M. Pescio S.C.A.*", de fecha 26/12/1995, sostuvo que "para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales, corresponde indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio -sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazados por la autonomía referida- (arg. art. 19 Constitución nacional y art. 1197 Código Civil)", JA, 1999-III-síntesis, Lexis Nexis N° 1/524. La Corte Suprema de Justicia en la causa "*Tactician Int. Corp. y otros c. Dirección General de Fabricaciones Militares s/ cumplimiento de contrato*" de fecha 15 de marzo de 1994 (Fallos, 317-182) receptó la doctrina de la autonomía material de las partes en contratos internacionales y luego, el mismo Tribunal en "*Moka S.A. v. Graiver, David s/ sucesión*", de fecha 07/03/2000, afirmó que "es evidente la razonabilidad de lo resuelto en el sentido de designar al

indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar en el art. 1197 del Código Civil⁴³ que consagra, como regla general, que la voluntad de las partes expresada contractualmente constituye una regla a la que los sujetos deben someterse como a la ley misma. Sin embargo, tal como señala Uzal, en el derecho privado interno, esa facultad dispositiva que se les reconoce a las partes y que las autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el legislador -que adquieren así carácter supletorio de la autonomía de la voluntad-, se ejerce dentro de los límites fijados por las normas coactivas o imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes (ejemplo, art. 21 y cc. del Código Civil)⁴⁴.

No debe perderse de vista que en el derecho argentino no existe una norma expresa que autorice el libre juego de la autonomía de la voluntad en el DIPr y por ese motivo la cuestión reviste un especial interés. Por tal motivo, los autores se ha ocupado de argumentar y fundamentar si resulta procedente el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto para elegir el derecho aplicable al contrato como para determinar el contenido del mismo⁴⁵. Como ya lo hemos sostenido en este trabajo, el punto de inflexión de la autonomía de la voluntad lo constituye la existencia de partes débiles en la relación, a las que resulta preciso tutelar; dicho con otras palabras, el principio de autonomía se encuentra limitado de manera especial en los contratos internacionales cuando uno de las partes es típicamente débil⁴⁶.

Así, se ha propuesto para la protección de los consumidores una regla de limitada autonomía: la elección de las partes prevalecería si fuese la ley elegida la más favorable al consumidor, debiendo en caso contrario aplicarse el derecho del domicilio del consumidor. Como límites generales a la autonomía de la voluntad nos encontraríamos con

derecho de Estado de Nueva York como aplicable a la prescripción de la acción por incumplimiento de un contrato internacional, si implica dar efecto al derecho elegido por las partes, en un válido ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites impuestos por el orden público internacional”, *JA*, 2000-III, p. 234.

⁴³ Véase. J. LOPEZ DEL CARRIL, “Vélez Sarfield y sus principios éticos y económicos en los contratos del Código civil argentino”, *LL*, n° 1, febrero de 2003, pp. 1-7 y O. MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 91-92.

⁴⁴ M^a E. UZAL, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. (Con particular referencia al Mercosur)”, *ED*, t. 179- 1998, pp.1184-1185.

⁴⁵ W. GOLDSCHMIDT (nota 4), pp. 191-195, A. BOGGIANO (nota 4), p. 255 y M^a B. NOODT TAQUELA, “Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños”, en: D. P. Fernández Arroyo(coord.), (nota 17), pp. 1008-1014.

⁴⁶ Véase A. BOGGIANO, “Internacional Standard Contracts”, *Recueil des Cours*, t. 170, 1981, pp. 55-59.

las normas de policía (art. 1208 C. Civil) y los principios de orden público⁴⁷.

En cuanto a las normas de conflicto subsidiarias, en el Código Civil vemos una combinación⁴⁸ de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración)- arts. 1209-1210⁴⁹- y lugar de celebración (para los contratos sin contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) –art. 1205⁵⁰- y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos sin lugar determinable de celebración ni de ejecución.) –art. 1214⁵¹-. Como advierte Boggiano, el Código Civil establece normas generales reguladoras de todo tipo de contratos, metodología que resulta inconveniente para captar supuestos de contratos multinacionales distintos, “cuyas soluciones no se pueden proyectar con rígidos y genéricos criterios de localización indiscriminatorios”. De acuerdo a los tipos contractuales, los intereses de las partes involucradas u los objetivos que los Estados persiguen a través de regulaciones materiales pueden variar de manera sustancial y, por ende, “sería una imprudencia grave desatender la especialidad de los diversos tipos mediante soluciones electivas de absoluta generalidad”⁵².

B) EL XXVIII CONGRESO ORDINARIO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

⁴⁷ A. BOGGIANO, “The contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and *genius loci*”, *Recueil des Cours*, t. 233, 1992-II, pp. 138-139.

⁴⁸ El jurista Ernst Rabel calificó a las normas del Código Civil argentino sobre contratos internacionales como “un laberinto de misteriosas disposiciones”. A. BOGGIANO (nota 4), p.23.

⁴⁹ Art. 1209: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”. Art. 1210: “Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

⁵⁰ Art. 1205: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”.

⁵¹ Art. 1214: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”.

⁵² A. BOGGIANO (nota 4), t. II, p. 279. Por otra parte debe tenerse en cuenta que las conexiones rígidas producen solamente una seguridad ilusoria. Véase A. BOGGIANO (nota 47), p. 134.

En el Congreso llevado a cabo en 2005 la Sección de DIPr abordó el tema de la “jurisdicción y ley aplicable a las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado” y arribó a las siguientes conclusiones en materia de derecho aplicable:

1) “En nuestro DIPr. se carece de normas precisas en el plano internacional en materia de relaciones de consumo. En el estado actual de nuestra legislación sólo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto del DIPr, con los estándares de control que puedan imponer: las normas de policía de la *lex fori*, impositivas de una solución excluyente de las normas de conflicto y los principios de orden público, inferibles de los principios constitucionales y del espíritu del propio derecho.

2) Cabría propiciar la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre estándares mínimos de control que todos los Estados se comprometan a respetar como “piso material de garantías”. Ante la imposibilidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se propicia la elaboración de normas de conflictos generales. Como criterio de elección en esta solución parece razonable utilizar la ley del lugar del país de residencia habitual de consumidor mas acompañado de otras conexiones acumulativas.

Conexiones acumulativas contractuales: entendemos razonable aplicar la ley del lugar del país de "residencia habitual del consumidor" si, además, se da alguna otra conexión acumulativa, como, por ejemplo, que:

I) las negociaciones para la venta se hayan llevado a cabo en ese Estado, y que el consumidor haya realizado allí actos necesarios, de su parte, para la conclusión del contrato (aunque este paso, efectivamente, no se haya suscrito o formalizado);

II) el vendedor, su agente, representante o corredor comercial haya recibido la orden (de compra, por ejemplo) en ese país —desplazándose, de esta manera, al país del consumidor—;

III) haya mediado una oferta, proposición o publicidad especialmente hecha (envío de catálogo, oferta, afiche, prensa escrita, publicidad radial o televisiva) en ese país, que precediera a los actos necesarios del consumidor para concretar el contrato;

IV) se haya efectuado un contrato (una venta o un servicio, por ejemplo) precedido por una oferta o invitación en tal sentido, dirigida al consumidor en su país de residencia (por vía publicitaria u otra vía de comercialización), que desplazara al consumidor de su país de residencia habitual, a un país extranjero, siempre que el viaje haya sido organizado —directa o indirectamente— por el vendedor, que

incitara al consumidor a efectuar el contrato en su país (excursiones turísticas más allá de las fronteras);

V) el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca se halle también en ese mismo Estado;

VI) el Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, por la persona directamente perjudicada, sea el de la residencia habitual del consumidor.”

B) Brasil

La normativa de fuente interna aplicable a las relaciones jurídicas internacionales está contenida en la Ley de Introducción al Código Civil; el principio general es que los contratos internacionales son regidos por la ley del lugar de celebración y si se celebraron a distancia se considera lugar de celebración al de la residencia del proponente. El art. 9 del Código Civil⁵³ establece que la calificación y regulación de las obligaciones se rige por la ley del lugar de constitución y la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente⁵⁴.

La jurisprudencia y algunos autores desconocen el valor de los pactos de *lege utenda*⁵⁵. La Ley de Introducción al Código Civil no se refiere al tema y dicho silencio es interpretado como un tácito rechazo. Sin embargo, en los últimos años ha surgido una importante corriente⁵⁶ que postula la admisión de la autonomía de la voluntad como un

⁵³ Artigo 9º: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º- Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma especial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º- A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

⁵⁴ Puede consultarse el análisis efectuado por S. LEE ZARAGOZA DE ROVIRA, “Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos”, en: João Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, 2ª ed., Río de Janeiro, Revista dos tribunais, pp. 59-65.

⁵⁵ Véase por ejemplo, la opinión de AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, Río de Janeiro, Ed. Forense, 1956.

⁵⁶ H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, pp. 183-184. L. OLAVO BAPTISTA, *Dos contratos internacionais*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 32. En opinión de João Grandino Rodas, si se toma en consideración la disposición taxativa del artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil, no se puede afirmar la existencia de la autonomía de la voluntad para la indicación de la norma aplicable en el DIPr brasileiro. J. GRANDINO RODAS, “Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente as obrigações contractuais”, en: *Contratos Internacionais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 32. Pueden consultarse las posiciones de Bevilaqua, Oscar Tenorio, Miguel Maria de Serpa Lopes y María Helena Diniz en: N. DE ARAUJO, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 320-324.

principio básico de la contratación internacional.⁵⁷ Es más, de Araujo sostiene que una solución adecuada sería la sustitución del artículo 9 de la Ley de Introducción del Código Civil por las normas de la CIDIP V sobre contratos; de esta forma, la CIDIP V serviría no solamente para regular los contratos internacionales entre los socios latinoamericanos, sino también como regla conflictual par todas las relaciones internacionales⁵⁸.

La Profesora Lima Marques veía como una posibilidad incorporar a la LICC normas para los contratos con consumidores (siguiendo las directrices del Código brasileiro de Defensa del Consumidor).

C) PARAGUAY

No encontramos en el derecho paraguayo una norma expresa que se refiera al ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. La normativa interna de este país somete la regulación de los contratos a la ley del lugar de ejecución de los mismos (salvo en lo referente a las solemnidades que se rige por la ley del lugar de celebración)⁵⁹.

El artículo 26 del Código Civil establece que “la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código”.

D) URUGUAY

Las soluciones de fuente interna son similares a las establecidas en los Tratados ratificados por Uruguay. A los contratos internacionales se les aplica la ley del lugar de ejecución. La existencia, la naturaleza, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Para determinar este sitio se hace remisión a las

⁵⁷ D. HARGAIN / G. MIHALI (nota 7), p.235.

⁵⁸ Véase N. DE ARAUJO (nota 56), p. 324.

⁵⁹ La validez intrínseca de los actos jurídicos, dentro de los que quedarían incluidos los contratos, se rige por el derecho de lugar de cumplimiento de acuerdo al art. 14 del Código Civil, el cual prescribe que: “(...) la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes”. Esta norma, al ser bilateralizada, permitiría afirmar que los contratos que deben cumplirse en el extranjero se rigen por el derecho del lugar de cumplimiento.

reglas respectivas del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 2399 del Apéndice del Código Civil)⁶⁰.

En lo que respecta a la recepción de la autonomía de la voluntad, la jurisprudencia y doctrina uruguaya –en forma mayoritaria- se han manifestado contrarios a admitir su validez en materia de contratación internacional. Se sustentan para ello argumentos de carácter político según los cuales, de aceptarse los pactos de *lege utenda*, los empresarios de los países desarrollados (por contar con mayor poder económico) terminarían imponiendo su legislación a los contratantes de los países en desarrollo; también se manejan razones de índole jurídico:

a-) el silencio del Tratado de Montevideo de 1889 es interpretado como rechazo;

b-) el antecedente del tratado de 1940 donde resultó mayoritaria la tesis negativa al discutirse nuevamente el tema.

Algunos autores uruguayos son todavía contrarios al reconocimiento de los pactos de elección de derecho; la argumentación principal de este rechazo se funda en el hecho de que las normas de DIPr de fuente interna son prácticamente una copia de las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y, por ende, si las prescripciones de tales instrumentos convencionales son interpretadas en el sentido de negar tales pactos de elección, lo mismo cabría sostener con respecto a las normas de fuente interna⁶¹.

III. ÁMBITO EUROPEO

1. LA REGLAMENTACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATOS DE CONSUMO

La Unión Europea, como paradigma de integración regional, ha servido y sirve -más allá de las opiniones que esto pueda merecer- de modelo normativo⁶². El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) ha constituido un antecedente importante para la elaboración de la CIDIP V de México. Por tanto,

⁶⁰ El art. 2399 prescribe que “los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento de conformidad por otra parte con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de derecho civil de 1889”.

⁶¹ Véase D. HARGAIN, “Desafíos jurídicos de la contratación internacional”, en: F. de Souza Del’Olmo, *Curso de Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani De Amorin Araújo pelo seu 80º aniversário*, Río de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 182.

⁶² En este sentido véase C. ESPLUGUES MOTA, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho Internacional Privado en Europa”, *Rev. Der. Priv. Com.*, n° 20, pp. 481-496.

consideramos útil centrar nuestra atención en algunos de los aspectos principales de dicho instrumento convencional. Este Convenio se aplica a las obligaciones contractuales de carácter internacional⁶³. Con relación a la determinación del derecho que rige el fondo del contrato, el CR diferencia dos supuestos: de un lado, aquellos casos en que los contratantes se encuentran en una situación de igualdad o paridad contractual (contratos celebrados entre operadores económicos en ejercicio de sus actividades profesionales); aquí, las normas (arts. 3 y 4) son en principio neutrales, ya que no benefician ni perjudican a ninguno de los contratantes cuando se intenta determinar el derecho que rige el contrato. El CR establece reglas generales aplicables a todos los contratos; dichas reglas son bilaterales y de carácter dualista⁶⁴ ya que descansan sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y determinan también la ley aplicable al contrato cuando dicha ley no ha sido elegida por las partes. De otro lado, se observan dos supuestos que se caracterizan por la presencia de una parte que se encuentra en una posición más débil con relación a su cocontratante; así, existen normas especiales para contratos celebrados por los consumidores (art. 5) y para contratos de trabajo (art. 6)⁶⁵.

El art. 3.1 dispone que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. La elección deberá realizarse en forma expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. El art. 3.1 *in fine* acepta la posibilidad de que las partes puedan designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, admitiendo así el *depeçage*. Puede gustar o no -señala Fernández Arroyo-, “pero es difícil discutir que el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, sólo ha querido admitir la elección de una ley estatal, y que, aun cuando se permita el recurso a la *lex mercatoria* por la vía de la autonomía material (incorporación), su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso”⁶⁶.

Tal como lo permite el art. 3.2, los contratantes pueden elegir el derecho aplicable al contrato en cualquier momento, es decir, antes,

⁶³ El art.1.1 establece que las disposiciones del Convenio serán aplicables, en las situaciones que implican un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

⁶⁴ J. A. PÉREZ BEVIÁ, “Las obligaciones contractuales”, en: AA.VV., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 266.

⁶⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en: A. L. Calvo Caravaca / L. Fernández de la Gándara (dir.) / P. Blanco-Morales Limones (coord.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 64- 65.

⁶⁶ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Certezas y falsedades del Derecho comunitario europeo en la reglamentación de las relaciones privadas”, *Rev. Der. Priv. Com.*, n° 2, 2003, pp. 630-631. Véase asimismo C. ESPLUGUES MOTA, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho Internacional Privado en Europa”, *Rev. Der. Priv. Com.*, n° 20, p. 275 y A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 65), p.77.

durante o después a la conclusión del mismo. Del mismo modo, las partes pueden modificar la elección realizada en un primer momento a favor de otra ley; incluso, les está permitido cancelar la elección de ley que hubiesen realizado, de modo que el contrato pasaría a ser regido por el derecho designado por el art. 4. El art. 3.2. señala así que el cambio de ley aplicable no podrá perjudicar la validez formal del contrato a efectos del art. 9 (forma) y no afectará a los derechos de terceros.

De acuerdo a lo establecido en el art. 4.1, a falta de elección por las partes o cuando dicha elección no resulte válida, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Esta norma encuentra su base en el principio de proximidad. En los párrafos siguientes de esta norma (art. 4.2, 3 y 4) se fijan una serie de reglas que permiten presumir cuál es el derecho del Estado que está más estrechamente vinculado con el contrato⁶⁷. Finalmente, el art. 4.5 estipula la fijación de la ley del contrato a través de un método casuístico que funciona cuando las anteriores presunciones no operan o cuando existe un Estado con el que el contrato presenta vínculos más estrechos que aquél país al que conducen las aludidas presunciones⁶⁸.

El CR adopta entonces el principio de los vínculos más estrechos pero, para ponderar las circunstancias de cada caso en particular, tal principio opera junto con las presunciones legales establecidas en el mismo art. 4⁶⁹. Esta norma presenta tres presunciones, a saber:

a) una general, contenida en el art. 4.2, que presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual la parte del contrato que deba realizar la prestación

⁶⁷ Juenger ha sostenido que las disposiciones de la Convención de Roma sufren de serias deficiencias. Así, critica la fórmula utilizada en el art. 4.1 considerándola insatisfactoria y problemática ya que deja en duda la decisión del caso hasta último momento, dependiendo también de la sofisticación del juez o del árbitro y, por tanto, los resultados a que puede conducir tal criterio pueden “vacilar entre los basados en la geografía y aquellos inspirados por la teleología”. También ha criticado la utilización de la prestación característica, sosteniendo que “el intento de la CR de localizar los contratos por medio de un concepto misterioso, casi místico no es más que otro producto no convincente de adivinación más que de investigación. (...) el concepto de la prestación característica no mejora el enfoque de la *proper law* como debería, sino que choca con la idea misma de este enfoque, que intenta averiguar la sede de las relaciones jurídicas”. F. K. JUENGER, “El derecho aplicable a los contratos internacionales”, *ADDUI*, n° 23, 1994, pp. 50-53.

⁶⁸ Véase A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 56), p. 88-90.

⁶⁹ Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que el concepto de vínculos más estrechos es un concepto jurídico indeterminado y que el CR no brinda de manera expresa las pautas que debe seguir el intérprete, es decir, no suministra un catálogo cerrado de circunstancias a valorar, ni precisa la importancia de las mismas pues siempre dependerá del caso en particular que se esté analizando. Se exige entonces un fuerte despliegue de actividad jurisprudencial en la que cuenta la sensibilidad del órgano jurisdiccional para detectar cuál es la conexión más estrecha y fijar los criterios que permitan establecerla. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 65), p. 100-102.

característica⁷⁰. Si se tratase de una persona jurídica, debe tenerse en cuenta el lugar donde se encuentre su administración central y si el supuesto refiere a contratos celebrados por personas en el ejercicio de su actividad profesional deberá considerarse el país en que se encuentre su establecimiento principal o, en el caso de que según el contrato la prestación debiera ser realizada por un establecimiento distinto del principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento. A fin de evitar problemas de conflicto móvil, la norma establece que la residencia del prestador característico debe concretarse en el momento de la celebración del contrato.

b) Una de carácter particular (art. 4.3) que indica que cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que está situado el inmueble.

c) Una tercera presunción, también de naturaleza particular se encuentra en el art. 4.4 con relación al contrato de transporte de mercaderías; aquí se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de conclusión del contrato si dicho país coincide con aquél en el que está situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor.

El art. 4.5 prevé dos casos en los cuales las presunciones enunciadas no funcionarán: cuando no pueda determinarse la prestación característica y cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, diferente obviamente de aquél al que conducen las presunciones⁷¹.

Mas allá de los comentarios y críticas que ha recibido este Convenio, lo cierto es que ha servido de fuente de numerosos artículos de la Convención interamericana. Ambos instrumentos receptan la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable (art. 7 Convención de México, art. 3 CR) y, en defecto de elección, consideran que el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos (art. 9 Convención de México, art. 4 CR), adoptando de esta forma una conexión flexible. Sin embargo, la Convención de México no contempla las presunciones del Convenio europeo y suprime la noción de prestación característica como criterio

⁷⁰En un contrato bilateral o de prestaciones sinalagmáticas, la prestación característica es aquella que distingue un contrato de otro, la prestación que diferencia a un contrato de los demás, la que tiene virtualidad localizadora (la entrega de la cosa en una compraventa, por ejemplo); en términos generales, no es la prestación de carácter dinerario. Véase A. F. SCHNITZER, "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *Recueil des Cours*, t. 123, 1968, pp. 545 ss. Pueden verse las críticas a este criterio formuladas por F. K. JUENGER, "La Convención europea sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense", *ADDUI*, n° 14, 1982, pp. 201-204, y por A. BOGGIANO (nota 4), pp. 280-281.

⁷¹ Véase M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en: AA.VV., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 178-188.

orientador. El CR contiene normas específicas para regular a los contratos con partes débiles, vale decir, contratos celebrados por consumidores (art. 5) y contrato individual de trabajo (art. 6), normas que no se encuentran en la Convención de México.

Centrándonos en los contratos de consumo, la norma de conflicto del art. 5 del CR de 1980 determina “el derecho aplicable a los contratos concluidos por consumidores”⁷². En este tipo de contratos es usual que el empresario que vende o presta sus servicios al consumidor, de algún modo, imponga a éste una determinada ley. Debido a la disparidad en el poder negociador ya que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, el consumidor –como parte débil- termina a la larga aceptando tales condiciones.

El CR protege algunos contratos concluidos por consumidores que cumplan determinadas condiciones “materiales” y “espaciales” o “internacionales”. Con relación a las “condiciones materiales”, la norma exige que se trate de un contrato que tenga 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, se incluyen los contratos destinados a la financiación de tales suministros de bienes y servicios y, de acuerdo al art. 5.5, los contratos que, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento (*Package Tours*). El art. 5.4 precisa que la regulación del art. 5 no se aplicará a: 1) los contratos de transporte, y 2) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual (como por ejemplo, los servicios de alojamiento en hotel y cursos de idiomas desarrollados exclusivamente en Estados diferentes al Estado de residencia habitual del consumidor). También resultan excluidos: a) los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble (venta y alquiler de inmueble, por ejemplo), b) contratos cuyo objeto sean derechos incorporales (licencia de marca, patente, contrato de edición) y c) contratos que tengan por objeto suministro de bienes, servicios o concesión de créditos a una persona para un uso relativo a la actividad profesional de la misma⁷³.

Con respecto a las condiciones “espaciales” de aplicación, el art. 5.2 del Convenio exige que exista algún factor que localice la operación de consumo, ya sea en forma total o parcial, en el Estado de residencia habitual del consumidor. El consumidor que resulta protegido es el denominado “consumidor pasivo”, vale decir, aquél que recibe en su país ofertas de consumo que provienen de países extranjeros. Así, para

⁷² Véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 238-240 y 286-287.

⁷³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional: Conceptos generales”, en: *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 5ª ed., Granada, Comares, 2004, p. 578.

que se aplique el art. 5 deberán darse alguna de estas circunstancias⁷⁴ (art. 5.2):

- 1) que la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país (país de la residencia habitual del consumidor), por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato (ventas por televisión, radio, a través de catálogos), o
- 2) que la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en el país de la residencia habitual de éste (ventas efectuadas en exposiciones o ferias internacionales llevadas a cabo en ese país), o
- 3) que el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.⁷⁵

De acuerdo a lo señalado, si se está en presencia de un contrato celebrado por consumidores que cumple con las condiciones materiales y espaciales de aplicación que exige el art. 5, dicho contrato se registrará, en primer término, por el derecho elegido por las partes contratantes y, en defecto de tal elección, por la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual.

En primer lugar, el art. 5.2 establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3 (libertad de elección), 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”. Las disposiciones imperativas a que alude el art. 5.2 son las normas que la ley del país de residencia habitual del consumidor no permite derogar por contrato. Son las normas no dispositivas a las que se refiere el art. 3.3⁷⁶. De

⁷⁴ Seguimos aquí la exposición de A.-L- CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 73), pp. 578 ss.

⁷⁵ Resultan muy ilustrativos a fin de comprender las condiciones de aplicación del art. 5 los siguientes ejemplos dados por A.-L- CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 73), p. 578. Así, Caso 1: “Un turista español de viaje en Inglaterra compra ciertos bienes. Posteriormente reclama la protección de las leyes españolas invocando el art. 5 CR. Sin embargo, éste no es aplicable, pues no concurren las condiciones espaciales que exige el art. 5 CR, dado que fue el turista español quien se ‘integró’ en el mercado extranjero, aceptando los riesgos que ello comporta. La ley aplicada al contrato es la fijada por los arts. 3 y 4 CR: Ley elegida por las partes y en su defecto, la ley de residencia del prestador característico, que será la ley inglesa”. Caso 2: “Un dentista español con residencia habitual en Madrid adquiere libros antiguos previa oferta procedente de una empresa alemana. El contrato está cubierto por el art. 5 CR, pues se trata de una actividad ajena a la actividad profesional del dentista: su objeto es la venta de objetos muebles corporales y ha sido precedida de una oferta dirigida desde Alemania a España”.

⁷⁶ Art. 5.3: “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un Tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las

manera tal que será necesario efectuar una labor de “comparación” entre la ley elegida por las partes y la ley del Estado de residencia habitual del consumidor: así, si el derecho elegido brinda una mayor protección al consumidor en relación al punto que se discute, ésta se aplicará, mientras que resultará aplicable la ley del Estado de residencia habitual del consumidor si sucede lo contrario.

En segundo lugar, es claro que en defecto de elección por las partes, entrará a regir el contrato la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor. La aplicación de esta ley intenta favorecer a la parte típicamente débil de los contratos de consumo ya que se aplica la normativa que el consumidor conoce, la ley del país en cuyo mercado se ha llevado a cabo, al menos en parte, el contrato de consumo. Tal como se ha sostenido “el empresario crea el riesgo de internacionalidad, aumenta sus perspectivas de ganancia, y es justo que asuma también la aplicación de la ley del país en cuyo mercado se sumerge”⁷⁷, es decir, la ley del Estado de residencia habitual del consumidor.

La forma del contrato no se encuentra regulada en el art. 5, el cual sólo se refiere al derecho que rige el fondo del contrato; por ende, deberá acudir al art. 9.5 que sujeta este tema a la ley del país de residencia habitual del consumidor⁷⁸.

Ahora bien, no todos los contratos celebrados por consumidores se encuentran dentro del ámbito de protección establecido por el Convenio. Una gran cantidad de contratos internacionales de consumo queda fuera del art. 5, ya sea porque no entran dentro del concepto material de “contratos de consumidores” que brinda la norma, o porque no se cumplen las condiciones especiales que la disposición requiere. No obstante, a pesar de que dichas relaciones no sean reguladas por el CR, se ha puesto de relieve que sigue existiendo una parte débil que merece protección; en este sentido, Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que la “superación” del art. 5 del Convenio está llegando por dos frentes: por una parte, las Directivas comunitarias procuran proteger al consumidor en aquellos casos excluidos por el art. 5 y, por la otra, existen también Directivas comunitarias que disponen una protección al adquirente en casos excluidos del art. 5 por no cumplir las condiciones materiales de su aplicación⁷⁹. De acuerdo a la opinión de los mencionados autores, las “correcciones” impuestas al art. 5 por vía de las Directivas comunitarias son criticables ya que aumentan el número de normas de DIPr que determinan el derecho aplicable al contrato de consumidores, generando muchas veces contradicciones que dan lugar a un “laberinto normativo de oscuras

disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’.”

⁷⁷ A.-L- CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 73), p. 579.

⁷⁸ El art. 9.5 dispone: “Las disposiciones de los apartados precedentes no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del art. 5 celebrados en las circunstancias descritas en su apartado 2. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor”.

⁷⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 73), p. 580.

intenciones”; por otra parte, las Directivas solamente cubren los supuestos materiales objeto de su regulación (cláusulas abusivas, contratos a distancia), mientras que muchos aspectos de la contratación por consumidores queda sin tutela en los casos internacionales. A esto se suma que las normas de DIPr de las Directivas sobre consumidores han sido desarrolladas a través de disposiciones de DIPr de fuente nacional que, obviamente, cambia de país a país, lo que genera un “caos normativo de DIPr”. Así las cosas, los profesores españoles citados señalan con claridad que resulta necesaria una reforma urgente del art. 5 de la Convención de Roma. Según ellos, “a dicha reforma debería preceder una re-armonización sistemática de los derechos nacionales comunitarios sobre protección del consumidor, hoy día inconexos y en los que se observa un desarrollo errático”⁸⁰.

2. LA LEY SUIZA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La ley suiza de 1987 en su art. 120 (contratos concluidos con consumidores) dispone que: “1. Los contratos relativos a una prestación de consumo corriente destinada a un uso personal o familiar del consumidor, y que no esté en relación con la actividad profesional o comercial del consumidor, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor: a) si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado; b) si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato, o c) si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a trasladarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él el pedido. 2. las partes no pueden elegir el derecho aplicable”.

3. LA LEY ITALIANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El art. 57 de la ley italiana de 1995 regula lo atinente a las obligaciones contractuales y dispone que “Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificada por la Ley n° 975, del 18 de diciembre de 1984, sin perjuicio de lo previsto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables”.

⁸⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 73), pp. 581-582.

4. EL CÓDIGO BELGA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El art. 98 del Código belga en su art. 98 § 1^{er} establece que el derecho aplicable a las obligaciones contractuales es determinado por la Convención de Roma de 1980.

IV. LA “CONSTRUCCIÓN” DE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A ESCALA AMERICANA A TRAVÉS DE LA LABOR DE LA CIDIP

Coincidimos con la Prof. Lima Marques en que, ante la falta de protección especial del consumidor en las normas de DIPr interamericanas, resulta necesario contar en el ámbito de “las Américas” con una convención regional específica. Tal convención debería abordar, no sólo las cuestiones de derecho aplicable, sino también las atinentes a la jurisdicción internacional.

Lima Marques en su trabajo ha puesto de relieve que en la mayoría de los países de América Latina las leyes nacionales de defensa o protección de los consumidores raramente incluyen normas de DIPr especiales para tutelar de manera efectiva a las partes más débiles. Las normas de DIPr de fuente interna, por lo general, suelen ser de antigua data y, desde la perspectiva convencional, las CIDIP’s no han impuesto ninguna conexión más favorable específicamente sobre la protección del consumidor. Ante este panorama Lima Marques sostiene que el sistema interamericano está claramente abierto al comercio internacional y a la regionalización, pero que todavía posee un ordenamiento jurídico que presenta lagunas y que resulta insuficiente para proteger a los agentes económicos más débiles del mercado, vale decir, los consumidores. Por ende, una evolución sería necesaria en este plano de manera tal de armonizar los intereses del mercado con la idea de respeto a los nuevos derechos humanos⁸¹. Compartimos estas afirmaciones

La profesora brasileña ha puesto de relieve en diversas oportunidades que, al analizar algunas reglas nacionales de DIPr de los países interamericanos y las opiniones doctrinarias, que existe un criterio prácticamente unánime sobre la necesidad de proteger especialmente al consumidor y así, la autonomía de la voluntad (ilimitada, entendemos) constituye una regla “no oportuna” si una de las partes de la relación es más débil que la otra⁸².

⁸¹ Véase C. LIMA MARQUES (nota 23), pp. 1507-1510.

⁸² Véase C. LIMA MARQUES (nota 23), pp.1519-1522, especialmente p. 1522. Vid. asimismo el art. 3117 del Código Civil de Québec con relación al derecho elegido por las partes en los contratos de consumo; establece en su última parte que “*en l’absence*

Ahora bien, la realidad indica que el consumidor es la parte débil del contrato y, por lo tanto, lo único que en justicia cabe es intentar protegerlo de la mejor, más rápida y segura manera. En este sentido, creemos que la redacción que debe darse al art. 2 debe ser lo más clara y precisa posible, a fin de evitar interpretaciones erróneas o dificultosas.