

OBSERVACIONES Y PROPUESTAS SOBRE LAS REGLAS GENERALES Y EL CAMPO DE APLICACIÓN del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil

Parte II- Art. 1 y Art. 5

Por Claudia Lima Marques, delegada brasilera

2 – Sugerencia y revisión de la propuesta brasilera - artículo 1

Como se afirmó, el propósito de esta Propuesta de Convención de Brasil es fijar pautas claras para un fenómeno especial y creciente del comercio internacional que es el consumo internacional a distancia y electrónico,¹ así como el turismo de masas² y sus contratos nuevos (time-sharing, paquetes turísticos etc.).³ El artículo 1 de la propuesta define *consumidor stricto sensu*.

En el foro hubo consenso sobre la necesidad de definir al consumidor para los efectos de esta Convención. La discusión en el foro dejó claro que no hay dudas sobre el hecho de que la persona física, no profesional, es el típico consumidor internacional (Art.1.1), que debe ser protegido de forma especial por reglas claras de conflicto de leyes.

Así, ninguno de los delegados se manifestó contra el espíritu del texto del Art. 1.1, al contrario consideraron que el texto podría ser más amplio. En el foro muchos de los honorables delegados sugirieron ampliar esta protección para las personas jurídicas (Art.1.1 y 1.4), sea a través de nuevas normas basadas en otros principios (destinatario final, como Uruguay o, pequeña y mediana empresa, como la ley Mejicana), sea retirando del texto del Art. 1.1 el adjetivo "física" (Argentina).

De la misma manera, sugirió Uruguay definir de forma más detallada quien es el proveedor (Art.1.1) y la relación de consumo. Algunos consideraron la abertura sistemática del Art. 1.4 insuficiente para soportar la inclusión de personas jurídicas (honorable delegadas A. Dreyzin de Klor y Paula All de Argentina) o muy amplia (honorable delegados de Argentina y Uruguay). También las definiciones especiales de consumidor en

¹ Sobre las diversas categorías o clases de comercio electrónico, nacional y internacional, entre empresarios (B2B) y entre empresarios y consumidores (B2C), vea ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid: Civitas, 2001, p.22ss. También HARGAIN, Daniel. Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: planteo general, in RIPPE, Siegbert et alli, *Comercio electrónico-Análisis jurídico multidisciplinario*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Bdef, 2003, p. 29-37.

² Vea LEÓN ARCE, Alicia de. *Contratos de consumo intracomunitarios – Adquisición de vivienda y viajes combinados*. Madrid: Eurolex, 1995, TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor* 26, p. 83-95 y AMARAL Jr. Alberto. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor* 26, p. 9-17 y GARCÍA RUBIO, Mará Paz. *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*. Madri: Montecorvo, 1999 y SPODE, Guinther. Turismo e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 35, p. 132-143.

³ Vea el libro de GHERSI, Carlos Alberto y LOVECE, Graciela. *Contrato de tiempo compartido (Timesharing)*, Buenos Aires: Universidad, 2000 y KEMELMAYER DE CARLUCCI, Aida. El tiempo compartido (mal llamada multipropiedad) y la defensa de los consumidores en el derecho comunitario europeo. Posible proyección al Mercosur. *Derecho del Consumidor* 7, Buenos Aires, 1996, p. 92ss. LETE ACHIRICA, Javier. *El contrato de multipropiedad y la Protección de los Consumidores*. Barcelona: Cedec, 1997.

caso de contratos de viaje y tiempo compartido (Art.1.3) fueron consideradas incluidas en los antecedentes o poco inclusivas, necesitando incluirse la figura del consumidor persona jurídica (Argentina).

Las sugerencias fueron tantas y tan diferentes que me parece necesario para responder a las objeciones, aclarar nuevamente, en defensa del texto del Art.1, algunos puntos básicos. Dividiré el tema en dos partes:

1. La necesidad de una definición restringida de consumidor en una convención internacional sobre contratos: presunción implícita a beneficiar el consenso sobre personas físicas como consumidoras frente a profesionales en el escenario internacional;
2. La posibilidad de apertura sistemática para personas jurídicas,
3. La necesidad de un preámbulo y el problema de las fallas del mercado.

2.1. La necesidad de una definición restringida de consumidor en una convención internacional sobre contratos: presunción implícita a beneficiar el consenso sobre personas físicas como consumidoras frente a profesionales en el escenario internacional – Art. 1.1.

La delegación brasilera está convencida, después de 15 años de práctica con la utilización del criterio del destinatario final en su legislación nacional (vea parte I, c.2 sobre vulnerabilidad), que es necesario mantener en esta Convención sobre contratos internacionales de consumo **una definición inicial restringida de consumidor**, como la del Art. 1.1 , a beneficiar solamente las personas físicas que contratan frente a un proveedor o profesional.

Esta definición relacional genérica (solamente para contratos entre una persona física-consumidora y un proveedor-profesional) consideramos que es la mejor en el escenario internacional. Por detrás de esta definición esta el **consenso mundial**⁴ que estas personas físicas son los consumidores típicos a proteger y tutelar (en los EU, Canadá y en la legislación europea, como demostró el maravilloso estudio de las honorables delegadas argentinas Adriana Dreyzin de Klor y Paula All sobre la definición de consumidor).

Más importante aún es que esta definición beneficia mucho a las personas físicas que contratan en el escenario internacional al crear para ellos (y solamente para ellos, así la importancia de no retirar la expresión "físicas", como sugirieron algunos delegados) una **presunción positiva que son consumidores** todas las veces que contratan con profesionales internacionalmente.

En otras palabras, mantener el Art.1.1 con la redacción como lo propuso Brasil no impide que en otros numerales del Art. 1 se beneficien las personas jurídicas, pero significa aprovechar el consenso sobre interpretar que tratándose de una persona física, su debilidad

⁴ Vea por todos BOTANA GARCÍA, Gema and RUIZ MUÑOZ, Miguel (Coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 1999, p. 8 y seg.

es intrínseca y presumida, tratándose presumidamente de un consumidor protegido por las otras reglas de esta convención.

En el art. 1.1. sSe realiza así una **inversión implícita de la carga de la prueba**, una vez que la persona física contrata internacionalmente para fines extraños a su profesión se presume consumidor. Si el profesional se trata de un otro profesional adquiriendo productos que puede agregar en su servicio (por ejemplo, un profesional liberal, un abogado o médico etc.) con la manutención del Art. 1.1 como se encuentra, mismo en este caso se presume que es un consumidor y la carga de la prueba es del proveedor-profesional.

Tres argumentos son importantes decisivos para que se mantenga el Art.1.1 así como fue propuesto por Brasil son:

1. Es mucho más fácil para el profesional o proveedor en América prever (**previsibilidad jurídica**) que toda persona física que con el contrata internacionalmente en América será considerada consumidor (sea o no, en el caso concreto destinataria final económica del producto o servicio) y trabajar con las excepciones (profesionales liberales) o abusos (fraudes de profesionales que intenten utilizar la Convención no siendo verdaderos consumidores que contratan fuera de su profesión) que, en contrario, enfrentar el criterio "flou" y concreto del "destinatario final".
2. Es mucho más seguro (**seguridad jurídica**) y previsible (**previsibilidad jurídica**) para el profesional elaborar un contrato para las personas físicas, eligiendo una ley "favorable" al consumidor, mismo la de su sede social, y otra para sus negocios con otros profesionales, personas jurídicas o físicas (como representantes comerciales, agentes etc.). En general, los comerciantes tienen estos dos tipos de contratos en el comercio nacional y aún con la convención podrían expandir sus negocios para el consumo internacional con seguridad y previsibilidad, sin tener que depender de la decisión final de un juez nacional que considerará a una persona jurídica destinataria final del producto.
3. Es mucho menos costoso (**reducción de costos y fomento al consumo**) prever de manera clara que todas las personas físicas frente a este profesional serán consideradas consumidoras. Esta decisión reduce costos para el profesional, que puede adaptarse a los efectos de esta Convención creando –previa y unilateralmente un contrato de adhesión para todos los consumidores americanos, en las lenguas de estos países, fomentando el aumento de mercado de sus productos frente a los consumidores, adaptándose a los parámetros de elección de la ley posible según la CIDIP (un solo contrato para todos los consumidores de América!). Esta decisión reduce costos para el consumidor, que presentándose frente al profesional como persona física puede contar con la protección de la futura CIDIP (presunción de protección).

En este sentido, la delegación de Brasil desearía requerir a los honorables delegados y expertos que reflexionen sobre la importancia de hacer una Convención, la más fácil posible para ser efectiva, que pueda ser ratificada por el mayor número posible de países (y así proteger el mayor número posible de consumidores de los países americanos), pero lo menos costosa posible para los buenos profesionales de América.

Punto importante del espíritu de la Convención es el texto del Art. 1.1.

Pensamos que si es útil, justo y pragmático empezar en materia de contratos de consumo internacional con una definición restringida de consumidor (y diferente de las malas

experiencias nacionales, en muchos países, como en Brasil con el criterio del destinatario final) nada impide de que en las demás definiciones del artículo, se amplíe o flexibilice esta **definición stricto sensu de consumidor**.

También consideramos posible, aceptando las sugerencias de algunos honorables delegados, que se pueda aportar junto con la expresión "**profesional**" también la expresión "**proveedor de bienes y servicios**".

Así, sería la sugerencia de Brasil, mantener el Art. 1.1 con el siguiente texto:

"Art. 1 - Definición de Consumidor

1. A los efectos de esta Convención se entiende por Consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional [o proveedor de bienes y servicios] y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional."

Si los honorables delegados consideraron que es necesario definir proveedor de bienes y servicios, la definición brindada por el Protocolo de Santa María (propuesta Argentina) e incorporada por el proyecto de Uruguay puede servir como base para una definición amplia de proveedor.

2.2. La posibilidad de abertura sistemática para personas jurídicas (Art.1.2 y 1.4), exclusiones del Art. 5 y las definiciones especiales de consumidor (Art.1.3)

Otro punto importante en lo que se refiere a la definición de consumidor en contratos de consumo internacional son las sugerencias de muchos honorables delegados (Uruguay, Argentina, El Salvador e INDEP) de incluir a las personas jurídicas como consumidoras posibles, destinatarias finales de bienes y servicios en América.

Sobre este punto, la delegación de Brasil no tiene opinión formada y los cultos argumentos aportados por las honorables delegadas de Argentina y El Salvador están siendo considerados con mucha importancia.

Para la decisión quedan **algunas dudas**, que pasamos a exponer, en el sentido de contribución a esta reflexión.

a. La posibilidad de inclusión de las personas jurídicas en el Art. 1.2 y manutención del 1.3

La primera meta de esta propuesta de convención es diferenciar los contratos de consumo internacionales de los contratos internacionales de comercio entre profesionales, imponiendo reglas especiales de conflicto para los contratos a distancia de consumo, especialmente en el comercio electrónico (Art. 2,1) y reglas más tradicionales para los contratos de consumo concluidos por los consumidores turistas (Art. 2.2), así como reglas especiales para dos nuevos tipos de contratos de adhesión con consumidores, contratos de viaje y turismo en paquetes o grupos (Art. 6) y contratos de tiempo compartido o time-

sharing (Art.7). La meta presupone la diferenciación entre profesionales o no (laicos, profanos, no-experts).

Así la primera pregunta es si la introducción de las personas jurídicas como consumidores, **no puede perjudicar la aceptación de la Convención** que preparamos, una vez que hay que diferenciar el ámbito de aplicación de la Convención nueva, del ámbito de aplicación de la **CIDIP V de México de 1994**.

Si la diferencia no es la presencia del consumidor persona física, sino la de todos los destinatarios finales, las leyes nacionales generalmente hacen una distinción sea por el **criterio de debilidad (o "vulnerabilidad"** en la Ley 8.078 de 1990 de Brasil, vea parte I) o de no inclusión en el proceso de producción o distribución (como el Proyecto de Uruguay). Sobre este tema, me parece que sería necesario profundizar y que la experiencia brasilera puede contribuir (a seguir punto 2.2.a).

La segunda pregunta sería sobre **la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en el Art. 1.2 de la propuesta de Convención**, de modo a preservar el espíritu de la Convención, con una presunción a favor de las personas físicas y una previsión mas, para los casos de destinatario final. También nos parece importante preservar el Art. 1.4, una vez que la *lex causae* (normalmente escogida por el proveedor en su contrato con consumidores) puede tener algún otro tipo de equiparación, a favor de los terceros de la relación contractual, que en el momento se nos escapa.

El texto del Art. 1.2 fue criticado por el honorable delegado de Uruguay una vez que menciona familiares del consumidor, que son personas físicas. Realmente si el foro tiene como espíritu expandir la protección no se hace necesario mencionar apenas los familiares, destinatarios finales, sino a todos los que se encuentran en esta posición. Pensamos así que la inclusión de la persona jurídica, siendo en el futuro decidida por este foro, puede ser incluida, en el Art.1.2, de forma de preservar la metodología de la Convención, haciendo una propuesta concreta de texto:

2. Se consideran también consumidores a las personas físicas o sus representantes legales y las personas jurídicas, que adquieran, almacenen, utilicen o usufructúen los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales, [sin integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros]. (agregados tomados del Art.1 del Proyecto Uruguayo del Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergmann y de sugerencias de los delegados)

Las expresiones agregadas a esta sugerencia para el Art. 1.2 fueron tomadas principalmente del Art.1 del Proyecto Uruguayo del honorable Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergmann. La inclusión de las personas jurídicas con este texto no perjudicaría la presunción que las personas físicas cuando contratan con profesionales o proveedores son consumidoras (Art. 1.1) y la inclusión de las personas físicas nuevamente en el Art. 1.2 es por una cuestión de lógica, una vez que son destinatarias finales, efectivamente si contratantes (Art.1.1) o *bystanders* de los contratantes (Art.1.2), así muy buen aporte de los delegados de incluir a los representantes legales de los incapaces.⁵

⁵ Nótese que la ley norteamericana sobre firma electrónica, U.S. - ELECTRONIC SIGNATURES IN GLOBAL AND NATIONAL COMMERCE ACT, de 8.06.2000, tiene esta definición de consumidor: "2000 - SEC. 106. DEFINITIONS. For purposes of this title: (1) Consumer.--The term ``consumer" means an

No sería así necesario la equiparación a consumidores (proyecto Uruguayo) una vez que se hubiera aceptado el **criterio del destinatario final**.

También el Art.1.3 con **definiciones especiales**, que fue elogiado por los honorables delegados, podría ser mantenido. Veamos.

b. La inclusión de personas jurídicas, la CIDIP V de MéjicoMéxico de 1994 y el Art. 5 del proyecto brasilero

El magnífico estudio de las honorables delegadas de Argentina, Adriana Dreyzin de Klor y Paula All sobre la definición de consumidor explicitó **las enormes discusiones jurídicas nacidas en la jurisprudencia y la práctica brasilera con este criterio del destinatario final** [sin un agregado como el sugerido por el honorable delegado de Uruguay sobre la utilización como insumo de la producción o actividad profesional).

En Brasil, en estos **15 años de práctica con el criterio del destinatario final**, como criterio principal, tuvimos muchos problemas con los **profesionales autónomos** (o registrados) y **agricultores** (personas físicas), que adquieren productos o servicios de **utilización mixta**, como automotores, motos y mismo camiones o tractores, los cuales - así como taxistas - fueron considerados consumidores, por el criterio del destino de hecho del producto y su debilidad en el contrato de adhesión nacional. Este es el motivo por el que la delegación de Brasil **insiste en mantener el Art. 1.1** con su texto aquí sugerido como criterio relacional principal y mantener el Art. 1.2 sobre el destino final, como criterio subsidiario.

En verdad, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil necesito **14 años para consolidar una posición, que denominamos "finalista" o restrictiva sobre las personas jurídicas**, posición que distingue entre consumidor final intermediario de hecho (otro pequeño, mediano o grande profesional que contrata productos o servicios como destinatario final de hecho, para integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros) y consumidor "vulnerable" destinatario final, de hecho y económico, que retira el producto o servicio de la cadena de producción o distribución.

Mismo así en determinados contratos como los de **seguros** (siempre el co-contratante o el tercero beneficiario es destinatario final de hecho del servicio de garantía), de **transporte y contratos financieros y tarjetas de crédito** hay una flexibilización para incluir algunos de estos profesionales personas jurídicas como consumidores.

Así es muy importante recordar y mantener **las exclusiones del ámbito de aplicación de la Propuesta Convención** presentes en el Art. 5 del proyecto brasilero:

Art. 5 Temas excluidos

1. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta convención:
 - a. los contratos de transporte regulados por Convenciones Internacionales;
 - b. los contratos de seguros;

individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual." En traducción libre: "(1) Consumidor- El término consumidor significa un individuo que obtiene, a través de una transacción, productos o servicios los cuales serán usados primariamente para fines personales, familiares y en su casa y también significa el representante legal de tal individuo."

- c. las obligaciones contractuales excluidas expresamente del campo de aplicación de la CIDIP V sobre contratos internacionales.
- d. los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;
- e. los demás contratos y relaciones de consumo, y las obligaciones resultantes de ellos, envolviendo consumidores regulados por convenciones específicas;

Nótese que en esta sugerencia de redacción del Art. 1.2 estamos intentando dejar clara la exclusión del Art. 5.d, al **preservar el ámbito de aplicación de la CIDIP de MéjicoMéxico de 1994**. Así excluidos quedarían: "*d. los contratos comerciales internacionales entre comerciantes o profesionales;*"

En este sentido, si al final, el foro considera mejor agregar la protección de las personas jurídicas, será mejor agregar el criterio de destinatario final, la sugerencia de Uruguay: **sin integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.**

La delegación brasilera considera que el criterio de la ley mexicana de 2004, de tutelar solamente a las pequeñas y medianas empresas, es muy interesante para **una ley nacional**, pero de **difícil realización en una convención** o instrumento para el comercio internacional, en tempos de comercio electrónico..

Este **testimonio sobre las dificultades brasileñas** con el criterio del destinatario o usuario final de bienes y servicios en la sociedad de información de hoy (vea parte I, 2.c sobre vulnerabilidad), solamente puede ser completo si aclaramos que el Superior Tribunal de Justicia (Corte Civil Suprema) y el Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional) de Brasil se manifestaron **en contra del criterio de destinatario final cuando el contrato internacional es concluido por una persona jurídica.**⁶

En diciembre de 1999, el Supremo Tribunal Federal (STF), en el caso TEKA v. AIGLON,¹³¹ apoyó esta visión finalista del campo de aplicación del Código de Defensa del Consumidor (CDC), en una decisión que merece nuestra atención: En este caso entre dos grandes empresas, la Tecelagem- empresa de tejidos- brasilera compró algodón para hacer sus productos y fue condenada a pagar cierto monto por un laudo arbitral extranjero. En el momento de la homologación de la sentencia arbitral por el STF, alegó la persona jurídica brasilera ser "consumidora" de algodón (efectivamente "consumido"/modificado para elaboración de tejidos) y que, como tal, no tendría el contrato seguido los cuidados necesarios con atención sobre las cláusulas limitativas de derechos del consumidor (Art. 54 del Código de Defensa del Consumidor), así como los deberes de información frente al consumidor no habrían sido cumplidos (Art. 18, 30, 46, 54 del CDC), que tal cláusula de elección del foro o jurisdicción (en el caso, del árbitro) sería nula, una vez que no se aplican a los consumidores por fuerza del Art. 51 VII del CDC (instancia "compulsiva").

En este *leading case*, el Supremo Tribunal Federal dejó bien claro que el comercio internacional de producción (importación de insumos dentro de su profesionalidad) no está comprendido por el CDC y que el destino final exigido por el Art. 2º del CDC debe tener en cuenta las circunstancias del caso: "*De igual forma, el laudo registrado por escrito por la Liverpool Cotton Association Ltd. nada tiene que ver con el Código Nacional de Defensa del Consumidor, para excusarse la deudora de la obligación asumida, por no aplicarse a la empresa importadora del producto destinado al consumidor final, conforme prevé el Art. 2º, que define al consumidor como toda "persona física o jurídica que adquiere o utiliza un*

⁶ Véase mi libro con LORENZETTI, Ricardo y LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, 503 e seg.

producto o servicio como destinatario final."⁷

El Superior Tribunal de Justicia (corte civil) también siguió el mismo camino, en caso de Hospitales que importaron máquinas quirúrgicas, mismo si tales hospitales eran Santas Casas (sin fines lucrativos) o clínicas (pequeñas o medianas empresas),⁸ pero eran experts profesionales del tema y optaron por utilizar el comercio internacional.⁹

Esta es una realidad brasilera, una vez que la ley nacional no incluyó una excepción como estamos proponiendo (también presente en el Protocolo de Santa Maria del Mercosur, de sugerencia de Argentina, y la propuesta de Uruguay: "**destinatarios finales, sin integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros**").

De lo contrario, en Brasil si el consumidor es una persona física, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil puede así mismo considerar algunas normas del Código de Defensa y Protección del Consumidor (Ley 8.078/1990) como leyes de aplicación inmediata y normas de orden público internacional,¹⁰ o bien demostrar la diferencia de posicionamiento en favor de una protección internacional solamente de las personas físicas (manteniendo el Art. 1.1 como definición de consumidor *stricto sensu* de la Convención).

La delegación de Brasil tiene que estudiar cuales serán las consecuencias en esta jurisprudencia, si la futura Convención CIDIP VII incluye en la protección a las personas jurídicas. Lo mejor sería incluir en los considerandos de la Convención la noción de debilidad o (vulnerabilidad en portugués) y una explicación que las personas jurídicas tuteladas, son las que actúan fuera de su experiencia profesional ("**destinatarios finales, sin integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.**"). O mantener el art. 1.4, de la *lex causae*.

De lo contrario, en Brasil si el consumidor es una persona física, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil puede así mismo considerar algunas normas del Código de

⁷ Vea SENTENCIA EXTRANJERA IMPUGNADA Nº 5.847-1, Gran acuerdo promulgado el 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicada íntegra en Revista Direito do Consumidor, vol. 33 (abril/jun.)2000, p.253-262

⁸ Vea Superior Tribunal de Justicia: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. PREVALÊNCIA. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos - levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira - prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de São Paulo."(Conflito de Competência nr. 32.270-SP – STJ- j. 10.10.2001, Rel. Min. Ari Pargendler)

⁹ Vea también decision del Superior Tribunal de Justicia en este sentido, creando como criterio el valor del contrato : " FORO DE ELEIÇÃO. Empresa de porte. Contrato de adesão. Conexão. - É válida a cláusula de eleição de foro constante de contrato de valor aproximado de R\$ 1.000.000,00, celebrado por empresa de porte que se presume tenha condições de exercer a defesa no foro escolhido, embora se trate de contrato de adesão. - Inexistência de elementos para o reconhecimento da conexão. Recurso não conhecido.(RESp 304.678-São Paulo – 4ª T. – STJ – j. 05.04.2001 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

¹⁰ Vea *leading case* del Superior Tribunal de Justicia que responsabilizó la filial brasileña por la garantía de producto adquirido en los EUA (distribuido por la matriz en el Japón y producido posiblemente en Indonesia o China), de la marca Panasonic, todo según el Código Brasileño de Derecho del Consumidor, considerado "ley de aplicación inmediata". El Resp. 63.981-SP (www.stj.gov.br), cuyo relator fue el Min. Sálvio de Figueiredo, fue decidido el 4 de mayo de 2000, con la siguiente enmienda: "*Derecho del Consumidor. Mercadería adquirida en el exterior con el defecto. Obligación de la empresa nacional de la misma marca de reparar el daño. La realidad actual indica que estamos viviendo en un mundo de economía globalizada. Las grandes corporaciones perdieron la marca de la nacionalidad para se tornaron empresas mundiales. Salieron del provincianismo y alcanzaron universalidad. Por las peculiaridades de la especie, la Panasonic del Brasil Ltda. responde por el defecto de mercaderías de la marca Panasonic adquirida en el exterior.*"

Defensa y Protección del Consumidor (Ley 8.078/1990) como leyes de aplicación inmediata y normas de orden público internacional,¹¹ o bien demostrar la diferencia de posicionamiento en favor de una protección internacional solamente de las personas físicas (manteniendo el Art. 1.1 como definición de consumidor *stricto sensu* de la Convención).

Así es muy difícil con esta mala experiencia en el uso nacional del criterio de destino final y con su exclusión en el caso de personas jurídicas que actúen en el comercio internacional, aceptar sin cuestionamientos la inclusión de las personas jurídicas en esta Convención. Preferimos así, continuar reflexionando sobre el problema, en especial aclarar bien como será el diálogo o la complementariedad entre la CIDIP V de MéjicoMéxico sobre contratos internacionales y la propuesta de nueva CIDIP de protección de los consumidores en algunos contratos de consumo y mantener la propuesta de un Art.1.1 solamente para beneficiar a las personas físicas.

c. La mantención de la abertura sistemática del Art. 1.4 mismo con la inclusión de las personas jurídicas: una regla a favor de la *calificación lex causae*

La abertura sistemática que el Art. 1.4 aporta también nos parece muy importante y fue apoyada por algunos delegados, y nos parece muy positiva que se mantenga. Nótese que al contrario del proyecto uruguayo la propuesta brasilera no desea imponer la figura (conocida en la ley interna brasilera) del tercero "equiparado" a consumidor, pero si un "favor consumidor", si la ley indicada aplicable por la convención (*lex causae*) define de manera más amplia consumidor o sujetos "equiparados". El texto continuaría siendo:

"4. Si la ley indicada como aplicable por esta convención definiese de forma más amplia o beneficiosa a quien debe ser considerado consumidor o equiparase a otros agentes como consumidores, o el juez competente puede tener en cuenta esta extensión del campo de aplicación de la convención, si fuese más favorable a los intereses del consumidor."

Al contrario de lo que parecen afirmar los honorables delegados de Argentina el Art. 1.4 no es dispensable o causa inseguridad, al contrario, el Art. 1.4 es útil y aporta una ayuda importante para el juez o árbitro nacional, una vez que el "favor consumidor" aquí es una regla en verdad sobre "calificación", una técnica de Derecho Internacional Privado un poco compleja y diferente para los jueces nacionales. El propio proyecto de Código argentino de Derecho Internacional Privado¹² dispone en el Art. 6 último párrafo: "los demás conceptos utilizados por las normas de DIPr se definen de acuerdo con el derecho aplicable."

¹¹ Vea *leading case* del Superior Tribunal de Justicia que responsabilizó la filial brasileña por la garantía de producto adquirido en los EUA (distribuido por la matriz en el Japón y producido posiblemente en Indonesia o China), de la marca Panasonic, todo según el Código Brasileño de Derecho del Consumidor, considerado "ley de aplicación inmediata". El Resp. 63.981-SP (www.stj.gov.br), cuyo relator fue el Min. Sálvio de Figueiredo, fue decidido el 4 de mayo de 2000, con la siguiente enmienda: "*Derecho del Consumidor. Mercadería adquirida en el exterior con el defecto. Obligación de la empresa nacional de la misma marca de reparar el daño. La realidad actual indica que estamos viviendo en un mundo de economía globalizada. Las grandes corporaciones perdieron la marca de la nacionalidad para se tornaron empresas mundiales. Salieron del provincianismo y alcanzaron universalidad. Por las peculiaridades de la especie, la Panasonic del Brasil Ltda. responde por el defecto de mercaderías de la marca Panasonic adquirida en el exterior.*"

¹² ALL, Paula M. y DERYZIN DE KLOR, Adriana. Consideraciones generales sobre el artículo 1, presentado a este foro, p. 17.

En la opinión de la delegación brasilera las definiciones de la Convención son en verdad reglas de ayuda (*Hilfsnormen*) o "calificaciones" internas para ayudar al aplicador de la Convención. En algunos países latinoamericanos, como Brasil, los jueces no están acostumbrados a realizar calificaciones por la *lex causae* (*lex contractus*, en este caso). La calificación general es por la *lex fori* (que aquí será la convención) y las excepciones están siempre en la ley (Art. 8, 9 y 10, § 2º de la Ley de Introducción al Código Civil/1942). Así, en la opinión de la delegación brasilera, la futura Convención tiene que manifestarse claramente, ya que para beneficiar al consumidor (objetivo mayor de la Convención nueva de OEA) el juez puede verificar en la ley indicada aplicable por la Convención (*lex causae*) si ésta tiene una definición mayor o más beneficiosa de consumidor. Se señala que la CIDIP de Normas Generales de 1979 no contiene norma sobre calificaciones de los términos de DIPr., solamente una norma sobre calificaciones de las cuestiones previas o prejudiciales.

En países como Brasil, que mismo el reenvío es prohibido (Art. 16 de la Ley de Introducción al Código Civil, 1942) una regla como esta del Art. 1.4 representa una alerta para el juez de no considerar muy temprano que la futura convención de protección de los consumidores no se aplica, sin verificar cual sería la definición de la *lex causae*. Su utilidad en países con poco desarrollo en las técnicas de Derecho Internacional Privado sería muy grande, sin perjudicar a los proveedores, pues lo máximo que puede ocurrir es que las personas jurídicas sean incluidas como consumidoras por el Art. 1.4, tema que los honorables delegados tienen considerado justo, luego será "previsible" para los proveedores, que en la práctica escogieron, en contratos de adhesión y de forma no abusiva (Art.2), la *lex causae*.

Así la delegación brasilera se manifiesta por la manutención de la abertura sistemática del Art. 1.4, mismo con la inclusión de las personas jurídicas (primer caso que se imaginaba aplicable esta expansión), una vez que es una regla de favor y de ayuda en la "calificación" *lex causae*. Como explicitaron las honorables delegadas de El Salvador y otros, la manutención del Art. 1.4 contribuye para afirmar el espíritu tutelar de los consumidores del proyecto de Convención y la actualización metodológica del proyecto, una vez que flexibiliza mismo las reglas materiales de ayuda (*Hilfsnormen*), las definiciones de la Convención.

d. Necesidad de definiciones especiales del Art. 1.3 abiertas y sugerencia de definir los contratos internacionales de consumo en el Art. 1.5: rechazo a la idea de relación de consumo (proyecto de Uruguay) y posible modificación del título.

También considera la delegación brasilera que es **importante mantener las definiciones especiales de consumidores del Art. 1.3 del proyecto**. Como demostró el magnífico estudio de las honorables delegadas de Argentina, Adriana Dreyzin de Klor y Paula All, sobre la noción comunitaria europea de consumidor, las Directivas sobre tiempo compartido (que envuelven bienes inmuebles localizados en diferentes países, pero es en esencia un servicio, así trae en sí un *conflicto de calificaciones* entre la *lex loci contractus* y la *lex rei sitae*, sin hablar de los problemas de competencia absoluta en materia de inmuebles) necesita una definición propia de consumidor. **La definición del contrato de multipropiedad puede ser pensada (Art.1.3.d).**

Las interesantes observaciones de algunos honorables delegados criticando el texto (no el espíritu) de este proyecto brasilero, llevan a la delegación brasilera a **sugerir algunas modificaciones, en especial en el Art. 1.3, a .**

Como demostró el cultomagnífico estudio de las honorables delegadas de Argentina, Adriana Dreyzin de Klor y Paula All, sobre la noción comunitaria europea de consumidor de contratos de viaje o paquete turístico, aquí muchas veces el contratante principal es un **agente o una persona jurídica, el destinatario final una persona física no contratante** (tercero o bystander). Así, por sugerencia de los honorables delegados **se retira del Art. 1.3.a la expresión "contratante principal" y "física"**, pasando a permitir que las personas jurídicas y todos los contratantes, mismo no destinatarios finales puedan ser considerados consumidores.

Lo esclarecemos mejor, que el viaje combinado o paquete turístico es un contrato diferente del contrato de transporte (de mercaderías o personas) y aceptamos (si el foro así considera positivo) incluir una **definición de tiempo compartido**, siendo la aportada por los honorables delegados de EEUU y MéjicoMéxico **muy positiva** y aceptable (Art.1.3.d).

La delegación brasilera no comparte la necesidad de definir relaciones de consumo, una vez que el proyecto brasilero es principalmente sobre "contratos de consumo" y no sobre "relaciones jurídicas de consumo" o "actos" de consumo.

En el primero título de la propuesta de Convención tenía pensado apenas en la **publicidad y marketing anterior al contrato**, como "relaciones pre-contratuales" de consumo. La propuesta de Convención no trata de responsabilidad civil por accidentes de consumo y delitos (también relación de consumo), así mejor retirar la expresión "relaciones de consumo", que defini-la. En este foro de discusión el título de la propuesta brasileña es "Proyecto de Convención sobre Ley Aplicable a algunos Contratos de Consumidor".

Como aclara el excelente estudio de las honorables delegadas de Argentina, las definiciones de relaciones jurídicas de consumo son muy buenas para el derecho nacional, pero no para el DIPr, donde algunos países no aceptan estas definiciones o las tienen de forma más amplia.¹³ Este fue uno de los problemas del Protocolo de Santa Maria en el Mercosur.

De manera que personalmente concordaría **en la retirada del título de las relaciones de consumo**, que quedaría: *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos con el consumidor*. Un título más elegante para traducir y corto.

Mismo el proyecto argentino de Derecho Internacional Privado no define **relaciones de consumo y sí contratos internacionales de consumo**. El proyecto argentino de DIPr. es:

Art.68. Internacionalidad del contrato. Un contrato es internacional si tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato.

[...]

Art.79. Contratos celebrados con consumidores. 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

¹³ ALL, Paula M. y DRERYZIN DE KLOR, Adriana. Consideraciones generales sobre el artículo 1, presentado a este foro, p. 17.

por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos:

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

Así se observa que la definición de contratos internacionales es sencilla, como: un caso de DIPr. : *"tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato."*

Así la delegación brasilera considera que si una definición es necesaria, sería la de **contratos internacionales de consumo** y no la de relación de consumo (propuesta Uruguay) que no es el objeto de la convención y sirve solamente de criterio (limitador) para la definición de consumidor.

El mantenimiento del Art. 1.3 quedaría con el siguiente texto:

3. Para el caso de los contratos de viaje (paquete turístico y tiempo compartido), se considerarán consumidores:

- a. el **contratante o la persona** que compra o contrata un viaje combinado, o **paquete turístico** o un tiempo compartido para su uso propio o de terceras personas físicas;
- b. los beneficiarios o terceras personas en nombre de las cuales contrata o se compromete el contratante principal a contratar el viaje o paquete turístico y los que usufructúen el viaje o el tiempo compartido por algún espacio de tiempo, aunque no sean contratantes principales;
- c. el cesionario o la persona física o jurídica a la cual el contratante principal o beneficiario cede el viaje o paquete turístico o los derechos de uso;
- d. [Por tiempo compartido se comprende...véase ley de MéjicoMéxico]

Se incluiría un nuevo 1.5:

1.5e. [Por contrato internacional de consumo se comprende el entre un consumidor y un profesional o proveedor de productos o servicios, contrato que tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, la contractación a distancia internacional y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato.]

Observaciones finales

La delegación brasilera considera que la **vulnerabilidad** es un noción importante para el **preambulo**. La vulnerabilidad, en la expresión de Antônio Herman Benjamin,¹⁴ es la “pieza fundamental” del Derecho del Consumidor (Nacional o Convencional), es “el punto de partida” de toda su aplicación a los contratos. Esta debilidad o vulnerabilidad es relevante jurídicamente, tanto que se elaboraron reglas de protección, puede ser una debilidad *técnica, jurídica, fáctica e informacional* (Parte I del estudio)

La delegación brasilera considera que si una definición es necesaria, sería la de contratos internacionales de consumo y **no la de relación de consumo** (propuesta Uruguay) que no es el objeto de la convención (prioritariamente sobre contratos de consumo) y sirve solamente de criterio (limitador y no acepto internacionalmente) para la definición de consumidor. Así es posible la retirada de las "relaciones de consumo" del título: *Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos con el consumidor*.

La **internacionalidad del contrato de consumo** solamente aumenta y aclara esta debilidad (riesgo lingüístico, error en la contratación, problemas de calidad, desconocimiento del co-contratante, distancia y costos, inseguridad de entrega y cuidado con los datos repasados, inexistencia de servicios de pós-venta etc.) o vulnerabilidad del consumidor en este **contrato frente al proveedor o profesional** (nuevo art. 1.5)

Tratándose de *vulnerabilidad o debilidad técnica* (consumidor no conoce bien el producto, el servicio y el tipo y régimen del contrato internacional), *de vulnerabilidad o debilidad jurídica* (cuando la falta de un departamento jurídico o abogado de planta para acompañar el contrato de consumo internacional), *fáctica e informacional*, déficit informacional y manteniendo su **Art. 1.1.** como queda hoy, habría una **presunción implícita de que la persona física no-profesional frente a un profesional o proveedor es consumidor para fines de esta Convención.**

De esta manera, si agregando un **Art. 1.2. sobre personas jurídicas**, la presunción continuaría facilitando apenas la vida de las personas físicas y no se presumiría la vulnerabilidad del profesional persona jurídica. Sobre la inclusión de las personas jurídicas hay que continuar a reflexionar.

Pero las **modificaciones del art. 1.3**, a facilitar (indirectamente) la inclusión de personas jurídicas contractantes principales también pueden ser positivas, así como la **manutención del art. 1.4**. La posibilidad del juez, utilizando la ley indicada como *aplicable (lex causae)*, ampliar la definición de consumidor de la Convención ("calificación" por la *lex causae*), es en una verdadera excepción *favor status consumidor* (Art. 1,4).

Sobre las exclusiones del **art. 5** necesitamos a reflexionar más sobre el diálogo con la **CIDIP V de México de 1994**.

2.3. "Considerandos" de la Convención, contratos internacionales de consumo : el problema de las personas jurídicas y las fallas del mercado diferentes en el escenario internacional.

¹⁴Antônio Herman de V. Benjamin, Apresentação ao livro de Paulo Valério Moraes, em Moraes, p. 10.

Muy oportuna e importante es la sugerencia de las honorables delegadas de El Salvador de desarrollar un considerando para esta Convención. Estando de acuerdo con esta sugerencia, el delegado principal de Brasil, Dr. Ricardo Morishita del Ministerio de Justicia, pidió para empezar este preámbulo. El problema práctico que encontré es que el preámbulo debería normalmente aclarar la debilidad (o vulnerabilidad) de ésta *weaker party*, el consumidor, que aumenta en el escenario internacional y aclarar las fallas del mercado que deberían ser compensadas por esta Convención de Derecho Internacional Privado. Ocurre que estas no son las mismas, si las personas jurídicas se van incluir en la Convención. Explico.

a. El favor debilis y la vulnerabilidad o debilidad del consumidor como punto de partida de la Convención

La vulnerabilidad, en la expresión de Antônio Herman Benjamin,¹⁵ es la “pieza fundamental” del Derecho del Consumidor (Nacional o Convencional), es “el punto de partida” de toda su aplicación a los contratos. Esta debilidad o vulnerabilidad es relevante jurídicamente, tanto que se elaboraron reglas de protección, puede ser una debilidad *técnica, jurídica, fáctica e informacional*. La internacionalidad del contrato solamente aumenta y aclara esta debilidad (riesgo lingüístico, error en la contratación, problemas de calidad, desconocimiento del co-contratante, distancia y costos, inseguridad de entrega y cuidado con los datos repasados, inexistencia de servicios de pós-venta etc.).

Tratándose de *vulnerabilidad o debilidad técnica* (consumidor no conoce bien el producto, el servicio y el tipo y régimen del contrato internacional), *de vulnerabilidad o debilidad jurídica* (cuando la falta de un departamento jurídico o abogado de planta para acompañar el contrato de consumo internacional), *fáctica e informacional*, déficit informacional y manteniendo su Art. 1.1. como queda hoy, habría una presunción implícita de que la persona física no-profesional frente a un profesional o proveedor es consumidor para fines de esta Convención. De esta manera, si agregando un Art. 1.2. sobre personas jurídicas, la presunción continuaría facilitando apenas la vida de las personas físicas y no se presumiría la vulnerabilidad del profesional persona jurídica.

Otro tema importante para el preámbulo es qué son las fallas del mercado que proveen la racionalidad jurídica de protección contractual del consumidor

b. Vulnerabilidad o debilidad jurídica del consumidor en los contratos de consumo internacionales.

En el caso de los contratos, el problema es el *desequilibrio* evidente de fuerzas de los contratantes. Una de las partes es vulnerable, es el polo más flaco de la relación contractual, pues no puede discutir el contenido del contrato; mismo que sepa que determinada cláusula es abusiva, solo tiene una opción “tomar o largar” (take or leave it), esto es, aceptar el contrato en las condiciones que le ofrece el proveedor o no aceptar y buscar otro proveedor. Su situación es estructuralmente y de hecho diferente a la del profesional que ofrece el contrato. Este desequilibrio de fuerzas entre los contratantes es la justificación para un tratamiento desequilibrado y desigual

¹⁵Antônio Herman de V. Benjamin, Apresentação ao livro de Paulo Valério Moraes, em Moraes, p. 10.

de los co-contratantes, protegiendo el derecho de aquellos en la posición mas débil, o vulnerable, lo que es desigual fáctica y jurídicamente.¹⁶ Aquí los dos grandes principios de la Justicia moderna (libertad e igualdad)¹⁷ se combinan, para permitir el límite a la libertad de uno, el tratamiento desigual a favor de otro (*favor debilis*),¹⁸ compensando la “fragilidad/vulnerabilidad” de uno con normas “protectivas”,¹⁹ controladoras de la actividad del otro, y resultando el reequilibrio de la situación fáctica y jurídica.²⁰

Podríamos afirmar así, que la vulnerabilidad es mas un estado de la persona, un estado inherente o agravado de riesgo²¹ o una señal de confrontación excesiva de intereses identificado en el mercado,²² es una situación permanente o provisoria, individual o colectiva,²³ que fragiliza, debilita al sujeto de derechos, desequilibrando la relación. La vulnerabilidad no es, pues, el fundamento de las reglas de protección del sujeto mas débil, es apenas la “explicación” de estas reglas o de la actuación del legislador,²⁴ es la técnica para aplicarlas bien, es la noción instrumental que guía e ilumina la aplicación de éstas normas protectivas y reequilibradoras, la búsqueda del fundamento de la Igualdad y de la Justicia equitativa.²⁵

En resumen, en mi opinión,²⁶ existen cuatro tipos de *vulnerabilidad*: la técnica, la jurídica, la fáctica y la informacional. En la *vulnerabilidad técnica*, el comprador no posee conocimientos específicos sobre el objeto que está adquiriendo y, por lo tanto, es fácilmente engañado en cuanto a las características del bien o cuanto a su calidad o utilidad,²⁷ o mismo ocurriendo en materia de servicios.²⁸ La vulnerabilidad técnica es

¹⁶É o que Berthiau, p. 61 e ss., denomina “les discriminations justifiées ou rendues nécessaires par une différence de situation”.

¹⁷Assim ensina, em seu novo livro sobre a volta à Justiça, o jus-filósofo alemão Braun, p. 142 e ss.

¹⁸Veja sobre o tema, considerando um princípio universalmente aceito, o Curso de Haia de Fausto Pocar e o livro de Cohet-Cordet, no Brasil, veja o livro de Moraes sobre o princípio da vulnerabilidade.

¹⁹Assim ensina Calais-Auloy, 4. ed., n. 18. O princípio é citado no Brasil no REsp. 303240/SP, j. 02.08.2001, Min. Nancy Andrighi, como “favor debitoris”.

²⁰Assim conclui a apresentação e o relatório de síntese do livro *Vulnerabilité et droit*, veja Cohet-Cordey, p. 9 e Fiechter-Boulvard, p. 323.

²¹Segundo Cohet-Cordey, p. 10: “la vulnerabilité n’est pas autre chose qu’un facteurs d’aggravation des risques”.

²²Assim relembra Rippert, *La règle morale*, p. 153, a existência de uma “idée morale que le créancier commet une suprême injustice en usant de son droit avec la dernière rigueur” em situações de confrontação de interesses.

²³Assim ensina Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p. 324.

²⁴Assim, Fiechter-Boulvard, *Rapport*, p. 328.

²⁵Assim também Berthiau, p. 258 e ss.

²⁶Moraes, p. 115 e ss., identifica a vulnerabilidade técnica, jurídica, política ou legislativa, a biológica ou psicológica, a econômica ou social e a ambiental; assim como várias situações ou “formas de tornar o consumidor vulnerável”, p. 226 e ss.

²⁷Amaral Jr./Boa-fé, p. 28.

²⁸Assim ensina a decisão do TARS, Ap. Civ. 193 184 132, 5.a Câm., rel. João Carlos Branco Cardoso, j. 17.03.1994, onde se lê, no corpo do acórdão, p. 5: “O que pode se apreender da experiência do dia-a-dia, é que a pessoa, qualquer que seja, desimportando sua condição de professora universitária na espécie, ao procurar um plano de saúde, deseja a maior cobertura possível. Por isso contrata, e o seu poder de barganha é mínimo, limitando-se a escolher entre as várias alternativas, porém não podendo alterá-las”.

generalmente *presumida* para el consumidor no-profesional, y también puede afectar excepcionalmente al profesional, destinatario final fáctico del bien.

Se trata de la excepción y no de la regla, pues como concluyó el Superior Tribunal de Justiça de Brasil, citando a la doctrina finalista y la idea de profesionalidad,²⁹ en relación envolviendo persona jurídica, profesional en la prestación de servicios médicos y de exámenes, y que compra en el exterior (Panamá) equipamiento de punta para exámenes médicos: “la compra y venta de sofisticadísimo equipamiento destinado a la realización de exámenes médicos – llevada al efecto por persona jurídica nacional y persona jurídica extranjera – no constituye relación de consumo.”³⁰

Se trata de actividad profesional de "consumo intermediario", regulada por el derecho común, como enseña el STJ: "La adquisición de bienes o la utilización de servicios, por persona natural o jurídica, con el objeto de implementar o incrementar su actividad de negocios, no se reputa como relación de consumo y, sí, como una actividad de consumo intermediaria."³¹ Realmente, esta vulnerabilidad está ligada a la experiencia, luego, la profesionalidad o no del agente,³² sobre aquel producto o servicio.³³

Ya la *vulnerabilidad jurídica o científica*,³⁴ es falta de conocimientos jurídicos específicos, conocimientos de contabilidad o de economía.³⁵ Esta vulnerabilidad, en el sistema del CDC, es *presumida* para el consumidor no-profesional, y para el consumidor persona física. En relación a los profesionales y las personas jurídicas vale la presunción en contrario, esto es, que deben poseer conocimientos jurídicos mínimos y sobre la economía para poder ejercer la profesión, o deben poder consultar abogados y profesionales especializados antes de obligarse.³⁶

²⁹ Da mesma forma, em 2004, na compra de equipamento médico-hospitalar por pessoa jurídica do ramo: "Processual civil. Competência. Foro de eleição. Contrato para aquisição de modernos equipamentos médico-hospitalares. Hipossuficiência não configurada. Precedente da 2ª Seção. Decisão agravada confirmada. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 561853 / MG, STJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27/04/2004). No mesmo sentido, Resp. 519946/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 09.09.2003 e Resp. 457398/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.11.2002.

³⁰ Conflito de Competência 32.270-SP, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler, p. 3.

³¹ Resp. 541867/BA, rel. p/acórdão Min. Barros Monteiro, j. 10.11.2004.

³² Bom exemplo é o caso envolvendo dona de estética e fornecedor de esteira de massagem, em que não se considerou consumidora a primeira, por falta de vulnerabilidade: "APELAÇÃO CÍVEL - RESCISÃO DE CONTRATO - CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - PUBLICIDADE ENGANOSA. Não incidência do CDC por não de tratar de consumidor final. Rescisão efetuada face à oferta e o lapso para a descoberta do vício. Deram provimento a ambas as apelações. (TJRS, 9ª Cciv., Ap. Civ. 7007733587 e 7007733728, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 31.03.2004).

³³ Veja caso de franquia de loja de lanches rápidos, decisão do STJ, 3.ª T., Resp 545814/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.11.2003..

³⁴ A vulnerabilidade jurídica do consumidor foi identificada e protegida pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente “experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”, veja BGHZ 93.264 (1984), BGH-NJW-RR 1986, 205 e comentários em Schmelz, p. 1219 (NJW maio 1991). Veja STJ, REsp 119267/SP, 4.a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.11.1999.

³⁵ Amaral Jr./Boa-fé, p. 28 e 29.

³⁶ Veja neste sentido, considerando que Instituto de Assistência, apesar de não ter fins lucrativos, não seria consumidor em caso de compra de equipamento para a sua atividade fim, que deveria conhecer: "O conceito de consumidor previsto no artigo 2º, da CDC deve ser interpretado tomando por base a desigualdade fática e

La jurisprudencia brasilera del STJ concuerda con esta tesis y enseña: “Tratándose de contrato firmado entre la institución financiera y la persona física, es de concluirse que el lesionado actuó con vistas a la atención de una necesidad propia, esto es, actuó como destinatario final. Se aplica pues, el CDC” (Resp. 296.516, Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 07.12.2000, DJ 05.02.2001).³⁷

Como enseña el STJ, el proveedor debe presumir que consumidor persona física (consumidor *stricto sensu*) es un lego y, así, cumplir sus deberes de buena-fe buscando alcanzar las informaciones de este co-contratante lego: “Con efecto, en los contratos de adhesión, las cláusulas limitativas al derecho del consumidor contratante deberán ser redactadas con claridad y destaque, para que no escapen de su percepción legítima” (STJ, REsp 311509/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001).³⁸

Mas resta aún la *vulnerabilidad fáctica* o socio-económica, donde el punto de concentración es la otra parte contractual, el proveedor que por su posición de monopolio, fáctico o jurídico, por su gran poder económico o en razón de la esencialidad del servicio,³⁹ impone su superioridad a todos los que con él contratan, por ejemplo, cuando un médico adquiere un automóvil, a través del sistema de consorcios, para poder atender sus consultas e se somete a las condiciones fijadas por la administradora de consorcios, o por el propio Estado.

O Superior Tribunal de Justiça trabaja con esta noción de vulnerabilidad fáctica del mutuario del Sistema Financiero de la Habitación delante del agente financiero.⁴⁰

La doctrina brasilera defiende, igualmente, que los consumidores desfavorecidos (o pobres) pueden ser llamados de hiposuficientes, creando así una graduación (económica) de la vulnerabilidad en el derecho material.⁴¹ Efectivamente, como enseña la doctrina francesa,⁴² la “debilidad” o fragilidad puede ser inherente a las personas individualmente consideradas; puede ser relativa, cuando el otro, que es

jurídica das partes, o que, em virtude da capacidade econômica e profissional do ora Autor, Instituto de Assistência, não ocorre. De acordo com a interpretação teleológica do mencionado dispositivo, para a incidência do CDC se faz necessário que a mercadoria adquirida não seja utilizada como instrumento de produção. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço. Recurso improvido. (TJRJ, APC 2003.001.11632, 11CCIVEL, Des. José C. Figueiredo j. 18/08/2003).

³⁷Também AGA 296516/SP, 3.a Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07.12.2000.

³⁸A ementa original é: “DIREITO CIVIL – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE – TRANSPLANTE – COBERTURA DO TRATAMENTO – CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ART. 54, § 4.o, CDC – RECURSO ESPECIAL – SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 5 – PRECEDENTES – RECURSO NÃO-CONHECIDO. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular n. cinco. II – Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4.o, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção legítima. (STJ, REsp 311509/SP, 4.a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001).

³⁹TJSP, Ap. C. 232.777-2, Rel. Gil do Santos, j. 19.05.1994.

⁴⁰REsp. 157.841/SP, j. 12.03.1998, Min. José Delgado, DJ 27.04.1998.

⁴¹Assim Lima Lopes, *Revista de Direito do Consumidor* 17, p. 58.

⁴²Assim Fontaine, *La protection de la partie faible*, p. 616 e 617.

muy fuerte, o cuando el bien o servicio deseado, que es esencial y urgente, dando así lugar a graduaciones subjetivas comparables a las graduaciones subjetivas de la minoridad, que iría de los consumidores mas desfavorecidos o vulnerables (ancianos, niños, superendeudados, enfermos, mutuarios del SFH, etc.) a los profesionales solo eventualmente vulnerables ante, por ejemplo, la complejidad del bien o servicio.⁴³

En el caso de la telefonía, la empresa proveedora de acceso a internet no fue considerada vulnerable y el caso regulado por el derecho común.⁴⁴ Como se observa, la llave de la justicia en la aplicación del CDC es justamente el examen detallado y profundo de la noción de vulnerabilidad, en abstracto y en concreto.

⁴³Note-se que Moraes, p. 226 a 244, lista a seguintes “formas de tornar o consumidor vulnerável”: a) tecnicismo dos contratos; b) complexidade e extensão contratual; c) predisposição; d) generalidade dos contratos; e) estado de necessidade; dimensão dos caracteres dos contratos; g) cláusulas de exclusão da oferta; h) remissão a documentos não entregues; i) utilização de conceitos vagos e indeterminados; j) regime de monopólio; k) [complexidade] de inéditos produtos e serviços (Internet, telesserviços etc.)

⁴⁴ Assim a decisão do RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUÇÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Todavia, in casu, mesmo não configurada a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que o reconhecimento da responsabilidade civil da concessionária de telefonia permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa, vez que incidentes as normas reguladoras da responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos, a qual, assim como a do fornecedor, possui índole objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos. Neste contexto, importa ressaltar que tais requisitos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexos causal, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório. 4. Por fim, com base na análise do conjunto fático-probatório, principalmente das perícias realizadas, cujo reexame é vedado nesta seara recursal (Súmula 07 da Corte), entenderam as instâncias ordinárias que o incêndio que acometeu as instalações telefônicas da concessionária não consubstancia caso fortuito, não havendo que se falar em excludente da responsabilidade civil objetiva da recorrente. 5. Diante do exposto, a manutenção da condenação da empresa concessionária de telefonia é medida de rigor, mesmo que por outros fundamentos, alterando-se tão-somente a qualificação jurídica dos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, da responsabilidade consumerista para a dos entes prestadores de serviço público, ante a identidade e comprovação dos elementos configuradores da responsabilização civil, ambas de ordem objetiva, a par de restar comprovada a ausência de qualquer causa excludente da responsabilidade civil...7. Recurso Especial não conhecido." (STJ, 4. T. REsp 660026 / RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 03.05.2005).

Lo que caracteriza al consumidor es justamente su déficit informacional,⁴⁵ por lo que no sería necesario aquí marcar este "minus" como una especie nueva de vulnerabilidad, una vez que ya estaría englobada como especie de vulnerabilidad técnica.⁴⁶ Hoy, por lo tanto, la información no falta, ella es abundante, manipulada, controlada y cuando proveída, en la mayoría de las veces, innecesaria.⁴⁷

Así, después de mis estudios de pós-doctorado,⁴⁸ concuerdo con el mestre Erik Jayme cuando concluye que el consumidor/usuario prueba en este mundo libre, veloz e global (recuérdese aquí el consumo por la Internet, por la televisión, por el celular, por los nuevos tipos de computadoras, tarjetas y chips), sin, una nueva vulnerabilidad.⁴⁹ También Antônio Herman Benjamin menciona el surgimiento de una "hyper-vulnerabilidad" en nuestros días.⁵⁰ Y si, en la sociedad actual es la información que está al poder,⁵¹ la falta de esta representa intrínsecamente un "minus", una vulnerabilidad cuanto mas importante fuera esta información que posee el otro. Me parece, pues, útil –mismo sob pena de alguna repetición - incluir algún comentario sobre esta especie de vulnerabilidad, la informativa, que es intrínseca a la relación de consumo. Esta vulnerabilidad informativa no deja, por lo tanto, de representar hoy el mayor factor de desequilibrio de la relación frente a frente de los proveedores, los cuales mas que expertos, son los únicos verdaderamente poseedores de la información. Presumir la vulnerabilidad informacional significa imponer al proveedor el deber de compensar este nuevo factor de riesgo en la sociedad.⁵² Esta parece haber sido la lógica de las primeras decisiones sobre el leasing masificado en el STJ.⁵³

Aquí más que técnica, jurídica o fáctica, esta vulnerabilidad es esencial a la dignidad del consumidor, principalmente en lo referente a la persona física. Según Teresa Negreiros, el nuevo paradigma contractual debería ser este el de la "esencialidad" en la sociedad contemporánea.⁵⁴ Recuérdese también aquí los bellos trabajos de la escuela de la UERJ sobre la persona humana y su dignidad como el

⁴⁵ Segundo Calais-Auloy, o desequilíbrio da relação de consumo é justamente este: a desigualdade ou déficit informativo dos consumidores, veja Calais-Auloy/Steinmetz, p. 49 (n. 49).

⁴⁶ Assim Moraes, p. 116, em seu belo trabalho sobre o princípio da vulnerabilidade explica que a vulnerabilidade técnica do consumidor é oriunda da falta de informações.

⁴⁷ Com esta formalidade informativa exacerbada, muitas vezes o consumidor não se apercebe das informações verdadeiramente úteis, como comenta Moraes, p. 116.

⁴⁸ Sobre o tema, veja meu livro, Confiança, p. 35 e seg.

⁴⁹ Jayme, *O Direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, p. 86, afirma: "No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invade o seu próprio programa, e o fato de não conhecer seu adversário preocupa ainda mais."

⁵⁰ Assim conferência de Antônio Herman Benjamin, em 8 de setembro de 2005, em Gramado (RS), no Congresso Internacional 15 anos de CDC: Balanço, Efetividade e Perspectivas, organizado pelo Brasilcon e as Escolas Superiores da Magistratura e do Ministério Públicos do RS

⁵¹ Kloepfer, p. 128.

⁵² Segundo Bülow/Artz, p. 2, o direito do consumidor é todo baseado na idéia de compensar as relações contratuais, por exemplo, desequilibradas por algum fator de vulnerabilidade.

⁵³ Bom exemplo é a decisão que mesmo reconhecendo a destinação do automóvel para atividades comerciais considera de consumo a relação, Resp. 235 200/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.10.2000 e

⁵⁴ Assim, em sua bela e renovadora obra, Negreiros/Teoria, p. 30 e seg.

nuevo paradigma necesario del derecho civil-constitucional.⁵⁵ Estas doctrinas todas destacan la importancia hoy de lo que era accesorio, tornándose principal y base de la vinculación, en que el conjunto informacional y de apariencias es valorizado al punto de ser instrumento de defensa de la dignidad de la persona humana. La información es división de riesgos, significando justamente compartir, hacer común ('communicatio-ionis', 'communico-are', 'communis').⁵⁶ La información es un instrumento de compensación de la vulnerabilidad del consumidor.⁵⁷

Cada vez mas el derecho y la sociedad valoriza esta vulnerabilidad informacional de las personas físicas consumidores, en especial, en productos y servicios alimenticios y que afectan directamente la salud de los consumidores.

Si se puede concluir que las personas jurídicas mismo las pequeñas y medianas empresas son profesionales y expertos y que es aplicable a ellos la CIDIP IV, con su autonomía de la voluntad más amplia, cual sería la utilidad de ampliar el ámbito de aplicación de esta nueva CIDIP. Las personas jurídicas tienen, en principio, los privilegios del derecho comercial (como patrimonio diferente de sus asociados, concordato y quiebra) no presentando las mismas debilidades del consumidor: *técnicamente* conocen el producto o el servicio que importan (o si tienen dudas, pueden adquirirlo nacionalmente, sin perjuicio de no fomentar el comercio internacional.

c. Racionalidad jurídica de la protección del consumidor y las fallas del mercado

Para Thierry Bourgoignie,⁵⁸ pionero belga del derecho del consumidor actualmente en Canadá, son las fallas de mercado las que basan la necesidad de normas especiales de defensa del consumidor, nacionales e internacionales. "Fallas de mercado son las que impiden el funcionamiento óptimo del mercado. Para Thomas Wilhelmsson e Geraint Howells el derecho del consumidor nace de una necesidad social de protección del débil en el mercado."⁵⁹

Como enseña Ronaldo PORTO MACEDO, "las fallas de mercado constituyen tal vez el elemento en torno del cual existe mayor consenso entre los defensores del consumerismo, no importando a que matriz ideológica o filosófica estén afiliados. ...existen fallas básicas que pueden ocurrir en el funcionamiento del mercado: 1) la falta de competencia (en razón de monopolio u oligopolio); 2) la existencia de barreras de entrada en el mercado; 3) los problemas con la diferenciación del producto donde hay diferencias cualitativas dentro del mercado (y así, falta de homogeneidad del producto); 4) las lagunas de información entre vendedor y comprador, o ciertas señales de mercado, por ejemplo, la reputación del vendedor puede ser imperfecta; 5) finalmente,...las externalidades...los costos de la búsqueda y de la información sobre el servicio; los costos de la negociación y de la decisión de consumir; los costos de

⁵⁵ Veja, por todos, Moraes/Tendências, p.106 e seg.

⁵⁶ Assim sobre a raiz latina da expressão OSSOLA e VALLESPINOS, p. 25.

⁵⁷ Resp. 713.284 – RJ – Superior Tribunal de Justiça – rel. Min. NANCY ANDRIGHI – j. 03/05/2005.

⁵⁸ BOURGOIGNIE, Thierry. *Eléments pour une Theorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles: Stroy-Scientia, 1988, p. 11 e seg.

⁵⁹ Véa HOWELLS, Gerard y WILHELMSSON, Thomas.(ed). *Welfarism in Contract Law*, Aldershot,Dartmouth, 1994, p. 67, apud PORTO MACEDO, Ronaldo Jr. *Contratos Relacionales Defensa del Consumidor*, Buenos Aires: La Ley, 2006, p 17..

fiscalización, monitoreo, garantía e implementación de la legalidad de las prácticas de consumo."⁶⁰

Para el consumidor, la más importante es la falla informacional, de conocimiento técnico y las externalidades que significan costo, en caso de error, conflicto o falla en la calidad.

Según Iain Ramsay,⁶¹ gran doctrinador norteamericano sobre el tema actualmente en Canadá, hay tres motivaciones básicas para la defensa del consumidor: 1) la disparidad de poder (económico y de *law making power*) existente entre el proveedor de productos o servicios y el consumidor a quien tales productos y servicios son ofrecidos; 2) la disparidad de conocimiento sobre las características y componentes técnicos de bienes y servicios entre consumidor y proveedor (discrepancia entre el grado de información); 3) la disparidad de recursos existentes entre las dos partes, la cual puede reflejarse en la dificultad del consumidor para obtener sus derechos (costo bajo del producto, costo alto para la demanda).

⁶⁰ PORT MACEDO, p. 182 y 183.

⁶¹ RAMSAY, Iain. Consumer Protection Text and Materials, p. 36, apud PORTO MACEDO, p. 182.