

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 III – Art. 2

Por Claudia Lima Marques, delegada brasilera

3. Observaciones generales sobre el Art. 2

a. Autonomía limitada de la voluntad en DIpr de consumo

La delegación brasilera no comparte la necesidad de excluir la autonomía de la voluntad de la propuesta de Convención (propuesta Uruguay) y es por la manutención del art. 2 como propuesto.

Mismo si la conexión del proyecto Uruguayo es también el domicilio del consumidor, simbólicamente piensa importante autorizar alguna autonomía (limitada) en materia de contratos de consumo (mismo de adhesión). La propuesta de Convención hay que combatir el abuso en la autonomía de voluntad (conexión la más favorable al consumidor) pero autorizar una cierta **previsibilidad jurídica para el proveedor de productos o servicios**. Hay también que pensar en las otras CIDIPs (CIDIP V de 1994 y la CIDIP sobre domicilio), así la conexión del domicilio es la mejor. En principio residencia habitual (propuesta Canadá), pero el tema puede aún ser repensado.

Este artículo 2 es el artículo principal de protección contractual general del consumidor pasivo que contrata a distancia (Art.2,1) y consumidor turista activo (Art. 2,2). En el primer caso (art.2.1) la conexión es alternativa, o la **ley de domicilio** del consumidor o la **ley que fuera más favorable al consumidor**, una conexión abierta, que permite de forma limitada autonomía de la voluntad, listando las conexiones.

La delegación brasileña considera la lista de conexiones muy importante para ayudar al juez. La lista evita el abuso y esclarece que también las leyes del domicilio o sede del proveedor (o del lugar de celebración del contrato o del lugar de ejecución del contrato) pueden ser "más favorables al consumidor" en principio (ejemplo: caso de un consumidor en Bolivia, que no posee aún legislaciones de protección específica del consumidor en derecho material y de un proveedor de productos informáticos en los EUA).

Examinando la ley prevista en el contrato internacional de consumo (de adhesión, normalmente) la decisión final queda con el juez en el caso concreto. Así se comparte la idea de la inclusión del domicilio del consumidor en la lista de conexiones posibles (autonomía limitada de voluntad en DIpr.). Limitar la opción solamente *a posteriori* al litigio (propuesta inicial del honorable delegado de Argentina, Diego Fernández Arroyo) no parece necesario (más común en casos de delitos, pero los contratos de consumo deberían crear seguridad jurídica y espíritu de cooperación).

b. Sugerencias de modificaciones para el art. 2 y bases teóricas

Parece a la delegación brasileña necesario completar el Art. 2,2 con un punto fijo de conexión, en caso de no elección por las partes, la *lex loci celebrationes*, normalmente el

pays donde se encuentra el turista. No compartimos la sugestión de los colegas europeos, de inclusión de un artículo sobre las informaciones previas al consumidor, que podrían someterse a la ley que presumiblemente será la aplicada al contrato (futura *lex causae*).

Se comparte la sugestión de retirar la mención de la "prestación característica" (Nadia de Araújo) y no la de definir esta prestación (honorables delegados).

Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia (Art. 2,2) se regirán por la ley que resulte elegida por las partes. Parece necesario completar el Art. 2,2 con un punto fijo de conexión, en caso de no elección por las partes, a sugerir, la ley del lugar de celebración del contrato.

El texto quedaria asi:

"Art. 2 - Protección contractual general

1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de **ejecución, la ley del domicilio del consumidor** o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios.
2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de **ejecución** o la **del domicilio del consumidor**. **En caso de no elección se regirán por la ley del lugar de celebración.**

Erik JAYME, enseña que la autonomía de la voluntad puede ser un factor de fomento al comercio y de confianza del consumidor, si bien limitada o como instrumento a favor de la protección de la persona humana-consumidor,¹ es lo que se pretende en este proyecto.² Como enseña TONIOLLO: "*Las elecciones alternativas son un adecuado instrumento de protección desde que permiten dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías.*"³

También BOGGIANO pleitea la aplicación de la ley más favorable al consumidor.⁴ Examinando la Convención de La Haya y la CIDIP IV, el maestro argentino BOGGIANO⁵ propuso, para la protección de los consumidores, una regla de autonomía limitada: la

¹ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir./UFRGS*, vol.1, n.1, março 2003, p. 97.

² Véase NISHITANI, Yuko, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 2000, p. 318 citando la frase de Neuhaus: "Nur und überall dort, wo die erste [materiellrechtlicher Freiheit] besteht, ist auch die zweite [kollisionsrechtlicher Freiheit] angebracht." [Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, 1962, p. 257] Véase también von Hoffmann, p. 396, citando a Neuhaus.

³ TONIOLLO, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, v. 2, n. 6, dic. 1998, p. 99.

⁴ BOGGIANO, Antonio, *International Standard Contracts*, Recueil des Cours, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138.

⁵ Véase BOGGIANO, Antonio, *The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci*, in *Recueil des Cours*, 1992, II, t. 233, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 138 y 139.

elección de las partes sólo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor (véase Art. 2,1 de la Propuesta). Prevalecerían como límites generales a la autonomía de la voluntad las normas de orden público internacional y las normas de policía (véase Art. 3 de la Propuesta). LORENZETTI propuso la ley del domicilio del consumidor para el comercio electrónico.⁶

El artículo 2,1 de la propuesta es una regla alternativa y flexible "de favor consumidor". La técnica de elaborar reglas alternativas, indicando el fin material o de favorecimiento deseado, es denominada por la doctrina del principio del favorecimiento (*Günstigkeitsprinzip*) y son conocidas las reglas de alternativa⁷ que llevan a *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis*.⁸ Así lo enseña Toniollo: "*Las elecciones alternativas son un adecuado instrumento de protección desde que permiten dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías.*"⁹ En el caso, podría ser usada como ley de protección de la parte más débil, como en nuestro Art. 2,1, para contratos de consumo realizados a distancia (consumidor-pasivo).

En el caso del consumidor-activo (turista) la autonomía de la voluntad es mayor (art.2.2). En art.2.2 la *lex loci contractus* es la ley de su celebración (*lex loci celebrationes*) en caso de no elección, muy usada por los anglo-americanos sería la más fácil localización defendida desde los pos-glosadores, según Niboyet.¹⁰ Nótese que esta conexión facilita y está en armonía con la regla de forma (*locus regit actum*), de forma que fue la conexión fija escogida para el Art. 2,2, en contratos de consumo de turistas o consumidores-activos.

La autonomía de la voluntad solamente será aceptada si fuera más favorable para el consumidor (Art.2,1) o de forma muy limitada mismo para turistas (Art. 2,2). Así, si el proveedor quisiera en sus contratos de adhesión escoger previamente la ley aplicable a sus contratos celebrados por comercio electrónico o para turistas debe atenerse a los límites del Art. 2, y si elige la ley de algún otro Estado no conectado cabe al juez determinar el uso de la conexión más favorable al consumidor, la ley de su domicilio.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 256.

⁷ ARAÚJO, Nádía, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

⁸ Así lo enseña KROPHOLLER, Jan, *Internationales Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990, p. 120 a 122.

⁹ TONIOLLO, Javier Alberto, *La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, v. 2, n. 6, dic. 1998, p. 99.

¹⁰ Niboyet, J.P., *La théorie de l'autonomie de la volonté*, Recueil 1927, I, tomo 16, Lib. Hachette : Paris, 1928, p. 87.