

GUSTAVO JUAN SCHÖTZ

**LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS
Y EL SISTEMA PROTECTORIO
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Fundamentos iusfilosóficos y dogmáticos
y estudio particular
de la jurisdicción competente

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Alfredo Mario Soto



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2011

A mis Padres y hermanos.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS.....	XVII
ABREVIATURAS	XXI
INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE

LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PROTECTORIO DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

CAPÍTULO I.

EL CONSUMO TRANSFRONTERIZO, LA PARTICULAR DEBILIDAD DEL CONSUMIDOR Y LOS OBJETIVOS DE JUSTICIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. A. LAS PARTICULARIDADES SOCIALES Y ECONÓMICAS DEL CONSUMO TRANSFRONTERIZO	25
I. A. 1. Los elementos extranjeros del consumo internacional.....	25
I. A. 2. Un sistema protectorio para el consumo transfronterizo requiere soluciones especiales.....	31
I. B. LOS REQUERIMIENTOS DE JUSTICIA DEL SISTEMA PROTECTORIO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	38
I. B. 1. La persona como fundamento del sistema jurídico	38
I. B. 2. El consumo como realidad antropológica y cultural	42
I. B. 3. Consumir es un “bien humano”	45
I. B. 4. El consumo es un “bien instrumental” de bienes esenciales ..	48
I. B. 5. El sistema protectorio y la persona del consumidor	51
I. B. 6. La perspectiva económica del consumo como bien tutelable	54

VI	LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS	
	I. B. 7. La debilidad del consumidor como sustento del régimen protectorio	57
	a) La debilidad cognoscitiva	58
	b) La debilidad económica.....	61
	c) La debilidad jurídica: justicia distributiva y conmutativa	63
	I. C. LAS PARTICULARIDADES DE UN SISTEMA PROTECTORIO GLOBAL.....	66
	I. C. 1. Las justicias conmutativa y distributiva en el orden internacional.....	66
	I. C. 2. Lo debido en justicia al consumidor transfronterizo.....	68
	I. C. 3. El contenido económico del consumo en un contexto internacional.....	72
	I. C. 4. El consumo en el comercio globalizado	75
	I. C. 5. Consumo global y riesgos locales.....	80
	I. C. 6. Las soluciones jurídicas frente a la globalidad y la nacionalidad extremas.....	87
	I. D. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO PERTENECE AL BIEN COMÚN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL GLOBALIZADA	90
	I. D. 1. El contenido de justicia del consumo transfronterizo y los objetivos del Derecho Internacional Privado	90
	I. D. 2. La Comunidad de Estados como garante del sistema protectorio	94
	I. D. 3. Los particulares y el sistema protectorio: la comunidad de los individuos.....	97
	I. D. 4. El sistema protectorio como parte del “bien común” de la comunidad globalizada.....	99
	I. D. 5. La asignación de jurisdicción como parte del “bien común” de la comunidad global.....	104
	I. D. 6. Enunciación del principio de razonabilidad práctica para la protección del consumidor transfronterizo.....	114

CAPÍTULO II.

PROPUESTA DE UN SISTEMA PROTECTORIO CON SUSTENTO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES

II. A. LA INSUFICIENCIA DE LAS SOLUCIONES EXISTENTES PARA EL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO	119
---	-----

II. A. 1. Las normas de Derecho Internacional Privado no contemplan al consumidor	121
II. A. 2. Las normas internas no consideran el aspecto multinacional	123
II. A. 3. Cómo completar la laguna jurídica.....	128
a) El “espíritu de la ley”	130
b) Los “principios de leyes análogas”	131
II. B. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROTECTORIO	135
II. B. 1. El sistema protectorio debería ser omnicompreensivo	139
II. B. 2. La supremacía del sistema protectorio	140
II. B. 3. La apertura a otros sistemas.....	140
II. C. LA TÓPICA Y LOS PRINCIPIOS INTEGRANTES DEL SISTEMA JURÍDICO	143
II. C. 1. La noción de ‘principios generales’	147
II. C. 2. El contenido moral de los principios jurídicos de protección del consumidor.....	151
II. C. 3. Los principios justifican y completan el ordenamiento.....	154
II. C. 4. La incorporación de los principios al sistema protectorio del consumidor transfronterizo	156
II. C. 5. La argumentación a partir de los principios y su función interpretativa.....	159
II. C. 6. Corolario	162
II. D. PONDERACIÓN Y JERARQUÍA DE PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL SISTEMA PROTECTORIO DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO	163
II. D. 1. Interacción y mutuo requerimiento de reglas y principios.....	164
a) Ambos estructuran el sistema	164
b) Tienen distinta fuerza deóntica	164
c) Requieren diversos modos de reconocimiento	166
d) Se aplican de diferente modo.....	167
II. D. 2. La colisión de principios	169
II. D. 3. Los principios no son derogables.....	171
II. D. 4. El distinto “peso” de los principios.....	173
II. D. 5. Conflictos de fuentes.....	176
II. D. 6. La jerarquía del principio protectorio de la Constitución Nacional.....	178
II. D. 7. Colisión entre principios y reglas.....	182

CAPÍTULO III.
LOS PRINCIPIOS QUE CONFORMAN
EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

III. A. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	191
III. A. 1. El principio de equidad.....	193
III. A. 2. El <i>favor debilis</i> como principio general del derecho	195
III. A. 3. Del <i>favor debilis</i> al <i>pro consumptore</i>	198
III. A. 4. Principios generales aplicables a relaciones jurídicas voluntarias entre particulares.....	201
III. A. 5. El <i>favor debilis</i> como principio específico de la protección del consumidor transfronterizo y la autonomía del sistema..	204
III. A. 6. La aplicación universal del <i>favor debilis</i>	209
III. B. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA RELACIÓN DE CONSUMO	212
III. B. 1. Las fuentes del Derecho Internacional	215
III. B. 2. Los principios generales de las naciones civilizadas y la protección del consumidor transfronterizo.....	220
III. B. 3. La costumbre internacional y la protección del consumidor transfronterizo	228
III. B. 4. La protección del consumidor transfronterizo en cuanto derecho humano.....	235
III. B. 5. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor	240
III. B. 6. La garantía del debido proceso en el Derecho Internacional y su aplicación a la relación de consumo.....	244
III. C. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	250
III. C. 1. La uniformidad, la efectividad y la justicia	251
III. C. 2. Los principios generales de la jurisdicción internacional en un sistema protectorio.....	257
a) Principio de justicia procesal internacional.....	259
b) Principio de defensa en juicio.....	263
c) Principio de efectividad de las decisiones.....	267
d) Principio de independencia jurisdiccional.....	271
e) Principio de interdependencia jurisdiccional.....	278

INDICE GENERAL

IX

f) <i>Lex fori regit processum</i>	281
g) El <i>favor debilis</i> como principio general del Derecho Internacional Privado.....	285
h) El <i>favor debilis</i> como principio del proceso civil transnacional.....	290
III. D. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL COMERCIO	292
III. D. 1. La <i>lex mercatoria</i> y sus fines y principios.....	293
III. D. 2. Aplicación de los principios de la <i>lex mercatoria</i> a las operaciones de consumo transfronterizas	304
III. D. 3. Aplicación de los principios de la <i>lex mercatoria</i> a la atribución de jurisdicción protectora del consumidor	317

CAPÍTULO IV.

**LOS DERECHOS SUBJETIVOS
DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO
EN UN SISTEMA PROTECTIVO**

IV. A. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSUMIDOR	328
IV. A. 1. Delimitación de los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo.....	328
IV. A. 2. ¿Carácter programático u operativo?.....	332
IV. A. 3. Determinación de los derechos fundamentales a partir de los principios.....	337
IV. A. 4. Cómo dotar de operatividad a los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo	340
IV. A. 5. El concepto de derecho fundamental: algunas precisiones terminológicas.....	342
a) Derechos personales y colectivos	349
b) Derechos fundamentales y derechos patrimoniales	351
IV. A. 6. Los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo en las relaciones entre particulares.....	353
IV. A. 7. Los derechos fundamentales del consumidor como integrantes del orden público.....	358
IV. A. 8. El principio de “defensa en juicio” como contenido del orden público internacional	365

IV. A. 9. Los derechos subjetivos resultantes de la solución de conflictos entre derechos fundamentales	371
a) El contenido esencial de los derechos del consumidor	372
b) El análisis de razonabilidad	378
c) Un ejemplo: el contenido esencial del derecho a la salud en la relación de consumo	381
d) Otro caso: la asignación de los tribunales domiciliarios del consumidor transfronterizo	388
IV. A. 10. Mutabilidad e historicidad del derecho del consumo como pauta para el orden público y para la determinación del ámbito formal del derecho	390
IV. B. LAS NORMAS IMPERATIVAS EN EL ORDEN INTERNO COMO DERECHOS SUBJETIVOS DEL CONSUMIDOR INTERNACIONAL.....	394
IV. B. 1. El orden público interno y su aplicación a casos transfronterizos	396
IV. B. 2. Cómo evitar la desconsideración del elemento extranjero	400
a) Limitaciones a la responsabilidad por daños	401
b) Revocación de la aceptación.....	403
c) La cláusula de prórroga de jurisdicción	408
d) Corolario.....	413
IV. C. LOS DERECHOS SUBJETIVOS NACIDOS DEL <i>SOFT LAW</i> Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL	416
IV. C. 1. Origen y naturaleza del <i>soft law</i>	417
IV. C. 2. Los usos y costumbres y los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo	420
IV. C. 3. Los derechos subjetivos provenientes de los códigos de conducta.....	424
IV. C. 4. Las “leyes modelo”	429
IV. C. 5. El <i>soft law</i> integra el sistema protectorio	431
IV. C. 6. Corolario	435
IV. D. DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES COLECTIVOS	436
IV. D. 1. Los derechos de incidencia colectiva del consumidor transfronterizo	436
IV. D. 2. Un caso: el derecho a la información veraz	443
IV. D. 3. Las asociaciones de consumidores y los derechos del consumidor transfronterizo	446

INDICE GENERAL

XI

IV. E. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO COMO DERECHOS SUBJETIVOS.....	449
IV. E. 1. El concepto de derecho subjetivo	449
IV. E. 2. El contenido propio y diferenciado de los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo	450
IV. E. 3. La especificación de los derechos del consumidor transfronterizo definidos en “tres términos”	453
IV. E. 4. Inventario conceptual de los derechos subjetivos que integran el sistema protectorio del consumidor transfronterizo	457

SEGUNDA PARTE

LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CONFLICTOS VINCULADOS A CONSUMIDORES TRANSFRONTERIZOS

CAPÍTULO V.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA PROTECTORIO: LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

V. A. LA RELACIÓN DE CONSUMO: UN PROBLEMA DE CALIFICACIONES.....	461
V. B. LA RELACIÓN DE CONSUMO COMO BASE DEL SISTEMA PROTECTORIO INTERNACIONAL	470
V. C. RELEVANCIA DE LOS ELEMENTOS EXTRANJEROS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS.....	474
V. D. EL CONSUMIDOR EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA	479
V. D. 1. La calificación legal del derecho interno	485
V. D. 2. La nacionalidad, domicilio y residencia del consumidor internacional y el ámbito de aplicación de la LDC.....	488
V. D. 3. El “uso personal” como actividad típica desplegada por el sujeto consumidor	491
a) El régimen de la Unión Europea	491
b) La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.....	494
V. D. 4. ¿Actividad con finalidad típica o situación subjetiva?	496

XII

LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

V. D. 5. El supuesto de las personas jurídicas como consumidoras	501
V. E. EL PROVEEDOR EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA	506
V. E. 1. Proveedores que son parte de una red de comercialización o actúan en conexidad contractual.....	508
V. E. 2. Subsidiarias, sucursales o representaciones de empresas globales.....	516
V. E. 3. Los titulares de derechos de propiedad intelectual en su condición de proveedores internacionales.....	527
a) Las marcas notorias, las célebres y las mundialmente notorias.....	531
b) Marcas de certificación y sellos de calidad	533
c) Indicaciones geográficas y denominaciones de origen	535
d) Los nombres o razones sociales	537
e) Corolario.....	538
V. E. 4. Los profesionales liberales	540
V. F. EL OBJETO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA.....	544
V. F. 1. Exclusiones específicas.....	546
V. F. 2. Un caso particular: los contratos de transporte	548
V. G. LA FINALIDAD O CAUSA DE LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA	550
V. G. 1. Relaciones de consumo pre contractuales.....	552
V. G. 2. Relaciones de consumo contractuales	553
V. G. 3. Relaciones de consumo extracontractuales	555
V. G. 4. Relaciones de consumo reales.....	558
V. H. HACIA UNA CALIFICACIÓN AUTÁRQUICA.....	562
V. H. 1. Valoración crítica de algunas calificaciones del derecho comparado	562
V. H. 2. Las particularidades del Protocolo de Santa María	566
V. H. 3. Las propuestas de la CIDIP VII	569
V. H. 4. Corolario	570

CAPÍTULO VI.
LOS PROBLEMAS GENERALES DE LA JURISDICCIÓN
APLICADOS A LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

VI. A. UBICACIÓN DE LOS ASPECTOS JURISDICCIONALES DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	575
VI. A. 1. El problema general de la jurisdicción	575
VI. A. 2. Jurisdicción internacional y competencia interna en la relación de consumo transfronteriza	582
VI. A. 3. Competencia administrativa interna y su injerencia en la relación de consumo transfronteriza	584
VI. A. 4. Las potestades administrativas preventivas y sancionatorias y su impacto internacional	587
a) Primer ejemplo: los requisitos del documento de venta...	590
b) Segundo ejemplo: el idioma de la documentación contractual	591
c) Corolario.....	593
VI. B. LA NORMA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA	594
VI. B. 1. Cuestiones previas vinculadas a la jurisdicción	598
VI. B. 2. Problemas de calificaciones en las normas de jurisdicción.....	600
VI. C. LOS PROBLEMAS JURISDICCIONALES CLÁSICOS APLICADOS A LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA.....	601
VI. C. 1. Relación entre jurisdicción y derecho aplicable: el <i>forum causae</i> o criterio del paralelismo.....	601
VI. C. 2. Jurisdicciones concurrentes	608
VI. C. 3. Litispendencia, conexidad y cosa juzgada.....	610
a) Litispendencia	611
b) Conexidad	617
c) Cosa juzgada	619
VI. C. 4. Fraude a la jurisdicción o <i>forum shopping</i>	621
VI. C. 5. Jurisdicción exclusiva	624
VI. C. 6. El <i>forum non conveniens</i> en las relaciones de consumo	631

XIV	LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS	
	a) El derecho anglosajón: un caso relevante	634
	b) Aplicación del forum non conveniens a la jurisdicción protectiva del consumidor	639
	VI. C. 7. Foro de necesidad	642
VI. D.	JURISDICCIÓN Y AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL EN CASOS QUE INVOLUCRAN A CONSUMIDORES	643
	VI. D. 1. Distintas injerencias de la ley que rige el proceso.....	644
	VI. D. 2. Vinculación entre el auxilio judicial internacional y la jurisdicción en un sistema protectorio.....	647
	VI. D. 3. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en casos que involucran a consumidores	650
	VI. D. 4. Las acciones de clase y otros procesos colectivos en el orden internacional.....	652

CAPÍTULO VII.

LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

VII. A.	LOS PUNTOS DE CONTACTO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO	658
VII. B.	RELACIÓN DEL CASO CON EL FORO Y LOS FOROS EXORBITANTES.....	660
VII. C.	CONEXIONES JURISDICCIONALES VALORATIVAMENTE ORIENTADAS	665
	VII. C. 1. La justicia sustancial, objetivo del Derecho Internacional Privado.....	665
	VII. C. 2. La justicia sustancial en el plano jurisdiccional.....	668
	VII. C. 3. Foro más favorable no significa derecho más favorable	672
VII. D.	LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: <i>PACTUM DE PRORROGATIO FORI</i>	673
	VII. D. 1. Ventajas de los acuerdos de elección de foro	676
	VII. D. 2. Objeciones a los acuerdos de elección de foro	678
	VII. D. 3. Condiciones de validez de la cláusula de prórroga	681
	VII. D. 4. Regla de autonomía limitada	684
	VII. D. 5. Prórrroga tácita.....	686
VII. E.	CRITERIOS PERSONALES PARA LA ASIGNACIÓN DE JURISDICCIÓN	688
	VII. E. 1. Domicilio del demandado.....	688
	VII. E. 2. Domicilio del demandado en casos de conexidad	692

a) Conexidad en el financiamiento para la adquisición de bienes a plazos.....	692
b) Conexidad en los servicios turísticos	694
VII. E. 3. Domicilio y residencia habitual del consumidor.....	698
a) Elementos generales del <i>forum domicilii</i>	699
b) Consumidor “activo”	701
c) El <i>forum domicilii</i> en el derecho de fuente interna.....	705
VII. E. 4. El domicilio del consumidor demandante en el contexto digital.....	707
a) La distinción entre proveedores con sitios Web pasivos o interactivos.....	707
b) La jurisdicción vinculada a la actividad del proveedor demandado	710
VII. F. CRITERIOS REALES Y PATRIMONIALES.....	713
VII. F. 1. Foro internacional del patrimonio	713
VII. F. 2. Lugar de asiento de los bienes	716
a) Los tiempos compartidos o <i>timesharing</i>	717
b) Contratos de locación y <i>leasing</i>	721
c) Bienes muebles con situación permanente	723
VII. G. CRITERIOS CONDUCTISTAS	725
VII. G. 1. Lugar de celebración.....	725
VII. G. 2. El lugar de celebración en el contexto digital.....	728
VII. G. 3. Lugar de cumplimiento.....	735
a) Lugar de cumplimiento en la entrega de bienes muebles.	741
b) Lugar de cumplimiento en la prestación de servicios.....	744
c) El lugar de cumplimiento en el contexto digital.....	745
VII. G. 4. Lugar de pago.....	749
a) El pago cancelatorio en relaciones de consumo	750
b) El pago mediante tarjeta de crédito	751
VII. G. 5. Lugar de acaecimiento del hecho dañoso.....	754
a) El juez del domicilio del consumidor en supuestos de daños personales producidos por defectos del producto o servicio	757
b) La responsabilidad por conexidad y la jurisdicción	761

XVI	LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS	
	c) <i>Forum et ius</i> : el lugar de fabricación y los estándares de producción	763
	d) Corolario.....	766
	CONCLUSIONES.....	769
	BIBLIOGRAFÍA.....	789
	JURISPRUDENCIA.....	815

AGRADECIMIENTOS

Es difícil que la lista de agradecimientos sea completa, luego de casi diez años de trabajo, con sus períodos más o menos intensos. Esto mismo ya es una buena cosa: cuantos más agradecimientos, más motivos para esquivar el orgullo y la vanidad. Es más: el motivo de orgullo debería ser poder contar con tantos amigos. A lo largo de todo este tiempo he consultado a decenas de personas, ya sea por aspectos de enfoque o problemas particulares referidos al objeto de estudio. Sin duda alguna, en cuanto a la tesis en concreto se refiere, el Director, Dr. Alfredo Soto, merece un lugar destacado. Alfredo me fue presentado por Andrés Sánchez Herrero, gran colega y amigo, luego de que me viera desahuciado por distintos candidatos a Director que amablemente rehusaron el encargo, ya sea por la distancia o por imposibilidad de dedicarme tiempo debido a otras responsabilidades. Con Alfredo la relación fue muy afable y desde el primer momento estuvimos en plena sintonía. No sólo se entusiasmó con el tema —aspecto fundamental en un Director—, sino que me empujó en los momentos de decaimiento, corrigió concienzudamente los distintos borradores, sugirió líneas de trabajo, pudo cuando hizo falta, recomendó bibliografía, etc. Hizo su trabajo a carta cabal; el agradecimiento debe ser doble, porque sé que no está “sobrado” de tiempo, en el medio de sus intensas ocupaciones y una familia en expansión.

A Andrés le debo agradecer no sólo haberme presentado a Alfredo, sino sus recomendaciones y consejos —casi fraternos diría—, a lo largo de estos últimos años, en que trabajamos juntos en la cátedra de Contratos y en el Centro de la Propiedad Intelectual. Ahora se agrega su cargo de Director del Doctorado, y en estos meses finales también se notó su

mano fuerte, en gran medida para “sacarme del agua”, cuando esta parecía “llegarme al cuello”. El primer Director de la carrera de Doctorado, y a lo largo de cuya gestión transcurrió el 95% de esta tesis, el inmarcesible y fogoso Fernando Toller, merece un especial, lento y profundo “abrazo”. También revisó en distintos momentos los borradores e índices, orientó capítulos, hizo sugerencias y correcciones, especialmente intensas en las distintas semanas de fructífero *convivium* en Cume-Có. Sin que esto suene a sorna, le debo el “favor” de que me negara el cambio de tema, cuando hace ya seis años quise abandonar este asunto y dedicarme a otro. Su insistencia —mejor diría prohibición— ha hecho posible que terminara esta tesis, que de lo contrario hubiera sido otra, o bien ninguna. Desde ya que la *de facto* “Directora adjunta”, Romina Pitondo, también contribuyó en gran parte a que el esfuerzo no decayera, con sus recordatorios, dispensas, llamados de atención y, en algunos casos —menos de los que hubiera debido—, advertencias y “amenazas”.

En cuanto a consejos concretos y recomendaciones, la lista es larga y seguramente quedará incompleta por defectos de mi memoria. Un agradecimiento especial merece Rodolfo Vigo, cuando al corregir el informe correspondiente a Filosofía del Derecho, materia de la Carrera de Doctorado, vio los primeros esbozos del sistema protectorio basado en principios que aquí propongo. En aquel momento su comentario fue que le sorprendía “la cantidad de tela que había para cortar”, ¡y vaya si la hubo! También hice consultas y debatí distintos aspectos con muchos colegas del doctorado y profesores de la Universidad Austral; en un desordenado e incompleto *racconto* puedo mencionar a María Blanca Noodt Taquela, Ricardo Lorenzetti, José Carlos Arcagni, María Gattinoni de Mujía, Silvana Grande, Juan Cianciardo, Julio Conte-Grand, Gabriel de Reina, Cecilia Amiel, Alejandro Perotti, Horacio Alais, Alfonso Santiago, Daniel Alonso, Georgina Álvarez, Juan Miguel Massot, Federico de Lorenzo, Gonzalo Permuy Vidal, Martín Paiva. Los olvidados, si me lo recuerdan, recibirán su recompensa.

En otro orden, recibí distintas ayudas y favores de amigos: Pedro Wouterlood Sapag, Matías de Urraza, Adriel Fernández. Resultó invaluable, a lo largo de todo este tiempo, la colaboración del personal de Bi-

biblioteca de la Universidad Austral: María La Rocca, Rosario Vértiz, Juan Cristiano, Cristina Casapiccola, Mariana Castilla Sastre, Susana Grau, Alicia Nores. También debo agradecer a las bibliotecarias del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en La Plata, que me alojaron muchos de los días dedicados al estudio y escritura. Más aún a los muchachos de la Residencia Universitaria Ciudad Nueva, con quienes pasamos infinidad de horas en la sala de estudio. Les agradezco tanto su silencio como su bullicio y mates, que permitieron hacer más llevadera esta tarea, por ratos tediosa.

En el plano laboral, tengo que agradecer a quienes me sostuvieron y acompañaron todos estos años. La paciencia del Consejo de Dirección de la Facultad de Derecho resultó encomiable, especialmente en la persona de su Decano, Dr. Juan Cianciardo. Durante largo tiempo permitió que en mis planes de trabajo anuales figurara la palabra “tesis”, sin dar lugar a desconfianzas o recriminaciones, que bien merecidas las hubiera tenido, por cierto. En el Consejo siempre creyeron que sería posible arribar al final de la tarea, tanto en mi beneficio como de la misma Facultad, que podría contar con un “Doctor” más en el claustro. Pido perdón por tanta demora, pero aquí estamos.

Sin duda alguna esto también afectó a mis compañeros de trabajo de estos años, ya que debieron suplirme en ausencias o tareas inconclusas o retrasadas. La ayuda de Valeria Sánchez y Virginia Farías en su momento, y Catalina López Lecube y Pablo Iannello en esta última etapa, en el Centro de la Propiedad Intelectual y en la Maestría en Propiedad Intelectual, resultó imprescindible para tener un mínimo de tranquilidad necesaria en la tarea de investigación. Se hicieron cargo de tareas que a mí me tocaban, y agradezco enormemente esta colaboración y “buena onda”.

Finalmente, tengo que agradecer a mi familia, que también tuvo una dosis enorme de paciencia ante las reiteradas ausencias. ¡Cuántas veces me habrán soportado el “tengo que estudiar”, “estoy con la tesis”, y comentarios semejantes! Pido disculpas por mis intemperantes respuestas con que contestaba a las bienintencionadas y presuntamente alentadoras preguntas: “¿cómo vas con la tesis?” y semejantes, a las que recibían

un poco amistoso gruñido por toda respuesta. Padres, hermanos, sobrinos, amigos y hermanos de Ciudad Nueva: aquí estamos. Trataré de recuperar el terreno de los afectos que tal vez hubiera perdido.

ABREVIATURAS

REVISTAS Y REPERTORIOS*

ED	El Derecho
Fallos	Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Int. & Comp. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
JA	Jurisprudencia Argentina
LL	Revista Jurídica Argentina LA LEY
Prudentia Iuris	Prudentia Iuris. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina.
RCyS	Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina.
RDCO	Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, Argentina.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, España.

OTRAS ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, capítulo XX de la OMC
CCI (ICC)	Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce).
CDO	Consejo Denominación de Origen
CDO	Consejo de Denominación de Origen
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos (oficialmente, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fun-

* Se abrevian sólo aquellas publicaciones más frecuentemente citadas.

XXII

LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

	damentales)
CIDIP	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado
CN	Constitución Nacional (nombre oficial: Constitución de la Nación Argentina)
CNCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CNCiv. y Com. Fed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal
CNCom	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CNUDMI (UNCITRAL)	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o sus siglas en inglés, United Nations Commission on International Trade Law
Convención de Bruselas	Convención de Bruselas sobre Contratos de Viaje, del 23 de abril de 1970, ratificada por Ley 19.918.
Convención de la CNUDMI sobre comercio electrónico	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Nueva York, 23 de noviembre de 2005.
Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro	Convención de Derecho Aplicable a los Acuerdos de Elección de Foro, de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, de 30 de junio de 2005.
Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos	Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, del 2 de octubre de 1973, en vigor desde el 1º de octubre de 1977
Convención de Viena de 1980	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980
Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados	Convención sobre Derecho de Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones Internacionales, Viena, República de Austria, de 21 de marzo de 1986, aprobada por Ley 23.782.
Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.	Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE)
CPCyCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CC	Código Civil de la República Argentina
CN	Constitución Nacional de la República Argentina
CPCyCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Declaración Presidencial de Florianópolis sobre derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR	Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR, Hecha en Florianópolis, República Federativa del Brasil, de 15 de diciembre de 2000.
Directiva Europea en materia de contratos a distancia	Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
Directiva Europea sobre comercio electrónico	Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
Directiva Europea sobre crédito al consumo	Directiva 87/102 CEE del 22 de diciembre de 1986, orientada a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.
Directiva Europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos	Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, publicada en DOCE L210 de 07/08/1985 pp. 29-33.
Directiva Europea sobre tiempos compartidos	Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre el derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.
Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor	Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, Resolución 39/248, de la Asamblea General de Naciones Unidas, ampliadas en 1999.
DO	Denominación de Origen
DO	Denominación de Origen
DPI	Derechos de propiedad intelectual
IG	Indicación Geográfica
LDC	Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, modificada por Ley 26.361.
Ley Modelo de la IOCU	Ley Modelo para la protección del consumidor en América Latina y Caribe de la <i>International</i>

	<i>Organization of Consumers Union.</i>
LGDCU	Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, España.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, España.
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
Pacto de San José de Costa Rica	Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
Propuesta canadiense de CIDIP VII	Anteproyecto de propuesta de legislación modelo sobre jurisdicción y leyes aplicables a los contratos con el consumidor, presentado por la delegación Canadiense a la CIDIP VII (julio de 2007).
Propuesta de CIDIP VII	Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo, para la VII Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, preparado por la Delegada del Brasil, Prof. Claudia LIMA MARQUES, en su versión final de noviembre de 2008.
Propuesta de Ley Modelo Interamericana	Propuesta de Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores presentada por los Estados Unidos de América para la CIDIP VII (agosto de 2008)
Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII	Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo, para la VII Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, preparado por el Delegado del Uruguay, Prof. Eduardo Tellechea Bergman.
Protocolo de Buenos Aires	Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual suscripto con las Repúblicas Federativa del Brasil, del Paraguay y Oriental del Uruguay, aprobado por Argentina por ley 24.669 del 3 de julio 1996.
Protocolo de las Leñas	Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral

	y Administrativo (Protocolo de las Leñas). De 27 de junio de 1992, DEC. N° 05/92, aprobado por Ley 24. 578.
Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito	Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, Decisión CMC 1/96, aprobado por Ley 25.407, ratificado y vigente en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
Proyecto de Código de Derecho Civil	Libro Octavo, Derecho Internacional Privado, del Proyecto de Código Civil. Comisión creada por Decreto 685/95. Redactado por Berta Kaller Orchansky- Amalia Uriondo de Martinoli-Beatriz Pallares y elevado al Ministro de Justicia el 24 de agosto de 1999
Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado	Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las resoluciones 134/02 y 191/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Tiene estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el número 2016-D-04
Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado	Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay, presentado a la Asamblea General el 14 de septiembre de 2004.
PyME	Pequeña y mediana empresa
Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial	Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales	Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
Reglamento de Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales	Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.
RSE	Responsabilidad Social Empresaria
SCBA	Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

XXVI

LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

USSC

United States Supreme Court – Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

Protocolo de Santa María

Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo MERCOSUR/ CMC/ dec n°10/96

INTRODUCCIÓN

OBJETO DE ESTUDIO. El objeto de estudio de esta tesis es el análisis jurídico de las relaciones de consumo transfronterizas, con el fin de establecer los fundamentos de un sistema protectorio, para luego proponer criterios de asignación de foros competentes en conflictos multinacionales que afectan a consumidores. Elegí este último aspecto porque considero que es el que requiere ser solucionado con más urgencia, a fin de hacer previsible la solución de controversias sin afectar el libre comercio. A lo largo del desarrollo tendré especialmente en cuenta la posición de debilidad relativa de un consumidor frente a un proveedor especializado, cuando la relación de consumo contenga elementos que conviertan el caso en multinacional². Esta última situación se dará cuando las partes tengan domicilios en Estados diferentes, el lugar de entrega del bien o prestación del servicio está localizado en otro país, o cualquier otra circunstancia que aporte al caso un “elemento de extranjería”³.

² La debilidad del consumidor es universalmente admitida por todos los ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia. Ver por todos, PERUGINI ZANETTI, Alicia M., “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, ponente en el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado, Rosario, 2005, p. 2. Para la especial consideración de la debilidad en el contexto digital o comercio *online*, cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, *La protección al consumidor online en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*, CEDEP, Asunción, 2009, p. 50. Asimismo, para la general debilidad de las partes de una relación jurídica en el contexto internacional, fuera de su lugar de residencia, cfr. VISCHER, Frank, “General Course on Private International Law”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 232, La Haya, 1992, pp. 9-256, en 88.

³ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 3-6. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed., T. I,

Como punto de partida, debe considerarse que la protección de la parte débil, y en general de la persona humana, es un objetivo de todo sistema jurídico, tanto desde los puntos de vista del derecho interno, del Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público⁴. Pero como los desarrollos jurídicos protectorios del consumidor en los planos interno e internacional no han sido parejos, se requiere elaborar la doctrina y legislación que habilite la protección internacional⁵. De aquí que la primera parte de esta tesis deba establecer si el sistema tradicional de Derecho Internacional Privado considera la debilidad de una de las partes, o bien deberíamos proponer un sistema específico. Como veremos, se ha elegido este último camino.

LA PERSPECTIVA DEL PROBLEMA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Las relaciones de consumo transfronterizas plantean los problemas con que tradicionalmente ha lidiado el Derecho Internacional Privado: qué jurisdicción es competente, cuál es el derecho aplicable y

Depalma, Buenos Aires, 2005, pp. 81-89. BATIFFOL, Henri, y LAGARDE, Paul, *Droit International Privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 8^e édition, Paris, 1993, pp. 11-15

⁴ Cfr. POCAR, Fausto, "La protection de la partie faible en droit international privé", *Recueil des Cours*, Vol. 188, La Haya, 1984, p. 349.

⁵ Cfr. WILHELMSSON Thomas, "Internacional *Lex mercatoria* and Local Consumer Law: an Impossible Combination?" Paper delivered at the 75th Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002, p. 15. "By contrast, there is certainly no common consumer culture, at least not as common as that of business people engaged in international trade. Of course, there are convergences in consumption patterns even on a global scale, due to the fact that the same products are sold, similar advertising campaigns are used and the distribution systems become more alike all over the world. Still, nobody would seriously claim that the contracting culture of consumers, say, in the developed and the developing world had much in common. The problems related to consumer contracting are obviously very different in various parts of the world". Este autor pone como ejemplo de esta "homogénea heterogeneidad" los distintos enfoques de Estados Unidos y de Europa respecto de la protección del consumidor. En el primer caso, la tendencia es una activa intervención en la información que deben brindar los proveedores, mientras que en la UE la actividad del Estado es de una creciente regulación de distintas actividades económicas.

cómo se ejecutará la sentencia o decisión judicial. Estos problemas están ligados a los dos procedimientos generales de solución de conflictos en el Derecho Internacional Privado. Por un lado, el método conflictualista, consistente en resolver el problema no de modo directo, sino mediante la designación del sistema normativo que será aplicable al caso. Por el otro, el conflicto también puede resolverse mediante la aplicación de normas materiales, diseñadas específicamente para ese tipo de relaciones jurídicas. En cualquiera de los supuestos, no deja de estar presente el conflicto de jurisdicciones, esto es: qué jueces están llamados a resolver un conflicto que involucra una relación de consumo transfronteriza⁶.

Aún teniendo certeza respecto del derecho aplicable para resolver el caso, siempre habrá que tener presente las siguientes preguntas: “¿ante quién habrá que plantear la solución de las controversias que se susciten en el transcurso de dicha relación?; o bien ¿qué efectos tendrán dichas soluciones fuera del Estado en el cual se dicten?”⁷ Y esto tanto

⁶ Cfr. BATIFFOL y LAGARDE, *Droit International Privé*, pp. 13 a 15. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 203. En referencia especial a los conflictos con consumidores, cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior”, *DeCITA* Nro. 4, 2005, pp. 266.

⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Coord. *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 2003, p. 41. Por este motivo es que en la futura CIDIP VII, donde se proyecta una Convención interamericana referida a las relaciones de consumo, se propone resolver conjuntamente las cuestiones de jurisdicción y derecho aplicable, teniendo en cuenta que la primera preocupación para un consumidor que tenga razones para iniciar una demanda es contar con un juez que sea competente para entender en el caso. ALL, Paula M., DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentados Por Brasil y Uruguay”, Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA), pp. 1 y 2. Disponible en www.oea.org. En igual sentido, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y ALL, Paula M., “Apreciación general acerca de la elaboración de una reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores”, Comunicación presentada al Foro de Expertos para la preparación de la CIDIP VII, p. 2. La misma preocupación y con referencia al *e-commerce* B2C o bien “business to consumer”, cfr. DENNIS, Michael J., “Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 219-237, en 220.

para los procedimientos jurisdiccionales contenciosos como los arbitrales.

EL TRÁNSITO DEL ÁMBITO LOCAL AL INTERNATIONAL. Los principios protectorios del derecho del consumidor han sido por lo general básicamente territoriales, porque los hábitos y pautas de proveedores y consumidores en sus relaciones cambian de país a país e incluso de ciudad a ciudad. Cada sistema jurídico nacional tiene su propio desarrollo histórico y su particular grado de protección en un determinado momento⁸. Esto es común a todas las cuestiones reguladas por los derechos internos, incluyendo los regímenes del derecho comercial, contractual, daños, etc. Adicionalmente, estos ordenamientos nacionales no suelen tomar en cuenta las particularidades del tráfico comercial internacional. A su vez, se agrega el problema de la aplicación extraterritorial de esas normas: el ejercicio de la autoridad más allá de las fronteras⁹.

Mientras en algunos países o territorios los bienes y servicios y los modos de consumir son altamente sofisticados, en otras regiones los niveles de pauperización apenas aseguran los mínimos consumos para la subsistencia. De todos modos no es objeto de esta tesis el análisis del consumo referido a la satisfacción de las necesidades primarias de la persona, ni el consumo sustentable, sino las relaciones jurídicas en el contexto de una economía de mercado globalizada. No son de aplicación, por tanto, los principios referidos a las obligaciones correspondientes a la atención de los llamados subconsumidores, como las enunciadas en las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor:

⁸ Cfr. LEIBLE, Stefan, "Comercio exterior y seguridad jurídica", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 397-428, en 407. Respecto de la influencia de las "estructuras sociales" en la configuración del derecho en general y del Derecho Internacional Privado en particular, cfr. BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, París, reedición, 2002, pp. 185-195.

⁹ Cfr. SCHIFF BERMAN, Paul, "The Globalization of Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, December 2002, pp. 311-533, en 418.

“Principios, 5. Las políticas de fomento del consumo sostenible deben tener en cuenta como objetivos la erradicación de la pobreza, la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad y la reducción de la desigualdad, tanto en el plano nacional como en las relaciones entre los países”.

Esto no significa que no tenga en cuenta esta realidad, la que, por otra parte, es objeto de atención especial en los últimos desarrollos del Derecho Internacional¹⁰.

Resulta entonces lógico que en algunos regímenes la protección del consumidor como garantía de justicia en las relaciones entre proveedores y consumidores haya sido tempranamente advertida mientras que en otros lugares su planteo teórico —y mucho menos la efectiva vigencia— todavía no tenga ninguna significación. En sociedades en que las necesidades básicas como la paz, la alimentación, la salud, la educación, etc., son una mera expresión de deseos, la protección del consumidor es, incluso hoy, una utopía. La escala de los distintos desarrollos del derecho del consumidor tiene un punto máximo en las culturas donde la categoría de consumidor ha reemplazado a la del ciudadano, y un mínimo en aquellas que se debaten entre la vida y la muerte de sus habitantes¹¹.

Estas desigualdades, no deseadas aunque reales, hacen razonable que las regulaciones no sean uniformes y que se encuentren adaptadas al nivel de desarrollo alcanzado por cada una de esas sociedades. Se reproduce a nivel internacional lo mismo que en una comunidad estatal, donde coexisten grupos de personas con altos niveles de consumo y de educación que buscan mejorar su posición relativa frente a los provee-

¹⁰ Como indica un destacado autor, indicando las escandalosas diferencias Norte-Sur: “Todo ello conduce a una situación de injusticia social a nivel mundial, pues no es aceptable desde el punto de vista de la solidaridad internacional que mientras los países ricos viven mayoritariamente en sociedades de consumo que llegan al despilfarro, las grandes masas de población de los países pobres sufran hambre en sentido físico, amén de privaciones culturales y de otro orden”. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1996, p. 76.

¹¹ Cfr. GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Consumers and citizens: globalization and multicultural conflicts*, Minneapolis, MN; London: University of Minnesota Press, 2001, p. 15 y ss.

dores, junto con otros grupos sociales que tienen todavía prioridades muy básicas de las que preocuparse.

Hay condiciones personales y culturales que se traducen en productos, servicios, técnicas de distribución, garantías de reparación, etc., que no son equivalentes sin más de un lugar a otro. El desarrollo económico suele tener su correlato en el sistema jurídico, lo que hace —por el momento— casi imposible que el derecho del consumo se pueda uniformar en normas y tratados internacionales de contenido material, a fin de salvaguardar de modo universal a los consumidores de distintos países o regiones en transacciones internacionales. Por otra parte no está muy claro que la uniformidad sea conveniente. Las alternativas disponibles, en sentido amplio, son la globalización, la regionalización y la estatización, pero luego habrá que analizar si la unificación es de normas sustantivas, principios, normas de jurisdicción, de conflicto, regulaciones administrativas, etc.¹².

¿ES POSIBLE UNIFICAR INTERNACIONALMENTE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR? Los autores advierten que la unificación del Derecho Internacional Privado no se realiza sólo mediante la recopilación legislativa o la aprobación de tratados o convenciones internacionales. La situación hoy día es de profundo escepticismo¹³. No siempre la unificación significa armonización, y la codificación puede ser un enemigo de una reforma sustantiva que mejore la calidad de la justicia. El desarrollo de la costumbre comercial internacional mediante formularios tipo provenientes de las prácticas de grupos de interés comunes demuestra que otros caminos logran mejores resultados¹⁴. También es posible advertir que cuando una industria logra unidad técnica o de prácticas de ejecución en

¹² Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 7.

¹³ Así se podría juzgar la actividad de los últimos 50 años de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, que habiendo aprobado decenas de instrumentos, pocos de ellos tienen efectiva vigencia. Cfr. DOLINGER, Jacob, "Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 283, La Haya, 2000, pp. 187-503, en 342-343.

¹⁴ Cfr. BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*, Second enlarged Edition, Transnational Publishers, New York, 1997, pp. 2-3.

diversas regiones simultáneamente, la situación es más sencilla. Así ha sucedido con el transporte aéreo de pasajeros o los viajes turísticos combinados¹⁵.

Esta disparidad puede incluso advertirse en la UE, donde a nivel regional se ha logrado una mayor uniformidad legislativa en cuanto a protección del consumidor se refiere, mediante la aprobación de una gran cantidad de Directivas. Así y todo, el legislador comunitario a dejado a la libertad de cada Estado miembro amplios márgenes para la transposición de cada una de esas Directivas¹⁶.

La incertidumbre de cuál es el camino a seguir se advierte también en América, donde desde hace algunos años la OEA ha propuesto este tema como prioritario para ser tratado por la Séptima Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP VII). El Comité de Expertos tiene a la fecha delante de sí cuatro propuestas para la regulación de algunos contratos internacionales de consumo. De por sí, el planteo parece limitado, ya que se refiere exclusivamente al ámbito contractual. Además, todavía no se ha definido si se tratará de una convención de *hard law* o *soft law*, ya que entre las posibilidades se presentan alternativas de leyes modelo o convenciones, y dentro de estas, de unifi-

¹⁵ Trataré con mayor detalle los aspectos jurisdiccionales en las relaciones de consumo de estas actividades en el Capítulo VII.

¹⁶ Se puede advertir un claro ejemplo de lo insatisfactorio que resulta la uniformización de algún aspecto del regimen protectorio en la regulación europea de la responsabilidad por daños por productos defectuosos. La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos unifica ciertas categorías jurídicas, determina qué sujetos pueden ser responsables o qué defensas son oponibles por parte del fabricante —entre otros aspectos. Pero no cubre todos los problemas ni la armonización es mundial, con lo cual los conflictos de jurisdicción o de leyes persisten, siendo dependientes del sistema de Derecho Internacional Privado de cada uno de los Estados miembros. Inclusive, permanece latente la amenaza de *forum shopping*. Cfr. FAWCETT, James.J, "Products liability in Private International Law: a European perspective", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 238, 1993-I, La Haya, pp. 9-246, en 48-51 y en 56.

cación de normas de jurisdicción, de jurisdicción y derecho aplicable, o sólo derecho aplicable¹⁷.

De modo general, las distintas alternativas existentes para la regulación internacional son: a) la difusión, en cuanto transmisión de los rasgos culturales de una sociedad a otra, mediante la irradiación del derecho, como ocurrió, por ejemplo mediante las distintas adaptaciones del Código Napoleón; b) la unificación, mediante la cual se remansan las leyes nacionales por otras comunes a varios países; c) la armonización, que permita lograr cierta coincidencia entre las legislaciones de países diversos; d) el *soft law*, sin carácter vinculante pero como propuesta de modelo normativo adoptable por las partes o países¹⁸.

La falta de uniformidad, o más bien, la dificultad práctica para uniformar criterios, genera una inevitable incertidumbre jurídica en las transacciones de consumo transfronterizo, que se manifiesta en situaciones de desprotección vinculadas a: a) el efectivo ejercicio de los derechos y la obtención de los resarcimientos necesarios a través de un ade-

¹⁷ Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, "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", Documento presentado al Foro de Expertos del Comité Jurídico Interamericano, p. 5; disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm. Allí mismo, ver también FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y ALL, Paula M., "Apreciación general acerca de la elaboración de una reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores", Comunicación presentada al Foro de Expertos para la preparación de la CIDIP VII. También ALL, Paula M., DREYZIN DE KLOR, Adriana, "Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentados Por Brasil y Uruguay", p. 1. Estas autoras se inclinan por una convención que incluya los aspectos jurisdiccionales y de normas de conflicto, "teniendo en cuenta que la primera preocupación para un consumidor que tenga razones para iniciar una demanda es contar con un juez que sea competente para entender en el caso".

¹⁸ El estado de la discusión en cuanto qué resulta más conveniente en vistas a lograr un régimen común es tratado por ALTERINI, Atilio Aníbal, "Derecho Internacional de los Contratos", LL 2009-A, pp. 671-700, en 672-681. Ver también FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "La redifinición de la codificación americana del Derecho Internacional Privado - ¿Hay vida después de la CIDIP VII?", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 73-95, especialmente 78-88.

cuado acceso a la justicia; b) qué derecho es aplicable y cuál es el contenido de las prerrogativas establecidas a favor del consumidor; y c) la cooperación internacional para la efectiva vigencia de los derechos o las restituciones debidas, incluida la eficacia extraterritorial de la sentencia que busca restablecer la justicia vulnerada¹⁹.

LA INSUFICIENCIA DEL TERRITORIALISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMO TRANSFRONTERIZO. Respecto del derecho aplicable y el distinto nivel de protección que brindan las normas nacionales, se presentan claras diferencias en el contenido sustancial de los derechos del consumidor, vinculados a cláusulas abusivas, montos de las reparaciones por daños, plazos de ejercicio de los derechos, límites temporales de las garantías, presunciones de responsabilidad, etc., amén de que estas normas no prevén —en la mayoría de los casos—, soluciones expresas para el consumo transfronterizo²⁰. Las normas internas de protección del consumidor de cada país suelen guardar estricto silencio respecto de operaciones de consumo transnacionales²¹. Ante este silencio, y debido a que las normas nacionales no prevén situaciones de desprotección en razón de la extraterritorialidad de la relación de consumo, éstas no deberían ser de aplicación directa, salvo que el juez recurra a la *lex fori*²².

¹⁹ Cfr. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p. 401. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “Las teorías que se encuentran detrás de la propuesta brasilera de CIDIP”, Informe al Comité de Juristas, pp. 1-4, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm.

²⁰ Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*, Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, Volumen I, Parte 2, El Derecho Internacional Privado en las Américas, (1974-2000), Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002. p. 1508. Por otra parte, esta demora en plantear los problemas ius-privatistas es razonable, ya que era precisa la decantación de los enfoques civilistas y comercialistas para luego abordar los conflictos de leyes y de competencias. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 8.

²¹ Distinto es el caso de la UE, donde en razón de tratarse de un espacio económico integrado existen muchas normas relativas a la protección del consumidor transfronterizo. Por mencionar alguna, la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

²² Cfr. SOTO, Alfredo, “El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosa-*

En cuanto al régimen conflictualista específico de Derecho Internacional Privado, es habitual que los puntos de conexión tradicionales consideren la primacía de la autonomía de la voluntad; así, resulta casi automático que el lugar de ejecución termine siendo el domicilio del proponente. En definitiva, se aplicaría siempre la ley extranjera en las relaciones contractuales con consumidores nacionales, ante la casi “obligada” existencia de cláusulas de elección del derecho aplicable a favor del predisponente²³.

Ante la realidad de que la uniformidad de las soluciones materiales no parece viable —a salvo los logros alcanzados en mercados regionales—, los planteos conflictualistas resultan en apariencia más asequibles²⁴. Así, muchos proponen que el caso se resuelva por el derecho domiciliario del consumidor, el que debería reputarse por él conocido y establecido en su favor. Esto eliminaría la incertidumbre sobre el alcance de sus prerrogativas²⁵. De todas maneras esta solución tampoco será adecuada en todos los casos si se pretende promover el libre comercio, ya que obligaría al proveedor a estar al tanto de todos los regímenes jurídicos nacionales correspondientes a los domicilios de sus clientes. Esto, si bien es materialmente posible, encarecería los costos de previsión

rio, Nros. 17/18, Rosario, 2006, pp. 389-405, quien considera que debería ser excepcional la aplicación extraterritorial de las leyes internas de defensa del consumidor, debido a que no prevén la internacionalidad del caso.

²³ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1518.

²⁴ MATTEO SECO resume las dificultades existentes para la uniformidad del derecho contractual, considerando las tendencias de los sistemas jurídicos continentales-europeos y anglosajones, así como también los de los países de influencia socialista. Esta uniformidad o armonización es mucho más difícil en el derecho del consumo transfronterizo. Cfr. MATTEO SECO, Vivien, “La contratación mercantil y la añoranza del *jus commune*”, *ElDial, Suplemento de Derecho Internacional Privado*, disponible en www.eldial.com.ar.

²⁵ Cfr. BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, a Comparative Study”, *Recueil des Cours*, Vol. 170, La Haya, 1981, p. 56: “*The law of the country where the consumer has his habitual residence provides a minimum standard of protection which may not be aside. The said mandatory protective rules are the substantial limits of the parties. Despite their choice of a different substantive law, the parties may not interfere with those mandatory rules*”. Cfr. también POCAR, “La Protection...”, p. 362. A similar conclusión llega NAJURIETA, María Susana, “Conflicto de jurisdicciones en casos que involucran a consumidores”, *RDCO*, Vol. 141, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 207 y ss.

de conflictos y significaría, por tanto, un retroceso respecto del libre comercio²⁶.

Las normas territorialistas aplicadas a todas las operaciones que los ciudadanos celebren con proveedores extranjeros se convertirían en nuevas barreras comerciales. Este aspecto fue tratado en la reunión del Consejo Ministerial del MERCOSUR, donde la posición argentina sostuvo que un nivel de protección elevado puede significar una nueva asimetría del comercio internacional, al impedir que los empresarios nacionales puedan acceder a los mercados. De allí la reticencia en aprobar el Protocolo de Santa María, ya que si cada país aplicara su propio derecho imperativo, y dado un nivel asimétrico de protección, esto perjudicaría a los proveedores, constituyéndose así en una barrera para arancelaria al comercio intrazona²⁷.

A estos temores se suele responder que frente a los problemas que tendrían las empresas —sobre todo las pequeñas y medianas— para hacer frente a reclamos presentados en cualquier lugar del mundo donde se domicilie un consumidor, el riesgo se puede limitar evitando determinadas contrataciones, o concentrando las operaciones a determinados países. En cualquier caso, el criterio de establecer imperativamente la jurisdicción o aplicar el derecho domiciliario del consumidor no sería irrazonable ni arbitrario por definición. En última instancia, debe pensarse que se trata de una carga más fácil de asumir por una empresa proveedora que por un consumidor persona física²⁸.

LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA PROTECTORIO Y LA EFECTIVA ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN. En lo que se refiere a la efectiva defensa de los derechos,

²⁶ Cfr. art. 10 de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, Resolución 39/248, de la Asamblea General de Naciones Unidas, ampliadas en 1999. El mismo planteo existe en la UE, aún considerando las particularidades propias de un espacio común integrado, en el *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*. Cfr. ALTERINI, "Derecho Internacional de los Contratos", p. 685.

²⁷ Cfr. SOTO, "El orden público...", p. 396. También ALL y DREYZIN DE KLOR, "Consideraciones generales sobre el artículo 2...", pp. 12-16.

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, "Apreciación general...", Segunda parte, nro. V.

existen dificultades propias de los procesos judiciales transnacionales: falta de inmediatez de los tribunales, distinto idioma de la documentación, alto costo para la producción de pruebas, difícil comparecencia de terceras partes involucradas en la transacción, etc. En general, son los problemas comunes a los litigios en extraña jurisdicción, agravados en este caso por la menor capacidad económica e inexperiencia de uno de los litigantes. Si el foro más probable donde el consumidor debe plantear la demanda es el del domicilio del proveedor en el extranjero, es casi inevitable que la situación termine en desprotección ante incumplimientos del profesional. Esto resulta especialmente relevante en los contratos celebrados en Internet y los de servicios turísticos²⁹. Lo mismo se puede decir de algunas situaciones donde está involucrado el orden público, como el fraude en el comercio transfronterizo³⁰.

De modo general se propicia como solución un régimen que habilite la protección judicial correspondiente al domicilio del consumidor, de tal manera que éste pueda ejercer las defensas convenientes. Esta jurisdicción será, en principio, concurrente con la del domicilio del proveedor o tercero en el extranjero, atendiendo al principio de que una de las jurisdicciones universalmente aceptadas es el tribunal del domicilio del demandado, en este caso el proveedor a quién se efectúa el reclamo. Así es como en espacios jurídicos comunes como la Unión Europea (UE), donde existen Directivas uniformes para distintos aspectos del consumo transfronterizo, el primer punto de acuerdo arribado fueron normas de jurisdicción, reconociéndose que la solución de conflictos que involucran relaciones de consumo requiere reglas de competencia específicas³¹.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. "Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas", Recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, del 11 de junio de 2003, p. 9, disponible en www.oecd.org/document/

³¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión transatlántica", REDI, vol. LVIII, 2006 (1), pp. 19-60, en 36 y ss.

Más allá de cuál de estas soluciones se adopte, y sin perjuicio de que el consumidor pueda hacer valer de modo adecuado sus derechos ante un tribunal que le permita el acceso a la justicia, no termina de resolverse la cuestión si luego la ejecución de la sentencia deviene irrealizable³². En caso de que hubiere obtenido una sentencia satisfactoria de las pretensiones del consumidor, la efectiva aplicación de la misma puede tornarse ilusoria si se trata de una cuestión de escaso valor pecuniario en relación a los costos de ejecución en un Estado distinto al del lugar donde se ha dictado el fallo. Adicionalmente, es estas sentencias a ejecutarse en el extranjero se tornarían vacías de contenido, ya que los tribunales del país del vencido pueden objetar el procedimiento seguido o el modo de resolver la cuestión, que pueden ser contrarios a su propia concepción del orden público internacional³³.

Por otra parte estas soluciones resultan insuficientes ante relaciones de consumo internacionales que no implican necesariamente la celebración de un contrato, como por ejemplo las actividades promocionales o publicitarias con sus consecuentes deberes de información. Estas situaciones pueden estar vinculadas a deberes de conducta previos, los que se regulan a través de disposiciones administrativas territoriales, emanadas de agencias locales que no están autorizadas para imponer sanciones a oferentes y proveedores localizados fuera de su ámbito de soberanía.

Conscientes de este tipo de dificultades, algunos foros de discusión internacionales han planteado estrategias cooperativas, a fin de evitar la

³² Por este motivo es que la realización del fin de las normas se ve facilitado mediante la legitimación de la jurisdicción. Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo", comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado, nro. 13.

³³ De aquí que los aspectos jurisdiccionales hayan tomado tanta preponderancia frente a los tradicionales del derecho aplicable, significando un paso del Derecho Internacional Privado académico al real, en palabras de Diego Fernández Arroyo. Cfr. "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", en *Estudios de Derecho Internacional - Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, T. II (*Derecho internacional privado*), Santiago, Librotecnia, 2008, pp. 117-152, en 117.

clara barrera que implica la baja efectividad de las decisiones jurisdiccionales domésticas. La OCDE (Organización para Cooperación y Desarrollo Económicos), por ejemplo, ha hecho recomendaciones tendientes a favorecer la notificación y comunicación entre agencias locales, a fin de evitar el fraude al consumidor llevado a cabo por nacionales de un Estado miembro³⁴.

LAS JUSTAS ATRIBUCIONES DE JURISDICCIÓN. La solución de todos estos tópicos resultaría excesiva en el marco de este trabajo, por lo cual me limitaré, en primer término, a establecer los fundamentos del sistema protectorio. Luego, trataré de resolver las cuestiones derivadas tanto de la multiplicidad de foros que pueden estar llamados a resolver los conflictos que se planteen, como de la ausencia de reglas de asignación de tribunales con el consiguiente riesgo de denegación de justicia³⁵. No se trata de ignorar la existencia de los problemas relativos al derecho aplicable, pero su tratamiento en profundidad excede al objeto de esta tesis. De todos modos, adelantamos que la aplicación del derecho extranjero no siempre causará perjuicio a un consumidor argentino —por el contrario—. Sin embargo, es altamente probable que el litigio en extraña jurisdicción a la domiciliaria pueda ser agravante³⁶.

Adicionalmente, las soluciones jurisdiccionales razonables y que resulten aceptables, ya sea por medio de la uniformidad normativa, la suscripción de compromisos internacionales o por la aplicación de principios universales, facilita la admisión de la jurisdicción indirecta y por

³⁴ OCDE, "OECD Governments Join Forces to Protect Consumers from Cross-Border Fraud", OCDE, *Digest of Electronic Commerce Policy and Regulation* 26, París, 2003, pp. 101-104.

³⁵ Cfr. JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 251, La Haya, 1995, pp. 9-268, en 47-48.

³⁶ Ver POCAR, "La Protection...", pp. 374 y 377. Es posible que la ley conectada sea más favorable a la parte débil que una ley establecida objetivamente. Según este destacado autor, no parece razonable excluir sin más la posibilidad de establecer el derecho aplicable contractualmente para proteger a la parte débil, al consumidor. Puede haber normas más favorables en el derecho elegido.

ende la validez de la sentencia extranjera³⁷. De aquí que resulte más urgente, a primera vista, resolver los conflictos de competencia³⁸.

Hay que reconocer que la adecuada asignación del tribunal elimina gran parte de las incertidumbres, más aún cuando resulta coincidente con la predeterminación del derecho aplicable. La determinación de la competencia de un juez para entender en la causa establece indirectamente la validez de la ley reguladora de la relación jurídica³⁹. Si bien es claro que son dos temas diferentes, es razonable que así sea, ya que el tribunal que entienda en la causa deberá aplicar su propio sistema de Derecho Internacional Privado, el que incluye las normas de conflicto y las normas materiales a las que aquellas pueden remitir, lográndose más fácilmente la uniformidad en la resolución del caso. Pero también queda claro que la uniformidad no es por sí misma la solución debida en justicia, ya que una solución uniforme también puede significar el secuestro del caso respecto de la relación jurídica más significativa.

El derecho unificado puede pasar por alto las necesidades efectivas de los actores. La unificación total mediante la sanción de normas materiales no está exenta de riesgos. Entre las ventajas, se suele mencionar que el derecho unificado es el medio más idóneo para garantizar la seguridad jurídica; conduce a la igualdad jurídica; hace innecesaria la ave-

³⁷ Cfr. SANTOS BELANDRO, Rubén, "El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR", *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Internacional Privado del 26 de octubre de 2007, disponible en www.eldial.com, última visualización el 10 de marzo de 2010.

³⁸ "Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen y uno de los instrumentos más importantes para ese funcionamiento es la jurisdicción. El carácter descriptivo e integrador de las normas respecto de la realidad de los repartos exige una vinculación sólida entre toda norma y su funcionamiento, que a menudo ha de ser jurisdiccional. La norma se perfecciona en su funcionamiento y para poder funcionar requiere con gran frecuencia un despliegue jurisdiccional." CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del MERCOSUR*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, p. 65.

³⁹ Cfr. STRENGER, Irineu, "Extraterritorialidade do direito processual", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, KLEINHEISTERKAMP, Jan y IDIARTE, Gonzalo Lorenzo, Coordinadores, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 471-488, en 473.

riguación del derecho extranjero; aumenta la previsibilidad de los derechos y obligaciones internacionales de las partes; favorece la concordancia internacional de las decisiones. Y, entre las desventajas, el derecho unificado es inflexible; es complicado modificar un tratado internacional; la adecuación al comercio internacional se realiza con mucho retraso, a diferencia de la economía que reacciona rápidamente para, por ejemplo, modificar las cláusulas típicas de los contratos. Otro problema es la creciente aprobación de tratados internacionales que se solapan, tienen vigencia parcial, dando lugar a una “colorida alfombra de parches”. Se complica visualizar la pretensión de validez y ámbito de aplicación de los diferentes tratados de unificación. Esta situación parece alejarse el ansiado objetivo de la seguridad jurídica⁴⁰.

En particular resulta de interés atender los problemas que se derivan de las cláusulas de elección de foro insertas en los contratos de adhesión, las que por lo general prevén la jurisdicción del domicilio del predisponente. Las normas protectivas del consumo tradicionales son de orden público interno, inderogables por las partes, especialmente en lo referido a la forma de contratación en masa operada a través de formularios de adhesión a condiciones generales. Así, cierto tipo de cláusulas son consideradas inválidas *prima facie* por ser el consumidor la parte débil de la relación. En algunos casos a través de listas detalladas de cláusulas que impiden su inclusión en condiciones generales de contratación, y en otros a través de estipulaciones legales abiertas que pueden provocar la declaración de invalidez en el momento de la ejecución del contrato o en sede administrativa cuando se requiere la aprobación previa de los formularios⁴¹.

Por este motivo resulta muy relevante el análisis de las cláusulas de elección de foro, que, en caso de ser declaradas inválidas, dejarán al predisponente sometido a juicio en un tribunal que no previó. De todas maneras, la invalidez de la cláusula no elimina sino que acrecienta los

⁴⁰ Cfr. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, pp. 420-421.

⁴¹ De este último tipo son los arts. 37, 38 y 39 LDC. Estas disposiciones en principio tienen efecto territorial, pero luego analizaremos su imperio sobre situaciones de consumo transfronterizo.

conflictos de litispendencia, jurisdicciones concurrentes, foros que declinan la competencia por presentarse otros más relacionados con la cuestión, sentencias que se declaran inejecutables, etc.

Por otra parte, la asignación del foro previo acuerdo entre los Estados, permite luego la ejecución de las sentencias resultantes de esas jurisdicciones ya de por sí competentes. Resulta así altamente satisfactoria la combinación de reglas de jurisdicción y de auxilio judicial internacional⁴². Por tanto, las adecuadas conexiones resultan también muy importantes si se pretende el respeto del elemento extranjero, evitando la revisión del fondo del asunto al momento del exequátur. El pleno acuerdo de las normas de jurisdicción permite reafirmar la validez de la sentencia, y por tanto su eficacia⁴³.

El abordaje primordial será a través del sistema jurídico argentino y secundariamente de la normativa del MERCOSUR y de algunos de sus países miembros. Esta segunda perspectiva se justifica porque al no existir un criterio común ni una Convención que regule la cuestión, es útil proponer una solución que llene la laguna existente⁴⁴. Adicionalmente y de modo accesorio haré referencia a la normativa europea y norteamericana, ya que también brindan elementos para elaborar una solución comparativa, más aún considerando que los proveedores extranjeros —desde una perspectiva argentina— es altamente probable se encuentren localizados en esos países.

⁴² Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", pp. 199-200, donde recalca la necesaria interrelación de los problemas y las dificultades que plantea una solución conflictualista al margen de los aspectos jurisdiccionales o que desconsidere la efectividad de las decisiones. Del mismo modo JAYME para quien los conflictos de jurisdicción han tomado un papel primordial en Derecho Internacional Privado. JAYME, Erik, "Identité culturelle...", p. 47.

⁴³ La vinculación entre normas de jurisdicción y sustantivas y la posibilidad de unificación de contactos, fue uno de los temas más discutidos en la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado. Cfr. BURBANK, Stephen, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", 49 *American Journal of Comparative Law*, 2001, pp. 203-247, en 204-205.

⁴⁴ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p.1508.

CRITERIOS UNIFORMES PARA LA ASIGNACIÓN DE JURISDICCIÓN EN UN SISTEMA PROTECTORIO. La propuesta final será analizar la posibilidad de establecer reglas uniformes respecto de la jurisdicción competente en defensa del consumidor. Si logramos reducir esta incertidumbre, quedará luego por resolver qué normas aplicará ese juez y qué eficacia tendrá esa sentencia, aunque esta ya no será nuestra tarea⁴⁵. En la práctica no son cuestiones que se presenten aisladas, pero este abordaje implica un orden lógico natural. En caso de disputa debo saber ante quién planteo la litis, y el juez que recibe la causa deberá resolver primero, antes de ir al fondo del asunto, si es competente para atender la cuestión.

La solución a los conflictos relacionados con la determinación de los tribunales competentes, si bien no es de por sí autosuficiente porque no resuelve el fondo del asunto, permite al menos plantear los litigios en un foro razonable y asequible para las partes, especialmente para quién se presupone es la parte débil de la relación. Por “razonable” hago referencia a criterios de justicia y cuando digo “asequible”, afirmo la viabilidad fáctica de poder ejercitar los reclamos.

Muchas de las dificultades resultantes de la virtual aplicación de normas imperativas de la protección del consumidor tienen que ser resueltas en el marco del sistema jurídico del tribunal designado, con lo cual la aplicación del derecho a la cuestión suscitada requiere establecer previamente la jurisdicción competente. La solución del conflicto de leyes depende en gran medida de la solución del conflicto de jurisdiccio-

⁴⁵ Como indica CIURO CALDANI, “Sin la pretensión irrealizable de determinar ‘a priori’ si deben o no coincidir en cada caso, puede afirmarse que en definitiva la escisión de la ley aplicable y la jurisdicción es instrumento necesario al respeto al elemento extranjero propio de la idea de comunidad internacional, en tanto que su coincidencia lo obstaculiza. Como criterio orientador general puede decirse que el fundamento para seleccionar la ley aplicable puede guiar en ciertos casos —cuando no hay circunstancias sobrevenidas relevantes— en el establecimiento de una jurisdicción internacional justa, pero difícilmente ha de admitirse que una conexión que sólo ha demostrado su fuerza en la fundamentación de una jurisdicción pueda utilizarse sin más como basamento de la aplicación del derecho ‘fori’”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Hacia un derecho procesal internacional privado (Derecho justicial material: la jurisdicción internacional), LL 1975-A, pp. 1045 a 1060, p. 1055.

nes⁴⁶. A su vez, la eficacia de la solución (a través de una sentencia) depende de que los jueces intervinientes tengan competencia en el orden internacional.

Como puede observarse, el objeto de este trabajo analiza el problema en su generalidad pero se aboca a resolver sólo una parte del mismo. En defensa de este planteo, se puede decir que si bien la solución es parcial, facilita resolver las controversias reduciendo el costo de la incertidumbre, lo cual de modo indirecto incrementa el flujo de comercio transfronterizo. Si el consumidor tiene una percepción de mayor protección o al menos la posibilidad de reclamar con algún éxito ante posibles incumplimientos, estará predispuesto a optar por aquellos productos y servicios que más lo beneficien o mejor satisfagan sus expectativas y necesidades, cualquiera sea el lugar de donde provengan. Siempre la incertidumbre en cuanto al tribunal competente o el derecho aplicable es una traba al comercio, porque las contingencias derivadas de una litis de resultados impredecibles implican mayores riesgos y costos para los operadores cuando su ámbito de negocios está vinculado a distintas jurisdicciones. La inseguridad jurídica es, sin duda, una externalidad, que en la medida que sea internalizada por los proveedores a través del sometimiento a foros efectivos, disminuirá —al menos en teoría— el precio de los productos o permitirá un mejor o mayor acceso a ellos. En la medida que las partes nada hayan dicho, y la regla que colma la laguna sea ineficiente, ambos están expuestos a un riesgo. Siempre la incertidumbre en cuanto al tribunal competente o el derecho aplicable es una traba al comercio, porque las contingencias derivadas de una litis de resultados impredecibles implican mayores riesgos y costos para los operadores cuando su ámbito de negocios está vinculado a distintas jurisdicciones. La inseguridad jurídica es, sin duda, una externalidad, que en la medida que sea internalizada por los proveedores a través del sometimiento a foros efectivos, disminuirá —al menos en teoría— el precio de los productos o permitirá un mejor o mayor acceso a ellos. En la

⁴⁶ Cfr. POCAR, “La Protection...”, pp. 397 y 399.

medida que las partes nada hayan dicho, y la regla que colma la laguna sea ineficiente, ambos están expuestos a un riesgo⁴⁷.

En definitiva, “se plantean problemas que originariamente son de derecho interno de los distintos países, pero destinados todos ellos a resolver cuestiones o casos internacionales. Se trata de una pluralidad de derechos internos que se abren para dar solución a casos internacionales”⁴⁸. La regulación de los casos no se realiza sólo mediante la unificación de normas, también es posible establecer procedimientos de coordinación entre autoridades de aplicación, como sugiere un informe de la OCDE⁴⁹. Algunas veces será posible adoptar tratados internacionales; otras, habrá que acudir a la coordinación de derechos internos.

PLAN DE TRABAJO. Resumiendo lo enunciado hasta aquí, en el capítulo inicial intentaré sustentar el porqué de la particular situación de debilidad del consumidor en el ámbito transfronterizo. De allí será posible obtener las razones que justifiquen un régimen que procure su protección internacional. Sobre esta base, que tiene en cuenta la realidad social, económica y antropológica, propondré luego un sistema asentado en principios (Capítulos II y III) de donde surjan con relativa claridad los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo (Capítulo IV).

En la segunda parte profundizaré en cómo deben configurarse objetivamente estas situaciones, de tal manera que se pueda habilitar la aplicación del derecho del consumidor, el que de por sí es un régimen de excepción establecido a favor de una parte desprotegida (Capítulo V). Los sujetos —el consumidor y el proveedor—entonces serán, por lo general, o bien partes o de algún tipo de contrato o de relación precontrac-

⁴⁷ Cfr. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 256 y ss. Traducción castellana de *Law and Economics*, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1997, a cargo de Eduardo L. SUÁREZ.

⁴⁸ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª Ed., T. III, p. 795.

⁴⁹ Cfr. OCDE, “OECD Governments Join Forces...”, pp. 101-104. Para ver la diferencia entre unificar, uniformar, armonizar y coordinar, cfr. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional – Derecho de la Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos y Derechos Humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 61 y ss.

tual, o bien partes en relaciones extra-contractuales originadas en daños. En la medida que estas situaciones sean captadas por el derecho como objetivamente multinacionales, serán calificadas como “relaciones de consumo transfronterizas” y harán posible la aplicación del sistema de Derecho Internacional Privado. Si el caso no pertenece al universo de las relaciones de consumo, no se encontrará en el ámbito de protección; y si es eminentemente nacional, no se aplicará un régimen internacional.

Las soluciones jurisdiccionales específicas —a fin de resultar coherentes y sistemáticas— no deben desatender los problemas generales de la jurisdicción (Capítulo VI). Finalmente, estaré en condiciones de proponer conexiones jurisdiccionales generales ante diferentes tipologías de conflictos, a modo de consecuencia jurídica de normas de jurisdicción. No propondré la norma en concreto, a modo de *lege ferenda*, pero sí quedarán claras las pautas para que estas puedan ser elaboradas.

Así se delimita el objeto de estudio de esta tesis. Las personas que adquieran o utilicen bienes y servicios como parte de un proceso económico desarrollado en un contexto transfronterizo, deben participar de una relación jurídica en condiciones de justicia. Analizaré las características de esas relaciones y el papel que debería desempeñar la autoridad (local, internacional o comunitaria) para salvaguardar la justicia de los intercambios, de modo particular mediante la apropiada determinación de los tribunales competentes en casos de conflicto.

PRIMERA PARTE

**LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PROTECTORIO
DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO**

**CAPÍTULO I. EL CONSUMO TRANSFRONTERIZO,
LA PARTICULAR DEBILIDAD DEL CONSUMIDOR
Y LOS OBJETIVOS DE JUSTICIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Como indiqué en la Introducción, este estudio tiene por objeto material las relaciones jurídicas que vinculan obligacionalmente a sujetos residentes en múltiples Estados o que tendrán efectos en distintos Estados. La primera parte del trabajo procura establecer los lineamientos fundamentales de un sistema protectorio. Pongamos atención ahora a las condiciones del consumidor en el contexto global y transfronterizo, a modo de “situación de hecho” que requiere una solución de justicia.

I. A. LAS PARTICULARIDADES SOCIALES Y ECONÓMICAS DEL CONSUMO TRANSFRONTERIZO

I. A. 1. Los elementos extranjeros del consumo internacional

De todos los posibles actos de consumo, nos interesan aquellos que contienen elementos internacionales. La facilidad de las comunicaciones y traslados hace posible dissociar distintos momentos claves en el consumo transfronterizo, algunos de los cuales resultan más relevantes, a saber: a) la actividad publicitaria y promocional del proveedor internacional, dirigida a consumidores extranjeros; b) la negociación de las condiciones y la celebración del contrato; c) la adquisición del título suficiente sobre el bien o servicio objeto del consumo; d) el acto físico en que se dispone de ese bien o servicio por medio de su asimilación corporal, apoderamiento, disfrute sensorial, o, en líneas generales, su apro-

vechamiento fuera del sistema productivo; e) el pago o la asunción de cualquier obligación monetaria o crediticia; f) el daño personal del consumidor; g) el defecto o deterioro de la cosa o servicio objeto de las prestaciones del contrato.

Estos distintos —aunque no todos necesarios— momentos del *iter* de la relación de consumo pueden llevarse a cabo en distintos territorios jurídicos, lo que obliga a considerar qué es lo que determina la vinculación esencial de un acto de consumo transfronterizo a un régimen protectorio, ¿las prácticas comerciales previas, el acto jurídico de apropiación del bien, su aprovechamiento efectivo? Las legislaciones nacionales suelen definir la relación de consumo como un acto jurídico, generalmente relacionado a la adquisición de bienes o servicios, lo que suele ser anterior al disfrute efectivo o consumo en sí mismo⁵⁰.

Cualquiera de estos momentos puede ser relevantes a los fines de localizar la relación de consumo, de acuerdo a lo que en su oportuna-mente indicó SAVIGNY: “para cada relación jurídica se debe determinar el sistema jurídico al cual dicha relación pertenece o está sujeta teniendo en cuenta su naturaleza particular”⁵¹. Este principio, también denomi-

⁵⁰ El disfrute mismo es un hecho que puede no tener consecuencias jurídicas. Adelanto que la calificación de los derechos nacionales no es suficiente a los fines del Derecho Internacional Privado Respecto a la insuficiencia de estas calificaciones para los fines del Derecho Internacional Privado, resulta ilustrativo el debate que se originó en el seno de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, que tuvo a cargo la redacción del Protocolo de Santa María. Un racconto puede consultarse en la Ponencia de PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, pp. 48-55. Tal como veremos más adelante en el Capítulo V, la legislación por lo general define como acto de consumo a la contratación (adquisición, prestación de servicios, etc.), sin importar que luego se disfrute efectivamente o no del bien o servicio. Así, entre otros, arts. 1 y 2 de la ley argentina de Defensa del Consumidor 24.240 (LDC).

⁵¹ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts, 1849*, citado por BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 39. También BATIFFOL-LAGARDE, *Droit International Privé*, pp. 398 y ss. Cfr. STRENGER, “Extraterritorialidade do direito processual”, p. 473. El autor brasileño considera que el principio de la conexión de la relación jurídica a su naturaleza más próxima, también se aplica a las cuestiones de jurisdicción, siendo razonable que un juez deba analizar si su sentencia tiene vinculación con los bienes objeto de litigio, o las personas que son parte del proceso. De lo contrario el riesgo de extraterritorializar la sentencia sin esa conexión razonable más próxima puede dar lugar a sentencias parcialmente válidas.

nado “de la naturaleza intrínseca de la relación”, no se debe entender como un “asiento” exclusivo, sino vinculado a la relación social en cuanto trasfondo de la posterior relación jurídica. Las alternativas se pueden formular y seleccionar a partir de la ambientación social del supuesto, y no tanto en la naturaleza jurídica del tipo ideal. A esto se llega mediante una cláusula de excepción, pero también a través de normas de textura abierta que le permitan al intérprete un margen de movimiento suficiente para asumir las variaciones del caso⁵². A partir de la concurrencia de ordenamientos llamados a resolver la cuestión, la noción de SAVIGNY puede verse también como una limitación externa, en cuanto qué conexiones *no están vinculadas* a la naturaleza particular del caso⁵³.

La ligazón de la relación de consumo a un territorio distinto de la residencia habitual del consumidor dificultará su localización unívoca, lo que plantea, entre otras incógnitas, la consiguiente determinación del foro competente más vinculado al caso. En este trabajo tendré en cuenta los conflictos móviles ligados al acto de consumir que involucren diferentes ordenamientos o distintas jurisdicciones, o hechos jurídicos con efectos diseminados por distintos territorios, incluidos los desplazamientos transitorios: los viajes de compras, la prestación de servicios turísticos, etc. El tribunal competente o el régimen jurídico aplicable al consumo pueden estar ligados a distintas conexiones, para las que no son de aplicación directa las tradicionalmente utilizadas para los contratos en general.

⁵² Cfr. SANTOS BELANDRO, Rubén, “Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, KLEINHERSTERKAMP, Jan, LORENZO IDIARTE, Gonzalo, Coordinadores, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 207-252, en 228.

⁵³ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado – Introducción a sus problemas fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, pp. 190-194. “El método savigniano y el principio de la naturaleza intrínseca de la relación también pueden cumplir una función importante desde un punto de vista positivo, esto es, en la indicación de las conexiones que una buena política legislativa aconseja retener con el fin de lograr una más justa y adecuada localización de un supuesto de tráfico externo”. *Idem*, p. 192.

Incluso el mismo título jurídico por el cual un consumidor adquiere “a distancia” cierto bien puede estar dissociado respecto del cumplimiento de su propia obligación, la que esencialmente consistirá en el pago del precio y que puede estar vinculada al sistema jurídico de otro Estado. Lo normal es que el consumidor transfronterizo cumpla con el pago antes del disfrute efectivo del bien, cuando el pago se ha acreditado en la cuenta del proveedor extranjero. El pago puede realizarse utilizando contratos de crédito conexos celebrados con entidades de un tercer país, lo que podría dar lugar a que si el consumidor rescinde el contrato de compraventa, no pueda anular el pago vinculado al contrato de crédito, o que la rescisión de este último —si bien posible— esté sujeta a muchas dificultades⁵⁴.

Los actos de consumo transfronterizos darán lugar a casos multinacionales totales o parciales, siempre que incluyan un elemento extranjero que haga surgir el problema de la aplicabilidad del derecho propio o de un derecho extranjero. Ese elemento extranjero puede ser personal, real o conductista⁵⁵. El análisis desde un derecho local determinado dará por resultado que el caso será siempre mixto. En algunos supuestos la cuestión se resolverá por el derecho interno, lo que llevará a una solu-

⁵⁴ Aquí está latente el problema de la conexidad contractual, cuestión muy conflictiva y que ha merecido un tratamiento especial por parte de la Directiva CE sobre ventas y garantías de bienes de consumo. Esta establece, en su art. 6.4, la obligación de los Estados miembros de determinar las modalidades de la rescisión del contrato de crédito cuando el precio haya sido total o parcialmente cubierto mediante un crédito concedido al consumidor por un tercero previo acuerdo celebrado entre el tercero y el proveedor. En todos los casos el contrato de crédito quedará resuelto sin penalización en caso de que el consumidor ejerza su derecho de resolución del contrato de compraventa. Analizaré luego la conexidad en el Capítulo V y sus consecuencias jurisdiccionales en los Capítulos VI y VII.

⁵⁵ “Elemento extranjero personal: uno de los protagonistas es extranjero, sea que ostente una nacionalidad extranjera, sea que no tenga ninguna; o uno de ellos posea un domicilio o un residencia extranjeros. Elemento extranjero real: el negocio jurídico recae sobre un bien sito en el extranjero. Elemento extranjero conductista: el delito, el cuasidelito o el negocio jurídico se llevan a cabo en el extranjero; muchas veces coincide el elemento extranjero conductista con el personal, ya que normalmente la conducta efectuada en el extranjero supone una residencia en el extranjero, no habiendo, sin embargo, coincidencia si el negocio se lleva a efecto por representantes.” GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 5.

ción territorialista. Si, por el contrario, se debe elegir entre diversos ordenamientos, las soluciones serán extraterritorialistas. Podrá aplicarse de modo íntegro un derecho local, o bien un derecho privado especial que contemple los supuestos de multinacionalidad, o un derecho privado de fuente internacional⁵⁶. Estas consideraciones, si bien se refieren al derecho aplicable, también son válidas para los conflictos de jurisdicciones.

En definitiva, interesan todas las relaciones de consumo transfronterizo en las que:

- a) el consumidor y/o el proveedor ejecutan en otro o distinto territorio alguno de los actos generadores de la relación de consumo o realicen actos preparatorios o que faciliten la relación de consumo; o
- b) el acto jurídico propio de la relación de consumo se desliga temporaria y espacialmente del acto físico de consumir, involucrando dos o más territorios jurídicos, con sus respectivos regímenes, los que entran en colisión; o
- c) las obligaciones de las partes, si bien están ligadas en principio a un solo territorio jurídico —y por tanto a un solo régimen—, en alguna de sus etapas o efectos involucran un régimen jurídico diferente.

Estos casos deben poseer elementos objetivos relevantes para suscitar un eventual conflicto de jurisdicción internacional. Si la relación de consumo se estableció contractualmente, interesa tanto el sinalagma funcional como el genético. En el primero, en la medida que el desarrollo de la función económica mediante el cumplimiento de las prestaciones ponga en contacto dos o más mercados nacionales. Por su parte, en el caso del sinalagma genético, será relevante que el equilibrio de las promesas contractuales se relacione, mediante las negociaciones, la oferta y la aceptación, con diversos sistemas jurídicos nacionales. En de-

⁵⁶ *Idem*, p. 6.

finitiva, los supuestos enunciados determinan las conexiones relevantes que convierten al caso en multinacional⁵⁷.

En algún caso estas conexiones pueden tener poco peso para establecer por sí mismas de modo uniforme la jurisdicción competente, pero sí la pueden tener para establecer la uniformidad del derecho aplicable⁵⁸. Este aspecto no deja de ser relevante para este trabajo, atento a la importancia que tiene la relación entre *forum* y *ius*, particularmente para no desintegrar la solución de fondo y facilitar la ejecución de la eventual sentencia.

A modo de ejemplo, es ya tradicional la distinción que hacen los autores y que reeptó la jurisprudencia respecto del “lugar de cumplimiento” para fijar la jurisdicción o para determinar el derecho aplicable⁵⁹. Ahora bien, este lugar de cumplimiento, ¿es el tradicionalmente considerado en el régimen internacional de los contratos, como por ejemplo el lugar de entrega de la cosa? Siendo un contrato de consumo, el lugar de cumplimiento podría ser aquel en el que la cosa se pone a disposición del consumidor en condiciones de ser consumida.

Esto no necesariamente ocurrirá en el lugar donde el proveedor se desprende de la cosa, por ejemplo en una compraventa por Internet al despacharla a través de un correo internacional que tiene a cargo la entrega en el domicilio del consumidor, sino la entrega a éste último en condiciones de que pueda ejecutar el acto de consumo en cuanto apro-

⁵⁷ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 2-3. De algún modo, es lo que prevé el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, “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”.

⁵⁸ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 4-5.

⁵⁹ Así, los arts. 1215 y 1216 del CC establecen como tribunal competente para entender en una controversia multinacional referida a contratos, el del lugar de cumplimiento. Coincidentemente, el derecho aplicable será también el del lugar de cumplimiento (arts. 1209, 1210, 1212 a 1214), aunque se le otorgue distinto alcance. CSJN, *Exportadora Buenos Aires S.A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc.*, Fallos 321:2894 (1998). También publicado en LL 2000-A-403, con nota de IUD, Carolina Daniela, “Contrato internacional y juez competente”.

vechamiento físico del bien, siendo esta la finalidad propia de ese contrato: consumir. Este sería el lugar de cumplimiento propio de un contrato de consumo⁶⁰. De esta manera, sin pretender adelantar la solución al problema, se puede afirmar que en una compraventa internacional de consumo, el derecho aplicable será el del lugar donde el consumo es efectivo (por lo general el domicilio del consumidor), mientras que la jurisdicción puede localizarse en el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones⁶¹.

I. A. 2. Un sistema protectorio para el consumo transfronterizo requiere soluciones especiales

Aunque la mayoría de las legislaciones nacionales no contemplen las situaciones de sujetos consumidores transeúntes ni el desplazamiento de los bienes a través de distintas jurisdicciones, ni tampoco actos preparatorios o posteriores ejecutados en otros territorios, las relaciones de consumo resultantes no pueden quedar fuera del sistema, ignorando su contenido multinacional. Las lagunas nacionales o de los regí-

⁶⁰ Analizaré este tema con mayor detalle en VII. G. 3, p. 735 y ss. De modo preliminar, puede afirmarse la impropiedad de la utilización de los términos uniformes del comercio internacional (INCOTERMS) para determinar las pautas de cumplimiento en una compraventa internacional de consumo. Por ejemplo, en una compraventa de un implemento electrónico entre un consumidor argentino y un comerciante de Miami, que establezca la condición “FOB-Miami”, el hecho de que el despacho se efectúe en USA no implicaría aplicar sin más el derecho norteamericano. Si el cumplimiento es permitir el consumo, hasta que el implemento no está en poder del consumidor argentino no hay propiamente cumplimiento, y no se puede considerar válida la liberación de responsabilidad en el lugar de despacho. Llegado el momento del planteo de soluciones, es posible generar términos comerciales uniformes para el consumo transfronterizo. Así como los Incoterms se originaron en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica eliminando incertidumbres y así facilitar el comercio internacional, lo mismo puede plantearse para el consumo transfronterizo.

⁶¹ Cfr. TONIOLLO, Javier Alberto, “La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino”, Revista de Derecho del MERCOSUR, Ed. La Ley, Nro. 6, Buenos Aires, 1998, pp. 94-117, en 100-101. El autor llega a esta conclusión luego de interpretar sistemáticamente el art. 1212 CC, en el sentido de que “la naturaleza de las obligaciones”, tanto por la debilidad del consumidor como por la característica tipificante del “consumo final”.

menes internacionales no habilitan la desprotección. Por lo tanto habrá que adaptar las soluciones existentes a los casos no previstos e incluso crear soluciones específicas, lo que resulta aún más importante si se quiere lograr la real aplicación del principio de la uniformidad internacional de la solución del caso. En palabras de BOGGIANO:

“SAVIGNY preconizaba un Derecho Internacional Privado uniforme, basado en conexiones universalmente admitidas para someter los casos a sus Derechos propios. Pero él sabía que tal sistema aún se hallaba en elaboración e incompleto. A la ciencia le cabía —y le cabe— realizar la tarea; aunque no exclusivamente, según se verá. Se debe acentuar la índole incipiente del universalismo savignyano”⁶².

Para lograr la uniformidad internacional, como paradigma de la solución de justicia, ¿puede pensarse que una relación de consumo transfronterizo tiene una única localización, a los fines de la aplicación de un sistema jurídico uniforme que incluya la determinación del tribunal competente?⁶³ En términos más generales, para lograr esta pretensión tradicionalmente el Derecho Internacional Privado ha tratado de resolver la cuestión de los límites espaciales y temporales de las reglas jurídicas, a fin de establecer qué normas se aplican a una relación jurídica determinada⁶⁴. Si bien la comunidad de civilizaciones permite establecer criterios uniformes a toda una categoría de relaciones jurídicas, también resulta equitativo que una relación jurídica *in actu* tenga una particular

⁶² BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 40.

⁶³ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 63.

⁶⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, pp. 38 y 39. El denominado “principio de uniformidad” es un mandato a los legisladores para resolver los conflictos transnacionales con criterios de armonía, de manera que las partes involucradas puedan conocer con certeza las expectativas jurídicas. A esto se puede llegar mediante la uniformidad sustantiva prevista en normas adoptadas por varios Estados simultáneamente, tal como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Otro medio es lograr que las distintas normas de conflicto nacionales sean coincidentes en los puntos de conexión elegidos; tal sería la propuesta savignyana. Y, finalmente, mediante uniformidad de las reglas de conflicto adoptadas en tratados internacionales. Esta última se puede denominar “armonización uniforme”. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, pp. 271-274.

localización, atendiendo a los diferentes supuestos fácticos que pueden presentarse en el ejercicio de una relación jurídica genéricamente considerada⁶⁵.

La búsqueda de soluciones uniformes, en cuanto eliminan (o cuanto menos disminuyen) las incertidumbres es altamente deseable, pero el “asiento” (*leur siège o Sitz*) general de una categoría puede tener en la práctica distintos “asientos particulares” cuando ciertas conductas se reiteran frecuentemente y terminan adquiriendo tipicidad social⁶⁶. De este modo se pueden detectar supuestos específicos y brindar soluciones más razonables que si se utilizaran criterios inelásticos, alejados de los hechos del caso. Esto no haría violencia a la naturaleza de las cosas⁶⁷. Estamos frente a la posibilidad de aplicar el “principio de proximidad”, como aquel que determina la solución internacional de un caso de

⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 45-46. De todos modos, tomamos nota de las observaciones de CARRILLO SALCEDO, en cuanto a las exageraciones que puede acarrear una concepción en extremo particularista, tan mala como un universalismo a ultranza. Cfr. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, pp. 51-55.

⁶⁶ En este sentido parece apuntar LIMA MARQUES cuando se refiera a la flexibilidad del Derecho Internacional Privado posmoderno. Tanto como para establecer reglas que puedan optar por la solución que más favorezca la sustancialidad de los valores constitucionales, como por la fragmentación territorial a través de la cual los Estados o las economías integradas establecen el nivel de protección que consideran adecuado para sus propios consumidores, o por la disquisición de temas a los que se aplicarán un grupo de reglas. Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, pp. 1529-1530.

⁶⁷ Respecto de este concepto en apariencia vacío de la “naturaleza de las cosas”, BATIFFOL destaca que SAVIGNY justifica las reglas de conflicto en este fundamento. Distingue la naturaleza de las cosas de la naturaleza del hombre, que era por sí mismo el fundamento de la inmutabilidad del derecho natural. Si el derecho es la cosa o el acto justo en sí mismo, su contenido se puede obtener de la naturaleza de las cosas, que vendría a ser así una parte del orden universal. Esto no quita que sea una tarea laboriosa determinar, en conflictos en el espacio y en el tiempo, o móviles, cuál es el contenido de esa naturaleza de las cosas. Ejemplifica que una venta será comercial por naturaleza, y no será una venta civil, atendiendo en profundidad a su naturaleza; la determinación de la regla positiva ha tenido —o debería haber— en cuenta su naturaleza. Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...* p. 163-165. En sentido similar, GOLDSCHMIDT se refiere a la “justicia reglada” y la “justicia del cadí”: reglas abstractas, fijas y ‘seguras’ las primeras, flexibles, particulares e individuales las segundas. Ni las primeras son tan rígidas que no admitan excepciones, ni las segundas son caprichosas, sino que da origen a la regla individual luego generalizada. GOLDSCHMIDT, Werner, *Justicia y Verdad*, La Ley, 1978, p. 519.

acuerdo a la localización que se identifica con el punto de mayor gravitación que presenta la relación jurídica⁶⁸.

De la aplicación de estas ideas al tema de estudio resulta que vincular la relación de consumo con el domicilio del consumidor a los fines de adjudicar mandatoriamente competencia a los tribunales de este último puede resultar un criterio muy estrecho. Tal como indiqué *supra*, los momentos del *iter* de la relación de consumo son bastantes más que los propios de la celebración y cumplimiento de un contrato de compraventa. Como hipótesis, hay que verificar si para cada uno de estos hitos es adecuada una determinación unívoca del tribunal competente⁶⁹.

Las modernas tendencias apuntan a verificar el mayor contacto con el caso en la determinación del foro competente o del derecho aplicable, por lo que la naturaleza de la relación jurídica establecerá su pertenencia a uno u otro sistema jurídico⁷⁰. Tomemos como ejemplo los contratos de tiempo compartido o *timesharing*, que se pueden definir como aquellos en que se comercializa una forma integral de planificación del

⁶⁸ El principio de proximidad no es fijo o estable para toda una categoría, como sí planteaba SAVIGNY. Cfr. DOLINGER, "Evolution of Principles...", pp. 388-389, especialmente nota 554.

⁶⁹ PERUGINI manifiesta que uniformar la solución designando el tribunal del domicilio del consumidor puede volverse en contra de éste: "(...) la jurisdicción internacional del Estado del consumidor a elección del actor no es una solución que beneficia a los dos términos, es decir a la producción y al consumo, y cuando uno de los dos pierde, pierden los dos". PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 53. Respecto de la tradicional discusión entre seguridad y certeza, por una parte, y flexibilidad e imprevisión por la otra, cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 360 y ss. De modo más general, se debe evitar la falsa dicotomía entre el "liberalismo" de la protección de los propietarios o productores y la "social democracia" del resguardo de los débiles. Es una aparente puja que lleva a injusticias, al olvidar distintas perspectivas legítimas que manifiestan en su conjunto el valor humanidad. Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)", ED 159, pp. 1022-1029, en 1028.

⁷⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 44-45. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 343. Es la tendencia que también se aprecia en las conexiones contractuales, donde el denominado "principio de proximidad" o de los vínculos más estrechos marca la tendencia legislativa. Así, el Reglamento Roma I, art. 4 apartados 3 y 4, que lo adopta como criterio residual en defecto de la elección de las partes, o, en el mismo sentido, el art. 9 de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México, 1994 (CIDIP-V). Cfr.

ocio con alojamiento, instalaciones y servicios que se disfrutan de manera periódica y cíclica. Aquí puede adoptarse un modelo de negocio basado en un perfil de obligaciones personales o bien de relaciones reales, lo que resultará determinante a su vez de que las acciones procesales tengan uno u otro carácter. La calificación determinará la competencia en razón de la materia y el carácter exclusivo o no de ese tribunal. Si se elige el lugar de situación del inmueble por ser la relación más estrecha, sería razonable acudir a la *lex rei sitae*, siempre que se trate de la reivindicación de la cosa o se pretenda el cese de la conducta de un tercero que se interpone entre el titular y la cosa. Pero si lo que está en discusión es una relación jurídica contractual vinculada a la utilización y disfrute dentro de un esquema negocial establecido dentro de las múltiples posibilidades existentes, será más razonable hacer lugar a una acción personal⁷¹.

Veamos otro ejemplo. No será competente el mismo foro para reclamar por daños personales si estos derivan de un accidente de tránsito que si son el resultado del uso de un producto fabricado defectuosamente. Dependiendo de la causa de la responsabilidad, pueden coexistir distintos puntos de contacto: *loci actus*, *loci iniuriae* (si allí reside el demandante), lugar de adquisición del producto defectuoso, lugar de cumplimiento de la obligación de seguridad o garantía, el lugar donde deben ser cumplidas las obligaciones pendientes, etc.⁷². La determinación de

⁷¹ Cfr, DOWNES, Noemí, *Los contratos internacionales de timesharing, Un enfoque internacionalprivatista de la comercialización transfronteriza de la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*, Eurolex, Colección de Estudios Internacionales, Madrid, 1998, ps. 92 a 95. La autora considera que resulta difícil sino imposible que un damnificado del extranjero ejerza en España acciones reales, considerando que sin duda será de aplicación exclusiva el *forum rei sitae* tratándose de un inmueble, principio inquestionado en todos los sistemas jurídicos. Agrega que la dificultad para el titular de un derecho real a tiempo compartido radica en que ha invertido en la adquisición 1 ó 2/51^{ava} parte de una unidad inmobiliaria, y que tiene su residencia en Suecia, Inglaterra, etc., y que no habla español, que su única vinculación con España es una o dos semanas de vacaciones en el año, que no conoce el sistema jurídico español, etc. Difícilmente este consumidor inicie un proceso judicial ordinario en España ejerciendo acciones reales.

⁷² BATIFFOL-LAGARDE indican que los delitos serán ventilados ante los tribunales del lugar donde se cometieron y, por tanto, dependerá de la calificación que se aplique a la responsabilidad por un accidente —contractual o extracontractual—, que el caso se re-

que un juez argentino es competente —por caso— no implica que los jueces de otros territorios no lo sean, ya que es perfectamente posible la existencia de foros concurrentes.

A su vez, los sistemas jurídicos pueden limitar su competencia respecto de distintas relaciones jurídicas, ya sea porque así lo establecieron en tratados internacionales o porque sus normas internas indican cuándo deben o no intervenir sus propios tribunales; en muchos supuestos esto garantizará la efectividad de las decisiones que pueda adoptar el propio juez⁷³.

El juez competente estará vinculado a la relación jurídica por los contactos del caso con su jurisdicción. En palabras de BOGGIANO:

“La jurisdicción del foro para decidir un caso multinacional se funda principalmente en las relaciones o contactos del caso con el foro. En primer lugar habrá que ver la relación de las partes de la controversia con el foro. También la relación de las circunstancias de hecho y las situaciones que sirvan de causa a controversia. Y la relación entre el objeto de la pretensión con el foro. Además, habrá que examinar la relación entre el foro y el derecho aplicable⁷⁴.”

Por razones de justicia procesal, el foro será o no apropiado siempre que en él sea posible hacer justicia a todas las partes. Habrá que considerar la actividad probatoria, los contactos sustanciales y procesales y el resguardo de la garantía del debido proceso⁷⁵. En algunos casos, el mismo juez podrá declinar su competencia en razón de que un juez

suelva ante los jueces del lugar de cumplimiento o de celebración del contrato, o bien en el foro donde ocurrió el suceso. Cfr. BATIFFOL-LAGARDE, *Droit International Privé*, pp. 373 y 297 nota 5.

⁷³ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 141.

⁷⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 201.

⁷⁵ *Ibidem*. Cfr. también PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, nro. 81, p. 38. No es suficiente la jurisdicción internacional accesible, ya que también se requiere una adecuada cooperación judicial y entre las autoridades administrativas mediante, por ejemplo, la extensión de la asistencia jurídica gratuita y el beneficio de litigar sin gastos.

extranjero está en mejores condiciones de resolver el asunto, dando lugar a las situaciones propias del *forum non conveniens*.

Es claro que el juez del foro calificará la relación jurídica en la única categoría que le corresponde en su propio sistema de Derecho Internacional Privado y determinará el derecho material aplicable a esa calificación. Pero esto puede no terminar aquí, porque en caso de remisión, si el sistema remitido contiene una calificación distinta a la del juez del foro, se presentará un conflicto de calificaciones en materia jurisdiccional que si no se resuelve autárquicamente lo resuelve el juez de acuerdo a su derecho privado interno, es decir la *lex fori*⁷⁶.

Aunque parezca paradójico respecto del principio de uniformidad internacional del caso, creo que se puede hablar de distintas situaciones fácticas que se integrarán en la amplia categoría de la relación de consumo, sin que esto mengüe la uniformidad sino que se debe prestar atención a la situación concreta en que se desarrolla esa relación particular de consumo transfronterizo, demasiado amplia en su tipicidad básica. Por ejemplo, para tipificar la relación jurídica la legislación local no toma en cuenta qué ha hecho el consumidor con aquello que ha adquirido a cualquier título: en nuestro país sólo importa si hubo contrato. Sin embargo, desde la perspectiva internacionalista, el disfrute de los bienes puede ser relevante en algunos casos, al integrar el supuesto de hecho considerado por la ley para la aplicación de una sanción o cualquier otra consecuencia jurídica prevista en determinado tipo legal.

Así, de acuerdo a la *ratio legis* del Art. 35 de la LDC, el consumidor que recibe un bien o servicio como parte de una oferta no solicitada y que genere algún cargo automático en cualquier sistema de débito, aún cuando destruya el envoltorio, no está obligado ni a conservar ni a restituir la cosa. Esta es una solución que se aplica a todas las relaciones de consumo internas y se puede reclamar sin duda alguna ante los jueces argentinos. Pero si la oferta es recibida del extranjero y se aplicó un débito a una cuenta que el consumidor residente en Argentina tenía abier-

⁷⁶ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 280.

ta en otro país, ¿el criterio de la residencia dará lugar a la apertura del foro argentino? ¿Será indiferente que se trate de una cosa, de un servicio o de un bien inmaterial? En caso de que el juez argentino se avoque a la cuestión ¿resuelve esto el problema? El juez argentino, ¿aplicará el régimen argentino de defensa del consumidor? ¿Podrá solicitar el auxilio judicial internacional? ¿Es razonable resolver de igual manera cuando la oferta o el envío se realizan desde el extranjero?

Lo que no presenta dudas es que el consumidor damnificado debe tener un lugar dónde plantear el caso, que considere el derecho a la jurisdicción y la garantía del debido proceso. El consumidor, que frecuentemente tiene una relación vital tensa con el proveedor, merece una protección debidamente equilibrada⁷⁷. A continuación analizaré en primer lugar cuáles deberían ser los fundamentos de un régimen de protección universal del consumidor transfronterizo, haciendo pié en conceptos de la filosofía del derecho. Luego, pondré mayor atención en la particular situación que plantea la internacionalidad, y finalmente dejaré sentada mi posición sobre la “obligatoriedad” que implica para los distintos agentes lograr un sistema protectorio para el consumidor transfronterizo.

I. B. LOS REQUERIMIENTOS DE JUSTICIA DEL SISTEMA PROTECTORIO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. B. 1. La persona como fundamento del sistema jurídico

El fundamento último del sistema protectorio —como de todo sistema jurídico—, está dado porque el consumidor internacional es persona⁷⁸. Así como domina su propio ser, está en condiciones de dominar

⁷⁷ Cfr. CIURO CALDANI, “Criterios integrativistas...”, nro. 6.

⁷⁸ Así lo considera de modo expreso la doctrina brasileña a partir de las disposiciones constitucionales. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “Brasil”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 47-95, en pp. 53-54.

sus propios actos. El dominio de su ser implica dominio sobre lo que constituye su vida y cada cosa de las que necesita para su subsistencia. Por este motivo es que tiene a su disposición una multiplicidad de derechos naturales, aún considerando los distintos niveles de reconocimiento que puedan darle los diferentes regímenes jurídicos involucrados. Lo apropiado a la persona es una extensión suya y cada cosa que posee es parte de su personalidad: por eso le es debida. Como todos los hombres somos ontológicamente iguales, todos tenemos esos mismos derechos⁷⁹.

Sin embargo, al advertir que consumir es connatural al hombre, se debe tener en claro que de este hecho fáctico, de simple observación fenomenológica, no se puede derivar una norma obligatoria. Se nos podría acusar, llegados a este punto, de caer en la llamada “falacia naturalista”, si pretendiéramos obtener una conclusión que no estuviera contenida en las premisas⁸⁰. Por el contrario, es claro que las proposiciones prácticas no se infieren sólo de premisas teóricas. Así como en el orden del conocimiento teórico el hombre utiliza los primeros principios de la razón especulativa —como el principio de identidad—, en el orden del obrar también utiliza unos primeros principios evidentes por sí mismos, cuyo hábito es la sindéresis, que indican hacer el bien y evitar el mal. Y estos principios son auto evidentes porque el predicado está incluido en el contenido del sujeto, sin necesidad de discurso alguno⁸¹. De este primer principio del obrar se derivan los siguientes, pero no como principios prácticos de supuestos teóricos: no hay un inadecuado paso del

⁷⁹ Cfr. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, 1ª. Ed. Peruana, 1999, p. 81.

⁸⁰ Esta es en apretada síntesis la objeción que se le aplica de modo genérico e indiferenciado al iusnaturalismo, conocida como típica violación de la “Ley de Hume”, la que consiste básicamente en tratar de derivar un “deber ser” de un “ser”. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La falacia de la falacia naturalista*, Editorial Idearium, Mendoza, 1995, p. 59. Otra objeción, que profundiza la anterior, fue formulada por George Edward MOORE, que en resumidas cuentas plantea que los juicios deónticos que contienen en sí mismos “el término ‘bueno’ y cualquier otro término descriptivo que se proponga como definición de aquel, denotan o son aplicables a las mismas realidades pero no connotan o significan la misma cualidad”. Ese significado de bueno es un agregado por el sujeto, pero en sí mismo resulta indefinible. *Ibid.*, p. 107.

⁸¹ Cfr. MASSINI CORREAS, *La falacia...*, p. 67.

“ser” al “deber ser”. Lo que este primer principio viene a decir es: el bien, cualquiera que sea, deberá ser⁸².

Los principios prácticos básicos muestran las formas básicas de la realización humana como bienes que se han de perseguir y realizar. Esto, junto con una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica que distinguen el pensamiento práctico correcto del incorrecto, y que cuando todas en su conjunto se vuelven operativas proporcionan criterios para distinguir qué actos son razonables y cuáles no lo son (o qué actos son moralmente rectos o moralmente desviados), brindan el marco que se da en llamar los *principios de la ley natural*⁸³.

En definitiva, la razón práctica es la que justifica el obrar correcto, el deber ser. En el caso del consumo, lo que interesa justificar es la intromisión del Estado en los intercambios privados con una legislación protectora, relativamente homogénea de país a país, pese a los particularismos culturales y territorialistas. Interesa no sólo por qué algo tiene razón de bien, de adecuado al fin, sino por qué es obligatorio actuar de acuerdo a lo bueno, y esto último ya es un juicio moral⁸⁴.

Los bienes humanos básicos son evidentes *per se*, y la inclinación natural hacia ellos viene como a complementar el primer principio del obrar. Este primer principio, hacer el bien y evitar el mal, no es operativo, pero está incluido en todo juicio práctico que se formule, a modo de premisa mayor del razonamiento: el bien tiene naturaleza de fin hacia el que el hombre tiende, y el mal como aquello que evita. El descubrimiento de estas tendencias o naturales inclinaciones darán el contenido del derecho natural, como premisas menores del razonamiento que lo tornarán operativo.

⁸² *Idem*, ps. 69-70

⁸³ Cfr. FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*, 1980, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 57.

⁸⁴ Se debe prestar atención a no incurrir en el racionalismo suareciano de que algo es conveniente a la naturaleza humana y por eso es bueno (o malo) moral; tampoco es correcto decir que es obligatorio por estar impuesto por un superior (voluntarismo). Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 78. La razón de correcto o incorrecto tiene otro justificativo que la razón de lo obligatorio.

Las normas del obrar humano no radican en las inclinaciones naturales mismas (ya se trate del consumo como acto físico o del consumo como pauta socio-económica a través de intercambios), sino en la razón que formula las normas con fundamento en esas inclinaciones⁸⁵. Ya se trate de una inclinación natural a consumir para completar la naturaleza, o de la norma de convivencia social que obliga a la justicia en los tratos mutuos para proveerse de bienes y servicios, estamos ante una tendencia que puede ser demostrada fácilmente por mera comprobación fenomenológica⁸⁶.

En otra perspectiva, en ciertos casos el legislador transcribe lo que las cosas mismas exigen, y da forma a una materia relacional preexistente, que antecede al acto de “poner” la norma. En otros casos la norma es puesta luego del desplegarse la actividad del hombre, cuando de modo voluntario el legislador elige los elementos que las indicaciones remotas de las cosas le dictan, de acuerdo a esas naturales inclinaciones⁸⁷. En los primeros casos los principios del razonamiento práctico juegan un papel fundamental, ya que luego justificarán las elecciones voluntarias del legislador, del juez o de las partes.

Este proceso también será relevante en la interpretación de los derechos fundamentales a partir de su finalidad. El razonamiento práctico analizará la finalidad de los derechos, no a partir del concepto formal o semántico, sino desde la noción teleológica, tanto histórica como actual, y de los bienes humanos que intentan proteger o las conductas que se

⁸⁵ Habrá que estar atento a no pasar del plano descriptivo al prescriptivo. Las necesidades básicas son percibidas empíricamente, pertenecen al lenguaje de los hechos. Las necesidades básicas son fundamento de los derechos sociales en cuanto son requeridas para la dignidad humana. Esta dignidad, en cuanto derecho a tener derechos, o derecho a ser un ser humano, es la que media entre la percepción de la hominidad ínsita en las necesidades y los derechos que la sostienen. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 34-35.

⁸⁶ De este modo podemos fundamentar la ley natural, no como “una mera enunciación de las inclinaciones naturales, sino en una serie de proposiciones normativas descubiertas por la razón humana a partir del conocimiento de aquellas inclinaciones”. MASSINI CORREAS, *La falacia...*, p. 72.

⁸⁷ Cfr. GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977, p. 35.

tratan de impedir⁸⁸. Como indica TOLLER, tras los derechos está el hombre, y por ello rezagar un derecho es postergar a una persona; todos los derechos humanos guardan relación con el modo de ser propio del hombre, ya que son el modo de efectivizar algunas exigencias que garantizan al ser humano una vida digna; los derechos, como tienen relación con la naturaleza humana, son medios que confluyen en la misma dirección, aquella de la realización de los fines de la persona; los fines del hombre, a su vez, no implican exigencias contradictorias o enfrentadas, ya que el ser humano es básicamente una unidad⁸⁹.

I. B. 2. El consumo como realidad antropológica y cultural

Consumir es hacer uso, transformar o agotar ciertos bienes o servicios como destinatario final de ellos⁹⁰. El disfrute económico de los bienes, cualquiera sea el contexto socio-económico en que se desarrolle, implica una actividad de consumo en la que una persona o grupo:

- a) poseen o disfrutan distintos objetos materiales o inmateriales; o
- b) asimilan corporalmente determinadas sustancias; o
- c) perciben sensorialmente ciertos bienes inmateriales trascendiéndolos e incorporándolos a su proceso vital o cultural.

⁸⁸ Cfr. TOLLER, Fernando, "Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales, una metodología de interpretación constitucional alternativa a la Jerarquización y el *Balancing Test*", en *Interpretación Constitucional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2005, T. II, pp. 1199-1284, en 1253.

⁸⁹ *Idem*, p. 1281.

⁹⁰ De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, consumir es "destruir, extinguir" (primera acepción), y también "utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos" (segunda acepción). Mientras que para el Diccionario General de la Lengua Española Vox significa "usar, disfrutar o servirse de cierta cosa, material o inmaterial, en especial algo que se gasta o por lo que se paga dinero", como así también "tomar una persona comestibles y otros productos para satisfacer necesidades o gustos" (segunda acepción).

Consumidor, en definitiva, es una noción de neta raigambre económica, que se identifica con la de destinatario final: aquel que se sitúa en el momento final de un circuito económico, para aprovecharse de los bienes y servicios que se producen o distribuyen en el mercado⁹¹.

Este último aspecto, la incorporación al proceso vital, resulta tan amplio, que es abarcativo de todas las dimensiones humanas, tanto en su corporeidad como en su espiritualidad. Muchos de los servicios o bienes inmateriales, en cuanto que implican el uso de los sentidos, impactan luego en la interioridad, dejando una huella más o menos indeleble en la persona e indirectamente en la cultura del conjunto. Así, una película cinematográfica, que por medio de su uso produce disfrute sin agotarse, deja en la interioridad algo nuevo, más o menos lábil. Lo mismo puede decirse de la educación, en cuanto servicio objeto de la relación de consumo. En todos los casos la corporeidad siempre está implicada en razón de las dimensiones temporales y espaciales, aunque por lo general no se produzca o perciba un cambio físico.

La actividad de consumir es connatural al hombre, desde el momento que ya el mismo acto de nacer, crecer, vivir, y hasta el mismo acto de morir no pueden llevarse a cabo sin la actividad material de consumir. Esta es una consecuencia de la corporeidad del ser humano: por su naturaleza, incluso las actividades espirituales presuponen un consumo directo o indirecto. Por ejemplo, el estudio y el aprendizaje precisan de libros o de servicios de enseñanza.

Desde el nacimiento hasta la muerte, e incluso luego, el hombre es un consumidor⁹². La ligazón entre la naturaleza corpórea del hombre y el consumo es, en fin, evidente. Pero el ser humano es algo más que sustancia corpórea, debido a que por su condición de persona posee una

⁹¹ Cfr. PITA, Enrique Máximo y MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, "Ley de Defensa del Consumidor", en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo A.N. ROUILLON (Dir.) y Daniel F. ALONSO (Coord), Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 1095-1246, en p. 1099.

⁹² Cfr. TAMBUSI, Carlos Eduardo, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", en *Derechos Humanos*, GORDILLO, Agustín, (director), Capítulo IX, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 18.

naturaleza relacional que se manifiesta y a la vez engendra nuevas necesidades de consumo, que en sentido amplio, pueden denominarse culturales. Los seres humanos, en efecto, no nos satisfacemos simplemente con la supervivencia en condiciones de subsistencia; cualquiera sea la respuesta que se dé a la pregunta de quién es el hombre, se deberá considerar que para satisfacer con plenitud su naturaleza deberá consumir, en el sentido más vasto y material de esta palabra. La actividad vital de una persona en convivencia más o menos organizada, llegando hasta la globalización supranacional de hoy día, implica que se deba incorporar a la propia sustancia o proceso vital y social una serie de elementos o servicios —algunos de ellos indispensables— para continuar ese mismo proceso.

La acumulación de experiencias personales y sociales junto con la inventiva origina a su vez nuevos descubrimientos; como resultado de las oportunidades se generan nuevas ofertas con sus respectivas demandas, que naturalmente tienen un grado de sofisticación mayor que las anteriores. Así, hoy contamos con servicios financieros, seguros, traslados, descanso, comunicaciones, productos inmateriales, servicio de asistencia al viajero, tarjetas de pago y de crédito, etc. La acumulación y renovación de la capacidad transformadora se extiende al consumo. El hombre consume productos y servicios peculiares de la cultura inmanente al espacio y tiempo en que vive. Históricamente no existió un modo único de consumir porque no existían necesidades universales de consumo.

La incidencia del tiempo, por ejemplo, influye en la resolución de los problemas desde una faz jurídica, afectando, entre otros, a los contratos de previsión de servicios⁹³. El tiempo también afecta el desgaste

⁹³ Art. 19 LDC: “Modalidades de Prestación de Servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos” De allí las particularidades que presentan los contratos de larga duración. El tiempo también impacta en Derecho Internacional Privado. Al decir de GOLDSCHMIDT, refiriéndose al contrato de trabajo: “El fraccionamiento objetivo (*la grand coupure*) entre validez y efectos del contrato, es imperativo en contratos de larga duración”. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 408.

de las cosas, con el consiguiente arreglo o reposición, lo que también es receptado por el derecho, como indican los arts. 12 y 20 de la LDC⁹⁴.

Cada necesidad del hombre puede traducirse en algún tipo de consumo, de tal manera que éste hoy día satisface un amplio espectro de necesidades y oportunidades vinculadas al desarrollo socio-cultural y tecnológico. Esto se traduce en un alto grado de especialización de productores y distribuidores hasta que los bienes llegan al consumidor, inicialmente en forma de oferta. La forma de los intercambios y las características de los bienes y servicios no permanecerán invariables en un futuro más o menos próximo —como no lo ha sido hasta ahora— y sin duda aparecerán otros problemas y sus respectivas soluciones, las que se agregarán selectivamente al nivel de desarrollo actual. El resultado es una estructura social que requiere una coordinación jurídica de las relaciones interpersonales generadas por el consumo.

I. B. 3. Consumir es un “bien humano”

La finalidad de consumir —su causa final en cuanto conduce al perfeccionamiento—, es propia de la naturaleza humana. Pero aún así, no todo acto de consumo engendra de por sí consecuencias jurídicas ni es captado por el Derecho. Es decir, no todo consumo implica una relación jurídica de consumo. Si consideramos que la naturaleza puede entenderse como la adaptación libre de las criaturas racionales a su propio fin, en el caso del hombre hay una causalidad intrínseca, una propia inclinación de su ser íntimo, una finalidad de la propia perfección⁹⁵. Es el

⁹⁴ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), Art. 12. Servicio Técnico. Los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas mencionadas en el artículo anterior, deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos. Art. 20. Materiales a Utilizar en la Reparación. En los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa de que se trate, salvo pacto escrito en contrario.

⁹⁵ Cfr. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, pp. 85-86.

fin entendido como bien, pero no cualquier bien, sino el que conviene al hombre. No lo sería aquello que contraría el orden de la razón.

Prestando atención a la sociedad global actual, las cosas y servicios más perfectos, si son provistos por procedimientos que atentan contra la dignidad de la persona, serían acciones éticamente reprobables. La obra cultural objetiva no puede atentar contra la dignidad del hombre. La protección del consumidor procura solucionar esta paradoja. Como indica CIURO CALDANI,

“En el marco del *consumo* la *asimetría* es habitualmente grande, no sólo por el poder económico sino por la posición vital de los participantes. El consumidor suele consumir ‘con’ su persona” y es fuertemente impulsado a hacerlo por fuerzas muy profundas de nuestra *sociedad de consumo*”⁹⁶.

De esta manera el derecho del consumo se ha constituido en una obra cultural que dota de un contexto ético a la provisión de bienes y servicios necesarios para el desarrollo armonioso de la personalidad⁹⁷. Nos hacemos eco aquí de JUAN PABLO II, quién ha escrito en *Centesimus Annus*, Nro. 36:

“No es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado el estilo de vida que se presume como mejor, cuando está orientado a tener y no a ser, y que quiere tener más no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como fin en sí mismo. Por esto, es necesario esforzarse por implantar estilos de vida, a tenor de los cuales la búsqueda de la verdad, de la belleza y del bien, así como la comunión con los demás hombres para un crecimiento común sean los elementos que determinen las opciones del consumo, de los ahorros y de las inversiones”.

⁹⁶ CIURO CALDANI, “Criterios integrativistas...”, nro. 6.

⁹⁷ “Si los procedimientos formales violentan la naturaleza de los agentes, hay que denunciarlos como antiéticos, y, a la larga, como anticulturales, porque si la cultura estropea a la capacidad humana, no puede continuarla: eso acaba mal. A corto plazo puede tener éxito, pero a medio o largo plazo se viene abajo”. POLO, *Quién es el hombre...*, pp. 182-183.

El consumo, como todo acto verdaderamente humano, está ligado a la ética por cuanto tiene en sí mismo algo de finalidad. La ética implica norma y libertad: norma querida libremente porque el hombre tiende a ella⁹⁸. El fin de la sociedad es el vivir bien, que no es lo mismo que bienestar, sino la vida cumplida, con razón de fin. Para esto hacen falta normas, ya que el contenido ético es lo que otorga consistencia a la sociedad. De esta manera, podemos decir que la axiología le da sentido al derecho del consumo para que no se quede en el simple sentido del triunfo en la vida, como mera consecución del acopio o disfrute bienes⁹⁹. Consumo humano, en definitiva, hace al fin, al propio perfeccionamiento, y eso puede convertirse en criterio interpretativo al momento de encontrar el sentido de una conducta de consumo determinada. No alcanza, desde la perspectiva humana, con un consumo meramente biológico ni aún económico, sino que debe tender al fin¹⁰⁰.

De este modo también el consumo se inserta en la doctrina del desarrollo sustentable. Sería contrario a esta noción, la falta de acceso al consumo en condiciones de extrema pobreza, o su exceso consumista, en una visión economicista degradante de la dignidad de la persona¹⁰¹.

⁹⁸ *Idem*, pp. 114-115.

⁹⁹ Para justificar el papel de la ética como fundamento de la sociedad, Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 189, donde cita a ARISTÓTELES, Pol. III, 5: 1280^a31-1281^a5.

¹⁰⁰ También aquí acude en nuestro auxilio JUAN PABLO II, como dice en *Centesimus Annus* Nro. 36: "Al descubrir nuevas necesidades para su satisfacción, es necesario dejarse guiar por una imagen integral del hombre, que respete todas las dimensiones de su ser y que subordine las materiales e instintivas a las interiores y espirituales. Por el contrario, al dirigirse directamente a sus instintos, prescindiendo en uno u otro modo de su realidad personal, consciente y libre, se pueden crear *hábitos de consumo y estilos de vida* objetivamente ilícitos y con frecuencia incluso perjudiciales para su salud física y espiritual".

¹⁰¹ Tanto la extrema necesidad como el consumismo son incompatibles con el requisito de sustentabilidad del sistema de desarrollo marcado por la norma del art. 41 de la Constitución nacional "Esto se ve aún más acentuado en las definiciones amplias de desarrollo sustentable, como es el caso de la contenida en nuestra norma constitucional, que alude al desarrollo humano como finalidad y, por ende, no sólo supone la satisfacción de las necesidades básicas o se conforma con la elevación del nivel de vida, sino que reclama la satisfacción de las necesidades y de las "aspiraciones" del ser humano, lo que

I. B. 4. El consumo es un “bien instrumental” de bienes esenciales

El consumo es un bien porque puede ser participado o realizado de maneras indefinidamente variadas en un número indefinido de situaciones, tanto en su faz meramente física como en su dimensión socio-económica de la relación de alteridad. Podemos decir, aplicando analógicamente (y *mutatis mutandi*) las categorías que FINNIS aplica al conocimiento, que el consumo es un valor¹⁰². El acto de consumir considerado en abstracto, en la medida que coadyuva al fin del hombre, es una cosa buena, dejando de lado en principio las circunstancias concretas o la finalidad práctica de éste o aquel acto de consumo. Que el consumo sea un valor, no indica que todo consumo es indiferente de su contenido, ni que todo consumo es igualmente valioso, ni que todo consumo sea igualmente valioso para toda persona. Ni tampoco significa que el consumo sea prioritario, ni que sea la única forma de bien, ni la forma suprema de bien. Tampoco debemos pensar que al decir “el consumo es un bien” estamos enunciando una proposición moral ni una obligación.

¿Qué queremos decir entonces con que “el consumo es un bien”? Si se pretendiera dar al consumo el carácter de bien intrínseco, parece claro que se debería rechazar tal proposición¹⁰³. Pero sí puede afirmarse que en cuanto hace posibles los bienes básicos, de manera que les sirve

indefectiblemente deriva en desarrollo de la plena potencialidad del ser”. Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p.51.

¹⁰² «Para trazar esta distinción entre “bien”, referido a un determinado objetivo o meta que uno está considerando como deseable, y “bien”, referido a una forma general de bien que puede ser participado o realizado de maneras indefinidamente variadas en un número indefinido de situaciones, será útil reservar la palabra “valor”, de modo que (para los fines de este libro) signifique sólo el último sentido de “bien”». Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 93.

¹⁰³ “La demanda de una existencia cualitativamente más satisfactoria y más rica es algo en sí legítimo; sin embargo hay que poner de relieve las nuevas responsabilidades y peligros anejos a esta fase histórica. En el mundo, donde surgen y se delimitan nuevas necesidades, se da siempre una concepción más o menos adecuada del hombre y de su verdadero bien. A través de las opciones producción y de consumo se pone de manifiesto una determinada cultura, como concepción global de la vida. De ahí nace *el fenómeno del consumismo*”. JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, Nro. 36. Cfr. También POLO, *Quién es el hombre*, p. 175.

de canal, se convierte en instrumental a ellos en razón de medio a fin¹⁰⁴. Los objetos son deseados (apetecidos) en cuanto deseables (apetecibles), y son considerados deseables (apetecibles) en cuanto permiten mejorar a la persona. El consumir es deseable (apetecible) porque el hombre busca su propia perfección, aquello a lo que tiende. De esta manera el consumo es percibido como bien o perfección¹⁰⁵. Siendo el hombre una sustancia corpórea-espiritual inacabada, que para completar su naturaleza requiere de distintos bienes básicos, es razonable pensar que el consumo puede considerarse un canal para asimilar esos bienes, en los casos en que así se requiera.

Lejos de considerarlo un absoluto, el consumo como actividad en sí misma debe ser analizado distinguiendo las condiciones materiales necesarias para, o que afectan, la búsqueda de un valor, y el valor mismo. Para ello es necesario distinguir el bien o valor general y el particular, y los fines y los medios: los intermedios y subordinados. Decir que el consumo es un valor hace inteligible la actividad de consumir, aunque no sea necesariamente razonable cada acto de consumo individual consideradas todas las cosas¹⁰⁶.

De acuerdo con la propuesta de inventario de los bienes básicos hecha por FINNIS, ¿requieren todas las personas y siempre del consumo como de medio a fin? No siempre, pero en muchos casos resulta indispensable el consumo como único medio. Los propósitos de la acción humana se auxilian con el consumo, no como único medio para todos los fines del hombre, pero sí en algunos casos como insustituible¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Los derechos fundamentales se sustentan en las necesidades básicas. El contenido de valor de la necesidad se informa a través de los derechos. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 32-33.

¹⁰⁵ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 109.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 94.

¹⁰⁷ El inventario de "bienes básicos" de FINNIS es: a) la vida; b) el conocimiento; c) el juego; d) la experiencia estética; e) la sociabilidad; f) la razonabilidad práctica; g) la religión. De acuerdo con esta lista, es claro que los valores vida, conocimiento, juego, etc. requieren en muchos casos del consumo como de necesidad instrumental, por lo que es debida su protección jurídica. Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 117 y sig. "De manera que los principios prácticos que le prescriben a cada uno participar en esas

Pero cuando el mero acto técnico de aniquilar un bien o utilizar un servicio incorporándolo al proceso vital se refiere a una de las formas de los bienes humanos básicos, podemos decir que como el derecho natural recae sobre un objeto, sin el cual estaría vacío de contenido, ese objeto es parte del derecho natural. Así, el bien humano básico “vida” requiere de la alimentación, sin que hasta el momento se haya logrado lograr sobrevivir sin recurrir al acto manducativo o sus desagradables sucedáneos. Con lo cual es imperioso que para concretar el derecho a la vida se deba tener derecho al alimento, al menos a un mínimo en calidad y cantidad que permita la subsistencia. Esto dará lugar a un derecho humano a la alimentación mínima, que podrá traducirse en una garantía constitucional o inclusive dará lugar a una salvaguarda internacional. Es decir que el Estado podrá establecer una justa distribución de tal manera de asegurar esa garantía mínima que haga posible el derecho a la vida, ya que este derecho es concreto y real, no una mera entelequia abstracta. Este es un derecho natural originario, procedente de la naturaleza humana considerada en sí misma, propia de todos los hombres, en cualquier estadio histórico.

Ahora bien: esto no implica que la relación de consumo por la cual un empresario entrega alimentos a cambio de un precio sea un derecho natural originario. El derecho básico al alimento y el derecho del consumidor en una relación bilateral de consumo pertenecen a dos órdenes de razón distintos, donde la segunda podrá ser instrumental a la primera.

Esa relación de consumo, actualizada históricamente aquí y ahora, es propia de una situación creada por el hombre, que se organiza económicamente a través de unidades de producción-distribución-consumo, y que como tal puede resultar en un derecho natural subsiguiente, que no dimana de la naturaleza humana considerada en sí mis-

formas básicas de bien, a través de decisiones prácticamente inteligentes y de acciones libres que hacen de cada uno la persona que es y que ha de ser, han sido llamados en la tradición filosófica occidental los primeros principios de la ley natural, porque nos dictan las nociones fundamentales de todo lo que uno podría razonablemente querer hacer, tener y ser.” *Idem*, p. 127.

ma, sino de esa situación de hecho, en este caso informada de contenido económico.

I. B. 5. El sistema protectorio y la persona del consumidor

La perspectiva del consumidor en cuanto su “ser persona”, fundamenta un sistema protectorio. Desde un punto de vista filosófico-antropológico, la persona tiene dominio de sí, es dueña de su propio ser, domina el curso de sus actos gracias a la razón, al ejercicio de sus facultades intelectuales. El dominio de sus actos es un dominio ontológico, y por cuanto se pertenece a sí misma y no a otro, es moralmente dominadora. Este autodomínio tiene consecuencias jurídicas, porque el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás¹⁰⁸.

La categoría jurídica de consumidor predica de la persona algo distinto de la realidad hombre. Incluye a las personas que participan de una realidad socioeconómica y cultural, de tal modo que la especificidad luego es considerada por la ley. Como ya mencioné, los modos económicos de consumir tienen una base natural dada por el *factum* de que determinadas sustancias son asimiladas corporalmente por el propio organismo, o bien que distintos objetos materiales o bienes inmateriales o servicios pasan a formar parte del proceso vital, generalmente sacándolos del circuito económico. El ordenamiento aprehende esa realidad y otorga al sujeto partícipe una serie de derechos vinculados a esos modos socio-económicos de proceder: ese es nuestro consumidor, sujeto de una relación jurídica¹⁰⁹.

Por tanto, la categoría jurídica de consumidor tiene algo de natural y algo de positivo. El núcleo fundamental es natural, perfectamente

¹⁰⁸ Cfr. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 135.

¹⁰⁹ CIURO CALDANI advierte que cada vez más, en la economía capitalista, avanzada de la postmodernidad, los conflictos de jurisdicciones tienen un fuerte predominio económico. “De modo creciente, el Derecho se hace, se dice y se realiza para la economía”. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 43. El dato económico lo invade todo, y, como en este caso, crea una categoría jurídica, modalizando el concepto de persona.

identificable como una modificación del contexto económico circundante. La modalización que hace el ordenamiento es positiva. El hecho de que la persona sea consumidor “por naturaleza”, da derecho a que se le permita consumir en un pie de igualdad con sus semejantes, especialmente aquellos bienes humanos básicos que hacen a su dignidad. Es casi impensable realizarnos sin la electricidad, comunicaciones, sin bienes físicos o culturales provistos en cierta medida por un tercero. De ese concepto ontológico y sociológico de consumidor se desprende el concepto jurídico, por lo cual el universalismo del derecho del consumo se asienta en un dato de la realidad. La condición ontológica incluye la subjetividad jurídica, de la que es un desplegarse: es la faz jurídica del naturalmente consumidor, sin que sea posible un modo de consumir “ajurídico”, al menos en las economías de mercado¹¹⁰.

Pero respecto al consumidor transnacional, la condición ontológica básica resulta superada por una realidad adicional, constituida por el desplazamiento de alguno de los sujetos (consumidor o proveedor) a otro territorio para ejecutar alguno de los actos típicos del consumo, o bien porque el acto jurídico de consumo se desligó temporaria y espacialmente del acto físico de consumir, o bien alguno de los momentos o efectos del acto de consumo involucraron un régimen jurídico extranjero.

Esta realidad es distinta a la históricamente anterior y también debe ser aprehendida por el ordenamiento atendiendo a estas diferencias, modificando por lo tanto el esquema protectorio, al menos en parte. Ya no estamos ante el consumo como canal de acceso a algunos de los bienes humanos básicos que deben ser asegurados en un pie de igualdad, al que poco le puede aportar el movimiento transfronterizo o el contrato

¹¹⁰ Desde otra perspectiva se podría considerar la condición de “consumidor” como formando parte de un estamento funcional a un rol, de un status o posición del cual se desprenderían los derechos y deberes propios del status que ostenta, como atributos del papel que desempeña. Pero más allá de esta legítima perspectiva, parecería ser que el hombre debe ser considerado en sí mismo y no por que desempeñe tal o cual rol. De cualquier manera, en el acto concreto de consumir, ese consumidor es el sujeto de una relación, y de nada serviría ostentar una posición si no hiciera referencia a otro, ya que la alteridad es connatural a toda relación de justicia.

internacional. Las necesidades básicas de consumo serán satisfechas generalmente por el mercado local, salvo alguna obligación jurídica impuesta a cierto Estado por el Derecho Internacional Público Humanitario y con relación a la ayuda de nacionales de otros Estados, como el caso de los refugiados, expatriados o deportados.

El consumir transnacionalmente mejora y beneficia a la persona, ya que si no hubiera una razón de bien-para-si-mismo en ese acto, no consumiría: *omne agens agit propter finem*. Pero esto no implica de por sí necesidad alguna ni se desprende de la naturaleza humana. Si tradicionalmente se hacía referencia a los Estados como una de las sociedades perfectas en cuanto contenían en sí mismas todo lo necesario para el perfeccionamiento de los individuos de acuerdo a una razón dada, no parece necesario que nadie deba recurrir a otro Estado para conseguir aquello que le es imprescindible a su ser¹¹¹. No deben confundirse las necesidades culturales, del todo históricas y circunstanciales, con las derivadas de la propia naturaleza.

De allí que el conjunto de derechos y deberes integra el contenido de la personalidad pero que no se confunde con el ser sujeto de derecho. Aplicando esta idea al consumidor transfronterizo, se puede afirmar que predicar la condición de hombre implica consumir, en razón de ser el hombre una sustancia corporal animada, pero de aquí no se desprenden los derechos subjetivos positivados de la protección del consumidor, y menos transfronterizo. Esto último no es posible porque la relación de consumo captada por el derecho se refiere a una situación sociocultural histórica determinada, que no tiene relación directa con el contenido de la personalidad. De la sustancia corporal se desprende que indefectiblemente ha de consumir; pero de aquí no se concluye necesariamente que el consumo deba realizarse por medio de intercambios privados involucrando distintas jurisdicciones nacionales. En definitiva, la protección del consumidor no se desprende de la esencia del ser humano.

¹¹¹ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 177-179.

Queda pendiente determinar qué es entonces lo que en esencia hace al consumidor transnacional merecedor de tutela¹¹². Buscamos algún elemento que no sea contingente o caprichoso, sino que nos otorgue tal fundamento de razonabilidad que dote al régimen protectorio del carácter de obligatoriedad internacional *erga omnes*. Ya sea que la protección se incluya o no en una carta de derechos fundamentales, o bien que constituya la razón que obligue a incluir estos derechos en una Carta Fundamental. El cuadro se completará al analizar la relación de consumo que une a los sujetos involucrados.

I. B. 6. La perspectiva económica del consumo como bien tutelable

Sobre la perspectiva antropológica del consumo se desarrolla una estructura económica, que implica que el bien o servicio es utilizado quitándolo del mercado sin volver a incorporarlo en un nuevo proceso de oferta y demanda; el bien sale del ciclo productivo, aún cuando accidentalmente pueda volver como un elemento de rezago o de segunda mano¹¹³. La teoría del consumidor individual considera que la actividad de consumir es un proceso de destrucción técnica de la sustancia o disfrute de los bienes y servicios, sin que esto implique satisfacción permanente y en definitiva se requiera un nuevo acto de consumo¹¹⁴.

¹¹² La preocupación por los derechos del consumidor va más allá de la necesidad de cubrir jurídicamente los infortunios de un sector de la población que disfruta de una posición económica lo suficientemente holgada para transformarse en consumista. Captar la profundidad del problema de la protección implica superar una visión meramente patrimonial o de perfeccionamiento de las herramientas jurídicas que facilitan el disfrute sin sobresaltos. El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana. Cfr. TAMBUSI, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", p.12.

¹¹³ Cfr. GIDE, Charles, *Cours d'Economie Politique*, 10^o Ed., Sirey, Paris, 1911, citado por MOISSET DE ESPANES, Luis, y TINTI, Guillermo, "El consumo, el derecho del consumidor y la regla favor debitoris", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 99-111, en 101 y ss.

¹¹⁴ BOURGOIGNE analiza las distintas teorías socioeconómicas que dan sustento a una posterior categoría jurídica. Cfr. BOURGOIGNE, Thierry, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Gobierno Vasco, Vitoria 1994, pp. 20-31.

Originariamente la actividad de consumir constituía básicamente el resultado final de la recolección, el cultivo o bien pastoreo de subsistencia del grupo familiar o tribal, con lo cual los bienes de consumo eran aquellos mismos que se recolectaban o producían. En todo caso el acopio era una anticipación de consumo futuro, pero siempre reservado al mismo grupo de pertenencia. Con la especialización en la producción, aún en niveles muy rudimentarios, aparecen los intercambios por medio del trueque de aquellos excedentes superavitarios al propio consumo.

En sociedades primitivas y autosuficientes, de economía artesanal, los grupos familiares o tribales pueden sustentarse sin una compleja red de intercambios, pero lo habitual y que constituye el objeto de estudio de esta tesis es el consumo como parte integrante del proceso “producción-distribución-intercambio-consumo”¹¹⁵. En este sentido, “el consumo es la etapa final del proceso económico y consiste en el uso o empleo de los bienes y servicios para gozar de la capacidad de satisfacer necesidades humanas que tienen los bienes en general”¹¹⁶.

Desde la óptica de la etapa final del ciclo económico, el acto de consumir da razón de ser al resto de las actividades que lo componen y en definitiva esta orientación cualifica las etapas anteriores. Si hay quien consume es porque hay quien produce o presta servicios y un ámbito social e institucional de interrelación. De tal modo, la actividad de consumo no se configura como un accionar aislado sino como una conducta social que vincula a una persona o grupo de personas con otra u otras, y, por tanto, como una relación que por su contenido es susceptible de una

¹¹⁵ Esto también es considerado por JUAN PABLO II en *Centesimus Annus*, nro.36: “En las precedentes fases de desarrollo, el hombre ha vivido siempre condicionado bajo el peso de la necesidad. Las cosas necesarias eran pocas, ya fijadas de alguna manera por las estructuras objetivas de su constitución corpórea, y la actividad económica estaba orientada a satisfacerlas. Está claro, sin embargo, que hoy el problema no es sólo ofrecer una cantidad de bienes suficientes, sino el de responder a una *demanda de calidad*: calidad de la mercancía que se produce y se consume; calidad de los servicios que se disfrutan; calidad el ambiente y de la vida en general.”

¹¹⁶ ZALDUENDO, Eduardo A., *Economía: ciencia y realidad*, Macchi, Buenos Aires, 1980, p. 30.

apreciación científica desde diversas perspectivas: sociológica, económica, jurídica¹¹⁷.

Los procesos de producción y de consumo tienen sus leyes específicas, ya que cada uno busca maximizar sus oportunidades: la ley de maximización de las utilidades y la ley de la maximización de los beneficios. El consumidor buscará pagar el menor precio posible y a menor precio consumirá más unidades. En cambio el productor a mayor precio producirá más unidades, hasta tanto se igualen el costo marginal con el ingreso marginal. El cálculo racional que efectúan la unidad de consumo y la unidad de producción se definen en un lugar abstracto denominado mercado. Este alcanza la situación de equilibrio cuando coinciden la cantidad de bienes o servicios que unos están dispuestos a adquirir y otros a vender, a un precio determinado¹¹⁸.

En cuanto supuesto económico, esta destrucción o agotamiento de los bienes está en estrecha relación con un concepto jurídico: la finalidad tenida en mira por las partes al contratar. La función económica de la relación jurídica de consumo no es irrelevante para el derecho y se convierte así en uno de los elementos esenciales del contrato en cuanto vínculo jurídico que permite el consumo. De modo general, esta función económica es la causa fin querida por las partes como supuesto tenido en cuenta por el ordenamiento para determinar el contenido obligacio-

¹¹⁷ Cfr. CONTE-GRAND, Julio, "Las relaciones de consumo. Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral", en *Defensa del Consumidor*, LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 27-62, en p. 27.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 39-41. El cálculo de consumo configura el de producción y viceversa, aunque la relación de consumo es más determinante. Tanto la unidad de consumo como la unidad de producción reflejan una relación funcional, y así para el productor la cantidad producida es función creciente de los recursos disponibles y de una estructura de costos determinada. A esto se le sumará la noción de productividad, dato insoslayable de la economía moderna, tanto para un productor individual como para el conjunto de los agentes, ya se trate de un mercado interno o internacional. Los autores denominan a este fenómeno "flujo circular del ingreso". El mercado de productos indica qué producir, y el de factores cómo y para quién producir. Cfr. MOCHÓN MORCILLO, Francisco y BECKER, Víctor Alberto, *Economía, Principios y Aplicaciones*, McGraw-Hill, Segunda Edición, Madrid, 1997, p. 39.

nal del acuerdo de voluntades¹¹⁹. Ese fin está implícito en la definición jurídica de la relación de consumo, ya que el proveedor sabe que enfrente de él hay un sujeto que dará un uso directo del bien sin volcarlo de nuevo al circuito de distribución o producción. Por otra parte, el consumidor busca un disfrute directo de ese bien¹²⁰.

I. B. 7. La debilidad del consumidor como sustento del régimen protectorio

La realidad social y económica del consumo tiene también una perspectiva negativa, que influye en la debilidad estructural del consumidor, afectando su grado de libertad en las economías capitalistas y globalizadas. La división funcional a que hiciéramos referencia más arriba, convierte al consumidor en el eslabón que debe “ingerir” aquello que se produce, de manera de mantener la dinámica del sistema. La necesidad de lucro de los productores y distribuidores no solo toma en cuenta que las necesidades son permanentes, sino que exacerba esta condición¹²¹. En algunos casos esto es así de modo natural, por requerimiento de la misma corporeidad y su proceso vital. Pero en otros casos hay que “producir” consumidores, de donde resulta el origen de sus mayores debilidades¹²².

¹¹⁹ Esta es la *ratio legis* del art. 2164 del CC. La causa es uno de los supuestos requeridos para ejercer la acción redhibitoria, ya que el bien sobre el cual se efectúa el reclamo debe tener defectos ocultos u ostensibles “que la hagan impropia para su destino”, que de conocerlos el co-contratante “no la habría adquirido o habría dado menos por ella”.

¹²⁰ En una primera etapa la protección del consumidor estuvo ligada a un esquema contractualista, para adoptarse actualmente el hecho jurídico de consumir como activante del sistema. Del acto jurídico bilateral se pasa al hecho jurídico. Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 17.

¹²¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones para la jusfilosofía del consumo”, *Investigación y Docencia Nro.*, Rosario, Vol. 33, 2000, p. 86.

¹²² Al decir de POLO, la cultura es el mundo humano, creado por el hombre pero como una continuación de la naturaleza. En la medida que los artefactos (que es la cultura objetivada) se idolatran como fines, ontologizándolos, pasan a ser algo absoluto, y del consumo nos trasladamos al consumismo. Cfr. POLO, Leonardo, *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*. Rialp, Madrid, 1991, p. 175. No menos relevante es la reflexión de

Se trata de aprovechar los beneficios del desarrollo económico sin caer en sus desbordes. Habrá que hacer uso de todas las herramientas para hacerlo más justo y en definitiva más humano. Esto lleva a que los juristas integren las enseñanzas de la economía, la sociología, la psicología, la antropología, etc.¹²³

a) *La debilidad cognoscitiva*

La debilidad del consumidor puede estudiarse desde la perspectiva de su menor capacidad económica frente al proveedor. Esto de por sí no haría necesario un régimen diferenciado, ya que del menor poder no necesariamente se deriva una desventaja comercial. Tampoco el hecho de que la posición jurídica de una parte sea prominente en cuanto experto en el tipo de negocio que se trate significará *per se* una situación de desventaja o detrimento en los derechos del consumidor¹²⁴. Pero en el marco del funcionamiento del mercado, la experiencia técnica y la jurídica junto con las técnicas publicitarias de conquista de la capacidad adquisitiva de los consumidores, crean un estado de situación que afecta la relación económica, la preponderancia jurídica y la capacidad de discer-

JUAN PABLO II: "La demanda de una existencia cualitativamente más satisfactoria y más rica es algo que sí legítimo; sin embargo hay que poner de relieve las nuevas responsabilidades y peligros anejos a esta fase histórica. En el mundo, donde surgen y se delimitan nuevas necesidades, se da siempre una concepción más o menos adecuada del hombre y de su verdadero bien. A través de las opciones producción y de consumo se pone de manifiesto una determinada cultura, como concepción global de la vida. De ahí nace *el fenómeno del consumismo*". JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Centesimus Annus*, 1 de mayo de 1991, Nro. 36.

¹²³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo", *Investigación y Docencia*, Vol. 28 (1997), Rosario, p. 33.

¹²⁴ En un plano filosófico y antropológico, la denominada "postmodernidad" ha dado lugar a un "sujeto disuelto en el *presente*", que tiene como manifestaciones la búsqueda inmediata del bienestar, la corrupción, la drogadicción y también el consumismo. El capitalismo necesita de consumidores "segmentados" y diversificados, que se sientan distintos y halagados. En el fondo late su instrumentalización, por lo que urge el amparo mediante la autoprotección, individual y colectiva, y también a través del Estado. Cfr. CIURO CALDANI, "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario...", p. 1027

nimiento y libre elección. Esta debilidad cognitiva es la base y fundamento de las demás¹²⁵.

Para la mayoría de los autores la característica diferencial de la realidad económica subyacente a la relación de consumo y que motiva algunos aspectos de un marco protectorio se sustenta básicamente en la diferencia de información disponible por esta persona frente a su contraparte¹²⁶. Los economistas califican como “desasimetría” a esta particular característica de la información, y los costos asociados a la disposición óptima¹²⁷. La información es necesaria para tomar una decisión razonada, ponderando los pros y contras, los beneficios y pérdidas, la entidad de los riesgos que se asumen. Esta información usualmente es brindada por el proveedor¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. LIMA MARQUES, “Observaciones y propuestas...”, nros. C.1. y C.2. En este sentido, es muy interesante el argumento expuesto en un voto en disidencia en una decisión de nuestro máximo Tribunal. Se trataba de una ley provincial que obligaba a brindar a los consumidores información detallada del servicio telefónico, aparentemente de modo más exigente y costoso que lo requerido por la legislación nacional reglamentaria del servicio. “El principio protectorio de los consumidores es un mandato que debe llevar a realizar los mayores esfuerzos hermenéuticos a los fines de obtener una igualdad negocial informativa, la que a su vez es coherente con la buena fe contractual. La noción de igualdad constitucional exige establecer instrumentos que disminuyan las distancias cognoscitivas que existen entre expertos y profanos en el ámbito de las prestaciones. El principio de la transparencia en el mercado favorece la difusión de la información, ya que ésta es el antídoto del error, y por ello los incentivos de conductas que permitan su difusión fortalecen bienes colectivos como la competencia (art. 43 de la Constitución Nacional). La difusión informativa en cabeza de los expertos es también una decisión eficiente en términos económicos, ya que son los prestadores quienes la pueden difundir a un costo notablemente inferior al que debería asumir el consumidor”. Considerando 9º del voto en disidencia de los Dres. Ricardo LORENZETTI y Raúl ZAFFARONI, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, 11 de julio de 2007, Fallos 330:3098.

¹²⁶ Entre otros, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del Consumidor*, Ley 24.240, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª Edición actualizada, Santa Fe, 2003, pp. 27-29. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Publicidad y Consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro 5, pp. 64 y ss.

¹²⁷ Cfr. MOCHÓN y BECKER, *Economía...*, p. 235 y ss.

¹²⁸ Cfr. MAC DONALD, Andrea Fabiana, “El consumidor, la asimetría de la información y los precios discriminatorios”, Suplemento de Derecho del Consumidor, *El Dial*, 4/2/2005, http://www.eldial.com.ar/bases/xacceso_link.asp?base=50&id=1368, último acceso 24/8/2010.

En muchas ocasiones, en el contexto socioeconómico del tráfico de masas, el consumidor no domina el curso de sus actos sino que hace lo que le indica —o al menos le incentiva— el proveedor, dando lugar a la paradoja de su debilidad sustancial en la relación económica de aprovisionamiento. Para mantener una economía de escasez, se requiere o bien destruir riqueza o forzar el consumo. De aquí que la mercadotecnia se convierte en instrumento al servicio de esta permanente necesidad.

Los medios de comunicación transmiten y saturan con mensajes de escasez, especialmente psicológica. La debilidad del consumidor no está en “que le provean productos defectuosos, sino que le hagan consumir haciendo estallar su personalidad”¹²⁹. Consideremos un ejemplo. Un supuesto de dominio técnico y económico está dado por la posibilidad del empresario de desarrollar la actividad publicitaria a partir de la marca antes que de los atributos de los productos o servicios. El empresario tiene la capacidad de determinar los mensajes y por lo tanto generar percepciones, del modo, momentos y lugares más convenientes, influyendo así en los deseos de los consumidores. El dominio técnico de los mensajes (y por tanto de la oferta) aplica las herramientas derivadas de las ciencias de la comunicación, la semiótica y la simbología, la psicología aplicada, la sociología, etc.¹³⁰. Estas particulares circunstancias darán origen a mecanismos de protección específicos, como luego analizaré en V. E. 3, p. 527 y ss.

¹²⁹ CIURO CALDANI, “Reflexiones para la iusfilosofía del consumo”, p. 87.

¹³⁰ Los economistas suelen distinguir entre las fallas del mercado producidas por la información imperfecta de que dispone el consumidor, de aquellas derivadas de hábitos de consumo, ya sea comunes a los modos generales de comportamiento o en un mercado específico. En ambos casos se pueden producir daños al consumidor, y las estrategias de intervención para salvar esas desasimetrías serán diferentes en cada circunstancia. Cfr. OCDE, Directorate for Science, Technology and Industry Committee on Consumer Policy, “Roundtable on economics for consumer policy”, Documento DSTI/CP(2007)1/final, 26 de julio de 2007, disponible en www.oecd.org/document/, p. 9 y ss.

b) La debilidad económica

El íter histórico de la percepción de la debilidad del consumidor comienza con la revolución industrial, que requería estructuralmente una escala de producción mayor para que el maquinismo resultara eficiente. Esto llevó a una concentración productiva en las grandes empresas, en contradicción con el anterior sistema productivo del artesanado. A mayores niveles de producción se hizo imposible sostener el crecimiento económico manteniendo la inmediatez en el aprovisionamiento o la prestación del servicio, perdiéndose la relación directa entre el comprador y el vendedor. Entre otros efectos, la nueva situación requirió necesariamente de la contratación predispuesta como instrumento de venta y de la publicidad como medio de acercamiento impersonal a los clientes-usuarios¹³¹.

Sin duda alguna ahora estamos ante un fenómeno semejante, que se repite y profundiza en el marco del comercio internacional, manifestado en la creciente oferta de productos derivados de la aplicación de la ciencia a la producción, el creciente acceso de los ciudadanos a los mercados y la reducción de precios debido a la mayor escala derivada de la internacionalización. Los medios de comunicación globalizados nos presentan los productos disponibles por igual para personas de todos los continentes. También las publicidades están omnipresentes y, por ejemplo, acceden a los hábitats más diversos por la universal adhesión a espectáculos deportivos o artísticos de impacto mundial¹³².

Si para actuar se necesita conocer, la menor información respecto del producto o servicio y de las condiciones de acceso y disfrute llevan a una decisión potencialmente errónea, sin que se pueda advertir plena-

¹³¹ Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p.3.

¹³² El proceso económico mundial tuvo un paralelo desarrollo iusfilosófico. CIURO CALDANI afirma la existencia de un ciclo histórico de las perspectivas filosóficas del derecho privado que va desde la idea moderna lockeana de la formación del derecho para la protección del propietario, luego pasa por una edad contemporánea centrada en la protección del productor, hasta la idea postmoderna actual de la protección del consumidor y del usuario. Cfr. CIURO CALDANI, "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario...", p. 1022.

mente los pros y contras de la operación jurídica que se lleva a cabo. Una decisión económica siempre se hace en un contexto de incertidumbre, con información escasa. Pero si la escasez de información es una constante, la que además puede ser errónea, esto habilita un régimen que equipare esta disparidad. El consumidor prestará atención al precio como “resumen” de información, sin conocer todos los costos y beneficios marginales que incluye la adquisición. Se genera así una imperfección del mercado que otorga al proveedor cierta preponderancia en la negociación¹³³.

De todos modos, también desde una perspectiva económica, la protección excesiva del consumidor podría jugar en su contra, ya que sólo las grandes corporaciones estarían en condiciones de atender una alta exigencia de resguardos legales. Las pequeñas economías empresarias, por su menor escala, deberían trasladar a los precios el mayor riesgo de atender reclamos y satisfacer las pretensiones proteccionistas, alentando de ese modo la concentración económica¹³⁴.

Vemos, por tanto, como las debilidades informativa y económica generan la jurídica. La menor capacidad funcional para analizar y ponderar la información permite que la relación conmutativa potencialmente afectada *ab origine* pueda ser compensada en su desasimetría mediante la intervención protectora, propia de la justicia conmutativa¹³⁵.

¹³³ Cfr. MOCHÓN y BECKER, *Economía...*, p. 235.

¹³⁴ Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La debilidad del consumidor...”, p. 35. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARROYO *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 63.

¹³⁵ Cfr. CONTE GRAND, “Las relaciones de consumo...” p. 46 y ss. También LIMA MARQUES, “Observaciones y propuestas...”, nro. C.2.: “Aquí los dos grandes principios de la justicia moderna (libertad e igualdad) se combinan, para permitir el límite a la libertad de uno, el tratamiento desigual a favor de otro (*favor debilis*), compensando la fragilidad/vulnerabilidad de uno con normas ‘protectivas’, controladoras de la actividad del otro, y resultando el reequilibrio de la situación fáctica y jurídica”.

c) *La debilidad jurídica: justicia distributiva y conmutativa*

Atendiendo a estas consideraciones, el derecho del consumo se planteó originariamente como un clásico estatuto, al excluir una categoría de sujetos del régimen general del Código Civil y establecer normas imperativas que otorgaran una protección supletoria respecto a la de los demás ciudadanos. De ese modo, se propuso superar la igualdad, al dotar de facultades imperativas a una amplia categoría de individuos por sobre el resto de los actores sociales¹³⁶. Frente a la desigualdad en la conmutación, la legislación de tutela del consumidor se convirtió en el ejercicio preventivo de la justicia correctiva, agregándose a los remedios existentes en el régimen general¹³⁷.

El consumidor asume los contornos jurídicos que lo definen hacia la década del '70. Si bien siempre han existido consumidores en la acepción técnica-económica del término, antes de esa época no eran considerados por el Derecho como merecedores de un marco normativo diferenciado¹³⁸. El cúmulo de disposiciones específicas de la regulación de operaciones de consumo, con autonomía legislativa, doctrinal y jurisprudencial, se asemeja a los “estatutos” de la antigüedad, propios de los artesanos o los comerciantes. Por lo general, la situación fáctica particu-

¹³⁶ Esta parecería ser la tendencia legislativa, al menos tal como aparece en el proyecto de reforma del Código Civil. Cfr. STRATTA, Alicia Josefina, *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión 685/95) — Su influencia en los contratos*, Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho de la Empresa, Buenos Aires 2001, ps. 103 y siguientes. En el mismo sentido, cfr. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Tra. Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 470. “Desde luego, el principio que favorece al consumidor, en caso de duda acerca del contenido del contrato, es una aplicación del principio de la buena fe, antiguo pilar del liberalismo. Pero cuando ese principio se aplica a las normas tuitivas de una categoría personal —que en caso de usuarios y consumidores incluye a todas las personas, pues todas en algún momento consumen o utilizan servicios— excede las fronteras de la buena fe para ingresar en el área de la justicia social”.

¹³⁷ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, pp. 16-17. Este autor lo denomina “microsistema de protección del consumidor”. Buscando restaurar el principio de la igualdad, establece una desigualdad lógica *ab initio*.

¹³⁸ Cfr. BOURGOIGNE, *Elementos...*, p. 20.

lar y original, que diferenciaba a ciertos sujetos, al menos en algunos aspectos, de otros grupos o individuos —ya sea por el desarrollo de una actividad específica o por una situación transitoria— impulsaron la adopción de marcos jurídicos desgajados del tronco originario, imponiendo a ese grupo o a los que no pertenecían al mismo, derechos y obligaciones que importaban una cierta segregación o protección.

Así concebidos, los consumidores abarcan en su composición a todos los ciudadanos que participan de la definición prevista en el sistema; pero la categoría resultó de tal amplitud que terminó proyectando su influencia en toda la actividad económica. Así, lo que originariamente apareció como una protección específica —si bien para una categoría amplísima de contratantes— hoy día es más conveniente que se encuentre inserta en las bases del sistema. En el proceso de codificación-descodificación-recodificación parece oportuno volcar los principios nuevamente a la generalidad del sistema ya que lo que era un apéndice o excepción, hoy es parte de la base del ordenamiento. No se concibe el funcionamiento económico de la sociedad sin consideraciones jurídicas que incluyan formas de contratar protectivas del consumidor, ya que los presupuestos económicos que le han dado origen (la producción y distribución masiva y la concentración y dominio de la relación económica) son inescindibles en el contexto actual¹³⁹.

En palabras de CIURO CALDANI,

“En el complejo axiológico, la situación del consumidor evidencia una tensa relación entre el valor *justicia* (y los valores que ésta puede defender, salud, verdad, belleza, amor, etc.), y el valor *utilidad*. En muchos casos, este valor se arroga espacios que corresponde a la justicia. A su vez, muestra la necesidad de esclarecer si, en caso de resolverse la protección ésta ha de encararse con miras al *bien particular* o también como instrumento del *bien común* (lo que lleva respectivamente a áreas jusprivatistas o juspublicistas)¹⁴⁰.”

¹³⁹ Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1995, p. 16 y pp. 34 y ss.

¹⁴⁰ CIURO CALDANI, “Reflexiones para la jusfilosofía...”, p. 88.

La relación de consumo, en Argentina protegida por la LDC, es percibida por el legislador como genéticamente desequilibrada, en virtud de que una de las partes —el comerciante o el empresario— cuenta con medios técnicos y experiencia muy superiores a los del consumidor. Entre estos medios técnicos a su disposición, el empresario cuenta con asesoramiento legal cualificado y experto, que le permite configurar la relación jurídica de tal modo que el consumidor no puede variar esos contenidos obligacionales aparentemente secundarios, lejanos al núcleo del precio y otras pocas condiciones esenciales de la operación.

Es por este motivo fundamental que el legislador ha intentado pre-determinar ciertos elementos de la relación de consumo, de tal manera que se restablezca el equilibrio de una conmutación genéticamente desbalanceada. No es suficiente, desde la perspectiva sistémica del orden jurídico, que las partes hayan consentido de modo voluntario a la relación: el objeto del consentimiento debe ser ajustado. La normativa de la defensa del consumidor de los distintos países ratifica que la legitimidad de los intercambios no radica en el mero consentimiento (el vínculo de la relación), sino en un consentimiento que recae sobre una adecuada o justa proporción por la que se da el equivalente de lo que se recibe (el objeto de la relación). La protección, por tanto, no radica en favorecer una situación de personal debilidad, sino en la medida que el ejercicio del rol afecte el equilibrio de la relación de consumo¹⁴¹. He aquí una opción que tendrá sus efectos en el régimen protectorio transfronterizo.

¹⁴¹ En esta asimetría se fundamenta, en definitiva, el principio *pro consumptore*, que “[T]oma en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado. En los casos anteriores, se tomaba en cuenta una falla coyuntural del mercado, situación en la cual un deudor es débil por circunstancias del caso. En cambio ahora se pretende tomar en cuenta una falla estructural. Esta se relaciona con la conformación asimétrica: la ideación, producción y difusión de la existencia de bienes se concentra progresivamente, mientras que el consumo se dispersa. LORENZETTI, Ricardo, “El derecho privado como protección del individuo particular”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, p. 56. Otros autores indican: “la calidad de consumidor no es ontológica, sino que versa acerca de una función o rol que un sujeto cumple en el universo de las relaciones negociables y cuya delimitación define el carácter para ampararse en las normas del estatuto consumerista”. JUNYENT BAS, Francisco y DEL CERRO, Candelaria, “Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2010-C, pp. 1281-1297, en 1284.

Por tanto, soy de la opinión de que no se trata de crear una categoría de sujetos, calificados por una nueva “incapacidad”.

I. C. LAS PARTICULARIDADES DE UN SISTEMA PROTECTORIO GLOBAL

I. C. 1. Las justicias conmutativa y distributiva en el orden internacional

Como dijimos, las relaciones entre consumidores y proveedores son básicamente de naturaleza conmutativa¹⁴². De allí que la protección del consumidor no puede proyectarse sino a partir del reconocimiento de la existencia del marco económico e institucional en el que ese consumidor actúa y se relaciona. Estos conceptos deben aplicarse al contexto transfronterizo, donde se verifica igual situación de debilidad estructural¹⁴³. Sin duda la concurrencia de principios de la justicia conmutativa con la distributiva tiene dificultades particulares en el orden internacional.

El mercado globalizado y sus características e imperfecciones serán relevantes para determinar, por ejemplo, el grado de responsabilidad resultante por la calidad de los productos y servicios, los deberes de información a brindar al consumidor, la protección adecuada de los derechos relacionados como la vida, la seguridad, la salud, la integridad física, la protección del medio ambiente, la justicia contractual y la reparación de daños, entre otros. Un proveedor internacional está en mejores condiciones que un consumidor extranjero para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, ya que la profesionalidad implica mejor conoci-

¹⁴² “La tutela del consumidor importa, como base, el reconocimiento de los derechos que emanan de su posición en la relación conmutativa”. CONTE-GRAND, “Las relaciones de consumo...”, p. 46. Cfr. también CALLIES, Galf-Peter, “Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce”, *Comparative research in law & political economy, Law Research Institute Research Paper Series*, Research Paper 3/2007, Vol. 03 No. 03 (2007), disponible en <http://ssrn.com/abstractid=988612>, p. 1.

¹⁴³ Cfr. SANTOS BELANDRO, “El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR”, Antecedentes.

miento de las cosas, de lo que se derivará mayor responsabilidad por las posibles consecuencias de su conducta comercial¹⁴⁴.

Incluso se puede afirmar que el consumidor extranjero tiene menos información que el nacional del propio mercado del proveedor. Como suele reconocerse, los consumidores, en una sociedad de masas, tienen una inherente incapacidad para protegerse a sí mismos de modo efectivo por las conductas fraudulentas o indebidas, lo cual se agrava en las relaciones con proveedores físicamente distantes y por lo general con mayor poder financiero. La distancia geográfica y cultural sugiere una debilidad en los controles para prevenir conductas abusivas de proveedores extranjeros, en muchos casos anónimos¹⁴⁵.

Cada una de las dos especies de lo justo particular tiene su campo de acción. La justicia distributiva requiere de alguien que ejerza la fuerza para hacer efectivos los repartos de las cargas, honores y riquezas. En el derecho interno no hay inconvenientes, ya que el Estado, por medio de normas imperativas o de policía económica, puede equilibrar la situación desasimétrica entre proveedores y consumidores. Pero el mismo Estado no tiene esa potestad soberana en el plano internacional, quedando el peso de los repartos en la justicia conmutativa¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Art. 902 del CC: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

¹⁴⁵ Cfr. ISSACHAROFF, Samuel, "Group Litigation of Consumer Claims_ Lessons from the U.S. Experience", *Texas International Law Journal*, Vol. 34, 1999, pp. 135-150, en 135.

¹⁴⁶ Respecto de las distinciones operativas de ambas formas de lo justo particular, puede consultarse a DESPOTOPOULOS, Constantin, "El synallagma", *Revista Ius Publicum*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 2005, Vol. 14, pp. 11-25. «Pero, en el marco de ese ámbito común, cada una de las dos especies de lo justo particular, tiene su campo de acción propio: lo "justo distributivo" tiene por campo de acción las "distribuciones de honor, o de bienes materiales, o de otros bienes susceptibles de ser repartidos entre los que participan en la comunidad política" (1130b 31-32); lo "justo correctivo" tiene por campo de acción los "synallagmata" que, por otra parte, tienen por objeto todos los bienes, objetos de las "distribuciones" y, además, la "seguridad -no susceptible, ella, de ser repartida -: es decir, el conjunto de los bienes que constituyen el ámbito de lo justo particular. Por otra parte, lo justo correctivo se distingue de lo justo distributivo porque su principio es la "proporción aritmética", que comprende

Si lo que se pretende es que “no consuman según se establece afuera de sí mismos sino desde su propia interioridad¹⁴⁷”, hay que atender a la libertad de elegir con la consiguiente disponibilidad de información. Esta preocupación difícilmente pueda ser resuelta desde una adecuada determinación de la jurisdicción, ya que el amparo debe ser preventivo; aún los eventuales resarcimientos no resuelven la desprotección estructural, porque sólo atienden a los eventuales incumplimientos. La jurisdicción actúa frente al perjuicio efectivo, y las actividades previas vinculadas a los aspectos éticos del consumismo no caben en este análisis.

Tal vez los mejores esfuerzos estén relacionados a los deberes de información, la publicidad engañosa, la buena fe en la celebración de los contratos. En el tema que nos ocupa, la jurisdicción competente, tal vez poco se pueda hacer desde esta perspectiva de debilidad congénita originada en las presiones del consumismo, previas a la manifestación del perjuicio. ¿En qué medida la resolución anticipada de los conflictos jurisdiccionales puede actuar sobre la intensa actividad de conquista de la voluntad del consumidor?

I. C. 2. Lo debido en justicia al consumidor transfronterizo

Una vez determinado quién es el sujeto y cuáles son sus circunstancias, podemos adentrarnos a considerar al derecho como la misma cosa justa, lo suyo de ese alguien, lo que le es debido en justicia. En la vuelta de TOMÁS DE AQUINO del *ius* al *iustum*, que analiza GRANERIS, queda claro que lo importante no es el entramado de normas, aunque estas también son necesarias¹⁴⁸. La razón de justicia del derecho del consumo también está en la *lex naturalis*, que está en las cosas, que aun cuando es inmutable por participar de la ley eterna, tiene cierta

el tratamiento igual de las personas en causa (1132a 1-6); mientras que el de lo justo distributivo es la “proporción geométrica”, implicando ésta el tratamiento de los ciudadanos según su valor (1131a 14-1131b 17, 1130b 32-33, 1131b 27-32)».

¹⁴⁷ Cfr. CIURO CALDANI, “La debilidad del consumidor...”, p. 35.

¹⁴⁸ Cfr. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, pp. 62-63. También se refiere a esto, de modo más extenso y con el fundamento de autores anglosajones, FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 308-317.

elasticidad, porque la naturaleza debe ser entendida como cierta dirección de nuestros actos hacia el fin. La ley natural recibe determinaciones positivas para regular la vida humana y en sociedad, y una de ellas es el derecho del consumo¹⁴⁹.

La racionalidad es indispensable en la elección entre opciones indeterminadas. No hay determinación previa porque se trata de un ámbito de libertad, en el que es posible elegir. Esa elección debe ser racional y justificarse, lo que no sería posible si sólo se tratara del arbitrio del productor-profesional que busca imponer sus condiciones quebrantando la igualdad¹⁵⁰. En la justicia conmutativa la racionalidad está dada por una igualdad aritmética, en la que lo que uno gana, el otro deja de percibir, y si se quiere restablecer la justicia, se debe volver a la igualdad originaria. No se trata una proporcionalidad, sino de tener lo mismo que antes de efectuarse los intercambios o de que sucediere el hecho dañoso¹⁵¹.

Otro modo de considerar lo justo es atender a la juridicidad como conjunto de notas que distinguen al “derecho” de aquello que no lo es¹⁵². Aplicado al derecho del consumo, será justa aquella situación socioeconómica por la que una persona se provee de bienes o servicios en el extranjero en un contexto de amparo por parte del sistema; así, el derecho positivo lo reviste de esas facultades en su favor. La positividad puede darse *ex forma* o *ex causa*. Las notas de la juridicidad son (i) el débito, (ii) la alteridad, (iii) la igualdad. El débito es la razón de justicia. La alteridad implica otro a quien algo le es debido. La igualdad es la medida, tanto de la cosa debida, como de la obligación inherente, como de la facultad correspondiente. Si estos elementos jurídicos los pone la naturaleza, la positividad es *ex forma*. Si uno o todos los elementos son puestos por la ley, la positividad es *ex causa*¹⁵³.

¹⁴⁹ Cfr. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 66.

¹⁵⁰ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 308-317.

¹⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, 1132 a) y b).

¹⁵² Cfr. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 77.

¹⁵³ *Idem*, p. 78.

En el caso del derecho del consumo, en los que se trata de aplicaciones de justicia correctiva frente a desequilibrios genéticos de una relación privada, estamos ante una juridicidad *ex causa* en la mayoría de las situaciones. Sin embargo, creo que el caso de la garantía de defensa en juicio a favor del consumidor, merece un juicio particular. Por tratarse de una cuestión fundamental, sin perjuicio de la mayor o menor concreción que reciba por parte de los distintos ordenamientos, se trata de una positividad *ex forma*, en razón de que bien puede considerarse un derecho natural¹⁵⁴.

En definitiva, la razón de ser de la constelación de derechos subjetivos de que se ha investido al consumidor está dada porque estructuralmente en el intercambio una de las partes no actúa en pie de igualdad. En este orden de ideas, el consumidor es protegido en la medida que su reclamo o su atribución patrimonial u obligacional tenga por fundamento una justa relación y no más allá de esto. Una actitud excesivamente tuitiva hacia el consumidor hubiera incurrido en la injusticia contraria a la que se intentó solucionar, dejando desprotegido a quien antes era contratante que imponía todas las reglas de juego. Así, sería injusto que un consumidor pretendiera una garantía de diez años para la compra de un electrodoméstico y que la ley se lo otorgase. Si la pretensión concreta en relación con ese objeto no se corresponde, el desequilibrio de las contraprestaciones rompe la correcta relación de justicia contractual¹⁵⁵.

Así las cosas, la equivalencia de las prestaciones, en busca de la cual interviene la defensa del consumidor, no está limitada a las condiciones esenciales del contrato, como por ejemplo el precio, sino que el acuerdo de voluntades, bien mirado, es el resultado de un conjunto de elementos. La cosa o servicio objeto del intercambio se integra por un lado por la materialidad sustancial de ese objeto, pero, además, contiene toda una serie de facultades con contenido obligacional, incluidos deberes de

¹⁵⁴ Nos remitimos a su tratamiento en detalle al Capítulo IV.

¹⁵⁵ Cfr. SANZ, Carlos Raúl, "Reflexiones ius-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato", LL 1978-D-945. Allí se estudia la noción de equilibrio del sinalagma, tal como originariamente la concibió Aristóteles. La adecuada interrelación de los hombres lleva implícita la reciprocidad en los cambios.

conducta o de abstención. Todos esos elementos pueden ser motivo de un fino análisis y mensurarse económicamente con mayor o menor detalle. Los riesgos de que ocurran eventos de cualquier tipo son frecuentemente analizados en algunas industrias de tradicional consumo masivo, como los seguros, la medicina prepaga, la banca minorista, etc. Los patrones estadísticos recurrentes llevan a redactar cláusulas que excluyen algunos de esos riesgos, o los acotan en su margen de incertidumbre, o los compensan con contraprestaciones adecuadas.

Quienes por su habitualidad y recursos tienen la facultad de hacer la previsión de estos riesgos, es frecuente que predispongan a su favor el contenido contractual. Esto no merecería objeción alguna si, en un mercado de competencia perfecta, con consumidores plenamente informados y sin costos de transacción, esos contenidos obligacionales se tradujeran en diferentes precios finales por parte de los oferentes-empresarios. Pero el análisis de la realidad nos sugiere —más que una simple intuición— que estas condiciones son meros ideales de “laboratorio”.

He aquí entonces el *quid* de la protección: restaurar la justicia conmutativa de una relación de consumo que nace genéticamente desequilibrada. Corresponde analizar si las tradicionales ramas jurídicas, como el derecho de las obligaciones o de los contratos, también en los aspectos iusprivatistas multinacionales, son suficientes para resolver en justicia los conflictos que surgen de la debilidad funcional del consumidor en la relación de consumo. El desafío consiste en trasladar las políticas públicas de protección de la parte débil al plano internacional¹⁵⁶.

¹⁵⁶ El Derecho Internacional Privado tradicional parte de una concepción liberal, en cuanto respetuosa de las decisiones soberanas sobre el mejor modo de regular las distintas instituciones jurídicas. Sin embargo, en el fondo, el elemento internacional suele resultar secundario respecto de las propias definiciones vinculadas a los intereses colectivos. Cfr. WAI, Robert “Transnational Liff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 209-274, en pp. 238-240. Respecto de la preponderancia de los ordenamientos internos en la salvaguarda de los intereses colectivos, este autor agrega: “*The supremacy of the municipal in traditional private international law also served the purpose of advancing policy interests such as effective regulation of private relations, protection of social interests, and legal diversity. These are also cosmo-*

I. C. 3. El contenido económico del consumo en un contexto internacional

En las relaciones de consumo transfronterizas esta finalidad económica deberá ser considerada de modo independiente, tanto para calificar al sujeto consumidor como para la relación jurídica de consumo. De ahí que el hecho económico subyacente pueda dar origen a una calificación autárquica. Así, en el caso de que la relación de consumo implique la entrega de una cosa, el aseguramiento de un bien, o la disposición de dinero en mutuo, no se trata de una entrega genérica, o de cualquier aseguramiento. Por ejemplo, se calificará como lugar de cumplimiento una compraventa de consumo transfronteriza a la entrega con transferencia del dominio que permita el uso y goce de modo directo por un consumidor, por lo general en su lugar de residencia. O bien será una obligación de cubrir un riesgo o contingencia en el que el beneficiario de la póliza de seguro es un consumidor o sus causahabientes y que implique la efectiva puesta a disposición de la indemnización para el beneficiario sin trámites o gastos que agraven su percepción.

La visión económica merece otra consideración desde la perspectiva internacional. Un consumidor que desea satisfacer sus necesidades fuera de su mercado nacional, contando con productos o servicios relativamente sustitutos, también está tomando una decisión racional. Hace un cálculo de costos y beneficios, y por lo tanto asume también un riesgo. Si decide comprar un producto en el extranjero, pudiendo comprar el mismo producto en el mercado nacional, ha tomado en cuenta los costos y beneficios. Es probable que comprando en otro país se beneficie de distintas incidencias arancelarias o tributarias, o ahorre el costo implícito de la cadena de distribución o de servicios técnicos autorizados existentes en su propio país.

*politan values, but values that were understood to be best protected through domestic laws and institutions". Ibid, p. 243. En igual sentido, REICH, Norbert, "Transnational Consumer Law — Reality or Fiction", *Penn State International Law Review*, Vol. 27, Spring 2009, pp. 859-868, en 860.*

En definitiva esto se traducirá en un menor precio, que estará asociado (probablemente de modo imperceptible para él) a un distinto nivel de prestaciones, no ya del producto en sí sino del conjunto de condiciones de pleno disfrute: no tendrá disponible el mismo servicio estatal de resolución de conflictos vía judicial, ni podrá reclamar la garantía o conseguir repuestos con la misma facilidad. No significa que los servicios técnicos en el extranjero sean peores, pero sin duda hará uso de ellos —si puede— allende las fronteras.

La característica de internacionalidad, en cuanto vincula la operación a distintos ordenamientos jurídicos, implica diferentes condiciones contextuales, que no serán indiferentes en su estructura general. En resumidas cuentas: no puede pretender que sus beneficios por comprar a un menor precio en el extranjero no le acarreen sus respectivos costos o al menos algunos riesgos¹⁵⁷. La internacionalidad de la situación, por sí misma, cambia la ecuación y entre los mayores costos puede incluirse la inseguridad jurídica con sus asociados costos de transacción¹⁵⁸.

La protección del consumidor también cambia de mercado a mercado, ya que hay consumidores con mayor poder económico que otros, para quienes se establecen estándares de calidad más altos, y que implica distinto nivel de respeto a las normas de defensa del consumidor, en algunos casos distinguiendo áreas de negocios, como los mercados bancarios, de seguros privados o de medicina prepaga. Atendiendo a esta

¹⁵⁷ Distinta será la situación si el proveedor ha efectuado publicidad o por cualquier medio, dirigió sus actividades al Estado donde se domicilia el consumidor, supuesto contemplado por el art. 15, c) del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Es el caso de los denominados “proveedores activos”.

¹⁵⁸ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 10. De todas maneras, los autores consideran que el consumo de vocación internacional no debería implicar un menor grado de protección que el desarrollado de modo enteramente local. Cfr. LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...” p. 264. En relación con el objeto de esta tesis, y en el comercio electrónico, más que en ningún otro, “para alcanzar tan deseada predictibilidad, el tema esencial por resolver es el de la jurisdicción”. IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la Red*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 25. DENNIS, “Diseño de una agenda práctica...”, pp. 224-226.

realidad, en ciertas circunstancias los sistemas regulatorios serán más severos y en otros más tolerantes, de acuerdo al poder económico de los consumidores¹⁵⁹.

En reconocimiento a esta disparidad de situaciones es que las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del consumidor, al referirse a las normas para la seguridad y calidad de los servicios y bienes de consumo, indican:

“28. Los gobiernos deberán, según proceda, formular o promover la formulación y aplicación, en los planos nacional e internacional, de normas, voluntarias o de otra índole, de seguridad y calidad de los bienes y servicios y dar a dichas normas la publicidad apropiada. Las normas y reglamentaciones nacionales relativas a la seguridad y calidad de los productos deberán revisarse de tanto en tanto para cerciorarse de que, en lo posible, se ajusten a normas internacionales de aceptación general. 29. Cuando debido a las condiciones económicas locales se aplique una norma de nivel inferior al de una norma internacional de aceptación general, deberán hacerse todos los esfuerzos necesarios para elevar dicho nivel lo antes posible” (el destacado me pertenece).

Esta es una razón más para desconfiar del éxito de las soluciones universales. Los derechos sustantivos no serán uniformes mientras no lo sean las situaciones fácticas que se pretenden regular. Habrá principios comunes, pero sin textura inmutable, y la consistencia y jerarquía estarán condicionados a las circunstancias económicas y al desarrollo¹⁶⁰. La polifacética realidad no permite establecer conexiones únicas, por lo que se deberá respetar la diversidad de las comunidades nacionales.

¹⁵⁹ Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, Ronaldo, “Globalização e Direito do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, Nro. 32. También publicado en *Revista de FESMPDFT*, Brasilia-DF, ano 7, Nro 14, jul./dez. 1999, p. 200 (las páginas citadas corresponden a esta última publicación). Parece claro que el consumidor internacional requiere servicios más sofisticados, como el caso de los servicios de asistencia al viajero, sólo disponibles para un público muy pudiente, sin pretender con esto hacer un comentario clasista.

¹⁶⁰ Cfr. SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional...”, p. 221.

I. C. 4. El consumo en el comercio globalizado

El consumo transfronterizo, con la tipicidad social que tiene hoy día, es propia de un estadio posterior del desarrollo económico que dio lugar al fenómeno del consumo de masas. La producción en serie obedeció a los avances tecnológicos de la revolución industrial, lo que a su vez originó pautas de comercialización masivas, dando lugar a la contratación estandarizada¹⁶¹. El acceso a los “bienes de consumo” hizo posible satisfacer innumerables necesidades, que aunque fuera a través de productos elaborados en el extranjero, en su faz jurídica siempre se circunscribía a un único ordenamiento territorial. Por el contrario, el auge del consumo transfronterizo se produce a través del aumento generalizado de la tasa de uso de medios de transporte y comunicaciones más rápidos, ágiles y económicos¹⁶².

En otras épocas y contextos, no tan lejanos en el tiempo, la distancia podía limitar los intercambios y la universalización de los modos de consumir. En la actualidad el factor geográfico ha perdido gran parte de sus virtualidades restrictivas del consumo gracias a la confluencia de medios de comunicación instantáneos y medios de transporte cada vez más veloces, seguros y potentes¹⁶³. Ambas cosas permiten la difusión del

¹⁶¹ Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, “Globalizacão e Direito do Consumidor”, pp. 195-197. En el mismo sentido, TAMBUSI, “Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos”, p. 22.

¹⁶² A partir de la mitad de la década de 1970, la internacionalización de los mercados de productos y su saturación, y la introducción de nuevas tecnologías de producción e información, las nuevas técnicas de gerenciamiento y los cambios de las demandas de consumo crearon la oportunidad para una nueva estrategia industrial y una dinámica nueva de las relaciones contractuales. Esta mutación es lo que hoy día llamamos globalización. Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, “Globalização e Direito do Consumidor”, p. 197. ASHER, Allan “Going Global, a New Paradigm for Consumer Protection”, Colston Warne Lecture, Journal of Consumer Affairs, Vol. 32, No. 2, 1998, Sidney, pp. 183-203. SANTOS BELANDRO es coincidente con esta caracterización de la globalización, “Las nociones de Sociedad Internacional y Estado”, p. 232-234. Cfr. también AMISSAH, Ralph, “Revisiting the Autonomous Contract. Transnational contracting, trends and supportive structures”, disponible en www.lexmercatoria.org, última visualización 26 de junio de 2008.

¹⁶³ La globalización puede ser entendida como un proceso económico y político marcado por las siguientes características: a) ampliación del comercio internacional y formación de un mercado global asentado en una estructura de producción post-

conocimiento y confluyen en la universalización de muchas de las pautas de consumo, aún cuando sea necesario adaptar los productos y servicios y procesos de comercialización a las características psicológicas, sociales, culturales y ambientales propias de cada país¹⁶⁴.

Esta apertura del comercio internacional junto con las mejoras tecnológicas permite incluso consumir bienes y servicios puestos a disposición en otras jurisdicciones territoriales, sin desplazamiento por parte del consumidor¹⁶⁵. Particular interés revisten los bienes inmateriales, que, mediante el acceso a sitios de Internet u otros medios de comunicación, no requieren la entrega de un soporte físico para el disfrute de esos bienes, los que están disponibles al unísono para una multiplicidad de sujetos, sin importar el lugar del mundo desde donde acceden.

Por tanto, ya no estamos sólo ante una manifestación más del comercio internacional como fue conocido tradicionalmente, sino que nuestros tópicos se desarrollan dentro del fenómeno de la globalización. Este es “el que se produce principal aunque no exclusivamente por auge de la dimensión transnacional del comercio, de los esquemas de organización productiva, de los mercados financieros y de los flujos de inversión, a lo que se corresponde el declive de la dimensión nacional de los mismos y la pérdida de influencia de los ámbitos de decisión y regulación estatales”¹⁶⁶.

industrial; b) homogeneización de patrones culturales de consumo; c) empequeñecimiento de la idea de Estado-nación en beneficio de los agentes económicos del nuevo mercado global; d) formación de bloques comerciales. Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, “Globalização e Direito do Consumidor”, p. 193. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 60.

¹⁶⁴ Cfr. SCHIFFMAN, Leon G. y LAZAR KANUK, Leslie, *Comportamiento del Consumidor*, Prentice Hall, México, 5ª Ed., 1997, pp. 476 y ss. Cfr. TAMBUSI, “Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos”, p. 20.

¹⁶⁵ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 132.

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 59. Al decir de AMISSAH, “*With the Net, technology’s latest spatio-temporally transforming offering, linchpin of the “new-economy”, extending exponentially the global reach of the business community. The Net covers much of the essence of international commerce providing an instantaneous, low cost, convergent, global and borderless: information centre, marketplace and channel for communications, payments and the delivery of services and*

El fenómeno de la globalización, aquí considerado, genera distintos efectos que en definitiva impactan en el derecho del consumidor: a) cambios en los procesos productivos y en los mercados de consumo; b) transformación de la sociedad de consumo de bienes en una sociedad de consumo de servicios; c) cambio en las prácticas contractuales de consumo y crecimiento de los contratos conexos y de larga duración; d) nueva importancia de las oficinas reguladoras del mercado; e) desafíos para combatir las prácticas abusivas producidas dentro de una sociedad de estructura económica dual; f) formación de mercados regionales y los riesgos de la uniformización¹⁶⁷.

Una de los resultados de este proceso es la puesta en marcha de organizaciones internacionales para favorecer el libre comercio, como la OMC. La protección del consumidor en la relación de consumo no es objeto principal de sus actividades, más orientadas a las políticas internacionales de acceso a mercados, acuerdos de tarifas, medidas parancelarias, impacto ambiental, salud pública, etc. En todo caso, la protección del consumidor será un resultado del mayor bienestar (*consumer welfare*) obtenido de modo indirecto a través de la optimización de las ventajas comparativas de los países.

Al menos en sus enunciados, la mayor competencia que se logra mediante la eliminación de las barreras comerciales, facilita el acceso a mejores productos a menores precios. Pero en la práctica, las organizaciones que promueven el libre comercio actúan para encausar las disputas entre países cuando estos quieren proteger comercialmente las actividades industriales y empresas con mayor capacidad de acceder a mercados internacionales o bien que pueden ser negativamente afectadas

intellectual property. The sale of goods, however, involves the separate element of their physical delivery. The Net has raised a plethora of questions and has frequently offered solutions. The increased transparency of borders arising from the Net's ubiquitous nature results in an increased demand for the transparency of operation. As economic activities become increasingly global, to reduce transaction costs, there is a strong incentive for the "law" that provides for them, to do so in a similar dimension". AMISSAH, "Revisiting the Autonomous Contract...", p. 2.

¹⁶⁷ Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, "Globalização e Direito do Consumidor", p. 195.

con la apertura de los mercados¹⁶⁸. En estas negociaciones internacionales, los distintos niveles de protección que tengan los países en la protección de sus consumidores, ya sea en el derecho interno como en el derecho internacional, no son considerados barreras al comercio¹⁶⁹.

Pese a estas profundas transformaciones, incluyendo la convivencia de la globalización con la regionalización propia de los bloques comerciales, no todos los países participan de estas tendencias en la misma medida ni con las mismas consecuencias. No se trata tanto de estrategias estatales abstractas frente a la globalización, sino la interrelación con las situaciones propias de cada país o mercado particular, con sus consideraciones económicas y sociales¹⁷⁰. Desde el punto de vista regu-

¹⁶⁸ Un panorama general crítico de la (falta de) participación de los consumidores en el proceso de las negociaciones internacionales y los eventuales beneficios o perjuicios que puede significarles, puede verse en KERTON, Robert, "The Consumer Interest in Trade Agreements: Trade or Betrayed?", *Consumer Interest Annual*, Volume 47, 2001.

¹⁶⁹ Este aspecto no es pacífico. Cfr. REICH, "Transnational Consumer Law...", p. 861. Sin embargo los distintos niveles de protección pueden funcionar como incentivos económicos. Un alto nivel de protección de los consumidores puede significar una mejora en los procesos de producción y al mismo tiempo una barrera de entrada para los productos extranjeros competidores que no ajustan a esos estándares. Lo mismo se puede decir respecto de la confianza que genera en los turistas una legislación exigente para los prestadores de servicios: esto significará un mayor flujo de visitantes y de mejor poder adquisitivo. Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 139.

¹⁷⁰ Por el contrario, hacia el interior de un país (o de un mercado interior), se habla de un único mercado, regulado desde las disposiciones constitucionales, que brindan pautas de su estructura, organización y funcionamiento. Esto no es posible en una comunidad internacional globalizada, ya que no hay un orden jurídico supranacional que brinde reglas de funcionamiento de ese mercado global. En el orden interno "[L]a Constitución cumple una función de integración, que se proyecta igualmente sobre el ámbito económico. El principio de unidad económica, así, es una resultante de la Constitución, y no, jurídicamente, algo anterior a ella. La inclusión de normas específicamente económicas en la Constitución, dirigidas en general a regular las conductas económicas de todos los agentes que intervienen en este ámbito, hace aparecer esta función de integración, especialmente perceptible: en tanto que la Constitución contiene reglas sobre el orden y el proceso económicos, y en tanto que ésta es única y vincula a todos por igual, la Constitución establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica". DALLA VIA, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006, p. 540.

latorio, se requiere definir qué conviene en cada momento a cada país o región¹⁷¹.

En este sentido la protección del consumidor tiene sus propios tiempos, lo que puede verificarse comparativamente entre lo sucedido en la UE y el MERCOSUR. En el primer caso las regulaciones específicas tienen un alto nivel de desarrollo y detalle en normas materiales, mientras que en nuestros países ni siquiera hemos logrado el acuerdo necesario para establecer pautas respecto de la jurisdicción competente o el derecho aplicable. Basta ver el lento y accidentado trámite que ha tenido hasta ahora el Protocolo de Santa María¹⁷².

Aún cuando las reglas de oferta y demanda en este mercado de consumo global sean estructuralmente semejantes a las del mercado interno, hay factores que determinan un funcionamiento disímil. Los modos de prestación de los servicios, los costos de escala, la vigencia de derechos de propiedad intelectual (DPI) y la rentabilidad de los prestadores

¹⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 69.

¹⁷² *Ibid.*, p. 70. La mejor capacidad de la UE para enfrentarse a la globalización proviene de que han decidido unir sus destinos de modo permanente, y las acciones concretas han sido coherentemente orientadas a ese fin. Las prácticas comunes de protección del consumidor han tomado el rol correspondiente a las típicas normas materiales del Derecho Internacional Privado. Anota ALTERINI que «en materia de Derecho del consumo en el MERCOSUR no se ha ido mucho más allá de la “Declaración Presidencial de los Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur” (Florianópolis, 15.12.2000), no obstante que el “Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000” (Decisión del Consejo del Mercado Común Nro 9/95 del 05.08.95) se había propuesto “concluir e implementar el Reglamento Común de Defensa del Consumidor” para “garantizar los derechos del consumidor en el espacio económico ampliado, sin constituir obstáculos innecesarios al comercio” (art. 1.5); y que mucho antes el Grupo Mercado Común había instruido a la Comisión de Defensa del Consumidor para proseguir sus trabajos destinados a la elaboración de un reglamento común para la defensa del consumidor, y presentarle un proyecto (Resolución Nro. 126/94), que corresponde a la competencia del Grupo mercado Común, pues —conforme al Tratado de Ouro Preto—, le incumbe “fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del Mercado Común” (art. 14 inc. IV). El “Programa de Trabajo del MERCOSUR 2004-2006 (Decisión del Consejo del Mercado Común Nro. 26/03 del 15.12.2003) no incluyó al consumidor». ALTERINI, “Derecho Internacional de los Contratos”, p.677.

en un mercado internacional serán tenidos en cuenta porque afectan directamente la oferta y la demanda de esos bienes.

El factor de internacionalidad o globalidad de este tipo de consumo, donde la constatación sociológica brinda un dato fundamental respecto al contexto fragmentario en que se desenvuelve, tiene su correlato frente a la (falta de) normatividad que lo rige. El enfoque del análisis será diferente dependiendo de la perspectiva desde la cual se plantee. De todos modos, siempre será necesaria la referencia a los ordenamientos estatales, ante la falta de plenitud de los componentes de un presunto sistema jurídico que regule las relaciones comerciales globales con participación de consumidores¹⁷³.

I. C. 5. Consumo global y riesgos locales

La conducta que en un mercado nacional puede ser considerada una práctica anticompetitiva, no revestirá iguales características en un contexto internacional. Así, un oferente puede realizar una discriminación de precios por países o regiones, teniendo en cuenta las cambiantes regulaciones nacionales. Esta práctica del comercio internacional no podrá ser considerada por sí misma como “dumping”¹⁷⁴. Si bien la actuación de una empresa en un mercado nacional puede ser monopólica, al realizar ofertas en un mercado global esa misma empresa se encuentra en una situación de competencia perfecta. En el caso de la fragmentación de mercados y las prácticas de discriminación de precios, la comunidad internacional no ha logrado resolver en el plano internacional lo que ya es de aplicación unánime en los ordenamientos internos: la prohibición de políticas anticompetitivas¹⁷⁵.

¹⁷³ Cfr. SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional y Estado”, p. 248.

¹⁷⁴ Respecto del dumping, puede consultarse KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice, *International Economics, Theory and Policy*, Third Edition, Harper Collins College Publishers, New York, 1994, pp. 134-139.

¹⁷⁵ Por ejemplo, la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, al igual que sus similares de casi todos los países y bloques económicos, prohíbe establecer precios diferenciados (cfr. art. 2). Sin embargo, es posible esa segmentación en el mercado internacional, si un país estableciera un sistema de “agotamiento del derecho” nacional o regional.

El productor o prestador que oferta a un público disperso e internacionalmente atomizado debe considerar la universalización de sus riesgos. La actividad comercial dirigida a mercados internacionales puede generar conflictos extraterritoriales, los que deben ser previstos y asumidos mediante estrategias específicas, con sus propias dificultades y soluciones¹⁷⁶. Alguna de estas estrategias, por ejemplo en el comercio de Internet, puede consistir en que los distribuidores no autoricen ventas a países en donde los consumidores cuentan con un nivel de protección que resulte excesivo para la calidad o precio de su producto, que los lleve a recibir reclamos y defenderse en procesos judiciales fuera de su propia jurisdicción.

Entre otras peculiaridades propias de este consumo transfronterizo se deberán considerar las modalidades de aprovisionamiento y de las características de los proveedores, bienes y servicios propios de la transacción. Así, volviendo a las operaciones por Internet, puede resultar difícil en algunos casos identificar la identidad del proveedor o su reputación, el volumen comercial de operaciones, su capacidad de atender consultas, la disponibilidad de repuestos, la identidad de los representantes en el domicilio del consumidor ante supuestos de incumplimiento, etc.

Como efecto de la masividad de los mercados internacionales, también aquí se verifica una de las características de la estructura productiva. Las unidades de producción y servicios se encuentran cada vez más interrelacionadas, exigiéndose la cooperación económica y la solidaridad de intereses, lo cual impacta directamente en el derecho del consu-

En caso de productos protegidos por derechos de propiedad intelectual, al dejar librado el "agotamiento del derecho" a que cada país establezca su propio régimen (art. 6 de los Acuerdos de Propiedad Intelectual en el Comercio o ADPIC), una empresa que vende productos en distintos mercados, podría fijar distintos precios en cada uno de ellos debido a que no podrían ingresar productos competidores, aunque fueran lícitamente comercializados o fabricados en otro país.

¹⁷⁶ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 795: "Una empresa con actividades multinacionales, tendrá que prever no sólo cuestiones de derecho societario vinculadas a diversos sistemas, sino también cuestiones de derecho fiscal, administrativo y aun penal internacional. Tal vez se presenten algunas cuestiones de derecho comunitario más o menos desarrollado."

midor. En el mercado internacional también coexisten los contratos conexos con las relaciones duraderas, realidad jurídica subyacente al concepto comercial de la “fidelización del consumidor”. Es claro que las regulaciones normativas locales no pueden resolver los potenciales conflictos que de aquí pueden surgir¹⁷⁷.

Siempre la distancia agrega complejidades al proceso de consumo¹⁷⁸. Desde el punto de vista del proveedor, éste puede encontrarse con sus propias dificultades. Así, por ejemplo, deberá considerar el comportamiento del consumidor transfronterizo en la toma de decisiones económicas racionales. La mercadotecnia hará un “esfuerzo por determinar hasta qué grado los consumidores de dos o más naciones son diferentes”¹⁷⁹. Este análisis buscará comprender las características psicológicas, sociales y culturales de los consumidores extranjeros y de ese modo diseñar estrategias efectivas para cada uno de los mercados nacionales específicos involucrados.

En este orden de ideas, adquiere especial relevancia la estrategia de adaptación de los agentes al marco normativo del país de destino de las ofertas. En algunos casos el proveedor deberá adaptar el diseño y las características del producto, el precio, la promoción, la distribución y el empaque, todos ellos también vinculados al sistema jurídico del país del consumidor. Muchas de las decisiones comerciales que se adopten tendrán un correlato en el régimen jurídico —imperativo y dispositivo— que se aplique a las relaciones de consumo entre proveedores y consu-

¹⁷⁷ Cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, “Globalização e Direito do Consumidor”, pp. 199-200.

¹⁷⁸ Para ver lo que significa la variabilidad de soluciones comparativas en cuanto a los costos de información y barreras de entrada, LANDO pone como ejemplo, dentro de la UE, que si una oferta proviene de distintos países, habría que ver qué derecho nacional gobierna tanto la oferta como el potencial contrato resultante; por si fuera poco, luego habría que averiguar cuál sería el contenido de ese derecho, probablemente uno distinto para cada oferta. LANDO, Ole, “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives”. Centro di Studio e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, conferenze e Seminari, Nro. 49, Roma, 2002, p. 8.

¹⁷⁹ SCHIFFMAN y LAZAR KANUK, *Comportamiento del Consumidor*, p.477.

midores transnacionales; esto se trasvasará a las cláusulas de los contratos, las que potencialmente no serán homogéneas¹⁸⁰.

A diferencia del tráfico económico internacional, que tiene una tendencia a desvincularse de los derechos nacionales, la protección del consumidor sigue muy ligada a los sistemas jurídicos locales. El ritmo de crecimiento de convenciones internacionales, modelos de contratos, recopilaciones de costumbres y usos uniformes, sistemas de arbitraje, etc. es muy dispar entre las operaciones que vinculan a empresarios de aquellas otras que involucran a consumidores¹⁸¹.

Aunque existan notables similitudes entre los consumidores de distintos países o culturas, los contextos sociales y normativos pueden ser muy diferentes, por lo que las empresas no pueden olvidar la adaptación de la estrategia comercial al régimen jurídico efectivo. Los mercados comunes o uniones aduaneras facilitarán en algunos casos el análisis y la aplicación de las normas, con su consiguiente impacto en el cálculo de ganancias y pérdidas, pero en otros casos se deberá adaptar la estrategia de comercialización, en cualquiera de sus componentes, al marco jurídico aplicable. En ciertos supuestos habrá facilidad de adaptación a las normas vigentes en el territorio hacia el cual se dirigen los esfuerzos del proveedor, pero en otros casos existirán dificultades incluso para el conocimiento del marco que regula ese tipo de negocios.

Siempre uno de los elementos de la estrategia comercial internacional más difícil de adaptar es la modalidad contractual de aprovisionamiento a esos consumidores locales. Así, por ejemplo, la inseguridad percibida por los consumidores de sociedades en vías de desarrollo respecto de los medios de pago electrónico está directamente relacionada con el sistema judicial y los costos del reclamo en esa sociedad específi-

¹⁸⁰ Aplicando estos mismos principios, yodos los cambios normativos o de mayor control deben pasar un test de costo vs. efectividad, porque si el costo se traslada al consumidor, se puede traducir en un aumento de los precios. Hay que hacer un adecuado balance, contar con la información adecuada, objetiva, y efectuar el ejercicio para juzgar la necesidad de modificar el control o marco regulatorio del comercio transfronterizo. Habrá que prever los efectos de corto y largo plazo, y sostener las propuestas en argumentos objetivos y convincentes. ASHER, "Going Global...", p. 202.

¹⁸¹ Cfr. LEIBLE, "Comercio exterior y seguridad jurídica", pp. 418-419.

ca, ya que no cuentan con las garantías ya vigentes en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo en la UE¹⁸².

Los supuestos anteriores, derivados de las prácticas comerciales de acceso a esos consumidores y las correlativas obligaciones jurídicas, están ligados más estrechamente a la solución material o al derecho aplicable. De todos modos la previsión absoluta de todos los riesgos jurídicos es imposible, ni siquiera predisponiendo totalmente el contenido obligacional de la transacción, por lo cual los proveedores también deberán prever que pueden ser compelidos judicialmente a responder ante eventuales reclamos

Consideremos un supuesto que atañe tanto al análisis económico de la estrategia comercial como a la estructura jurídica del mercado. Supongamos que un consumidor originario de un país europeo se encuentra en Argentina por razones de turismo; durante su viaje advierte que un electrodoméstico con características visuales similares a los de su país pero fabricado aquí cuesta una tercera parte de lo que pagaría en su lugar de residencia habitual. El consumidor transeúnte lo adquiere y lo lleva consigo y al llegar a Europa abona los derechos aduaneros correspondientes a la importación de electrodomésticos.

Al transcurrir seis meses (dentro de nuestra situación imaginaria), el electrodoméstico —definido jurídicamente en Argentina como “cosas muebles no consumibles”¹⁸³ y en Europa como “bien de consumo”¹⁸⁴— sufre desperfectos irreparables por mala calidad de fabricación. La legislación europea prevé para este tipo de operaciones de consumo una

¹⁸² La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de de contratos a distancia (“Directiva CE sobre ventas a distancia”) prevé en su art. 8 que los Estados miembros velarán por que existan medidas apropiadas para que el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago o que se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago que les sean restituidas.

¹⁸³ El art. 11 de la LDC remite al art. 2325 del CC, por el cual “son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo”.

¹⁸⁴ Art. 2º b) de la Directiva: “cualquier bien mueble corpóreo”.

garantía a cargo del fabricante de un período no inferior a dos años, mientras que en Argentina la garantía legal es de seis meses¹⁸⁵. ¿Puede el ciudadano europeo reclamar ante sus tribunales domiciliarios al fabricante argentino el cumplimiento de la garantía, de acuerdo al período establecido a su favor en su residencia habitual?

Desde el punto de vista jurídico-económico la respuesta negativa resulta obligada, por que si la adquisición del bien fue en otro país y el vendedor argentino no fue un exportador y ni siquiera un importador en el lugar de destino final del bien, estará obligado por los plazos de garantía del lugar de fabricación y de comercialización. La garantía obligará al fabricante y al vendedor en su territorio. En este caso la compra-venta del ejemplo, celebrada y ejecutada en Argentina, tiene relación con toda la estructura económica de nuestro país. Por el contrario, sí será responsable el importador o fabricante si los bienes son por él introducidos en la zona aduanera. Cuando un comerciante o fabricante accede de modo directo a un mercado, debe someterse a las reglas jurídicas de ese mercado¹⁸⁶.

El plazo legal de la garantía no es arbitrario y no se le podría imponer al vendedor un plazo distinto al de nuestro régimen jurídico, el que es coherente con una situación económica determinada. El precio de venta final, en nuestro caso una tercera parte en Argentina respecto de

¹⁸⁵ En Argentina se aplica el art. 11 de la LDC, que impone un plazo de 6 meses desde la entrega, sin perjuicio de la vigencia de la garantía general por vicios redhibitorios. En los países de la UE, el plazo de la garantía es de 2 años, de acuerdo al art. 5, 2 de la Directiva CE sobre ventas y garantías de bienes de consumo.

¹⁸⁶ La razón de fondo para resolver de distinta manera radica en las categorías diferenciadas de consumidor pasivo y activo. El primero es quien recibe ofertas, productos o celebra el contrato en su territorio, y es consistente con una consideración especular de un proveedor activo. Es el consumidor que consume donde reside, y por tanto es coherente la protección de la residencia habitual. Por el contrario, el consumidor que “consume” en el extranjero, tiene la protección del lugar de consumo. Como veremos, esto es insuficiente para proteger al consumidor móvil o al consumidor activo. Cfr. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor”, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, ROUILLON, Adolfo A.N (Dir.) y ALONSO, Daniel F. (Coord), Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 1249-1271, en 1261. La distinción entre consumidores activos y pasivos es receptada, por ejemplo, por la Propuesta de CIDIP VII, art. 6.

Europa, está en relación con una concreta estructura de costos que incluye los sistemas de fabricación, la cualificación de la mano de obra, la calidad de los componentes, los servicios de reparación, los procedimientos de reclamo, etc., los cuales son apropiados para otorgar una determinada garantía, la establecida justamente en Argentina: seis meses. Como en Europa existen otros estándares de calidad, otros componentes y cadenas de aprovisionamiento, otra estructura impositiva, distintos costos laborales, mayor nivel de capacitación de la mano de obra, otra cadena de responsabilidad e inclusive otro sistema judicial para la ejecución de reclamos, resulta coherente que allí el precio final sea tres veces mayor y el plazo de garantía se establezca en dos años¹⁸⁷.

Desde el punto de vista de las estrategias comerciales, habrá que considerar que para acceder a consumidores transnacionales con la provisión de bienes de consumo durables se deberá implementar un servicio técnico o de reparaciones en el país de destino de los bienes, lo que estará especificado en las condiciones de venta del producto y adecuadamente comunicado al consumidor. Como esta es una expectativa razonable de parte del cliente del país importador, las legislaciones na-

¹⁸⁷ Para ejemplificar esta situación es muy útil el comentario de KELLY, Julio y ELBERT, Cristian, "El artículo 40 de la ley 24.240", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 249 y sig. Allí analizan el sistema de responsabilidad por daños en la cadena de aprovisionamiento. Siempre la asunción de un riesgo tiene adosados costos primarios, secundarios y terciarios. Los primarios son los daños que ocasiona el accidente, que incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante. Los costos secundarios, son los costos sociales de los accidentes: cómo se afrontan los costos primarios y cómo se esparcen, si por medio de un seguro, a través de quien es más solvente, si se trasladan, etc. Los costos terciarios son los de información y transacción: estos costos deberán ser menores al costo del accidente que se evita. Entre los costos terciarios está el de administración de justicia. Si la defensa del proveedor es complicada, esto induce a mayores costos de los productos. Estos costos no siempre son trasladables, tanto aguas arriba como aguas abajo, dependiendo tanto de la elasticidad de la demanda como de la posición del proveedor en el mercado. Siempre los costos de la regulación propia de cierto mercado impactan en los precios, al condicionar la oferta y la demanda. En el caso del mercado internacional, este tendrá sus propias regulaciones y por ende sus propios costos.

cionales podrán exigirlo de modo obligatorio antes del ingreso de los productos al territorio aduanero¹⁸⁸.

Esto podría parecer una limitación al comercio internacional, ya que los exportadores de países en desarrollo, por ejemplo, serán excluidos de los mercados de alto poder adquisitivo en la medida en que no cumplan con los estándares de esos países¹⁸⁹. Por el contrario, los países en desarrollo pueden ser “invadidos” por productos de otros países de menores costos mientras esos bienes cumplan con los estándares del lugar de destino

I. C. 6. Las soluciones jurídicas frente a la globalidad y la nacionalidad extremas

Estas particularidades del mercado global en el que se desarrollan las operaciones de consumo transfronterizo y la teoría económica que explica su funcionamiento, serán consideradas por los juristas en la medida que se produzcan desequilibrios que afecten la relación de justicia conmutativa entre consumidores y proveedores¹⁹⁰. En nuestro caso, la

¹⁸⁸ Así por ejemplo la Resolución 197/04 de la Secretaría de Comercio obliga a certificar el cumplimiento de los requisitos estándares de bienes de uso durables utilizando Sistemas de Certificación recomendados por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR; también la Resolución 319/99 de la Secretaría de Comercio adopta medidas en relación a la comercialización de aparatos eléctricos de uso doméstico que cumplan determinadas funciones, en cuanto al consumo energético, niveles de sonoridad, etc.

¹⁸⁹ Sin entrar en detalles, será siempre motivo de discusión en las negociaciones internacionales tendientes lograr el establecimiento bloques regionales, como por ejemplo el alicaído ALCA, con definiciones respecto de los niveles de protección del consumidor. Sin duda alguna los altos estándares del sistema protectorio o de la calidad o características requeridas en los productos y servicios pueden operar como una barrera natural o para-arancelaria respecto del comercio internacional. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 69.

¹⁹⁰ De todas maneras, la situación en las economías integradas, tal vez con un desarrollo más avanzado, tiene otros fundamentos. HOWELLS pone de manifiesto las dificultades que existen para lograr la armonización de los derechos de los consumidores dentro de la UE. En el debate previo y posterior a la sanción de la Directiva Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos, se argumentó que los distintos niveles de protección pueden ser barreras para la circulación de bienes y servicios, y en definitiva, un perjuicio para el consumidor que no podrá disponer de los mejores precios y calidades.

determinación del foro competente tiene estrecha relación con la solución en justicia que pueda lograrse en cada uno de los supuestos.

La solución jurídica que determine el tribunal competente tendrá en cuenta la realidad económica subyacente, que en nuestro caso involucra tanto al consumo de ciudadanos en las zonas de frontera, como al realizado en mercados comunitarios, como las operaciones del mercado global. La protección del consumidor deberá extenderse a todos estos supuestos. La sociedad internacional misma está involucrada en esta regulación. Adicionalmente, se puede considerar que las posibles prácticas fraudulentas y engañosas en contra de consumidores transfronterizos no sólo significan un daño en el caso individual, sino que podrían llegar a afectar la integridad de los mercados nacionales y globales en detrimento de todos los proveedores y consumidores, si se perjudicara la confianza que el consumidor tiene en esos mercados¹⁹¹.

Una de las finalidades de esta tesis es brindar soluciones a los problemas que genera la práctica comercial transfronteriza, sin necesidad de establecer controles o regulaciones que dificulten el tráfico internacional en operaciones con consumidores. Esto probablemente se puede resumir en la expresión “confianza”, en la construcción, mantenimiento o eventual restitución de la buena fe negocial. No necesariamente se requerirán controles estatales detallados, sino que los mismos empresarios están desarrollando prácticas y políticas de *fair trade*, que permiten

Las diferentes reglamentaciones y niveles de protección pueden ser barreras al comercio. El fabricante de un país donde los niveles de protección del consumidor por daños causados por productos defectuosos son bajos, no tendrá incentivos para mejorar la calidad de los productos. Pero si desea exportar a otros países con estándares más altos, deberá adecuar su proceso productivo, diseño, normas de seguridad, etc, de modo de no correr riesgos jurídicos frente a esas regulaciones más exigentes. HOWELLS, Geraint G., “The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?”, *Sydney Law Review*, 2006, SydLRev 4, puntos 2.D y E.

¹⁹¹ Cfr. OCDE, “Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas”, Recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, del 11 de junio de 2003, Considerandos. Disponible en <http://www.oecd.org/publications/>. Última visualización el 10 de marzo de 2010.

una autorregulación que soluciona los desafíos que presenta el mercado¹⁹².

La confianza en los consumidores se genera en primer lugar por las experiencias positivas y luego por garantías mínimas aseguradas por el derecho, siendo uno de los principales requisitos que deben lograr las empresas para facilitar su acceso a mercados internacionales¹⁹³. LIMA MARQUES lo explica desde el comercio electrónico, pero es una reflexión válida para todo tipo de operaciones de consumo:

“No momento de oferta a distancia, informação, transação e formação do consentimento, conquistar a confiança do consumidor parece ser a chave para o sucesso do comércio eletrônico. Observando-se a dificuldade do comércio não-presencial eletrônico da conquistar os consumidores brasileiros, conclui-se que, justamente neste momento prévio (da decisão de compra ou contratação, por meio eletrônico ou por Internet) a confiança na relação contratual de consumo parece ter sido muito afetada pela utilização do meio eletrônico á à distância. As práticas comer-

¹⁹² Cfr. ASHER, “Going Global...”, pp. 183-185. Este autor menciona el surgimiento de distintos *guidelines*, códigos de conducta, estándares provenientes de organizaciones internacionales, mecanismos de solución de controversias, etc. Desde el punto de vista de la protección del consumidor en la UE, WILHELMSSON menciona una tendencia a considerar las “legítimas expectativas” del consumidor, con el carácter de principio informador del derecho del consumo, considerado incluso como criterio interpretativo utilizado por los tribunales. Las dificultades prácticas que pueden tener las regulaciones en cuanto instrumento para resolver las fallas del mercado, pueden ser solucionadas observando esas legítimas expectativas, de general consideración, como medio para obligar a las empresas a satisfacerlas. Cfr. WILHELMSSON, Thomas, “Is there a European Consumer Law and Should There be one?”, Centro di studi e ricerca di diritto comparato e stranero, Saggi Conferenze e Seminari, Nro. 41, Roma, 2000, pp. 24-25.

¹⁹³ En Argentina es casi inexistente la jurisprudencia referida casos de protección del consumidor transfronterizo. No es claro si la escasez de reclamos se debe a que no existen conflictos en la práctica o porque la relación costo-beneficio del reclamo desalienta las presentaciones judiciales. Pero parecería ser que la facilidad de las comunicaciones, así como genera posibilidades de fraudes, también podría favorecer una mayor transparencia: al menos en el comercio de la Internet, la continuidad del negocio a largo plazo se establece sobre la base de la satisfacción del cliente mediante el cumplimiento de las obligaciones contractuales. El desprestigio, en el comercio electrónico, es de rápida y sencilla divulgación por la velocidad y el bajo costo con que se transmite la información. Los consumidores pueden reconocer fácilmente los nombres de los sitios Web incumplidores, y esto se manifiesta de modo casi inmediato en el volumen de operaciones. Cfr. CALLIES, “Transnational Consumer Law...”, p. 4.

ciais no comércio eletrônico têm se revestido de uma grande originalidade, onde os paradigmas da conduta de boa-fé perante contratante vulnerável nem sempre prevalecem”¹⁹⁴.

De todos modos, si bien la confianza es un medio de asegurar el funcionamiento del sistema, cuando existen distancia y desconocimiento de la contraparte, los controles sociales y los efectos de la pérdida de reputación son poco efectivos. Descontando los casos en que están en juego el buen nombre de empresas y marcas reconocidas, la lejanía siempre implica una menor efectividad que la relación inmediata existente en una comunidad cerrada¹⁹⁵.

I. D. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO PERTENECE AL BIEN COMÚN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL GLOBALIZADA

I. D. 1. El contenido de justicia del consumo transfronterizo y los objetivos del Derecho Internacional Privado

Las relaciones de consumo que suponen intercambios en un contexto internacional deberán tender a un régimen jurídico propio, tanto desde el punto de vista del conflictualismo como desde la posible solución material del caso¹⁹⁶. De todas maneras, ya indiqué que el objeto de este trabajo será más acotado y me limitaré a analizar de modo univer-

¹⁹⁴ LIMA MARQUES, *Confiança no Comércio Eletrônico...*, p.48.

¹⁹⁵ Cfr. ISSACHAROFF, “Group Litigation of Consumer Claims...”, p. 135.

¹⁹⁶ Como dice CIURO CALDANI, “[...] las soluciones en materia de jurisdicción internacional no pueden extraerse por analogía directa ni de las reglas sobre Derecho aplicable (...) ni de las soluciones competenciales. La jurisdicción internacional es una materia judicial con jerarquía propia, emparentada con el DIPr de fondo y con el ámbito más estrictamente procesal pero que no debe confundirse con ellos”. Y cita a SAVIGNY, en cuanto que la relación íntima entre la jurisdicción y el derecho local aplicable no llega a la analogía hasta la identidad. “Para convencerse basta observar que hay muchos casos en que existen dos jurisdicciones competentes, mientras que no puede haber nunca más que un solo derecho local aplicable”. SAVIGNY, Federico C. De, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. Guenoux-Mesía y Poley, Madrid, Góngora, 1878, t.VI, pp 187-188. Citado por CIURO CALDANI, “Hacia un derecho internacional privado...”, p. 1053.

sal el problema de la jurisdicción. Esto no implica negar su interrelación con los conflictos del derecho aplicable y con la efectividad de la solución a que arribe el juez que ha sido designado como competente, ya que no es posible abstraerse de estos dos problemas básicos del Derecho Internacional Privado sin dejar de tener en cuenta la especial naturaleza de los conflictos privados multinacionales¹⁹⁷.

Dentro de este menor conocimiento adquiere relevancia la falta de información que tiene el consumidor extranjero respecto de la defensa de sus derechos para solucionar el conflicto en un ámbito extraño: asesoramiento, asistencia y acceso a la justicia, costos, lengua del proceso, etc. Estas situaciones tienen gran importancia en el marco de la justicia conmutativa. Si ésta se refiere a una cierta igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, el experto en comercio internacional, es decir el proveedor transfronterizo, tiene mayor responsabilidad en mantener el equilibrio de las prestaciones¹⁹⁸.

Muchas de las soluciones en práctica para el derecho interno podrán ser aplicadas analógica o subsidiariamente ante la falta de una regulación específica que considere este mercado internacional. Pero no se debe olvidar que la solución de las situaciones conflictivas por parte de los tribunales representará la materialización de la justicia en el caso concreto¹⁹⁹. Esto llevará a apreciar la totalidad de las circunstancias re-

¹⁹⁷ Así lo remarca la Propuesta para la CIDIP VII. “Descripción de la propuesta del Canadá sobre la elaboración de una legislación modelo sobre jurisdicción y normas sobre conflicto de leyes, aplicables en forma uniforme en materia de contratos con el consumidor”, segundo párrafo; en Foro de Expertos, Secretaría Jurídica de la OEA, disponible en www.oea.org

¹⁹⁸ Cfr. TAMBUSI, “Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos”, p. 28.

¹⁹⁹ CIURO CALDANI, indica que la solución en justicia implica pasar de la “simplicidad pura” planteada por el reduccionismo positivista, constituido exclusivamente por normas, a la “complejidad pura”, integrando el mundo jurídico mediante un abordaje tridimensional que considere la realidad social, las normas y los valores sin confundirlos. La complejidad pura requiere: a) un análisis de la dimensión sociológica del derecho, considerando los repartos de potencia e impotencia existentes en la realidad, es decir lo que favorece o perjudica el ser de las cosas; b) esos mismos repartos, en cuanto descriptos e integrados por captaciones lógicas, es decir en su dimensión normológica; c) los valores subyacentes a esa realidad, teniendo como cenit la justicia en cuanto valor supremo. Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases de la integración jurídica trialista para la pondera-

levantes del supuesto en examen y la normativa aplicable, de lo contrario la resolución podría ser arbitraria²⁰⁰. Será necesario entonces una adaptación de la solución tradicional prevista para el derecho interno al nuevo contexto internacional, y más aún si se trata de coordinar distintas competencias y jurisdicciones²⁰¹.

La incertidumbre también se acentúa porque el contexto internacional puede agravar los efectos de las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas, donde algunos proveedores pueden evadir las regulaciones nacionales y a las autoridades llamadas a aplicarlas²⁰². De todas maneras el análisis debe ir más allá del fraude y el engaño. Los incumplimientos comerciales y las asimetrías en la negociación contractual en los mercados internacionales requieren un tratamiento diferenciado²⁰³. Para esto hay que tener presente que aún cuando la relación de consumo es propia de lo debido en las conmutaciones, la justicia del caso concreto tomará en cuenta, además de los intercambios, la distribución geométrica de “cargas, honores y riquezas”. La intervención de la justicia distributiva a cargo de los gobiernos deberá suplir la posible falta de ley y autoridad.

ción de los principios”, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 2006, p. 9.

²⁰⁰ Esto ha sido reiterado en múltiples ocasiones por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Cfr. CONTE-GRAND, “Las relaciones de consumo...”, p. 51, citando Fallos 238:550; 244:521; 249:275, entre muchos otros.

²⁰¹ Así, por ejemplo, el deber de información completa y veraz, mandatorio en virtud del art. 42 CN y sobre el que se han expedido los tribunales en reiteradas oportunidades, deberá ser considerado de modo diferente en un contexto local, donde prima la utilización de un lenguaje común, similares indicaciones en los envases, un régimen marcario uniforme, etc., que en un mercado global o en una unión aduanera imperfecta (MERCOSUR, por ej.), donde todos estos componentes coexisten de acuerdo a su propio régimen territorial. Para una apretada síntesis de las decisiones jurisprudenciales argentinas referidas a la arbitrariedad por falta de contemplación de las circunstancias, cfr. CONTE-GRAND, “Las relaciones de consumo...”, pp. 54-56.

²⁰² OCDE, “Directrices para la Protección...”, p. 9.

²⁰³ Por ejemplo, y de modo general, una demora en la entrega de mercadería, para un empresario puede significar lucro cesante, pero para un consumidor puede constituir daño moral.

La necesidad de establecer el foro competente de manera razonable y que tenga en cuenta la debilidad estructural del consumidor se fundamenta en los principios básicos de la justicia, donde la perspectiva filosófica da luces para establecer parámetros con pretensiones de universalidad en la asignación²⁰⁴. Este recurso a la filosofía se justifica porque si queremos lograr una solución uniforme y un foro competente que pueda hacer ejecutable la decisión a nivel internacional, los criterios deberían ser generalmente aceptados. Como sabemos, la razón filosófica es la más general porque acude al fin último o la razón de ser última de las cosas: el conocimiento cierto por las causas.

La teoría de la justicia hace referencia a tres elementos básicos: a) relación a otro, en una relación intersubjetiva e interpersonal²⁰⁵; b) referencia a lo debido, adeudado, aquello a lo que otra persona tiene derecho: lo propio suyo o debido a él en justicia²⁰⁶; c) la igualdad o proporcionalidad, ya sea “geométrica” o “aritmética”²⁰⁷. Esta noción de justicia general tiene en cuenta el bien común, según las implicaciones concretas de la exigencia básica de la razonabilidad práctica que favorece y promueve el bien común de sus propias comunidades²⁰⁸.

Adicionalmente, la justicia es, en sentido general, siempre una voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común²⁰⁹. Ahora bien, si esas comunidades son internacionales, ya no es posible pensar

²⁰⁴ En términos de filosofía trialista, “como en toda relación entre repartos, el reparto jurisdiccional se vincula de manera más ordenado o desordenada con el reparto básico del Derecho a decir y hacer realidad y se ubica, en mayor orden o desorden, respecto del régimen en su conjunto. Sin embargo, en principio la jurisdicción es una vía indispensable para la expansión del orden de repartos (régimen). Los tribunales son piezas calificadas del orden, y el régimen alcanza su plena maduración cuando tiene un sistema jurisdiccional propio.” CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción...*, p. 40.

²⁰⁵ FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 191.

²⁰⁶ *Idem*, p. 192.

²⁰⁷ *Idem*, p. 193.

²⁰⁸ *Idem*, p. 194.

²⁰⁹ *Idem*, p. 195.

en el bien común de una comunidad nacional ajeno al bien común de la comunidad global²¹⁰. Tal vez éste constituya el mayor fundamento que se pueda dar de la *commitas gentium*.

I. D. 2. La Comunidad de Estados como garante del sistema protectorio

La comunidad completa en la que se insertan las relaciones de consumo, ¿es la comunidad de Estados o es una comunidad internacional con personalidad propia? Si es del primer tipo, lo que tenemos es un sistema internacional de coordinación de distintos sistemas nacionales autónomos, con mayor o menor interacción y respeto de las leyes y jurisdicciones extranjeras. Por el contrario, si consideramos la existencia de un sistema supra estatal, las soberanías estatales y las legislaciones y autoridades nacionales deben reputar como obligatorias esas soluciones universales no consideradas en los sistemas nacionales o incluso contrarias a sus soluciones locales²¹¹.

El tema no es nuevo en Derecho Internacional Privado. El problema ha sido considerado por las distintas teorías generales de la disciplina. Rubén SANTOS BELANDRO lo analiza desde la perspectiva uruguaya y mercosureña, pero sus conclusiones son universalizables. La afirmación y defensa de las soberanías nacionales conlleva la existencia de una comunidad internacional compuesta por sujetos de derecho público, y el paradigma del sistema jurídico estatista es la localización de la relación jurídica en un sistema nacional²¹².

Desde esta perspectiva, todos los estados son soberanos, en un plano de igualdad que lleva al monismo metodológico del Derecho Interna-

²¹⁰ A modo de ejemplo, se pueden citar la Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, que tiene entre sus objetivos “d) Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores; (...)”.

²¹¹ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, pp. 312-313.

²¹² Cfr. SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional y Estado”, pp. 210-211.

cional Privado, a través de la resolución de los conflictos de leyes y jurisdicciones. Sólo tienen interés las cuestiones procedimentales, sin consideraciones sustantivas respecto de la justicia intrínseca ni los principios más acordes al problema o al caso. En este plan universal de distribución es inviable la referencia a un derecho universal e inmutable, salvo la asignación de una regla fija de asignación territorial para cada categoría de Derecho Internacional Privado²¹³. El sistema jurídico, así considerado, carece de algunos de sus elementos esenciales, por lo menos en cuanto al respeto del derecho extranjero, que se identifica con la flexibilidad y apertura, propias a todo sistema jurídico, o la omnicomprensividad para la pretensión de autoridad sobre todos los casos²¹⁴.

A esto se agrega el cambio sustancial existente sobre el concepto de soberanía. Ya no se trata de una nota de exclusividad de competencias ejercidas sobre los intereses del Estado, sino también sobre los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Lo que importa son los intereses de la población, y el Estado actúa en su servicio²¹⁵. Lo mismo ocurre en los procesos de integración económica, que tienen por objetivo final mejorar la situación de los individuos²¹⁶. En lo que nos ocupa, en esta concepción del sistema de Derecho Internacional Privado, el consumidor transfronterizo deberá atenerse a las soluciones previstas

²¹³ Sobre esta concepción se plasmaron los Tratados de Montevideo de 1889, de neto corte conflictualista, sin referencias a soluciones materiales de ningún tipo. Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional y Estado", pp. 212-214. Esta teoría, representada en Uruguay por Gonzalo RAMÍREZ, demostró ser incompleta debido a que la misma realidad marcaba que no existía una regla de derecho de gentes que imponga una distribución uniforme o que al menos otorgue pautas sobre cómo proceder.

²¹⁴ Esta es una manifestación de la insuficiencia del sistema positivo, puesto de manifiesto a través de la tópica jurídica presentada por Theodor VIEHWEG en 1953 en su obra *Topik und Jurisprudenz*. Seguiremos la traducción castellana, VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. De Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Taurus, Madrid, 1986.

²¹⁵ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional y Estado", p. 216.

²¹⁶ Respecto de los fines y objetivos del Mercosur, se ha dicho que "[L]os Estados partes han creído necesario destacar que buscan la ampliación de sus mercados nacionales para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social. También han afirmado que la ampliación de la oferta y calidad de bienes y servicios disponibles tiene por fin mejorar las condiciones de vida de sus habitantes". NAJURIETA, María S., "Los principios generales del derecho en el desarrollo del Mercosur", JA 1999-III, p. 873.

en cada ordenamiento, y sus casos serán resueltos mediante la aplicación de las normas de conflicto de leyes o de jurisdicciones, de acuerdo a donde el caso resulte conectado.

En contraposición a esta postura, SANTOS BELANDRO fija la atención en otra que propugna un derecho privado internacional válido por sí mismo y fundado normativamente sobre la interdependencia humana. El Estado toma el Derecho, existente por sí mismo, lo elabora y lo presenta a los particulares condensado en leyes²¹⁷. De este modo, pueden existir fuentes del Derecho fuera del Estado y más allá de él. El Derecho Internacional Privado, así considerado, se despega tanto del Derecho Internacional en cuanto modo de creación como del derecho privado nacional en cuanto a su contenido. Las fronteras jurídicas no están dadas por los límites territoriales propios de las soberanías estatales, sino por la delimitación de los sistemas jurídicos que admiten la interpenetración de sistemas jurídicos más generales.

Los Estados, en el nuevo contexto, deberán prestar atención a problemas comunes a todos ellos. SCHIFF BERMAN enumera los diez desafíos que enfrenta la comunidad internacional, en relación al derecho internacional en general —y a la jurisdicción en particular— en situaciones transfronterizas: a) la doctrina americana de los “*minimum contacts*” (o relación del caso con el foro), como criterio de atribución de jurisdicción; b) el comercio electrónico; c) la tributación internacional; d) la regulación de la libertad de expresión ; e) la cláusula de libertad de comercio (interestadual); f) el régimen internacional del derecho de autor; g) las disputas sobre nombres de dominio y marcas; h) el combate contra el cybercrimen; i) la eficacia de la salvaguardia internacional de los derechos humanos; y j) el comercio internacional²¹⁸.

²¹⁷ El exponente de esta corriente en Uruguay es Quintín ALFONSÍN. Cfr. SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional y Estado”, p. 217

²¹⁸ Cfr. SCHIFF BERMAN, “The globalization of jurisdiction”, pp. 329-370.

I. D. 3. Los particulares y el sistema protectorio: la comunidad de los individuos

Como hemos visto, un mismo sujeto ante similares circunstancias puede pertenecer a dos sistemas jurídicos diferentes y ser obligado coercitivamente por uno o por otro. En nuestro caso, por ejemplo, una misma empresa puede realizar actos de comercio en el marco del sistema jurídico territorial de la jurisdicción nacional donde efectúa operaciones domésticas, o un sistema supranacional para sus operaciones globales. Si la relación extranacional vale por sí misma y encuentra su apoyo en la interdependencia humana, el derecho privado internacional tendrá como objetivo la satisfacción de los intereses de los particulares²¹⁹.

Este modo de entender el derecho privado internacional también cae en un monismo metodológico, pero de corte sustancialista: la sociedad es la conformada por los particulares. La gran dificultad está en pretender soluciones universales sin considerar la diversidad de los miembros de esta sociedad global, que igualmente debería contar con un sistema jurídico universal. Ya que por el momento esta situación es inexistente, la comunidad universal de individuos no tiene instituciones legislativas, jurisdiccionales ni ejecutivas comunes. Adicionalmente se deben considerar las instituciones distintas de las estatales que generan derecho, por ejemplo admitiendo la validez y exigibilidad de laudos arbitrales.

ASHER, menciona, entre otras organizaciones para-estatales que intervienen en la elaboración de ese derecho privado universal de protec-

²¹⁹ Cfr SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional y Estado", p. 218. De acuerdo a lo que expone Quintín ALFONSÍN, el Estado es una pura abstracción, y la sociedad de Estados una ficción mayor aún. Lo que realmente existe es una sociedad internacional compuesta de individuos agrupados en naciones. Los derechos nacionales constituyen el mayor grado de uniformidad para sus ciudadanos; la semejanza sigue siendo alta entre los países próximos, aumentando la heterogeneidad a medida que nos alejamos territorial y culturalmente. Pero siempre habrá unos pocos preceptos jurídicos dotados de una gran generalidad. Si no hubiera tal conjunto uniforme, aunque débil, es que tal relación no existe. Esta uniformidad se apoya en un orden sociológico que se verifica en los individuos, no en los Estados.

ción del consumidor, a las Naciones Unidas, que efectúa recomendaciones, como por ejemplo las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor; las organizaciones internacionales de estandarización, como la International Standard Organization, que publica las normas ISO; organismos de cooperación regional o intergubernamental, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); asociaciones de consumidores, como Consumers International; o asociaciones empresariales como la Cámara de Comercio Internacional ICC)²²⁰. A los fines de nuestro trabajo, debemos identificar qué grupos tienen poder suficiente para sancionar normas y si esas normas o sus tribunales son respetados²²¹.

El papel de estas organizaciones es importante, ya que la eficacia de las acciones e intervenciones gubernamentales están limitadas por aspectos inherentes a su estructura de funcionamiento que comprometen su efectividad. Entre las limitaciones se puede mencionar:

- a) falta de recursos: se trata de atender reclamos de demasiados mercados, productos y servicios;
- b) jurisdicción está limitada territorialmente y por materia; los tribunales gozan de un poder imperfecto sobre los agentes internacionales;
- c) barreras y desasimetría de información, ya que la única forma de tomar conocimiento de los incumplimientos es la denuncia por parte del mismo consumidor, que muchas veces no desea hacerlo por el tiempo que lleva contactar autoridades extranjeras: ningún consumidor invertirá más de lo que le costado el producto en juicios o reclamos, menos si las autoridades no están fácilmente disponibles;
- d) lejanía de los lugares donde se pueden ejecutar las acciones;
- e) dependencia política de las oficinas. Las disparidades de poder se agravan con la distancia, ya que los agentes políticos no encuentran

²²⁰ Cfr. ASHER, "Going Global...", p. 192.

²²¹ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional...", p. 223.

motivos suficientes para preocuparse por usuarios o consumidores lejanos sobre los que no obtendrán demasiados beneficios²²².

Aquí lo que tratamos de ver es si existe un interés común, en el sentido de razón para la acción, y quién es el sujeto de ese interés. La protección del consumidor nace en aras de regular una falla estructural del mercado, así como en la necesidad de generalizar la protección a partir de través del establecimiento de clases de individuos²²³. Habrá que transitar este mismo recorrido para arribar al sistema legal protectorio del consumidor transfronterizo.

¿Existe un conjunto de valores sustantivos de pretensión universal? La sociedad internacional no reposa sobre fundamentos intelectuales compartidos. El pluralismo existente no se refiere a la internacionalización sino a la globalización, que son cosas diferentes. Mientras que lo internacional hace referencia a la relación entre Estados, lo global se refiere más bien a transnacional, en el sentido de que algunos flujos financieros, mercaderías, etc., pasan de una nación a otra sin que los intercambios deriven del derecho nacional ni del derecho internacional. El consumo globalizado excede la relación con los Estados nacionales. Por tanto, “[N]adie tiene, por ahora, la posibilidad de encontrar una receta general que atienda a la regulación de las situaciones privadas heterogéneas”²²⁴.

I. D. 4. El sistema protectorio como parte del “bien común” de la comunidad globalizada

La utopía del bien común tiene fuertes rasgos de *lege ferenda*: de por sí entraña planteos de lo mejor posible, del óptimo social (no en

²²² Los proveedores, siendo menos en número, son más fuertes en *lobby*. Los consumidores, aún conformando grandes conjuntos, no tienen conciencia de grupo y no pueden gestionar sus derechos de modo coordinado. Los políticos no tienen retorno de los agrupamientos difusos, y sí de las asociaciones empresarias. Cfr. Cfr. ISSACHAROFF, “Group Litigation of Consumer Claims...”, pp. 137-140.

²²³ LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 59.

²²⁴ SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional...”, p. 236.

sentido económico). Hacia allí apuntan las propuestas, que se presentan como la reafirmación de una tendencia a unificar y superar la *lege lata*, no por cambio brutal sino por infiltración del ideal en el orden (o desorden) establecido²²⁵. En este sentido se orientan las propuestas existentes para la mejor regulación del consumo transfronterizo: la ley más favorable al consumidor, o bien la de su domicilio, la prevalencia de las normas imperativas y el orden público internacional, convenciones internacionales estableciendo conexiones materialmente orientadas, la residencia habitual como lugar de celebración o cumplimiento, etc.²²⁶.

El bien común de la comunidad internacional consistirá, como concreción propia, en el “conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”²²⁷. Así como los Estados —en cuanto ejecutores y responsables del bien común de su comunidad nacional— deben proteger al consumidor nacional, la comunidad internacional debe pro-

²²⁵ *Idem*, nota 54 en la p. 240.

²²⁶ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 142-144, donde pasa revista a las soluciones sugeridas por BOGGIANO, KROPHOLLER y JAYME.

²²⁷ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 184. DOLINGER y otros autores distinguen tres niveles de orden o interés público. El primero es el propio de cada Estado, de donde, por ejemplo, se puede deducir el interés por anular ciertas cláusulas que no respeten los derechos de algunos miembros débiles de la sociedad, como los menores. El “*second level public policy*”, es el que corrientemente se menciona como “orden público internacional” —propio del Derecho Internacional Privado—, por el que se crea una barrera al derecho extranjero contrario a los principios fundamentales del propio ordenamiento. Y el tercero, identificable con el propio de la comunidad global organizada, es el que establece principios universales en distintas áreas del Derecho Internacional y las relaciones internacionales, para servir a los más altos intereses de la comunidad mundial y del género humano, muchas veces contra los intereses de algún Estado individualmente considerado. Este último escalón puede apreciarse en intereses comunes en el ámbito de del derecho monetario o ambiental, persecución de crímenes de lesa humanidad, etc. Nos referiremos a este ámbito en el número III. B, p. 212 y ss. Cfr. DOLINGER, “Resolving Conflicts...”, pp. 325-326.

teger al consumidor transfronterizo porque eso es parte del bien común propio de la comunidad internacional²²⁸.

A escala de la comunidad completa, que es la internacional en la que se desarrollan los actos de consumo bajo estudio, se debe buscar el bien común de la plena realización de todos los miembros. Estos son los ciudadanos-consumidores de cada país, las empresas que intervienen en el tráfico del comercio transfronterizo y los países que integran la comunidad de los Estados: todos ellos están implicados en la realización de la justicia en los intercambios. Ese bien de los individuos, empresas y Estados sólo puede ser plenamente asegurado y hecho realidad en el contexto de la comunidad internacional²²⁹. Desde esta perspectiva, los Estados nacionales no constituyen cada uno de ellos de modo aislado una comunidad completa, y el orden jurídico local no puede concebirse como supremo, comprensivo y fuente exclusiva de las obligaciones jurídicas que nacen de las relaciones de consumo transfronterizo²³⁰. Esta idea puede verificarse en los considerandos del acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC):

“Las Partes en el presente Acuerdo,

²²⁸ Vale la pena aclarar que la globalización de los mercados no significa concomitantemente universalización de los valores y los derechos fundamentales que los sustentan. Por eso estamos ante una situación de economía de mercado global que produce los llamados *nuevos pobres*. La lógica de la extensión del mercado no se compadece con derechos universales inválidos. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 38-39.

²²⁹ De allí que se justifique una visión más amplia del problema, sin limitarnos a la mera solución estatal. “*The assertion of jurisdiction, like all legal acts, can also be viewed as a meaning-producing cultural product. What does it mean, after all, to say that some person, corporation, or activity is subject to a community’s jurisdiction? And how does the idea of jurisdiction relate to conceptions of geographic space, community membership, citizenship, boundaries, and self-definition? Although largely ignored in the debates over Internet jurisdiction and the rise of transnational governing bodies, these foundational issues must be considered seriously if we are to develop a richer descriptive account of the role of legal jurisdiction in a global era*”. SCHIFF BERMAN, “The globalization of Jurisdiction”, p. 418.

²³⁰ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 179.

Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a *eleva los niveles de vida*, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico, (...)”²³¹.

Esta perspectiva transforma los conflictos internacionales. Tanto Internet como la globalización presentan desafíos y cuestionamientos a las nociones de jurisdicción territorial y la frontera como límite de la soberanía. Podemos advertir un ensanchamiento de la eficacia extraterritorial de las normas y de la autoridad jurisdiccional. La doctrina se ha ocupado de estudiar los efectos de este fenómeno; algunos autores proponen modificar el sistema mientras que otros consideran aplicables los mismos principios a la nueva situación. Una noción de ‘comunidad internacional’ debe considerar las expectativas y los modos de comportamiento de los ciudadanos. En nuestro caso, hay que prestar atención a los hábitos de consumo que se extienden más allá de las fronteras fijas²³².

De aquí que la nueva comunidad requiera un nuevo bien común. Ningún Estado nacional, por sí mismo, puede ser una comunidad completa y autosuficiente porque no proporciona el contexto y los recursos completamente adecuados para el desarrollo pleno y completo de un hombre, en cuanto consumidor transfronterizo. Si bien puede no resultar imprescindible el consumo transfronterizo para el desarrollo pleno en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas del hombre, de todas maneras corresponde a la comunidad internacional la salvaguarda

²³¹ Primer considerando del Acta de la Ronda Uruguay, del Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la OMC.

²³² Cfr. SCHIFF BERMAN, “The globalization of jurisdiction”, pp. 325-326.

de la justicia en el marco de la globalidad cuando existan relaciones internacionales privadas²³³.

Si el fin de la comunidad internacional es su propio bien común, el que incluye el bien de todos sus miembros, entonces cada Estado que la compone cumple con sus fines también cuando todos y cada uno de sus integrantes, entre ellos los ciudadanos-consumidores, están protegidos en sus relaciones conmutativas transfronterizas. Este, y no otro, es el fundamento que determina el interés para proteger a cada uno de esos consumidores, en nuestro caso mediante un adecuado acceso a la jurisdicción.

La interdependencia es confirmada por BOGGIANO, para quien

“[e]s necesario ver que hoy el Estado moderno difícilmente puede esgrimir una pretensión de plenitud social. Hay relaciones entre los hombres que trascienden las fronteras de los Estados. (...) La vida humana se internacionaliza (...). Todo trasciende las fronteras de los Estados. (...). La noción de bien común, o de bienestar general o de estado de derecho no puede referirse sólo a la comunidad nacional. Hay un bien común internacional. En el sentido de que el bien de las personas sólo se puede alcanzar y garantizar en la comunidad internacional. A ésta hay que reconocerle fines propios y la necesidad de instrumentos para realizarlos”²³⁴.

Los distintos sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado implican un el reconocimiento de la comunidad internacional²³⁵. Proba-

²³³ “*Internationalist policy arguments concerning the benefits of international trade, inter-state cooperation, and cosmopolitan non-discrimination are valuable counters against unilateralism and disregard for international law and institutions. However, internationalism needs to be defined more broadly to better protect other cosmopolitan policy objectives and ultimately to have greater legitimacy*”. WAI, “Transnational Lifftoff...”, p. 273.

²³⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª Edición, T. III, p. 794.

²³⁵ Como anota FERNÁNDEZ ARROYO, “hoy en día la internacionalización de la vida de las personas hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquéllas frente las situaciones privadas internacionales. El derecho de los particulares a ser tutelados judicialmente de manera efectiva va transformando en obligatorias las actitudes estatales otrora realizadas con cierta espontaneidad. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p.71.

blemente esta sea la pretensión del Art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

I. D. 5. La asignación de jurisdicción como parte del “bien común” de la comunidad global

Para el caso concreto de esta tesis, se trata del bien común de la comunidad internacional integrada por una persona o grupo de ellas consumiendo en esta comunidad internacional²³⁶. La justicia, en este caso, requerirá intervenir distribuyendo cosas comunes, como por ejemplo la atribución de jurisdicción y la exigencia de su cumplimiento, tanto por medio de normas nacionales como convencionales o institucionales. La distribución corresponde porque muchas de las medidas de protección de los menos dotados se concretan en potestades que buscan restablecer el equilibrio.

La existencia de una comunidad global que persigue entre sus formas de bien la protección del consumidor transfronterizo merece ser justificada. En cada sociedad existen conjuntos de “relaciones unificantes” que implican a su vez distintos órdenes. Algunos son básicamente biológicos, como la genética o los impulsos fisiológicos²³⁷. En este sentido la comunidad global no hace distinciones a este respecto frente al consumo, y todos los seres humanos están potencialmente capacitados para participar de modo uniforme en los mercados globales, más allá de las diferencias geográficas, educativas o económicas, que no son menores al momento de la posibilidad real de consumir.

²³⁶ A decir de BATIFFOL, la determinación del interés general o el bienestar social, cualquier otra combinación de estas nociones, como finalidad del derecho, genera la repulsión del totalitarismo: la sociedad está hecha para el hombre, y no a la inversa. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 269.

²³⁷ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 167.

Otro orden está sustentado en el “conocimiento”, de modo que la comunidad global comparte, pese a las notables diferencias culturales entre regiones o entre zonas de una misma ciudad, un bagaje común de información. En lo que respecta a esta tesis, los consumidores transnacionales participan de conocimientos y modos de consumo comunes, más allá de la existencia de distintos condicionantes para su efectivo acceso.

También existen relaciones unificantes y un orden implícito en las cosas materiales disponibles para toda la sociedad, como la tecnología y la ciencia aplicada, la creación de símbolos como las marcas globales, los productos disponibles, etc.²³⁸. Por tanto una comunidad global comparte una misma tecnología y los productos y servicios resultantes.

Finalmente, estamos frente a un orden de relaciones basado en la inteligente deliberación y elección aplicadas a las propias acciones. Al compartir valores comunes, como la ética, la historia, la psicología, tenemos como resultado la unidad de acción común²³⁹. Este último orden básico de la sociedad implica una comunidad de acción o compromiso mutuo en busca de un cierto bien común en el que los otros tres órdenes se suponen. En el caso de la protección del consumidor transnacional, como producto educido de la comunidad internacional en busca del bien común de todos los individuos de esa comunidad, debe existir un compromiso orientado a la acción a fin de dotar a los individuos y organizaciones de los medios para poder disfrutar de ese bien.

En la búsqueda del bien común en el orden internacional —al igual que en el interno—, no todos los casos particulares podrán ser resueltos por el simple funcionamiento de la relación conmutativa. El papel de la intervención estatal es prever los mecanismos por los cuales la “cosa común” (común a una sociedad globalizada) será razonablemente distribuida o repartida. Parte de esa distribución implica otorgar potestad a los tribunales para que resuelvan el caso, además de establecer “có-

²³⁸ *Idem*, p. 168.

²³⁹ *Idem*, p. 169.

mo” deberán luego juzgar el asunto. Determinar la jurisdicción no es sólo un problema práctico sino que involucra la vigencia de la justicia.

La intervención en la distribución o reparto será siempre necesaria porque como dice John FINNIS:

“Más generalmente, en las sociedades que, para el bienestar omnicomprendivo de sus miembros, se han hecho complejas, y que reconocen en favor de la autonomía individual a la vez como un aspecto de la realización humana y como un factor de progreso económico, se hace frente a las pretensiones de la justicia distributiva estableciendo modelos de propiedad, herencia, contratos, tributación, etc., que *tienden* a contrapesar el crecimiento de las desigualdades de *facto* (surgidas ya de pérdidas catastróficas ya de acumulación ilimitada) dentro de una estructura que, por ocuparse formalmente de un *proceso* de satisfacción fragmentaria de pretensiones particulares de justicia conmutativa, permitiría de otra manera desigualdades ilimitadas²⁴⁰”.

La posible disparidad entre proveedores y consumidores transfronterizos se puede resolver mediante repartos como fuentes mediatas de la justicia. El control de los repartos o distribución de la cosa común implica limitar las conductas para que ninguna de las partes sea burlada en su pretensión de reparación ante incumplimientos o daños. En palabras de GOLDSCHMIDT:

“Los repartos razonados son, por consiguiente, no sólo las fuentes inmediatas del orden de repartos, sino que constituyen, a la par, las fuentes mediatas de la justicia, la cual, es a su vez, como vimos, fuente mediatada de los mismos repartos. Los repartos razonados y la justicia figuran, por ende, como fuentes recíprocas. No obstante, la reciprocidad no es igual sino desigual, toda vez que la justicia debe ser una de las consideraciones de los repartidores, mientras que los repartos no son sino la oca-

²⁴⁰ *Idem*, p. 220. “La intervención del Derecho es, por tanto, para satisfacer las necesidades que impiden la igualdad mínima, y lo hace utilizando la técnica de igualdad como diferenciación, es decir, crea unos derechos específicos para aquellas personas que tienen la carencia”. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, p. 44. Por mencionar sólo un aspecto en el tema que nos ocupa, una manifestación de esta justicia distributiva que “[tiende] a contrapesar el crecimiento de las desigualdades de *facto*” es, por ejemplo, la capacidad del juez del foro para revisar una cláusula de prórroga de jurisdicción inserta en un contrato a condiciones generales.

sión en la cual descubrimos el contenido de la justicia. La justicia debe ser promotora de repartos; los repartos son promotores del descubrimiento de la justicia”²⁴¹.

El acceso a la jurisdicción tiene como fundamento asegurar el principio constitucional de la defensa en juicio, por el que todo ciudadano tiene derecho a la jurisdicción, entendida como la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas, y hacer cumplir sus propias resoluciones.

El derecho a la jurisdicción, como parte integrante de la garantía de la defensa en juicio, consiste no sólo en cumplir con los pasos necesarios para que exista un tribunal competente, sino también de todos los estadios del proceso en debida forma, hasta llegar a la cosa juzgada. Así, por ejemplo, “el proceso debe ser eficaz (...), en el sentido de dirimir la controversia en tiempo oportuno. Si el Estado está obligado a satisfacer en el curso del proceso la pretensión que se ventila ante sus órganos competentes, ha de hacerlo en tal forma que la sentencia que emita llene su función resolutive de la pretensión; o en otros términos, la sentencia ha de dictarse cuando resulta necesaria²⁴²”.

En la misma línea de pensamiento, es tan lesiva al derecho a la jurisdicción la ausencia de vías procesales, como la existencia de vías no idóneas por insuficientes, tardías o inadecuadas para la índole de tales pretensiones. En este sentido, el consumidor puede padecer privación ilegítima de su facultad de recurrir ante el Estado reclamando que se le administre justicia. La atribución de jurisdicción podrá estar a cargo de una autoridad supranacional o bien de concesiones recíprocas por medio de un tratado internacional que haya puesto de acuerdo a las autoridades nacionales, o bien por autoridades nacionales dispuestas a com-

²⁴¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho, (estructura del mundo jurídico)*, Aguilar, Buenos Aires, 1962, p. 262.

²⁴² BIDART CAMPOS, Germán J., “El derecho a la jurisdicción en Argentina”, ED 11-959.

partir esa potestad exclusiva en virtud de la cortesía, mediante la coordinación de sistemas²⁴³.

Esta tarea, ya sea atributiva o distributivamente, corresponde al Derecho Internacional Privado, que “ordena normativamente las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales. He aquí el ámbito de la realidad social en que se persigue instaurar un orden justo: las controversias jusprivatistas multinacionales. Nada más adecuado a la prudencia jurídica, entonces, que introducirnos en el conocimiento preciso y objetivo de la realidad de aquellos casos o controversias”²⁴⁴.

Si queremos aplicar los principios básicos de la teoría de la justicia a la determinación de la jurisdicción en los casos transfronterizos entre consumidores y proveedores, en primer lugar se debe verificar si la internacionalidad es una característica que merece una solución diferente a los casos internos. O bien, confirmar si la solución de los casos internos es o no adecuada o suficiente para los casos con elementos extranjeros. Por eso la multinacionalidad social y/o normativa debe distinguir entre los casos (o elementos de casos) nacionales y los casos (o elementos de casos) extranjeros; en estos últimos supuestos habrá que respetar el derecho del país conectado, por cuanto la justicia exige el respeto al carácter extranjero de un caso²⁴⁵.

²⁴³ BATIFFOL considera que, ante la ausencia de una autoridad supranacional, es sumamente difícil que los Estados resignen su facultad de aplicar su propio derecho, tanto para regular como para sancionar, en cuestiones que involucran el orden público; de aquí la dificultad de lograr un ordenamiento de validez universal, y por tanto resultan con mayores posibilidades las propuestas que tienden a la coordinación de sistemas. Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 103. En palabras de PERUGINI ZANETTI, “la jurisdicción internacional es la delimitación de la potencia de resolver un caso privado cuyas conexiones significativas tengan sede o asiento en dos o más Estados. Se trata de fronteras jurisdiccionales que al igual que las fronteras territoriales internacionales encuentran la mejor vía de solución en el acuerdo. Se podría hablar en caso de que haya un tratado, de jurisdicción distributiva. En cambio, cuando cada estado resuelve en «soledad» y a su modo el problema se le suele llamar jurisdicción atributiva”. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 39.

²⁴⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T.I, pp. 11 y 12.

²⁴⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 13.

La solución internacionalista optará entre las distintas conexiones previstas por los regímenes locales, algunas de las cuales podrán presentarse como más justas que otras para la atribución de jurisdicción, tal el caso del lugar de celebración o del lugar de cumplimiento en los contratos de consumo, o el domicilio del fabricante en los daños por productos defectuosos. Por mi parte considero que no pueden utilizarse de modo absoluto y definitivo las conexiones diseñadas hasta el momento para los regímenes de derecho privado tradicionales, por cuanto el fenómeno del consumo transfronterizo no tiene la firmeza de las prácticas comerciales que sí dominan en el comercio internacional entre empresas y que han dado lugar a la llamada *lex mercatoria*²⁴⁶. Así, determinar de modo apriorístico la validez de algunas conexiones puede hacer perder de vista la búsqueda de una solución justa al pretender anexionar cualesquiera casos que llegan a nuestra esfera de influencia, pudiendo convertirse en un anhelo chauvinista al querer aplicar el orden público apriorísticamente²⁴⁷.

Esta afirmación, que puede parecer exagerada, nos obligará a tratar en su momento el concepto de “orden público” incluido en la LDC y en los demás regímenes nacionales, ya que esta mención no distingue entre el “orden público interno” y el “orden público internacional”, de gran importancia en el Derecho Internacional Privado (cfr. número IV. A. 8, p. 365 y ss.). La indiferenciación entre uno y otro tipo de orden público,

²⁴⁶ LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor*, p. 1507. Por ejemplo, la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980, de ahora en más “Convención de Viena de 1980”), en su art. 2, excluye del ámbito de aplicación las compraventas en las que un consumidor sea parte: “[la Convención] no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.” Más propiamente en lo que se refiere a la jurisdicción competente, el Protocolo de Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del MERCOSUR, vigente en Argentina por Ley 24.669, llamado Protocolo de Buenos Aires (de ahora en más “Protocolo de Buenos Aires”), excluye de su aplicación los contratos de venta al consumidor, siendo la primer fuente positiva argentina que dispone que la jurisdicción internacional en materia del consumidor requiere una normativa propia. Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 40.

²⁴⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 14.

con una marcada polaridad hacia el orden público interno y las consecuencias que de allí se derivan, llevaría a la nacionalización indiscriminada de todos los casos²⁴⁸.

En definitiva, la razón última de estas disquisiciones es el anhelo de la realización de justicia como concreción del bien común de la comunidad internacional²⁴⁹. Considero que esta comunidad participa de un bien común global porque algunos de los valores o bienes son participados por todos los miembros de esa comunidad, ya sea como personas individuales o como Estados que componen esa comunidad internacional. Es una condición o conjunto de condiciones que capacita al consumidor transfronterizo para alcanzar objetivos razonables. El consumo internacional es un bien valioso para cada uno de los integrantes de la comunidad internacional, de tal manera de justificar los esfuerzos en pos de lograr relaciones de justicia en la determinación de tribunales eficaces para resolver conflictos en relaciones de consumo transfronterizas²⁵⁰.

Afirmé que el acceso a la jurisdicción a través de la determinación del tribunal competente es una de las condiciones para el bien común de la comunidad internacional, y que a su vez es un objetivo valioso a alcanzar por cada uno de sus Estados miembros. Por otra parte el bien común de la comunidad internacional debería considerar valiosos otros elementos concomitantes: a) el libre comercio, b) la posibilidad de cir-

²⁴⁸ LIMA MARQUES considera que la aplicación indiscriminada de las legislaciones nacionales, ya sea como normas de orden público internacional, normas de policía o normas de aplicación inmediata, puede constituir una nueva barrera para la libre circulación de productos y servicios de los países integrados o que pertenecen a una zona de libre comercio o unión aduanera. Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p.1507.

²⁴⁹ En cuanto al acceso y efectividad de la jurisdicción en la comunidad internacional, como requisito y parte del bien común, cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, pp. 89-90. "La jurisdicción requiere más ingredientes de justicia consensual, pero afronta dificultades para la justicia dialogal; tien más sentidos de 'parcialidad' y de sectorialidad y posee poca presencia de una auténtica justicia general referida al bien común de todas las comunidades interesadas, en este sentido, con el consiguiente riesgo de incremento excesivo de la justicia general local. (...) La deficiencia en los alcances de la jurisdicción para cumplir con las clases de justicia necesarias es uno de los rasgos relevantes de las carencias de justicia que suele presentar la internacionalidad".

²⁵⁰ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 184

cular y transitar por los distintos países, c) que cada ciudadano o empresa pueda ejercer actividades lícitas, d) que los consumidores puedan proveerse de o adquirir bienes en otros países, de acuerdo a una elección económica racional o a las propias preferencias, etc.

El modo que tienen los Estados de tender al bien común de la comunidad internacional es básicamente a través de los acuerdos paritarios, que estarán orientados a estos y otros objetivos. La función de los gobiernos nacionales es, insisto, brindar —en el contexto del bien común de la comunidad internacional— las condiciones para que cada ciudadano-consumidor pueda desarrollar plenamente sus capacidades²⁵¹.

De estas condiciones, aquí interesan especialmente aquellas que permitan resolver los conflictos en relaciones de consumo transfronterizas mediante la mejor determinación del tribunal competente. Esto es parte de la misión que compete al Derecho Internacional Privado, y que BOGGIANO expresa de la siguiente manera:

“El Derecho Internacional Privado es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional [...] Ahora bien: el *funcionamiento* y la *aplicación* de las diversas clases de normas, con el fin de realizar las soluciones de los casos, vincula la realización de dichas soluciones a las circunstancias condicionantes de la jurisdicción internacional, de los eventuales conflictos de jurisdicción, del procedimiento a seguir en los casos multinacionales ante un tribunal generalmente nacional, del auxilio judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y arbitrales, o de actos administrativos que dire-

²⁵¹ Como luego veremos (p. 235 y ss y 328 y ss) la comunidad global a que me refiero, se estructura en cuanto orden de razón en los intereses privados y no en los derechos fundamentales o humanos de los consumidores, aunque debamos tenerlos en cuenta. La universalización y generalización de los derechos humanos, y la comunidad internacional como sujeto pasivo de las obligaciones que nacen respecto de cada hombre, no es el objeto principal de esta tesis. No podemos pretender la universalidad del derecho del consumidor en sus relaciones patrimoniales con los proveedores, sin considerar la diversidad cultural y económica que brinda el contenido real a la pretendida universalización. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 36-39.

cta o indirectamente *incidan* en la solución del caso. [...] De ahí que los casos no siempre, y más bien con poca frecuencia, puedan ser resueltos íntegramente, es decir efectivamente, en el ámbito de una sola jurisdicción estatal”²⁵².

La globalización supone cada vez más oportunidades para generar situaciones “plurilocalizadas”, con vinculación a más de una soberanía estatal. Debido a que una jurisdicción debe resolver intereses contrapuestos correspondientes a distintas partes, es difícil suponer que un solo criterio atributivo de competencia logrará resultados aceptables. Hay que partir de la premisa de que distintos Estados pueden estar en condiciones de tener jurisdicción en la misma situación. Por tanto, será muy importante en el futuro profundizar la idea de cooperación judicial entre quienes tienen intereses sustanciales en resolver la disputa. La jurisdicción, entonces, no será el producto de decisiones unilaterales, sino el ejercicio de la cooperación y tolerancia entre los Estados involucrados²⁵³.

En definitiva, se trata de consolidar la relación entre la función protectora del derecho sustantivo interno de un Estado y su sistema de Derecho Internacional Privado. A éste no cabe sólo determinar qué derecho será aplicable para resolver una cuestión determinada, sino que también le corresponde un análisis material, aún dando ocasión a la intervención del orden público, que sin embargo siempre tendrá un carácter excepcional²⁵⁴.

El derecho del consumidor tiene una vocación internacional, de tal manera que es uno de los sectores donde con mayor utilidad se pueden utilizar los modelos e inspiraciones extranjeras y supranacionales. Se trata de que el consumidor no sea perjudicado, al menos en cuanto al acceso a la justicia se refiere, por el hecho de que el proveedor sea de

²⁵² BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 16-17.

²⁵³ Cfr. WAUTELET, Patrick., “What is international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?”, en *Globalization and Jurisdiction*, P. J. Slot (ed.), Kluwer Law international, 2004, pp. 55-77, en 74.

²⁵⁴ Cfr. POGAR, “La Protection...”, p. 353

otro país²⁵⁵. Si bien hay una distinción radical entre justicia material y justicia conflictual, no es posible separarlas tan tajantemente intentando construir un Derecho Internacional Privado neutro al margen de una determinada reglamentación jurídica. Ambos órdenes deben armonizarse²⁵⁶. No existe un orden jurídico neutro con respecto a ciertos valores sociales. La neutralidad es aparente, y la ausencia de valores sociales en realidad es expresión de una sociedad que simplemente atribuye a ciertos valores una importancia diferente según se trate de una relación puramente interna o que contenga elementos internacionales²⁵⁷.

Las relaciones de consumo transfronterizas se insertan en un sistema jurídico que pretende estar informado de justicia, no solo conmutativa. Surge la cuestión inicial de cuál sea esa comunidad internacional interesada en la protección del consumidor transfronterizo, y qué sistema jurídico la rige, y si ese sistema jurídico tiene validez normativa y vigencia efectiva. Estas consideraciones van más allá de lo que prevea cada Estado particular o las convenciones o tratados internacionales de las que cada Estado forma parte. Incluso si las soluciones de los casos controvertidos estuvieran previstas, de todos modos se debería analizar su fundamento o uniformidad²⁵⁸.

²⁵⁵ LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, pp. 1506-1507

²⁵⁶ POCAR, "La protection...", p. 354.

²⁵⁷ *Idem*, p. 356.

²⁵⁸ Analizando los fundamentos que sustentan la protección del consumidor transfronterizo, LIMA MARQUES llega a la conclusión, respecto del sistema jurídico brasileño, que de la aplicación de las normas vigentes surge una profunda contradicción. Por aplicación del sistema de Derecho Internacional Privado, el contrato internacional se rige por el lugar de celebración, y el celebrado a distancia se reputa perfeccionado en el lugar de donde se emitió la oferta. Como a su vez el sistema protectorio del consumidor brasileño establece que el oferente siempre es el proveedor, en este tipo de operaciones siempre se aplicará el derecho del proveedor, perjudicándose de esa manera a quién se debería proteger. Concluye por tanto que se deben adecuar las conexiones existentes. Si estas son la autonomía de la voluntad, o el lugar de cumplimiento o de celebración, sin más aclaraciones, no quedan dudas de lo inadecuado del sistema. *Contratos...*, pp. 141-142

I. D. 6. Enunciación del principio de razonabilidad práctica para la protección del consumidor transfronterizo

Como indica FINNIS, al jurista le preocupa “comprender las relaciones entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razón práctica”²⁵⁹. Tratándose de un nuevo orden de razón, que surge de particulares condiciones históricas y económicas, se impone un ordenamiento propio, el que debe ser construido, o al menos reconocer y justificar los fundamentos en los que debería sustentarse, ya que las nuevas realidades también requieren sus justas ordenaciones²⁶⁰. Este nuevo orden de razón justifica acciones concretas, que podrán ser proteccionistas o abstencionistas. Son los órdenes de razón de la comunidad completa, que requiere la coordinación de sus miembros mediante el funcionamiento del sistema jurídico que los involucra, quienes podrán ser las comunidades actuando como sujetos estatales o los consumidores mismos²⁶¹.

Las relaciones entre las “normas” y las “razones para la acción” se establecen a partir de que los hechos explican, valoran y guían las conductas de las personas. El mismo concepto, un hecho determinado, explica, valora y guía una conducta (en este caso una norma jurídica)²⁶². El enunciado sería el siguiente: “la debilidad del consumidor es una razón para...” O bien: “el hecho de que existan conflictos jurídicos sin solución aparente es una razón para...” También podríamos decir que “las dificultades que existen para solucionar el caso justifican establecer un siste-

²⁵⁹ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 308.

²⁶⁰ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 831 y ss. En 832 *in fine*, reconoce como una nueva realidad que reestructura el derecho a la categoría social típica a la contratación entre empresarios y consumidores.

²⁶¹ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 179.

²⁶² RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, traducción de Juan RUIZ MANERO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 18. RAZ se refiere a “hechos” en sentido amplio, que incluye todo enunciado veritativo o justificativo, incluyendo los valores. Por tanto “la debilidad del consumidor”, en cuanto razón para la acción puede predicarse tanto de la valoración que se haga respecto de la necesidad de proteger su debilidad intrínseca —desde la antropología— (antropológicamente justificada) como desde la verificación empírica que brindan la sociología o la economía.

ma jurídico que facilite la atribución de jurisdicción”. Siempre las razones entendidas como hechos determinan lo que debe hacerse²⁶³.

¿Podremos lograr un principio de razonamiento práctico referido al derecho del consumo? En caso de tenerlo, luego deberemos analizar si esos principios son aplicables a las relaciones de consumo en el contexto internacional y si de allí se pueden derivar normas que regulen el tráfico, o resolver conflictos entre consumidores y proveedores. Propongo algunas enunciaciones: a) el consumo es algo bueno que conviene a todo hombre; b) se debe favorecer que los hombres consuman; c) se debe evitar que al consumir el hombre sea perjudicado; d) los intercambios sociales tendientes al consumo son valiosos. Podríamos tener aquí algunos puntos de partida: es un principio para razonar sobre qué hacer; un principio de razonabilidad práctica²⁶⁴; o, como dice RAZ, “una razón para”. Parecería que estas enunciaciones son evidentes y de fácil comprobación, y que no son inferidas de principios especulativos.

Es evidente que el consumo es un bien humano, ya se trate del simple consumo físico, o que debamos recurrir a los intercambios para proveernos de los bienes y servicios que vamos a consumir. Esto lo podemos verificar por medio de dos evidencias: a) la simple tendencia de la condición corporal del hombre, que necesita de elementos y servicios para su sustento y b) la necesidad de los hombres de desarrollarse en sociedad, de acuerdo a un contexto histórico definido, que hace casi imposible el propio auto aprovisionamiento. Es mejor poder consumir que no poder hacerlo, es mejor satisfacer necesidades que padecer carencias, más allá de las inclinaciones personales o de los deseos. Aquí propongo un juicio racional sobre una forma general de bienestar humano. Sin embargo, no es esto un juicio moral²⁶⁵.

Decir que algo es bueno, como lo precisa MASSINI CORREAS, no es propiamente definible. El bien “es una propiedad trascendental del ente, es decir, que tiene su misma extensión, no existiendo por lo tanto, nin-

²⁶³ Cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, p. 21.

²⁶⁴ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 94.

²⁶⁵ *Idem*, p.103.

gún género más universal bajo el cual pueda ser considerado y definido a través de la contracción de una diferencia específica”²⁶⁶. El término bueno significa la conformidad del ente con la facultad apetitiva. Lo que connota la noción de bien es la fundamental “ordenabilidad” del ente hacia el apetito, la relación existente entre lo que tiene ser (el ente) y la apetencia de ser (el apetito)²⁶⁷. En el caso del consumo y el hombre, hay sin duda una relación de ente y apetito que se vinculan. El consumo es un bien apetecido, por cuanto es instrumentalmente necesario, bajo ciertas circunstancias, para la realización de los bienes básicos. Y lo mismo puede decirse del consumo en el contexto socio-económico a través de intercambios contractuales, o cuando los mismos están dados en un contexto internacional.

En la medida que este principio práctico se acerque lo más posible a los bienes humanos básicos, su justificación y objetividad se hacen más consistentes. Los juicios de la razón práctica buscan razones para la acción que sean buenas en cuanto razones. La búsqueda de buenas razones (justificaciones) del derecho del consumo para desear y elegir y actuar llega a su término en los principios prácticos evidentes y no necesitan una ulterior justificación explicativa, tal como que el consumo es algo bueno que conviene a todo hombre²⁶⁸. El hecho de que estas relaciones de consumo se desarrollen en un contexto internacional, no le quitan nada de la razón de bien aplicada hasta aquí, ni ninguna de las conclusiones a las que hemos arribado. En definitiva, el consumo conecta con la ética por vía de las valoraciones necesarias para interpretar las normas que se refieren a él.

Ahora bien: esto mismo ocurre con todas las normas jurídicas, no se trata de una especificidad de las normas regulatorias del consumo

²⁶⁶ MASSINI CORREAS, *La falacia...*, p. 108.

²⁶⁷ *Idem*, p. 109.

²⁶⁸ En términos de la ética, no sería exacto decir que es bueno que el hombre consuma porque ese es su fin natural, sino que simplemente se trata de encontrar razones para la acción que sean buenas en cuanto razones, en un plano distinto al de la metafísica, la que sí busca las naturalezas o esencias. Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 109.

transfronterizo. Sin embargo, es el fundamento más sólido que hemos podido encontrar para justificar un sistema jurídico en ciernes. En qué consista tal sistema jurídico, y su adecuación con este juicio de la razón práctica, es el tema de los capítulos siguientes. El consumo en un contexto internacional es un bien para el hombre que justifica una razón para el obrar, parece oportuno establecer qué principios son los que habilitarán las normas positivas que protejan al consumidor en ese contexto. Procuraremos arribar a la solución justa del caso concreto, la que requiere integrarse en el marco del ordenamiento jurídico en su conjunto, a fin de asegurar el cumplimiento del juicio de la razón práctica.

CAPÍTULO II.
PROPUESTA DE UN SISTEMA PROTECTORIO
CON SUSTENTO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES

En el capítulo anterior traté de dejar claro que las particularidades del consumo transfronterizo requiere soluciones apropiadas para este fenómeno creciente. Ahora bien, ¿existen estas soluciones? A continuación mostraré cómo hasta el momento estas no se han elaborado, y cómo las mismas requieren la construcción de un sistema apropiado²⁶⁹. Este sistema se conformará mediante sus propios principios, que a su vez forman parte de los otros sistemas o subsistemas de los que participa. En todo momento debe quedar claro que el sistema jurídico como un todo debe tender a la unidad, tanto a nivel de cada Estado independiente como de la comunidad global de la que forma parte.

²⁶⁹ Si bien me referiré de modo preponderante a la situación argentina, los presupuestos son similares en muchos otros países. Así quedó demostrado recientemente en el XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Washington DC desde el 25 de julio al 1 de agosto de 2010. De la lectura de los 28 reportes nacionales, 5 regionales y organizacionales y el reporte general, se puede concluir que la gran mayoría de los países no tienen normas específicas que contemplen el fenómeno del consumo transfronterizo. Tampoco existe ningún instrumento internacional que aborde específicamente el problema, aún cuando algunas organizaciones internacionales hayan efectuado declaraciones, sin carácter programático ni mandatorio. Las actas del Congreso fueron publicadas bajo la dirección de FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010. Cfr. especialmente el "Reporte General", pp. 666 y ss.

II. A. LA INSUFICIENCIA DE LAS SOLUCIONES EXISTENTES PARA EL PROBLEMA OBJETO DE ESTUDIO

Como indicáramos en la Introducción, los conflictos multinacionales en que son partes consumidores, no están considerados de modo adecuado en el sistema jurídico internacional ni el derecho interno argentino ni de los demás países latinoamericanos²⁷⁰. Las soluciones son en algunos casos fragmentarias, en otros inexistentes, y en otros incompatibles. Hacemos esta afirmación desde una concepción del sistema iusprivatista multinacional integrado por los fines y principios del Derecho Internacional Privado, las normas de conflicto generales, las normas materiales y las normas de policía, así como del derecho interno.

En este sentido se expiden las Conclusiones del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra. Berta Kaller de Orchansky”, celebrado en Rosario, 13 al 15 de octubre de 2005. La Sección de Derecho Internacional Privado acordó que no existen normas específicas en lo relativo a jurisdicción competente. En cuanto al derecho aplicable, “se carece de normas precisas en el plano internacional en materia de relaciones de consumo”. Y agrega, en términos que marcan nuestro norte en este capítulo:

“En el estado actual de nuestra legislación solo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado, 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*” (el destacado me pertenece)²⁷¹.

²⁷⁰ Respecto de la situación en Latinoamérica, puede consultarse LIMA MARQUES, Cláudia, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, pp. 24-27. Disponible en http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf, última visualización 24/8/2010.

²⁷¹ Disponibles en www.aadi.org.ar/doctrina/CONCLUSIONES.doc

El sistema se relaciona lógicamente y funcionalmente con las normas que determinan la jurisdicción competente: el derecho que debería resolver la controversia está condicionado por el sistema del juez que entiende en la causa²⁷². Asimismo, en caso de conflicto de jurisdicciones, el sistema considera la efectividad de la decisión, cuando se debe ejecutar la sentencia en uno o más países distintos de aquel en que se ha dictado²⁷³.

De modo primario, podemos decir que estamos ante una laguna normativa —ya sea histórica o dialéctica—, aunque iré más allá, convencido de que estamos ante una ausencia de sistema, o al menos ante un subsistema en construcción. No se trata de que tal o cual caso particular no haya sido considerado y deba aplicarse la analogía y demás criterios interpretativos: aquí directamente carecemos de normas generales, tanto de jurisdicción, de derecho aplicable, de regulación sustantiva de los contratos, etc., que resulten satisfactorias para estos casos²⁷⁴. Se nos presenta una laguna axiológica, no sólo dialéctica —que haría referencia al valor justicia—, debido a que los elementos valorativos, como por ejemplo la eficacia de la solución, no son tenidos en cuenta en el estado actual de la cuestión. Esta falta de sistema, y por ende, como veremos, el recurso a la analogía, es considerado en el Art. 3 de la LDC, que prevé su integración. Pero aún cuando el sistema protectorio en el orden interno pueda considerarse un microsistema con autonomía y resulte obligada primero la auto integración, esto no implica que en sí incluya las soluciones necesarias para el consumidor transfronterizo²⁷⁵.

²⁷² Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 459, donde menciona la célebre glosa de Acursio, concluyendo que “en vista de cualquier caso mixto hay que averiguar al principio el país cuyos jueces van a intervenir; sólo después sabremos a qué derecho internacional privado y luego a qué derecho privado habremos de acudir”.

²⁷³ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 163.

²⁷⁴ Cfr. MENICOCCI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, p. 1249.

²⁷⁵ Respecto del derecho interno, y que no resulta aplicable a nuestro caso, se ha dicho que la integración dispuesta por el art. 3. LDC (en su redacción anterior) “debe ser analizada con cuidado. Es cierto que la LDC no prevé la totalidad de los elementos y efectos posibles del vínculo contractual de que se trate y que —en los aspectos no reglados— resulta necesario recurrir a las previsiones de los códigos de fondo. No obstante, el derecho de los consumidores pretende erigirse en un microsistema legal de protección, que gira dentro del derecho privado, de donde las soluciones deben buscarse en

II. A. 1. Las normas de Derecho Internacional Privado no contemplan al consumidor

En cuanto a la carencia de normas específicas, algunas excluyen por sí mismas de su ámbito de aplicación las relaciones de consumo, como el Art. 2.6 del Protocolo de Buenos Aires²⁷⁶ o el Art. 2 del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 30 junio de 2005²⁷⁷. En otros casos los supuestos de hecho de la norma no consideran —ya sea de modo literal o axiológico— la presencia de un consumidor en la relación jurídica, como la solución que brinda el juego de los arts. 56 y 32 a 39 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889²⁷⁸.

Lo mismo se puede decir en el orden interno, del Art. 1 del CPCyCN, que permite la prórroga de jurisdicción, aun cuando revista el carácter de patrimonialidad allí indicado o que se pueda decir que no corresponde hacer excepciones donde la ley no lo hace²⁷⁹. Esto se debe de modo

primer lugar dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aun derogatorio de normas generales". PITA y MOGGIA DE SAMITIER, "Ley de Defensa del Consumidor", p. 1106.

²⁷⁶ "Artículo 2 El ámbito de aplicación del presente Protocolo excluye: (...)6. los contratos de venta al consumidor;"

²⁷⁷ "1. El presente Convenio no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro: a) en que es parte una persona física actuando primordialmente por razones personales, familiares o domésticas (un consumidor); (...)."

²⁷⁸ "Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse también ante los jueces del domicilio del demandado" (Art. 56). "La ley donde los contratos deben cumplirse (...) (Art. 32) "exige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez (...)," (art. 33). Incluso normativas más modernas, como la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, en sus 64 artículos, no hace mención a los consumidores, pese a haber sancionado la Ley de Defensa del Consumidor en 1995. Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 676.

²⁷⁹ Art. 1 del CPCyCN. "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4, de la ley 48, exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley"

fundamental a que, como vimos de modo general en el nro. I. A. 2, las circunstancias sociales y económicas de los consumidores en los mercados internacionales junto con el fenómeno de la globalización, justifican un tratamiento diferencial en beneficio de uno de los sujetos intervinientes en el mercado²⁸⁰. Este aspecto no suele integrar los supuestos de hecho que determinan la consecuencia jurídica, ya sea esta la atribución de jurisdicción o el derecho aplicable²⁸¹.

El mismo vacío se puede verificar en la *lex mercatoria*, considerada esta (de modo provisional por el momento) como un *tertium genus* junto los derechos nacionales y el Derecho Internacional Privado, lo que analizaré en el nro. III. D²⁸². Así, por ejemplo, el Art. 1 de los *ALI /*

²⁸⁰ Respecto a la aplicación del art. 1 del CPCyCN a conflictos con consumidores, PAIVA indica que en virtud de la existencia de un *interés estatal superior*, que permite la amplia injerencia del poder de policía administrativo del Estado, éstos quedan al margen de la categoría de actos "exclusivamente patrimoniales". Más aún si el reclamo está originado en la infracción de normas de orden público administrativo. Al respecto, este autor considera que en virtud de disposiciones administrativas prohibitivas de la prórroga de jurisdicción (la Res. 53/2003 de la Secretaría de Comercio Interior), se cumple el requisito negativo del "prohibido por la ley" del art. 1 CPCyCN, que abarcaría también a los internacionales. Cfr. PAIVA, Roberto Martín, "Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos", Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, "Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos", en *Libro en homenaje a Enrique Butty* (en prensa), nota 34 y ss. Estoy en desacuerdo con la primera parte de su interpretación (interés estatal superior) pero no con la segunda, por los motivos que haré mención luego. Cfr. *infra* p. 408 y ss.

²⁸¹ No debe causar sorpresa que ciertas situaciones no hayan sido contempladas por el legislador. "Es obvio que una descripción incompleta no es satisfactoria. Urge lograr una descripción exhaustiva del orden de repartos. Tal cosas sólo se puede lograr, si se construye un sistema de normas que prevea todas las posibilidades de repartos, un sistema de normas que desconozca lagunas. Se habla de la plenitud o de la hermeticidad del sistema de normas. ¿Pero cómo se logra tal plenitud, si indudablemente los autores del sistema de normas no serán capaces de prever todas las hipótesis? [...] la libertad humana no puede ser descartada por ordenanzas. [...] Por muy ordenancista que sea una comunidad y por muy dada que fuere la casuística, siempre quedan infinitas modalidades de cumplimientos a elegir al libre arbitrio del individuo". GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho (estructura del mundo jurídico)*, Aguilar, Buenos Aires, 1962, p.253.

²⁸² Respecto de la ubicación sistemática de la *lex mercatoria*, cfr. BERGER, Klaus Peter, "Transnacional Commercial Law in the Age of Globalization", Centre di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2001, p. 1. En el mismo sentido, CALLIES, "Transnational Consumer Law...", pp. 1 y 2.

UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, que indica que estos principios fueron elaborados de modo fundamental para disputas comerciales, y si bien no excluyen expresamente a aquellas que involucren a consumidores, ellos mismos previenen respecto de su ámbito de aplicación²⁸³.

II. A. 2. Las normas internas no consideran el aspecto multinacional

El otro componente del supuesto de hecho a considerar es la multinacionalidad del caso. Estamos ante relaciones jurídicas de carácter privado, con elementos vinculados a más de un ordenamiento jurídico, es decir que contienen al menos un elemento extranjero²⁸⁴. Como indica BOGGIANO:

“La problemática planteada en esos casos es complejísima, y a esa complejidad no se la puede soslayar, porque ello implicaría traicionar su realidad. Y, cuando esta realidad es traicionada por cualquier ‘teoría simplificadora’ se toma venganza, pues entonces se cierran los caminos de las justas soluciones. El legislador, el juez, el asesor, quedan presos por inadvertencia de los sutiles matices de la problemática; y como a ellos también, en su obrar, lo primero que se les pide es que sepan, se le puede

²⁸³ “*Scope and Implementation. These Principles are standards for adjudication of transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure*”. Y en el comentario aclara: “[...] *but do not necessarily include claims provided by typical consumer-protection statutes*”. Este conjunto de Principios fue elaborado en el marco de UNIDROIT y están destinados a que un Estado los pueda implementar a través de las normas pertinentes. Los países pueden excluir algunas de las materias tratadas en los Principios y también extenderlos a otros campos de aplicación, fuera de las disputas en el comercio transfronterizo. Fueron adoptados por el American Law Institut (ALI) y por UNIDROIT en mayo y abril de 2004, respectivamente. Los denominaremos “Principios ALI/UNIDROIT de procedimientos civiles transnacionales”. Cfr. REICH, “*Transnational Consumer Law...*”, p. 860.

²⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 45-46. En cuanto a la falta de consideración de los conflictos internacionales en la LDC, ya sea por imprevisión, olvido o intencionalmente, cfr. PAIVA, “*Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos*”, notas 26 y ss. También cfr. FEUILLADE, Milton C., *Competencia internacional civil y comercial. Elementos judiciales en el proceso internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 236.

igualmente reprochar la insuficiencia de estudio y la prescindencia de consejo”²⁸⁵.

La multinacionalidad puede estar dada por los hechos, la situación problemática, vinculada a distintos sistemas jurídicos, o por las conductas exigidas para la solución²⁸⁶. En la protección del consumidor transfronterizo, ambas situaciones deben ser consideradas a los fines de asegurar una justa atribución de jurisdicción que a su vez tienda a una justa y eficaz solución material.

Las normas atributivas de jurisdicción en los procesos de integración económica expresamente auto-excluyen su aplicación a los casos multinacionales, como los arts. 2 y 23 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que resulta aplicable solamente a personas domiciliadas en Estados Miembros de la UE²⁸⁷. Las soluciones existentes en el derecho

²⁸⁵ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 81. En igual sentido se expresa CARRILLO SALCEDO, para quien “los datos internacionales no pueden ser descuidados, pues son precisamente ellos los que permiten hacer entrar en el sistema de Derecho Internacional Privado de cada ordenamiento jurídico lo que puede ser retenido de las aspiraciones universales, y los que pueden imponer respecto de las relaciones o situaciones conectadas con una pluralidad de ordenamientos jurídicos una regulación específica, propia, distinta de las que cada sistema jurídico establece para las hipótesis de tráfico jurídico interno”. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, p. 53.

²⁸⁶ Como ejemplo de que no se puede dejar de considerar la multinacionalidad de la situación, el Restatement Second of Conflicts of Laws, en § 6 (a) establece que la determinación del derecho aplicable debe atender al buen funcionamiento del sistema internacional.

²⁸⁷ Así, en la UE, ejemplo paradigmático, la atribución de jurisdicción debe ser un instrumento de seguridad jurídica que impida la segmentación artificial del mercado. Los considerandos 1 y 2 del Reglamento 44/2001 indican: “(1) La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas. A fin de establecer progresivamente tal espacio, la Comunidad adopta, entre otras cosas, las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior. (2) Ciertas diferencias en las normas nacionales sobre competencia judicial y reconocimiento de las resoluciones judiciales hacen más difícil el buen funcionamiento del mercado interior. Son indispensables, por consiguiente, disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, simplificándose los trámites para un reconocimiento y una eje-

comunitario no han sido elaboradas para resolver plenamente nuestro conflicto, ya que están previstas para funcionar dentro del propio mercado interior, con la posibilidad de recurrir a una jurisdicción supra estatal, por lo que sus previsiones no son universalizables a una comunidad global²⁸⁸. En los distintos procesos de integración, las particulares características de los mercados interiores constituyen un “microclima” donde, en vistas del cumplimiento de las cinco libertades básicas, se requiere un sistema jurídico uniforme que reduzca las desasimetrías eco-

cución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados por el presente Reglamento”.

²⁸⁸ La legislación comunitaria europea de defensa del consumidor, más que un criterio internacionalista, persigue fines de protección y desarrollo del mercado interno, por lo que la justificación e interpretación de normas comunitarias debe partir de consideraciones del mercado interior. Cfr. HOWELLS, Geraint G, “The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?”, *Sydney Law Review*, 2006, *SydLRev* 4, Nro. 2.A.c. Ver también HOWELLS, Geraint, “European Consumer Law — The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence”, en *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, pp. 73-80. En apoyo de esta postura se puede señalar la Sentencia del TJCE del 20 de enero de 1994, en el caso *Owens c. Bracco*, por la cual se determinó que el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas) no se aplica a los procesos ni a las cuestiones suscitadas en procesos que se desarrollen en los Estados contratantes relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil en terceros Estados. Cfr. TJCE, in re *Owens Bank Ltd. c. Fulvio Bracco y Bracco Industria Chimica SpA*. Asunto C-129/92, publicado en RJ 1994-I-00117. Esta doctrina se consolidó luego en el art. 4.1. del Reglamento 44/2001: “Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro (...)”. Posteriormente, en el Asunto C-281/02, *Owusu v. Jackson*, [2005] ECR I-1383, el TJCE solvió que interesa la aplicación uniforme de la legislación comunitaria sobre asignación de jurisdicción, en cualquier caso que esa normativa resulte aplicable, inclusive cuando involucra a terceros Estados. Cfr. FENTIMAN, Richard, “Civil jurisdiction and third States: *Owusu* and after”, *Common Market Law Review*, Vol. 43, [2006], pp. 705-734, en712.

nómicas entre los miembros²⁸⁹. Lo mismo, por tanto, es predicable respecto de nuestro proceso de integración del MERCOSUR²⁹⁰.

De modo general también ya mencioné que los sistemas protectores nacionales no contemplan la potencial internacionalidad del comercio. Si esta característica fundamental está ausente, tampoco son aplicables las consecuencias jurídicas relativas a la atribución de jurisdicción²⁹¹. Así, la consideración multinacional sería el “supuesto de hecho” ausente en una norma interna por medio de la cual se pretendiera extender su aplicación para regular la jurisdicción internacional. Por eso considero que el ejercicio hermenéutico que se realiza en el orden interno para suplir las lagunas o deficiencias de la LDC, no son aplicables al caso internacional²⁹².

²⁸⁹ Las libertades que procuran los procesos de integración, el grado alcanzado en cada una de ellas, y el tipo de organización resultante, son explicados de modo conciso por BAPTISTA, Luiz Olavo, “The UNIDROIT Principles – A Possible Model for the Harmonization of International Contract Law. Regional Integration in MERCOSUR”, en *Actas del Congreso Interamericano...*, pp. 120-122.

²⁹⁰ A modo de ejemplo, puede citarse uno de los considerandos de la Declaración Presidencial de Florianópolis sobre derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR: “Que en un proceso de integración, con libre circulación de productos y servicios, el equilibrio en la relación de consumo, basado en la buena fe, requiere que el consumidor, como agente económico y sujeto de derecho, disponga de una protección a su vulnerabilidad”.

²⁹¹ Cuestión que podría haberse justificado en la primera sanción legislativa, de 1994; sin embargo, creo se ha desaprovechado considerar el problema en la última reforma, de 2008. Respecto del justificativo de la primera omisión, es bueno recordar las palabras de BIELSA: “Hay factores sociales, políticos, económicos, que son extraños a una previsión racional o histórica, como los progresos científicos o técnicos de importancia, especialmente en punto a comunicaciones”. BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, Librería y Editorial Castellví, Santa Fe, 1961, p. 600.

²⁹² Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 147. Así lo considera el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: “Art. 5º – Funcionamiento de las normas. El reconocimiento de la norma a considerar y la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación y la adaptación en cuanto al funcionamiento del presente código, deben respetar la internacionalidad de los casos con elementos extranjeros. Cuando un caso no se encuentre contemplado en el presente código, se debe resolver de acuerdo con las soluciones previstas en el mismo o en los tratados internacionales sobre la materia que tengan la relación más estrecha con dicho caso. Subsidiariamente, se debe elaborar la solución que mejor atienda a las circunstancias del caso”. Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado

En este último sentido, se ha afirmado que:

“a) las cuestiones no previstas y sin tratamiento autónomo o auto-suficiente, pueden y deben ser resueltas exclusivamente en función de las normas protectorias específicas, sin recurrencia al derecho común; b) los aspectos no regulados pueden ser decididos en función de las normas —fundamentalmente supletorias— contenidas en los códigos de fondo pero sin olvidar que los principios generales del derecho del consumidor y los derechos específicos de éste —derivados de la LDC y del Art. 42 CN— informan la totalidad de la relación de consumo y, en la tarea de integración normativa requerida por el Art. 3º, deben ser prioritariamente considerados, constituyendo la regla hermenéutica básica, fundamentalmente en las situaciones de duda”²⁹³.

En el Capítulo V analizaré en detalle las distintas situaciones que califican la “relación de consumo transfronterizo” y que deberían dar lugar a la aplicación de un sistema diferenciado, ya que así como en el derecho interno se establece con claridad cuándo una relación jurídica es absorbida por el sistema protectorio (LDC arts. 1, 2 y 3), lo mismo deberá preverse en este sistema en construcción, a fin de evitar una abusiva nacionalización del caso²⁹⁴. La consecuencia jurídica debida en justicia será estudiada en detalle en el Capítulo VII.

por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las resoluciones 134/02 y 191/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Tiene estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el número 2016-D-04.

²⁹³ PITA y MOGGIA DE SAMITIER, “Ley de Defensa del Consumidor”, p. 1106.

²⁹⁴ “[no] parece conforme a la aplicación del principio [general limitativo de la jurisdicción legislativa] acudir a la *lex fori* siempre que exista una laguna en el sistema de Derecho Internacional Privado. En caso de laguna se impone investigar cuál es el Derecho más próximo a la cuestión a decidir. El *contacto razonable* debe prevalecer frente al contacto con la *lex fori*. En casos de laguna hay que elegir razonablemente el derecho aplicable a la cuestión jusprivatista multinacional. Tal elección razonable parece impuesta por el principio general del derecho internacional público sobre jurisdicción legislativa que impone respetar el contacto razonable y requiere observar el ‘mínimo standard de justicia’”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 76-77.

II. A. 3. Cómo completar la laguna jurídica

Es decir que las normas existentes (o inexistentes) no contemplan particularidades valorativamente importantes, ya sea la internacionalidad del caso o la debilidad del consumidor²⁹⁵. En ambos supuestos, en la relación hechos-norma, se evidencia un déficit axiológico, ya sea por no contemplar la situación desventajosa del consumidor o no considerar la multinacionalidad y el consiguiente respeto a la jurisdicción y derecho extranjeros²⁹⁶. En la medida que estas situaciones no resulten contempladas en la asignación del tribunal competente, podemos decir que estamos ante una laguna jurídica, por ausencia de normas (fuentes formales) —leyes nacionales y convenciones internacionales—, como también

²⁹⁵ A decir de GELLI, la reforma de la CN de 1994 al reconocer los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42), “implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853-60 y hasta de la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 bis”. A estos cambios valorativos son los que nos referimos, y, por nuestra parte, no sería errado inclusive pensar en que toda la legislación anterior a la sanción de la reforma constitucional debe volver a leerse en clave consumerista. Cfr. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, pp. 458-460. LIMA MARQUES coincide en que las soluciones previstas en el sistema de Derecho Internacional Privado brasileño son insuficientes para resolver los casos que involucran al consumo transfronterizo. “*Há grande especificidade, mas relações jurídicas internacionais, que, se de consumo, pressupõe o diálogo entre o direito do consumidor e as normas (e princípios) do direito internacional privado. As normas brasileiras de direito internacional privado são antigas...*” (...) “*Tal situação exige uma mudança e uma nova interpretação do direito internacional privado pátrio. O consumo internacional tem especificidades que não se podem negar*”. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 134-136. Sin embargo, esta misma autora, en escritos más recientes, pareciera adherir a la idea de que las disposiciones constitucionales brasileñas obligan a las autoridades (legislativas, ejecutivas y judiciales) a tomar cursos de acción positivos en la defensa del del consumidor. Desde esta última perspectiva, las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor brasileño se convierten en normas imperativas, de policía o del orden público internacional. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “Brésil”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 47-95, en 48 y 51-52.

²⁹⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, p. 276. “Tanto el caso de la novedad de los hechos como en el de la novedad de la valoración, se habla de ‘lagunas’”. Cfr. también REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 143-144.

por la falta de certeza en cuanto a la existencia y alcance de alguna costumbre internacional al respecto (fuentes materiales)²⁹⁷.

En este supuesto, dentro de la clasificación de ENNECERUS-NIPPERDEY que menciona REZZÓNICO, se trata de una laguna en la que la ley calla por completo, debido a que la situación corresponde a un problema aparecido con posterioridad a la sanción de la ley, hay un cambio en la situación de hecho. Pero también podría tratarse de un supuesto en que la ley abarca casos o produce consecuencias no queridas por el legislador, que de haberlo sabido no hubiera querido legislar así²⁹⁸. A nuestro parecer siendo el sistema protectorio un subsistema dentro del derecho privado, donde la justicia distributiva interviene sobre la conmutativa, no ha contemplado esa intervención en el orden internacional. Y desde el punto de vista del sistema de Derecho Internacional Privado, de firme adhesión a los postulados de la autonomía conflictual y jurisdiccional, este no cuenta ni con normas de justicia distributiva que hayan intervenido sobre el régimen propio del comercio internacional, ni tribunales supranacionales que puedan resultar competentes²⁹⁹.

Las lagunas normativas requieren ser llenadas extrasistemáticamente³⁰⁰. En el orden interno, el Art. 16 del CC establece un

²⁹⁷ Seguimos la tradicional clasificación bipartita de las fuentes del ordenamiento normativo jusprivatista internacional Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 27-38.

²⁹⁸ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 142 en nota 70. Estas proposiciones fueron consideradas por la llamada Escuela del 'Derecho Libre', liderada por autores como GÉNY, KANTOROVITZ, EHRLICH. Es un método sociológico en cuanto recibe su impulso de la conciencia jurídica formada por la dinámica social, que dota al juez de libre arbitrio en la interpretación (no arbitrariedad). Queda claro que esta mayor libertad judicial no suple la función legislativa. Cfr. BIELSA, *Metodología Jurídica*, pp. 587-596.

²⁹⁹ Cfr. MENICOCCI, "Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...", p. 1260, para quien "la carencia histórica o axiológica puede solucionarse por autointegración (recurso a los principios generales del derecho positivo o a la analogía *intra ordinem*) y la heterointegración (por recurso a los principios generales del Derecho natural y a la analogía *extra ordinem* o del Derecho comparado)". *Ibidem*.

³⁰⁰ "Se dice a veces que existen lagunas en la ley mientras que no existen lagunas en el Derecho; con ello se desea poner de relieve que, en fin de cuentas, aunque la ley fuere insuficiente, siempre debe ser posible hallar una regla en el ordenamiento jurídico". [...] "las lagunas se abren en las fuentes formales, mientras que no puede haberlas en las fuentes materiales". [...] "El remedio contra las lagunas no se encuentra, por tanto, en

cierto orden de prelación de fuentes para resolver las lagunas del derecho. REZZÓNICO muestra el cuadro completo y lo denomina “pequeño sistema”³⁰¹. El esquema es el siguiente:

“a) la obligación de dictar pronunciamiento que tiene el juez en todos los casos (Art. 15 CC); b) la prescindencia del legislador del derecho vigente con anterioridad a la sanción del Código Civil (Art. 22); c) el reconocimiento expreso de la posibilidad de lagunas en cuestiones civiles (Art. 16, parte 1ª); d) el empleo de la analogía por reenvío a los principios de las leyes análogas (Art. 16 parte 1ª); e) la introducción, en dicho cuerpo, de los principios generales del derecho, con tal formulación (Art. 16 parte 2ª); f) la consideración de las circunstancias del caso (Art. 16 *in fine*), y g) la mención del espíritu de la legislación del Código (Art. 14, inc. 2º)”.

a) *El “espíritu de la ley”*

El artículo citado reza en su primer párrafo que “si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el *espíritu* de la ley...”. En nuestro caso, reiteramos, la LDC ni ninguna otra norma de fuente interna o internacional contempla el supuesto del consumo transfronterizo de modo expreso.

Tampoco se puede aplicar de modo liso y llano el Art. 1 del CPCyCN que permite la prórroga de la jurisdicción, por no prever la particularidad del fenómeno del consumo³⁰². Respecto del texto literal, éste resulta

alguna cualidad mística, del ordenamiento jurídico que se llama su plenitud o su hermeticidad y según la cual cualquier duda puede resolverse de acuerdo al principio de cuanto no se prohíbe está permitido, sino en el orden de repartos, en el cual siempre se puede llegar a una solución mediante el regreso a los criterios de justicia.” GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho...*, p. 276.

³⁰¹ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 119.

³⁰² DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET consideran que ante la laguna por carencia de normas convencionales y federales, la jurisdicción se podrá determinar en primer lugar por la proximidad analógica de otros convenios suscriptos por nuestro país, o por la aplicación del principio de extensión, a las reglas de competencia territorial internas, pero “con la adaptación necesaria atento al carácter internacional de las controversias”. DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita, *Trámites judiciales internacionales*, Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 80.

insuficiente, ya que leer la ley es ver reflejado en su texto el caso sobre el que va a expedirse, y esta simplificación implica suponer que las palabras tienen un valor de certeza similar al de las ciencias exactas³⁰³. Cabe descartar la interpretación literal cuando se utiliza de modo exclusivo y excluyente, cuando el texto gramatical se analiza fuera del marco de referencia social, económico y axiológico³⁰⁴.

En cuanto al “espíritu” de la LDC, no puede interpretarse con la amplitud suficiente para abarcar los supuestos de internacionalidad. Si por *espíritu* de la ley debemos entender su finalidad, ésta se inserta en un contexto histórico, social, económico, y fundamentalmente teleológico. La justicia material del caso exige que el derecho no sea neutro, al margen de una determinada reglamentación jurídica. Por tanto consideramos que un sistema jurisdiccional que presente una solución basada en criterios autónomos, en los casos que involucran a una parte débil, requiere un nuevo análisis, que relacione el sistema protectorio y las reglas de competencia³⁰⁵.

b) *Los “principios de leyes análogas”*

En segundo lugar, continúa el Art. 16 CC, “se atenderá a los principios de leyes análogas”. ¿Cuáles son estas leyes? Esto nos obliga a analizar, sucintamente, el problema de la analogía. Éste es un concepto multívoco, que puede consistir en: a) una forma general del pensamiento, ya que de algún modo, conocer es comparar, encontrar lo que de común y distinto tienen las cosas; b) una forma general del pensar jurídico, don-

³⁰³ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 132.

³⁰⁴ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 136. Esta afirmación podría aplicarse, por ejemplo, a la necesaria interpretación teleológica que requieren los textos legales ante el fenómeno de Internet. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 67. “Se trata de aislar el fundamento de la norma y dale el sentido que requiere el nuevo supuesto de hecho. Sería cuestión de poner en práctica los principios de la interpretación teleológica, haciendo progresar al Derecho Internacional Privado para estar en condiciones de afrontar el nuevo reto que plantean las relaciones jurídicas que se desarrollan por Internet”.

³⁰⁵ Cfr. POCAR, “La Protection...”, pp. 343 y ss. especialmente 353-355 y 397.

de la ley equipara lo que no es idéntico; o bien c) un procedimiento particular de la lógica jurídica³⁰⁶. En este último sentido, CIANCIARDO cita a WINDSCHEID: «La analogía es la extensión de principios que pueden extraerse de la ley a casos que se diferencian de aquellos decididos en la ley de forma sólo inesencial»³⁰⁷. Es el caso de la analogía *legis*, y estamos ante un procedimiento que quita del tipo de la norma los elementos secundarios o no definitorios, logrando un supuesto más preciso, que permite homogeneizar el caso previsto con el que se presenta como nuevo. Lo no compatible serían sólo los aspectos no sustanciales³⁰⁸. Por otra parte, en la analogía *iuris*, estamos ante un grupo de disposiciones particulares que se fundamentan en un mismo principio, el que puede obtenerse inductivamente de esas normas diferentes pero similares³⁰⁹.

La analogía es uno de los modos de aplicar los principios, yendo de lo particular hacia lo particular coordinado. Utilizamos la analogía cuando no se puede llegar a una verdad general. Vamos de un particular a otro o nuevo particular. Es la expansión lógica inherente a la ley, aplicándola fuera de los casos previstos. La *ratio legis* vale igualmente para unos y otros casos. Pero la analogía tiene sus límites: no puede extenderse indefinidamente. La generalización de normas no alcanza, y allí es cuando podemos echar mano de los principios, yendo de lo particular a lo general, a través de una generalización mediante una obtención in-

³⁰⁶ Cfr. CIANCIARDO, Juan, "Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia", en *Interpretación Constitucional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Coordinador, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 442.

³⁰⁷ CIANCIARDO, "Interpretación por analogía...", p. 443.

³⁰⁸ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, pp. 148-149. También HINESTROSA, Fernando, "Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats", *Uniform Law Review*, Vol. III, 1998 -2/3, p. 501 a 517, en pp. 505-506.

³⁰⁹ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 149. Analogía, en términos filosóficos muy amplios, implica una correlación entre los términos de dos o varios sistemas u órdenes, es decir, la existencia de una relación entre cada uno de los términos de otro. También como se entiende la analogía como la atribución de los mismos predicados a diversos objetos, pero no como una determinación unívoca, sino como la la expresión de una correspondencia, semejanza o correlación establecida entre ellos: una similitud de relaciones. La complejidad que plantea la analogía es mucho mayor. Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, 1ª edición, revisada, amentada y actualizada, Ariel, Barcelona, 1994, T. I, voz "Analogía".

ductiva. De este modo, la interpretación a través de principios supera en amplitud a la analogía³¹⁰.

Tenemos aquí dos problemas: a) qué es lo inesencial o secundario; b) cuáles son los principios que pueden extraerse y de qué normas. En definitiva se trata de obtener el sentido valorativo— mediante un proceso de interpretación— que en su momento dio lugar a la regulación existente³¹¹. Se trata de salvar la brecha existente entre la valoración del autor de la norma primigenia y la que debe realizar hoy el aplicador. En definitiva, éste se convierte en elaborador de una nueva norma³¹². A la primera cuestión ya hemos respondido. Es relevante y no accidental, que la parte de un conflicto sea un “débil jurídico”, en particular un consumidor, como así también es decisiva la multinacionalidad del caso. El segundo interrogante nos introduce en el problema de averiguar qué principios jurídicos regulan las relaciones de consumo, el Derecho In-

³¹⁰ REZZÓNICO, *Principios...*, p. 155.

³¹¹ “El principio fundamental de justicia según el cual los casos iguales deben decidirse igual, lleva al análisis de la analogía de los casos. ¿Qué circunstancias autorizan a distinguir los casos para tratarlos de modo distinto? Esta pregunta vuelve a implicar la relación entre norma y precedente. La aplicación de una norma requiere comparar el caso y la norma. Hay que equiparar, en virtud de cierta semejanza, lo que la norma establece y la situación fáctica presenta. De la equiparación surge el sentido de la norma. Hay que desentrañar el sentido en que el legislador ha equiparado el grupo de casos de la vida real que consideró “iguales”. Lo equiparado no es realmente igual. Es abstractamente igual. En realidad es análogo. La analogía permite la abstracción es toda norma general. De aquí la enorme importancia de ver las normas y los casos desde el punto de vista de la analogía. Por ello, las obras de exposición sistemática ya no pueden limitarse a dar cuenta de las normas y los principios generales. Han de ilustrar también el funcionamiento de las normas en su aplicación a los casos”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. XXIX (correspondiente a la presentación de la 2ª Ed). Ver también CIANCARDI, “Interpretación por analogía...”, pp. 444-445.

³¹² “(...) el encargado del funcionamiento como repartidor [el juez] puede optar a menudo por otra, por ejemplo, en lugar de interpretar o aplicar puede tomar, abierta u ocultamente, el camino de la lisa y llana elaboración. Aunque sea pertinente decir y hacer realidad el Derecho existente, puede optar por hacerlo nuevo. En la jurisdicción está en gran medida presente el enorme poder que —salvo limitaciones fácticas— suele contenerse en el funcionamiento de las normas. Las tareas del funcionamiento se mueven siempre entre la lealtad al Derecho existente y la creación de uno nuevo y en ese espacio se produce la gran potestad de quienes están encargados de la labor jurisdiccional”. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 67.

ternacional en general y el Privado en particular, la jurisdicción competente, el comercio internacional, etc. Todos estos sistemas o subsistemas con sus normas pueden aportar algo similar y algo diferente de donde extraer inductivamente los principios jurídicos que fundamenten un sistema normativo regulador de la jurisdicción competente en conflictos multinacionales que involucran a consumidores.

En esta construcción habrá que atender, en primer lugar, a la situación fáctica existente, vinculada al funcionamiento de la economía internacional, la realidad de los negocios, los modos de consumir, la sociedad del bienestar. También deberá prestarse atención a la situación histórica del desarrollo del derecho internacional y las asimetrías jurídicas y jurisdiccionales, ya sea por la existencia de disparidades en los sistemas nacionales como por la existencia de bloques económicos. No se podrá dejar de lado el ideal de justicia, meta de todo el ordenamiento. “Una jurisdicción sólo puede construirse cuando se apoya en datos reales, históricos, ideales y racionales”³¹³.

Este proceso interpretativo pretende ser fiel a “los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (última parte del Art. 16 CC). Esta norma general también será de aplicación a la universalización del problema, debido a que los principios permiten la heterointegración por su fuerza expansiva, no meramente lógica sino valorativa, más allá del orden legal, trascendiendo el derecho positivo.

De esta manera, luego de la verificación de las lagunas, la solución metodológica que se impone debe recurrir a la analogía y los principios, de modo de poder construir ese subsistema³¹⁴. En palabras de BOGGIANO,

“Estos principios, criterios o reglas imponen una respuesta positiva a la pregunta relativa al modo de integrar el sistema de derecho internacional privado. No es suficiente acudir sistemáticamente a la *lex fori* en ausencia o silencio de normas de derecho internacional privado. Por el

³¹³ CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 69.

³¹⁴ Cfr. NAJURIETA, “Los principios generales del derecho en el desarrollo del Mercosur”, p. 868.

contrario, los jueces deben integrar el sistema recurriendo a la analogía y a los principios generales del derecho internacional privado. Estos principios generales, entre los cuales el principio de armonía internacional de las decisiones alcanza un valor fundamental, constituyen lo que puede caracterizarse como un derecho natural inmanente al derecho internacional privado positivo de los distintos países”³¹⁵.

II. B. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROTECTORIO

Corresponde ahora establecer cuáles deberían ser las pautas para la construcción de un sistema jurídico —no limitado a los aspectos normativos puros— para la protección del consumidor transfronterizo y en particular la atribución de jurisdicción. Desde la perspectiva lógica del sistema, en algunos casos las relaciones entre las acciones de los agentes y los hechos pueden determinar razones para la acción. En la medida que una acción se toma como un hecho que determina otra acción, el sistema normativo puede ser considerado una relación entre acciones³¹⁶. Las acciones que potencialmente pueden perjudicar a un consumidor, o una omisión como es impedirle una adecuada defensa de sus intereses, es una razón para determinar conductas. De esta manera, los hechos son razones y las reglas son objetos del sistema jurídico. También existen relaciones entre distintas razones para justificar una acción, las que conforman una “razón completa”. Así, las debilidades sucesivas, y continuadas o permanentes del consumidor transfronterizo, son razones completas³¹⁷.

Por tanto, el capítulo II de este trabajo se justifica en que verificada la existencia de una “razón para” solucionar un “problema”, que tanto la “razón para” como “el problema” pretenden el carácter de universal, y

³¹⁵ BOGGIANO, Antonio, *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*, La Ley, Buenos Aires, 1993 p. 89.

³¹⁶ Cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, p. 21.

³¹⁷ *Idem*, p. 25 y ss., concepto que no desarrollaremos por exceder este trabajo. De todos modos cabe asumir que una “razón completa” es el enunciado por cualquier conjunto de premisas que implique que hay una razón para realizar cierta acción. *Idem*, p. 27.

cuanto más fuerte sea el valor involucrado como sustento de esa razón, más justifica su pretensión de universalidad, y por lo tanto de convertirse en una justificación de normas y principios aplicables a todo tipo de relación de consumo transfronteriza. Por ejemplo, será apta para pretender solucionar todos los conflictos jurisdiccionales, y como razón para obligar (normativamente) a brindar una solución jurisdiccional en determinado sentido. A su vez, otras soluciones no son válidas, debido a que ciertas “razones para”, por no ser “razones completas”, no son suficientes en comparación con otras “razones para” que no resultan concluyentes³¹⁸.

El orden de razón correspondiente a un sistema jurídico siempre pertenece a una comunidad determinada. Aquí nos interesa el sistema jurídico de la protección del consumidor en una comunidad internacional, que a su vez es interdependiente de otros órdenes de razón, tanto de la misma como de otras comunidades³¹⁹. En algunos casos la interdependencia será más estrecha, como ocurre en nuestro caso con el derecho del comercio internacional, y en otra más lejana, por ejemplo con el sistema internacional de pagos interbancarios.

El ‘orden jurídico’, como indica GOLDSCHMIDT, es la forma del ordenamiento jurídico que describe normativamente el orden de repartos y su forma literaria usual es la recopilación. Por otra parte, “el sistema jurídico es la forma del ordenamiento jurídico que refleja el orden de repartos en una totalidad normativa que, como totalidad que es, constituye un ente orgánico autosuficiente que se desvía en numerosos aspectos del orden de repartos cuyo conocimiento, sin embargo, sigue siendo su finalidad principal”. En este caso la forma literaria normal del sistema es la codificación. “La verdadera diferencia (entre orden y sistema) está en lo que se suele llamar la plenitud o hermeticidad del sistema jurídico o

³¹⁸ *Idem*, pp. 25-32.

³¹⁹ En palabras de DOLINGER: “Every legal system is built upon principles that reflect its fundamental conceptions and its basic values. The rules, containing specific norms, are elaborated on the basis of and in accordance with those principles. The rules are the application to specific situations and relationships of the guiding ideas expressed in the principles”. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 229.

sea su cualidad de poseer soluciones predibujadas para cualquier caso que se presente”³²⁰.

Otros autores consideran que las notas generales de los sistemas y que aparecen en todas las definiciones de los especialistas son el ‘orden’ y la ‘unidad’. El primero hace referencia a una coherencia interna, racionalmente captable, fundada en la cosa misma. La unidad hace referencia a que no puede romperse en una serie de unidades desconectadas sino que se reconduce a una pequeña cantidad de principios básicos. El sistema intenta abarcar la totalidad de la justicia en una suma de principios racionales atendiendo a una determinada forma de vida social³²¹.

El orden interno y la unidad que se predicen del derecho pertenecen a su exigencia ético-jurídica. Es propio del ‘orden’ actuar en justicia, ya que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia, a actuar consecuentemente, por motivos objetivos. Por tanto, se exige coherencia valorativa con el principio de igualdad. Por otra parte la ‘unidad’ también se remite al principio de igualdad, para que el sistema esté exento de contradicción, como manifestación de la tendencia generalizadora de la justicia: tratar a todos por igual, de lo contrario el derecho quedaría abierto a la arbitrariedad a través de particulares valoraciones inconexas. De allí que se procure que unos pocos criterios generales faciliten la igualdad mediante la unidad del sistema. El sistema, entonces, se justifica por el mandato de justicia y sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización³²².

La seguridad jurídica, otro importante valor, puede ser entendido como: a) cognoscibilidad y previsibilidad del derecho; b) como estabili-

³²⁰ GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, p. 311. La “hermeticidad” en cuanto aspecto propio del sistema, será matizado más adelante. En cuanto a la unidad y coherencia del sistema de Derecho Internacional Privado junto con el de derecho interno, cfr. JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 129 y ss

³²¹ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm, *El Sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, trad. de la 2ª ed. alemana de Juan Antonio GARCÍA AMADO (*Systemdenken und Systembegriff in den Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2. überarbeitete Auflage. Berlin, 1983), pp. 20-22

³²² *Idem*, pp. 24-26.

dad y continuidad de la legislación y la jurisprudencia o; c) simplemente como practicabilidad de la aplicación del derecho. En todos los casos la 'seguridad jurídica', como valor, hace referencia al sistema como derecho ordenado y dominado por pocos principios abarcables y requiere de un derecho orientado al sistema. En palabras de CANARIS,

“Aquella tarea del concepto de sistema es, por decirlo una vez más, presentar y realizar la coherencia valorativa y la unidad interna del ordenamiento jurídico”³²³.

Si admitimos que estamos ante un nuevo orden de razón, una realidad que requiere ser normativamente regulada, un problema, que existe carencia de soluciones adecuadas y que la aplicación de las existentes no satisface los requerimientos de justicia, se impone la pregunta acerca del rol de los principios. ¿Qué principios rigen las nuevas cuestiones? Determinados estos, ¿existen principios en colisión? En caso de que sea necesario efectuar ponderaciones de los principios, ¿cómo los sopeso, cómo los valoro? ¿Por qué o cuándo será preferible elegir el principio de defensa en juicio o el *favor debilis* o la efectividad de las decisiones, antes que el *pacta sunt servanda*, la autonomía de la voluntad o la seguridad jurídica? ¿Puede una ponderación repetida típicamente ante hechos similares justificar una positivación de la solución? ¿Esa solución es universalizable internacionalmente? ¿Un principio en concreto o determinada ponderación entre principios y normas puede ser considerada parte del orden público internacional? En fin, la utilidad y necesidad del planteo parece evidente.

El sistema jurídico, en cuanto regulador de una determinada esfera de conducta posee características que le son propias³²⁴. En nuestro caso, regula las conductas internacionales de los proveedores y consumidores mediante normas que exigen, permiten o autorizan el ejercicio de un

³²³ *Idem*, p. 26.

³²⁴ *Idem*, p. 174. Refiriéndose a los requerimientos de todo sistema jurídico, aclara que “el Derecho internacional es un caso de frontera de una clase diferente. Reúne las condiciones establecidas en esta sección pero es dudoso que pueda considerarse un sistema institucionalizado”.

poder. En este sentido, pretendemos que nuestro sistema sea omnicomprehen-sivo, supremo y abierto.

II. B. 1. El sistema protectorio debería ser omnicomprehen-sivo

El sistema protectorio del consumidor transfronterizo pretende regular cualquier tipo de conducta relevante a sus fines, en muchos casos de modo interdependiente con otros sistemas, que a su vez regularán sus propias esferas de competencia. No debería tener limitaciones de materia en cuanto a los casos cubiertos, aunque sí de finalidad. Regirá todas las conductas de los proveedores y consumidores en las relaciones de consumo transfronterizas³²⁵. Este sistema no requiere, en principio, regular la conducta de todo el mundo, sino de una comunidad, por lo tanto perfectamente podríamos tener un sistema protectorio de casos multinacionales aplicable en una comunidad nacional, que a su vez debería ser interdependiente de los sistemas similares de cada país.

En palabras de GOLDSCHMIDT:

“La característica del sistema es, pues, su carácter exhaustivo, su cualidad de contener soluciones para cualquier evento. Si se identifica el sistema a la codificación, por ejemplo al Código de Napoleón o al de Vélez Sársfield, claro está que no sería sensato hablar de tal carácter exhaustivo, toda vez que saltan a la vista los vacíos contenidos en toda legislación. Al contrario, la afirmación del carácter exhaustivo posee su justificación, si se entiende por sistema la totalidad de las normas, capten fuentes formales o materiales. En este caso, y añadiendo a la interpretación de las normas, su determinación e integración, en efecto, resulta posible aplicarlas a cualquier supuesto, hacerlas realmente funcionar³²⁶.”

De todos modos, esta “plenitud necesaria”, no será posible mediante el sólo recurso a las herramientas del derecho positivo³²⁷.

³²⁵ *Idem*, p. 175.

³²⁶ GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho...*, p. 313

³²⁷ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, pp. 77-81.

II. B. 2. La supremacía del sistema protectorio

El sistema jurídico de protección del consumidor transfronterizo debería tener autoridad para regular el establecimiento y la aplicación de otros sistemas institucionalizados por su comunidad-sujeto, como por ejemplo sobre el propio de las relaciones de los comerciantes internacionales pertenecientes a esa comunidad. En teoría no requiere *per se* que tenga supremacía sobre todas las organizaciones normativas a las que pertenecen miembros de su comunidad-sujeto; podría serlo sólo sobre algunas, siendo compatible su coexistencia, por ejemplo, admitiendo la validez extraterritorial de algunas normas de otros sistemas³²⁸. Esa injerencia externa deberá estar prevista en el sistema mismo, con lo cual conserva su supremacía. Tal sería el caso del reconocimiento de la sentencia extranjera mediante el control de la jurisdicción extranjera, es decir la jurisdicción indirecta.

II. B. 3. La apertura a otros sistemas

El sistema de protección del consumidor transfronterizo debería dar fuerza vinculante a normas que no pertenecen a él, adoptándolas. Como todo sistema, tenderá a la apertura a fin de sostener y apoyar otras formas de agrupamiento social, como por ejemplo un código de conducta de una organización de empresarios. Los contratos, reglas y costumbres de individuos y asociaciones son admitidas e imponen su cumplimiento mediante reglas de conflicto que validan las disposiciones jurídicas de otros países. Estas normas externas no son parte del sistema, sin embargo son reconocidas y hechas vinculantes por medio de exigencias hechas a los tribunales para que actúen sobre la base de esas normas y las impongan³²⁹.

³²⁸ Cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, p. 177.

³²⁹ *Ibidem*.

De acuerdo a esta característica de los sistemas jurídicos, el orden interno estatal manifiesta una recíproca apertura con los otros sistemas nacionales, y busca su coordinación para garantizar su continuidad³³⁰.

El sistema jurídico protectorio, entonces, estará formado por ciertas normas que dotan de potestades a los agentes, cómo por ejemplo la atribución de jurisdicción. Un sistema protectorio es interdependiente, por ejemplo, con un sistema del comercio internacional, y la admisión que hace este último de las legítimas potestades de los consumidores obligan a pasar de un subsistema a otro. La relación de consumo dará lugar a la regulación de ciertas conductas de modo diferente al previsto por el derecho comercial, de modo que la atribución de jurisdicción remitirá a un subsistema nacional, que tendrá o no coincidencias con el propio del derecho internacional del comercio. Por tanto, una consecuencia de la apertura del sistema protectorio será el respeto de las otras jurisdicciones y el reconocimiento de sus sentencias.

También es posible que, a la inversa, un sistema no reconozca la injerencia de las normas de otros sistemas o no pretenda la regulación de ciertas esferas de conducta. En el caso de la protección del consumidor, debido a la existencia de normas imperativas en los ordenamientos nacionales, se pueden excluir de modo anticipado otros sistemas, al modo del Art. 2 de la Convención de Viena de 1980, que se autolimita en su aplicación a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico³³¹.

³³⁰ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 794

³³¹ En cuanto a la exclusión que hace la Convención de Viena de 1980, parece oportuno transcribir la opinión de JARAMILLO VARGAS: "En cuanto a esta exclusión, la doctrina es unánime al explicar que se debe al hecho de que, en la actualidad, los países consagran en sus ordenamientos normas especiales, protectoras de los consumidores, que revisten el carácter de orden público y que, en esa medida, presentan pocas posibilidades de flexibilización. Las disposiciones protectoras del consumidor se dirigen a un grupo diverso de aquel para el cual, en términos prácticos, está dirigida la Convención, es decir, para los comerciantes. Pero además son normas que, dada su misma naturaleza protectora frente a los consumidores, reñirían frecuentemente con otros ordenamientos, que en mayor, menor o diversa medida son protectores de esta clase de sujetos contractuales. La exclusión de los consumidores es, en nuestro sentir, uno de los argumentos que nos permite afirmar que si, en su articulado, la Convención pretende no distinguir los

La apertura del sistema también puede observarse desde otra óptica. Si este se asienta sobre principios generales que encarnan valoraciones, los cambios valorativos que suceden en las comunidades tendrán que afectar la conformación del sistema (cfr. II. C. 2).

“Así pues, hoy pueden tener validez y determinar el sistema principios nuevos y distintos a los de hace unas pocas décadas. En última instancia esto se deriva de que el sistema, como unidad de sentido de un concreto ordenamiento jurídico, comparte su modo de existir, es decir, que no es estático, sino dinámico y, por tanto, acredita la estructura de la historicidad”³³².

De esta manera se comprende entonces que al día de hoy el sistema de Derecho Internacional Privado no contemple aún un conjunto armónico de soluciones para los conflictos transfronterizos que afectan a consumidores, como así tampoco los sistemas protectorios internos no tengan en cuenta la internacionalidad de los casos, o los procedimientos judiciales la atención de casos de menor cuantía en los que está presente una relación de consumo transfronteriza³³³.

Las mutaciones del derecho en el sentido de respuestas a nuevos problemas que introduce con criterio de validez un nuevo principio, no es simplemente un nuevo sistema, sino que implica variaciones paulatinas y continuadas. Esto incluso cuando es el legislador quién modifica o agrega nuevos principios, a salvo la posibilidad —no es aquí el caso— de que el sistema sea creado nuevo o reemplazado en su totalidad uno anteriormente existente³³⁴. El sistema que estamos tratando de estruc-

comerciantes de aquellas personas que no los son, en la práctica este instrumento está dirigido al gobierno de relaciones entre los primeros, en cuanto operadores comunes y permanentes del comercio internacional. JARAMILLO VARGAS, Jorge (director) “Ámbito de aplicación y disposiciones generales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: aplicación en el derecho colombiano”, *REVISTA e - Mercatoría* Volumen 1, Número 2. (2002), p. 31.

³³² CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, p. 73.

³³³ REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre Consumo* 79 (2006), pp. 59-73, en 61.

³³⁴ Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, pp. 73-74.

turar —como todos los sistemas jurídicos— será por naturaleza cambiante, en una unidad de sentido en permanente transformación, por lo cual la consolidación será provisoria.

II. C. LA TÓPICA Y LOS PRINCIPIOS INTEGRANTES DEL SISTEMA JURÍDICO

La necesidad de acudir a los principios se debe a que el sistema protectorio internacional del consumidor está —por decir así— en construcción. En todo programa o proyecto, es de personas cuerdas comenzar por lo primero; he aquí también la raíz etimológica de la palabra principio: *principium* o comienzo, que deriva de *princeps*, aquel que ocupa el primer lugar, el príncipe (*prince*)³³⁵. Mucho más relevante resulta en esta especialidad, donde el diálogo entre reglas y principios es permanente, a modo de ensayo y error, donde los principios plantean de modo habitual los límites de las reglas³³⁶.

Esto así, enfocaré el problema³³⁷. La perspectiva de la tópica jurídica, propuesta por Theodor VIEHWEG, indica que el planteo problemático requiere primero identificar la cuestión que resulta acuciante e ineludible, para luego intentar descubrir cuáles son los “tópicos”, los datos

³³⁵ Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 204. Para ejemplificar, este autor incluso menciona las primeras palabras de la Biblia, tanto del Antiguo Testamento —“En el principio creó Dios el cielo y la tierra. La Tierra era caos y vacío, la tiniebla cubría la faz del abismo y el espíritu de Dios se cernía sobre la superficie de las aguas” (Génesis 1.1-2), como del Nuevo Testamento— “En el principio existía el Verbo, y el Verbo estaba junto a Dios, y el Verbo era Dios” (San Juan, 1.1).

³³⁶ Al decir de DOLINGER: “Conflicts of laws has always worked with rules and principles, in a constant dialogue, o perhaps a permanent battle, between the technical approach of strict connecting rules, that link every relationship to a certain legal system, and the more philosophical, value-oriented, policy-motivated principles that very frequently modify the rule-based solution. This internal “conflict” within the science of conflict of laws is what turned it into a complex, difficult but very rewarding, study”. DOLINGER, “Evolution of principles...”, Introduction, p. 200.

³³⁷ Una descripción concisa y contundente respecto de la necesaria utilización del método problemático/aporético (la tópica jurídica) junto e incluso como parte del sistemático es brindada por REZZÓNICO, *Principios...*, pp. 92-99. Los principios resultan *tópicos* de gran relevancia en la solución de problemas jurídicos.

desde donde responder a la situación planteada³³⁸. Por tanto, si la solución no está en el sistema, o bien no existe un sistema, entonces hay que dirigir la mirada primero al problema. Una serie de deducciones puede constituir un sistema, pero si la solución no está allí, es decir si el problema resulta irresoluble, o la cadena de razonamientos no elimina el problema, que aparece por doquier, la solución sólo puede provenir de un sistema distinto. El problema mismo busca un sistema que le aporte la solución³³⁹.

VIEHWEG distingue entre tópicos de primer y segundo grado; estos últimos se refieren, por lo general, a un catálogo o vademécum ya probado y experimentado como adecuado para aportar soluciones a problemas similares. Pero no debe perderse de vista que la utilidad de los tópicos no es a la manera de las deducciones lógicas a partir de conceptos fundamentales. No estamos ante un método lógico, sino algo anterior, que indica cómo se encuentran las premisas³⁴⁰.

En definitiva, así es como actúa el derecho: sin las adecuadas descripciones no son posibles justas prescripciones³⁴¹. Se trata de estable-

³³⁸ VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 53 y sig. Cfr. CIANCIARDO, Juan, "Problema y Sistema, una aproximación al pensamiento de Theodor Viehweg", nro., *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 25 (2006).

³³⁹ Cfr. CIANCIARDO, "Problema y Sistema...", nro. 3. El pensamiento sistemático limita el campo de búsqueda de la solución, mientras que el pensamiento aporético tiene ante sí panoramas fragmentarios VIEHWEG denomina aporía a una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la cual no está indicada una salida. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 49 y 56-57. Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Editorial Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1988. Pero esta contraposición en realidad puede ser una diferencia temporal en la solución del problema, ya que se complementan mutuamente y se interpenetran. Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, p. 180.

³⁴⁰ Cfr. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 63. Lo que la tópica pretende es un medio para traer a la luz, ante cada problema, distintas alternativas para su solución. Cfr. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, p. 77. Este autor considera que la tópica se ocupa de las alternativas, y no de las soluciones o del modo de obtener las necesarias decisiones. En este sentido, lo propio de este Capítulo no es brindar esas soluciones acabadas, lo que queda reservado para los Capítulos posteriores.

³⁴¹ En la conformación de los *topoi*, resulta útil hacer referencia a las acepciones del "valor" consideradas por GOLDSCHMIDT. Los valores tienen una primera misión de indicador del "deber ser ideal", independientemente de cómo se juzgue su vigencia. Luego,

cer lo justo aquí y ahora, por lo que, desde la tónica, los enunciados no serán definitivos³⁴². Finalmente, habrá que acudir al sistema como un lugar donde se encuentran los principales *topoi*, es decir las normas válidas y vigentes, intentando no quedarse en la ‘correcta comprensión’ sino en la ‘acción correcta’, qué es lo adecuado para resolver el conflicto del consumidor transfronterizo³⁴³. Aquí se nos presenta el principal e invaluable aporte de la tónica: cuando faltan las valoraciones legales suficientes o no existe todavía un sistema.

Habrà que acudir, entonces, a los lugares comunes, criterios, argumentos, fórmulas de búsqueda, directivas argumentativas, que permitan orientar la solución del problema³⁴⁴. Al modo de quién revuelve en un “almacén de provisiones” en busca de la herramienta adecuada para lograr la mejor aproximación. Aquí están, entre otros elementos, los principios jurídicos. La distinción entre sistema y ordenamiento, se refiere, en gran medida, a los componentes de uno y otro. El ordenamiento consiste en un conjunto coherente y lógico de normas, mientras que el sistema tiene mayor plasticidad, ya que entre los elementos que pueden servir de aporte a la solución encontramos los principios. Estos forman parte de esos ‘tópicos’ que iluminan el problema, como integrantes (y fundantes) del sistema jurídico³⁴⁵.

Esto mismo nos sucede con el pretendido sistema jurídico de protección del consumidor transfronterizo, formado por elementos del Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional y Derecho Internacional Privado de cada Estado conectado. A su vez estas reglas interactúan con los distintos derechos privados: civil, comercial, contractual,

el valor realiza “valoraciones”, mide y estima los hechos sociales. En caso de que el valor no se realice, y esto de lugar a repartos injustos, surge un deber ser actual que reclama un cambio de la realidad, para adaptarla al valor. Finalmente, los valores actúan como orientadores de la conducta humana, para que esta se adapte, mediante el actuar en las virtudes, a los bienes objetivos que los valores trasuntan. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, numerales 128-134.

³⁴² Cfr. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, pp. 78-79.

³⁴³ Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, p. 180.

³⁴⁴ Cfr. CIANCIARDO, “Problema y Sistema...”, nro. 2.

³⁴⁵ Cfr. HINESTROSA, “Des principes généraux du droit...”, p. 503.

régimen propio del derecho del consumo. También contiene elementos de derecho público: procesal, administrativo, derecho público económico, penal³⁴⁶. Todas estas normas (principios y reglas) interactúan entre sí, estableciendo relaciones lógicas y pretensiones de justicia sustancial. Este será nuestro “almacén de provisiones”³⁴⁷.

Al incorporar los principios doy por supuesto que las soluciones no serán las propias de un sistema lógico perfecto. En el caso particular, la interacción de diversos Estados nacionales no permite lograr soluciones materiales uniformes, y en muchos casos ni siquiera normas de conflicto o de atribución de jurisdicción comunes. Faltará un sistema hermético y absolutamente previsible de todos los supuestos, pero podré delinear un marco aproximado, capaz de construir la solución en el caso concreto³⁴⁸. Pasaré revista ahora a cuáles serían los principios que deberían conformar nuestro sistema.

³⁴⁶ Cfr. BERGER, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the Lex mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999, p. 231, donde invoca un planteo interdisciplinario semejante para la conformación del sistema de la *lex mercatoria*.

³⁴⁷ Cfr. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 60. Es recurrente la demanda de sistemas jurídicos internacionales unificados. En el siglo XIX y comienzos del XX existía un gran optimismo en la elaboración de instrumentos de unificación legislativa, bajo la concepción de que era posible reunir en un único, lógico, comprensivo y coherente código, todas las normas relacionadas a determinada materia. Cfr. BONELL, *An International Restatement...*, p. 2.

³⁴⁸ “Cuando se ha formado un catálogo de los tópicos admisibles, se produce, en el desarrollo ulterior del pensamiento, conforme se pretendía un vínculo lógico, que, sin embargo no se puede extender demasiado, porque (...) la vinculación con el problema sólo permite series de deducciones de corto alcance, que pueden interrumpirse en cualquier momento a la vista del problema. [...] Pero no puede tampoco renunciar por completo a ellas. Por el contrario, tiene un interés especial en establecer determinadas fijaciones. [...] Los tópicos y los catálogos de tópicos tienen una extraordinaria importancia en orden a la fijación y al establecimiento de este entendimiento. [...] Hasta aquí los tópicos y los catálogos de tópicos ofrecen un auxilio muy apreciable. Pero el dominio del problema exige flexibilidad y capacidad de ensanchamiento. [...] El repertorio es elástico. Puede agrandarse o empequeñecerse”. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 64-65.

II. C. 1. La noción de 'principios generales'

El sistema en construcción, como todo sistema jurídico, estará conformado por una agrupación lógica y coherente de juicios deónticos, cuyo género son las normas y las especies son los principios y las reglas. Tanto unos como otras son fuentes de las definiciones deónticas que hacen los juristas al indicar cuáles son las conductas prohibidas, obligatorias o permitidas en derecho³⁴⁹. Los principios sustentarán razonablemente una o un conjunto de reglas dispositivas: son derecho sin ser reglas³⁵⁰. Son un punto de partida, pero no reducible a su vez a otros puntos de partida, por lo menos de la misma especie. Sí dependerán sin duda de los primeros principios o axiomas del conocimiento, no en sentido temporal sino lógico. Principio, entonces, es aquello de donde algo procede, pudiendo pertenecer a la realidad, al movimiento o al conocimiento³⁵¹.

En el caso de los principios jurídicos, son el fundamento y la medida de lo que debe ser el derecho positivo³⁵². Como indica BIELSA,

³⁴⁹ Cfr. VIGO, Rodolfo, *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 30. Este autor toma como género las reglas y los principios y normas como sus especies, pero otros autores hacen referencia a las reglas como especie de las normas. Sin entrar en polémicas semánticas, nos referiremos a las normas como el género, aunque de acuerdo al lenguaje de algunos autores las expresiones "reglas" y "normas" podrán ser utilizadas indistintamente. Respecto de la anarquía lingüística, DOLINGER dedica varios párrafos a aclarar situaciones en que se hace mención a 'principios' que no lo son, o al uso indiscriminado o sinonímico (equivocado) de las expresiones 'principios' o 'reglas'. Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", pp. 214-235. Lo mismo se puede decir de la adjetivación que han recibido los principios: 'absolutos' o 'relativos', 'orientadores', 'generales'. Menciona como casos paradigmáticos de confusión los llamados Principios UNIDROIT (p. 224) o el informe Giuliano-Lagarde sobre la Convención de Roma de 1980 sobre Derecho aplicable a las obligaciones contractuales (p. 227).

³⁵⁰ La comprobación de la importancia de los principios en un sistema de fuentes del derecho, puede observarse primordialmente en el art. 38 de. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que los incluye como "*the general principles of law recognized by civilized nations*". Desarrollaremos más este rol de los principios en el número III. B. 1, p. 215 y ss. Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", pp. 210-211.

³⁵¹ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 54.

³⁵² Cfr. VIGO, "Los principios generales del derecho...", p. 860. A los fines de este trabajo, he tomado este sentido por primordial, sin desconocer que existen otros: a) un

“un principio de derecho no es una simple noción o modo de pensar sobre una cuestión. Él debe tener una *base jurídica*, racional, histórica en muchos casos. Una actitud o parecer, aunque se justifique por motivos de oportunidad, no es principio³⁵³.”

REZZÓNICO, por su parte, los define como las

“ideas ético-jurídicas fundamentales para un grupo social, poseedoras de mayor o menor grado de generalidad y abstracción, sirviendo a la solución de conflictos, vigentes con independencia de su textualización, y que actúan como criterios valorativos abiertos y flexibles de orientación, guía e interpretación para los particulares y el juez, poseyendo carácter basilar, informador, respecto de diversas materias jurídicas, constituyendo un límite a lo arbitrario”³⁵⁴.

En cuanto al contenido de cada principio, lo que se debe hacer, no hacer o se puede hacer, es de difícil concreción, y esto es lo que me propongo en esta parte del trabajo en cuanto se refiere a la protección del consumidor en sus relaciones transfronterizas³⁵⁵.

De acuerdo a CIANCIARDO, citando a ALEXY, la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y

elemento de una disciplina específica (del Derecho Internacional Privado, por ejemplo); b) un valor, como principio del obrar correcto; c) como instrumento, tal el principio de no contradicción; d) una regla abstracta, aplicable a particulares y concretas situaciones; e) noción fundamental, o espíritu del sistema, etc. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 214.

³⁵³ BIELSA, *Metodología Jurídica*, p. 102.

³⁵⁴ REZZÓNICO, *Principios...*, p. 57.

³⁵⁵ El legislador, al elaborar las reglas, no puede dejar de reconocer estos principios últimos, fines y valores de la realidad; es más: sin principios el sistema será inorgánico. Por tanto, en su mayor parte serán útiles para la elaboración de legislación material, conflictual o bien para la atribución de jurisdicción. Del mismo modo, deberán ser considerados por los jueces al resolver el caso concreto o por las partes al preparar sus contratos. En palabras de BOGGIANO, “(...) La diferencia está en que el principio general tiene, por la cercanía con la noción de fin y de valor, un carácter general y fundante de la norma que orienta en el proceso de funcionamiento de la misma norma”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T III, p. 792. “De esta manera “(...) el derecho se impone en este sentido al legislador, quien, al establecer ciertas normas toma contacto, aunque no lo sepa o reconozca, con fines, valores y principios últimos de la realidad. La referencia a ellos es inamovible”. *Idem.*, p. 806.

es una clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico³⁵⁶. Esta es la razón por la cual resulta frecuente que los principios se encuentren positivados en declaraciones de derechos y garantías y en las partes dogmáticas de las constituciones, como por ejemplo el Art. 42 de la CN. No en vano, cuando un principio adquiere carácter de regla, su seguimiento es más claro y concreto³⁵⁷.

En la práctica, existe una estrecha relación entre los principios, las reglas y las decisiones, siendo estos últimos los ‘repartos realizados’³⁵⁸. Y, desde el punto de vista del legislador, resulta indispensable el examen de los principios constitucionales cuando quiere construir un sistema normativo y orgánico de legislación, para de este modo poder colmar las lagunas más importantes del ordenamiento legal³⁵⁹. Este mismo es el motivo por el que resulta usual que se preconice la idea de abrazar los principios antes que memorizar una masa de reglas detalladas³⁶⁰.

En cuanto a la función cognoscitiva de los principios, estos posibilitan el conocimiento o elucidación del sentido de una norma, de un principio o de una conducta. El saber jurídico busca reducir los fenómenos a sus principios, ya que traducen valores, no tienen forma de expansión lógica o dogmática sino valorativa³⁶¹. Desde esta perspectiva los principios son flexibles, dan margen al intérprete, son elásticos. Así, la defensa

³⁵⁶ Cfr. CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre –diciembre de 2003, pp. 891-906, en p. 894.

³⁵⁷ Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 215, refiriéndose a los principios fundamentales de la Constitución de la República Federativa del Brasil. Ya insistiré suficientemente en los Capítulos IV y V en que si la CN en su art. 42 protege al consumidor en la “relación de consumo”, el mandato tiene un contenido lo suficientemente preciso para promover un mínimo de protección internacional.

³⁵⁸ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 792.

³⁵⁹ Cfr. BIELSA, *Metodología Jurídica*, p. 634.

³⁶⁰ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 3.

³⁶¹ VIGO, “Los principios generales del derecho...”, p. 864.

en juicio, será una pauta interpretativa frente a conductas que impliquen algún tipo de indefensión del consumidor, desguarnecido en su debilidad jurisdiccional o procesal.

En la actividad judicial existe una importante conexión de los principios con la axiología, para que el juez pueda superar la estrechez legal, alumbrando la decisión con fuerza orientadora³⁶². Acudir a los principios libera al juez de la pesada máquina de subsumir: lo vuelve humano, hace que pueda ver más allá de los textos arcaicos, de las normas inadecuadas o injustas. En la complejidad del proceso de aplicación de la norma se debe elegir, para lo cual al adjudicar repartos se emplearán criterios valorativos, de modo que, al decir de GOLDSCHMIDT, se debe distinguir el criterio de valor de la normas de reparto. Mientras que unos dan una orientación para los repartos, las segundas describen esos repartos³⁶³.

No sucede así de acuerdo al pensamiento positivista, que plantea como característica fundamental de la ciencia jurídica el “formalismo científico”, siendo sus notas distintivas la ciencia constructiva y deductiva. Es decir, a partir de conceptos jurídicos fundamentales construidos desde el ordenamiento, y que por tanto no pueden ser cuestionados o revisados, el jurista debe obtener mediante deducciones las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles³⁶⁴. Resulta claro

³⁶² REZZÓNICO, *Principios...*, p. 66. Esta es la tendencia que se puede verificar en los procesos de armonización o uniformización del Derecho Internacional Privado, tal como lo describe DOLINGER. La actual metodología muestra que el mecanismo anterior era prioritariamente deductivo, a partir de reglas fijas de coordinación (puntos de contacto), aplicables a toda relación contractual. Actualmente la orientación es hacia un procedimiento inductivo, buscando el derecho más cercano, partiendo del análisis de la situación por parte del juez, que tiene ante sí la posibilidad de crear la solución para el caso particular. Ejemplifica la situación con el cambio de perspectiva del *Restatement Second of Conflicts of Laws*, que viró desde reglas fijas y precisas, a criterios o principios orientadores. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 341 y ss.

³⁶³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho...*, pp. 118-126, especialmente 124 y 125. También REZZÓNICO, *Principios...*, pp. 68-69.

³⁶⁴ CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, p. 901.

que esto es insuficiente, y por lo tanto se justifica un análisis principialista del fenómeno jurídico del consumo transfronterizo³⁶⁵.

II. C. 2. El contenido moral de los principios jurídicos de protección del consumidor

Se puede analizar la función valorativa de los principios desde la óptica que lo hace CANARIS, para quien los principios hacen explícita la valoración, traducen criterios valorativos directos. Tienen naturaleza teleológica, y si los conceptos jurídicos presentan dudas (o son inexistentes) se requiere un retorno a la valoración en ellos contenidos: al principio. Estos, al no ser normas, no pueden aplicarse inmediatamente sin conectarse de modo constante con nuevas valoraciones independientes³⁶⁶.

La teoría trialista también coincide en el contenido valorativo de los principios, al decir de CIURO CALDANI:

“Estimamos que las perspectivas de la propuesta de la teoría trialista del mundo jurídico, sobre todo en cuanto se refieren a valores, significan múltiples aportes de gran relieve para el esclarecimiento de la ponderación de los principios. De cierto modo, los principios son valores, positivizados o no³⁶⁷.”

En el presente estudio se trata de justificar la defensa del consumidor en sus relaciones transfronterizas, a través, por ejemplo, del *favor debilis*, como una exigencia del ordenamiento internacional. Los principios tienen un núcleo de “juridicidad intrínseca, radical y forzosa, aunque no hayan sido explícitamente incorporados al derecho por la Consti-

³⁶⁵ Como indica BOGGIANO, “el proceso de regulación normativa de los principios puede requerir complejas creaciones institucionales”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 793. Resulta insuficiente “un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”. La práctica judicial muestra que estos juicios, que denominamos “reglas”, coexisten junto a otras normas de estructura diferente, mucho más abierta y flexible, denominadas “principios”. Cfr. CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, p. 892.

³⁶⁶ Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, p. 55 y ss.

³⁶⁷ CIURO CALDANI, “Bases de la integración jurídica trialista...”, p. 12.

tución, la legislación o mediante decisiones judiciales vinculantes”, e incluso “cuando no han sido incorporados al derecho o cuando nadie los ha utilizado previamente o pensado en ellos como derecho³⁶⁸”.

Por este motivo suele ser muy estrecha la conexión entre los principios generales del derecho y los principios generales del derecho positivo involucrado. En los primeros se estudia su arraigo en el bien o en el valor, lo que nos obliga a no dejarlos de lado en la fundamentación de un sistema jurídico³⁶⁹.

Las valoraciones contenidas en los principios generales de un ordenamiento son los elementos determinantes que hacen visible su unidad y coherencia internas. No es posible detenerse en las decisiones particulares de conflictos que están como ocultas en las normas, sino en las valoraciones básicas más profundas que están incluidas en los principios generales de un ordenamiento. Se debe rastrear la *ratio iuris* subyacente más allá de la *lex* y de la *ratio legis*. Por eso el sistema es, en definitiva, un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho. Con la nota de orden teleológico se hace alusión al elemento de la coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude a la unidad interna³⁷⁰.

Otra característica de los principios que manifiesta su contenido ético es que resulta imposible verificar quién es la autoridad que los promulga o emite, como así tampoco el mismo acto formal de promulgación. Por eso no hace falta recurrir a ninguna regla de reconocimiento,

³⁶⁸ VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, pp. 19-20. También las XI^{as} Jornadas de Derecho Civil, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1987, Comisión 9: “Los principios generales del Derecho son normas axiológicas que, aun inexpresadas, tienen función similar a la de otras y valen para toda una materia (negocios jurídicos, propiedad, familia, responsabilidad civil, etc.), para toda una rama de Derecho (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.) o directamente para toda una esfera de relaciones jurídicas”. Publicadas en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Ley*, 2005, p. 94.

³⁶⁹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 806.

³⁷⁰ La pregunta decisiva siempre será acerca de cuáles son los principios generales de un sector determinado, qué ideas jurídicas se han de ver como constitutivas para la interna unidad de sentido del sector parcial en cuestión, de modo tal que el orden de éste se modificaría en su ‘contenido esencial’ si se modificase uno de esos principios. Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, pp. 55-57.

dado que ellos no sólo permiten que los juristas cumplan la inescindible función de descripción y justificación moral del derecho, sino que además, cualquier admisión por medio de cierta práctica social resulta contingente o innecesaria, aunque allí pueda advertirse su existencia³⁷¹. Esta característica resulta de especial importancia para el sistema protectorio si las regulaciones que se fundamentan en los principios pretenden validez internacional y universal.

El ordenamiento, a partir de los criterios valorativos que introducen los principios, puede, por ejemplo, limitar los cálculos de utilidad. Así, por ejemplo, si el utilitarismo puede indicar que se justifica el mayor bien para el mayor número, como podría ser un menor precio para ‘casi todos’ los consumidores, a costa de que ‘algunos’ puedan ser privados de una indemnización por medio de una cláusula de irresponsabilidad, los principios ejercerán su función correctiva.

En el mismo sentido concluye LARENZ, para quien un sistema lógico-formal y abstracto-conceptual,

“prescinde de de las referencias valorativas que están detrás de las normas y, con ello, falsifica necesariamente la conexión de sentido peculiar del Derecho, la cual no es de naturaleza lógico-formal, sino teleológica”³⁷².

La protección del consumidor implica un problema de valoración, por lo cual resulta necesario elaborar las normas y conceptos que incluyan esos valores³⁷³. Los conceptos —como la debilidad del consumidor— no son valorativos por sí mismos y no enriquecen el pensamiento jurídico, por lo tanto no serán determinantes para elaborar una solución

³⁷¹ Cfr. VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, pp. 16-17.

³⁷² LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 173-174. La única forma de pensamiento sistemático, tanto para la ciencia jurídica como para la filosofía práctica es el sistema abierto y en parte móvil, que está destinado a ser puesto en tela de juicio, y en cierta medida siempre en construcción.

³⁷³ *Idem*, pp. 216-217. Los conceptos técnico-jurídicos contenidos en las normas, elaborados a partir de la lógica formal, permiten razonar con claridad y facilitan luego la aplicación del derecho mediante la subsunción. Así, establecidos por el legislador o por convención de las partes, los conceptos podrán ser definidos en la ley o bien de ella obtenerse con facilidad.

a un nuevo problema de la realidad social, como el caso planteado en esta tesis. Para esto se necesita buscar los principios sustentadores, medir su alcance, establecer su importancia para establecer o comprender una regla³⁷⁴.

II. C. 3. Los principios justifican y completan el ordenamiento

Los principios también tienen una capacidad explicatoria y justificatoria, ya que hacen una descripción breve, sintetizan información. Enuncian una razón que discurre en cierta dirección, establecen un punto de partida del razonamiento jurídico, pero no exigen una decisión particular, como sí hacen las reglas cuando se dan los supuestos de hecho y no hay más remedio que aplicar la consecuencia. Al localizarse comúnmente en el plano de la Constitución, en el derecho más alto, son el fundamento de un conjunto de otras normas³⁷⁵.

El ordenamiento brinda al jurista las pautas de valoración últimas, tanto mediante la Constitución como de los principios que ésta adopta o las normas que de ésta se derivan. Así, justificar una resolución quiere decir que ésta es conforme con esas pautas fundamentales y con la configuración del orden jurídico total³⁷⁶. El proceso no es sencillo, y algunos

³⁷⁴ LARENZ los define así: "Los principios jurídicos no son otra cosa que pautas generales de valoración, preferencias valorativas en relación con la idea del derecho, los cuales todavía no se han condensado en reglas jurídicas inmediatamente aplicables, que son capaces de ofrecer fundamentos justificativos de ellas". *Idem*, p. 218.

³⁷⁵ VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, pp. 11-12 y 17. Muchos de estos principios fundamentales son compartidos por todos los Estados, y en pocos casos podrá decirse que son exclusivos de cierto ordenamiento. Aún coexistiendo distintas concepciones culturales que repercuten sobre los derechos fundamentales (especialmente en el ámbito familiar), hay una participación común en una gran cantidad de valores, lo que se ha traducido especialmente en la sanción de normativas internacionales sobre derechos humanos. Ver también FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 74-75.

³⁷⁶ LARENZ, *Metodología...*, p. 286. También GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho...*, p. 125. "[...] el legislador, cuando le toca dar una ley cualquiera (...) no encuentra una ley modelo en algún código ideal; no tiene más remedio que llevar a efecto un trabajo serio estudiando la realidad social y sus posibilidades." Y también p. 114, al referirse a la necesidad de completud del Derecho Natural, "[...] lo incompleto del Derecho Natural es la necesidad de los principios de recibir reglas derivadas y determinativas a fin de poder

conceptos abiertos, como la buena fe, el abuso del derecho, la equidad o la exigibilidad, difícilmente se puedan definir en un conjunto de palabras, aún cuando se puedan ilustrar con ejemplos.

Tal es el caso del concepto de “cláusula abusiva”, típico supuesto referido a la protección del consumidor, en el cual se debe determinar su contenido real y definir la “relación de equilibrio”. La jurisprudencia, aclarando con ejemplos ilustrativos las ideas jurídicas y principios y comparándolos luego con otros casos, elabora nuevas y más especiales ideas jurídicas en base al análisis de los casos en que aquéllos aparecen, enriqueciendo las pautas relativamente indeterminadas de —por ejemplo— esta “relación de equilibrio”³⁷⁷.

Como vemos, los principios facilitan el razonamiento, al permitir un recorrido de doble dirección: por una parte desde las ideas jurídicas generales a los casos que han de ser enjuiciados conforme a ellas; y, de otra parte, desde éstos a través de los casos típicos e ideas jurídicas más especiales, al principio general³⁷⁸. El aporte a la completud del sistema es indudable, porque la admisión de los principios nos permite ampliar notablemente la capacidad de brindar respuestas. De no hacer uso de ellos, nuestro conflicto jurisdiccional en relaciones de consumo transfronterizas quedaría en muchas ocasiones sin resolver. Adicionalmente, los principios nos permitirán lograr más asequiblemente los objetivos de uniformidad del régimen general³⁷⁹. Veremos, en este sentido, cuán útil será acudir al *favor debilis* o al *in dubio pro consumptore* para enunciar reglas con pretensión de universalidad.

operar sobre la realidad. Como estas reglas se deducen de los principios, no sería tampoco erróneo estatuir que el Derecho Natural es completo en tanto en cuanto contiene los principios necesarios para elaborar un Derecho fabricado, exhaustivo.” En otro lugar, GOLDSCHMIDT pone un ejemplo de principios sustentadores y justificatorios de la Constitución, que incluso pueden declarar inconstitucionales a determinados artículos [reglas] de la misma Constitución. Cita un argumento de la Corte Federal Constitucional alemana, si bien no correspondía su aplicación en ese caso concreto. GOLDSCHMIDT, *Justicia y Verdad*, p. 520.

³⁷⁷ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, pp. 287.

³⁷⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho...*, pp. 124-125.

³⁷⁹ Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 342.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, los principios no son normas de policía o del orden social, entendidas estas como límites apriorísticos a la aplicación del derecho nacional a un caso multinacional. Por el contrario, sí pueden ser parte del orden público internacional, en cuanto impiden la aplicación del derecho extranjero en la medida que sea incompatible con nuestro “espíritu de la legislación” (Art. 14 inc. 2 CC)³⁸⁰. Tampoco los principios son de por sí normas imperativas, pero pueden convertir una norma en imperativa, impidiendo a los particulares la autonomía de la voluntad³⁸¹.

II. C. 4. La incorporación de los principios al sistema protectorio del consumidor transfronterizo

El modo en que los principios son validados y a su vez validadores de normas, es descrito por ESSER³⁸². Un problema real y objetivo obliga al desarrollo de una solución, que primero existe casuísticamente, sin búsqueda ni pruebas de los principios. Luego se apoya de modo pragmático en algunos oportunos pasajes textuales, a los cuales se les concede la prerrogativa de que son utilizados para apuntalar sistemáticamente un principio jurídico que lo trasciende³⁸³.

³⁸⁰ Volveremos sobre este tema más adelante al hablar de los derechos fundamentales del consumidor como integrantes del orden público internacional. Ver p. 358 y ss.

³⁸¹ LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p. 405. “Las normas del derecho imperativo tienen siempre un contenido fuertemente político. Ellas hacen a la realización de ideas de política económica y social, y debido a las relaciones cambiantes están sometidas a procesos de modificación constantes y que, por cierto, a veces se producen en forma sumamente abrupta. [...] Únicamente está fuera de discusión que las normas de policía de la *lex fori* no pueden ser afectadas por las partes por una elección divergente del derecho. Ningún juez puede actuar por encima de las leyes imperativas que hacen al bienestar de su propio Estado, invocando la autonomía de las partes”.

³⁸² ESSER, Grundsatz un Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, p. 5, citado por LARENZ, Metodología..., p. 146 y ss.

³⁸³ A modo de ejemplo de cuáles son estos posibles textos, se pueden considerar la Ley Modelo de UNCITRAL para el Comercio Electrónico, como un esfuerzo de localizar las transacciones del *e-commerce*, a fin de que evitar un comercio sin derecho.

El proceso de formación de estos principios jurídicos y cómo consiguen su reconocimiento no corresponde a una derivación inductiva de la ley de acuerdo a su contenido objetivo de sentido, ni tampoco derivan deductivamente de un sistema de derecho natural ni de un orden jerárquico estable de valores esenciales por sí mismos³⁸⁴. Se trata de una referencia a la “naturaleza de la cosa” o de una determinada institución, que implica un sentido del ser propio de las relaciones humanas y cognoscibles al menos parcialmente. Pero más todavía, se trata de esferas prepositivas de principios ético-jurídicos y de la convicción general³⁸⁵. Los principios se forman primero inconscientemente, “en un largo proceso que transcurre subterráneamente (...), hasta que luego lo obvio, el hallazgo de una idea hasta entonces no formada todavía, encuentra de repente una formulación convincente, que se distancia de la mera interpretación y construcción de lo positivamente existente”³⁸⁶.

Así, por ejemplo, el concepto de “naturaleza de la cosa” se puede extender a “naturaleza de los hombres”, determinando la condición particular de un grupo de personas. La naturaleza del hombre comerciante difiere de la del hombre consumidor. Esa naturaleza significa una orientación para el intérprete, que recibe de esas ‘cosas’ mensajes sobre la manera de cómo proceder³⁸⁷.

Así, el concepto de consumidor que utiliza el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no es el mismo que utiliza cada uno de los Estados Miembros. En el caso de la UE, el consumidor es visto como capaz de analizar críticamente la información; la consecuencia será que el elemento esencial del sistema protectorio, para esta concepción, es la transparencia informativa. Si prevalece la imagen de un consumidor

³⁸⁴ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, p. 147. A esto se refiere VIGO, citando a Georges KALINOWSKI, cuando indica que la incorporación de los principios al sistema jurídico es al modo de los axiomas en los sistemas teóricos, y, en consecuencia, tenemos que los modos de admisión posibles pueden ser por convención o por evidencia, y esta última, a su vez, puede ser empírica o analítica. Cfr. VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, pp. 14 y 15.

³⁸⁵ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, p. 147.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ REZZÓNICO, *Principios...*, p. 88 y nota 63.

preparado que tiene capacidad para decidir en su propio interés y como tomador de riesgo, los requerimientos para la publicidad y el etiquetado, así como la caracterización del concepto de prácticas engañosas no serán iguales que si se considera al consumidor como un sujeto pasivo, automatizado y acrítico, que no lee las prescripciones. Este último es el caso, por ejemplo, de la legislación de los países nórdicos o de Alemania. Estas diferentes concepciones, que son manifestación de las distintas culturas, tendrán incidencia sobre, por ejemplo, el rol de las asociaciones de consumidores o de las oficinas públicas de protección; en el último supuesto deberán necesariamente ser mucho más activas³⁸⁸.

El principio jurídico, continúa ESSER, es descubierto originariamente en el caso concreto; recién después es una fórmula para una serie de puntos de vista típicamente pertinentes. Una vez que el principio ha sido hallado, su posterior desarrollo por la jurisprudencia de los tribunales no es simplemente aplicación, sino un proceso de continua configuración³⁸⁹. Finalmente, para que el principio sea prácticamente eficaz, precisa todavía una acuñación judicial o legislativa. El principio no tiene inicialmente una indicación vinculante, porque le falta la determinabilidad de los casos de aplicación que distingue a la regla jurídica como tal³⁹⁰.

¿Existe este proceso en la protección del consumidor transfronterizo? Y de ser así, ¿tiene su correlación en la atribución de jurisdicción? La jurisprudencia marca una tendencia en el derecho interno, como asimismo en el derecho regional de la UE y otros espacios integrados. Debemos verificar si lo mismo ha sucedido en el plano internacional³⁹¹.

³⁸⁸ WILHELMSSON, "Is there an European consumer law...?", pp. 17-19-

³⁸⁹ Cfr. HINESTROSA, "Des principes généraux du droit...", p. 501.

³⁹⁰ LARENZ, *Metodología...*, pp 147-148. DOLINGER hace una descripción casuística del proceso de surgimiento de los clásicos principios generales (o instituciones) del Derecho Internacional Privado, como el reenvío, fraude a la ley, calificaciones, cuestión previa, etc. Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 240 y ss.

³⁹¹ En el derecho interno argentino este proceso todavía no se ha cerrado, aunque existen fallos judiciales y resoluciones administrativas que reglamentan la previsión genérica del art. 37 LDC. La cláusula de prórroga de jurisdicción a favor del proveedor ha

II. C. 5. La argumentación a partir de los principios y su función interpretativa

La argumentación jurídica a partir de los principios no requiere que éstos estén expresados, aunque un código o ley orgánica siempre —de modo más o menos inmediato— estará sustentado en distintos principios³⁹². El uso argumentativo que se hace de ellos es a partir de sus típicas funciones, de las que mencionaré las cuatro principales: a) interpretativa, ya que aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; b) directiva o programática, al orientar la actividad de los juristas al momento de crear una norma; c) integrativa, ya que proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa (es decir en caso de laguna jurídica) y d) limitativa, por cuanto establece los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia³⁹³.

Otras funciones, indicadas por los autores, se refieren a los principios como fundamentadores del ordenamiento, de modo que legitiman o reconocen la validez de las otras fuentes del derecho. También se asignan a los principios funciones sistematizadoras, ya que posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico. En todos estos sentidos, los principios tienen por objeto otras normas, al darles precisión, orientación, sistematizándolas y fundándolas o supliendo su ausencia.

sido desestimada y declarada presuntamente inválida, en bastantes circunstancias. Volveremos sobre el asunto en p. 408 y ss, y en 673 y ss.

³⁹² Cfr. BIELSA, *Metodología Jurídica*, p. 102. Así sucede con los grandes principios del derecho natural o de índole histórica, aquellos a los que se refiere el art. 16 de nuestro CC, ya citado.

³⁹³ Cfr. VIGO, *Los Principios jurídicos...*, p. 17, con cita de Norberto BOBBIO. En similar sentido, cfr. las XI^{as} Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987, Comisión 9: "I. Los Códigos Civiles latinoamericanos imponen a los principios generales del Derecho como pautas integradoras o interpretativas de las leyes...". Luego de enumerar las referencias codiciales, indica que de allí se desprende una identidad propia del Derecho de los pueblos latinoamericanos. Cfr. *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, p. 94.

Como puede verse fácilmente, esto no lo pueden hacer las reglas por sí mismas³⁹⁴.

Dentro de estas funciones, resulta de especial interés para este trabajo la función interpretativa de los principios. A través de la referencia a principios y conceptos indeterminados, el derecho resulta más flexible³⁹⁵. Mediante la elaboración de normas que colmen las lagunas del ordenamiento, se puede llegar a declarar un derecho preexistente, como por ejemplo la necesidad de acudir a un tribunal que resuelva en justicia. Será en estos supuestos donde “‘decir’ la jurisdicción significa más radicalmente un ‘hacer’”³⁹⁶.

Concretamente, en cuanto a la capacidad de los principios de actuar como base de interpretación de otras normas, si, por ejemplo, hubiera que dotar de contenido a la calificación de “consumidor”, el principio de protección de la parte débil puede acudir en ayuda de los juristas. Así, ARENAS GARCÍA menciona la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 21 de junio de 1978, donde interpreta que el Art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968, al determinar la jurisdicción competente en litigios de consumidores, el concepto de “consumidor” allí utilizado debía ser interpretado restrictivamente, a fin de no crear un fuero exorbitante. Se trataba de todo adquirente que tuviera necesidad de protección por ser la parte económicamente débil en relación con el vendedor, por ser un consumidor final que no adquiere el produc-

³⁹⁴ VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, p. 17.

³⁹⁵ Cfr. HINESTROSA, “Des principes généraux du droit...”, p. 510.

³⁹⁶ CIURO CALDANI, “Criterios integrativistas...”, nro. 13. Los principios actuarían como normas dirigidas, no ya a la conformación de las reglas, sino como criterios de interpretación del texto legal, o la elección de una regla cuando hay dos que tienen aptitud para ser aplicadas al caso. También serían útiles para verificar si cierta regla tiene valor normativo, o para desentrañar su recto sentido en relación al caso. En otros casos, pueden ayudar a medir la extensión precisa de una regla y apreciar su eficacia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia. VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, pp. 190-191. También QUAGLIA, Marcelo Carlos, “La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales”, LL 2006-C, pp. 903-920, en 908-910, respecto del principio de equidad.

to en el marco de sus actividades profesionales o comerciales³⁹⁷. De esta manera, el “principio de favorecer a la parte débil” sirvió para interpretar un concepto que no resultaba autosuficiente. En el caso resultó tratarse de un comerciante.

Posteriormente, se discutió la aplicación del Convenio de Bruselas a contratos celebrados no estrictamente por “consumidores” sino “ahorradores”. En la cuestión prejudicial ante el TJCE, resuelta por la Sentencia de 19 de enero de 1993, se resolvió que el Art. 13 del Convenio de Bruselas podía ser aplicado a un contrato de comisión para la adquisición y colocación de divisas y valores mobiliarios. En este caso, a diferencia del anterior, se resolvió por una interpretación amplia: quien coloca sus ahorros en Bolsa o adquiere algún tipo de producto financiero no por ello se convierte en un inversor profesional.

En ambos casos se manifestó la misma necesidad de protección de la parte débil frente al empresario. Es el principio subyacente al derecho del consumo: amparar al particular que contrata con el comerciante o profesional dotado de una información, experiencia e infraestructura de la que carece su cocontratante, y que le coloca en una posición de superioridad³⁹⁸. Vemos aquí cómo un principio expresa toda su fuerza interpretativa.

Junto a ésta, encontramos la función programática de los principios. Así se puede observar con toda claridad en el Art. 42 de la CN, donde al indicar que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”, se establece una directiva que da pleno sentido a la actividad que despliegan los poderes ejecutivos, legislativos o judiciales de todos los niveles del Estado.

La función integrativa se manifiesta por ejemplo en el principio de defensa en juicio, por el cual ante la falta de determinación del tribunal

³⁹⁷ ARENAS GARCÍA, Rafael, “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968, REDI, v.48, no.1 (1996), pp. 45-47. Volveré sobre el tema en el Capítulo V.

³⁹⁸ *Idem*, pp. 43-44.

competente, la solución a la laguna jurídica nunca podría consistir en la denegación de justicia.

Por último, la función limitativa se puede ilustrar mediante la necesidad de que en razón de la aplicación del principio de la efectividad de las decisiones, el juez del tribunal requerido puede resignar su competencia a favor de un foro con mayores posibilidades de hacer efectiva la decisión, a través de la institución del *forum non conveniens*³⁹⁹.

II. C. 6. Corolario

La existencia de estos principios hace que el orden normativo pueda ser un orden “jurídico”, apartándose de la arbitrariedad, inclusive en el orden internacional. Así, por ejemplo, una norma positiva como el plazo durante el cual un consumidor está facultado para devolver las mercaderías en las ventas domiciliarias, por correo, ventas telefónicas o cualquier otro medio de comunicación, reconocido en casi todos los sistemas protectorios del consumidor, también está sujeta a un principio de razonabilidad⁴⁰⁰.

Volviendo a la distinción entre principios fuertes y débiles, se pueden mencionar los siguientes principios fuertes dentro del sistema jurídico protectorio de la relación de consumo transfronteriza, sin perjuicio de que los trataremos luego con mayor detalle: *favor debilis* y su consiguiente protección del consumidor; igualdad relativa de todos los hombres; no se permite el abuso de los derechos; nadie puede ser juez en su propia causa; principio de defensa en juicio. Y entre los principios débiles: interpretación a favor del consumidor; autonomía de la voluntad, respeto al derecho extranjero, principio de efectividad de las decisiones.

Tanto las normas como los principios débiles son informados por los principios fuertes, en tanto señalan los requisitos que ambos deben cumplir para ser reconocidos como plenamente válidos. Las normas y principios débiles cumplen su finalidad informadora con el auxilio de la

³⁹⁹ Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, pp. 267-269.

⁴⁰⁰ Volveremos sobre este tema en el Nro. IV. B. 2.b), p. 403.

argumentación jurídica o como resultado de decisiones o prácticas humanas.

Son tan necesarios los principios como las normas, ya que los derechos básicos no pueden quedar como meros deseos y aspiraciones, debiendo ser reglamentados por la ley positiva de acuerdo a las posibilidades que la situación histórica permite. La protección del consumidor internacional sería “mera poesía” si la integridad del sistema no fuera efectiva, tanto a través de la existencia de una regulación como en su vigencia⁴⁰¹.

Algunos de los principios protectorios del consumidor transnacional son propios, otros son compartidos con otras ramas jurídicas, y otros serán aplicación de principios generales del derecho. Todos ellos deberán ser tenidos en cuenta en el diseño del ordenamiento o en la solución de los conflictos, más allá de su explicitación normativa.

II. D. PONDERACIÓN Y JERARQUÍA DE PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL SISTEMA PROTECTORIO DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

Como propondré luego en el Capítulo IV, de la enunciación de principios de la CN misma, en lo que se refiere al consumidor, no se desprenden derechos subjetivos. Estos nacerán con la atribución efectuada por las normas, las determinaciones contractuales o las sentencias. En todos los casos, los principios, los derechos y las fuentes, deberán actuar armónicamente.

⁴⁰¹ Así opina desde la práctica ASHER respecto de la protección del consumidor en una economía global: en el mercado internacional, no se pueden poner las expectativas en la eficacia de los derechos domésticos. ASHER, “Going Global...”, p. 203. También opina de este modo para el derecho laboral, VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, Capítulo IV, C), “Principios de derecho del trabajo”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 125.

II. D. 1. Interacción y mutuo requerimiento de reglas y principios

El funcionamiento del sistema (principios y reglas) propende a la convivencia pacífica, en la que acreedores y deudores deslindan los derechos que se atribuyen a cada uno en el reparto efectuado por las reglas, no sólo de modo estático, sino que se trata de que en la realidad el reparto sea efectivo a través de la acción de cada una de las partes, ya sea de modo espontáneo o por medio de la coerción.

a) *Ambos estructuran el sistema*

Resulta aplicable a la protección del consumidor lo que menciona VÁZQUEZ VIALARD respecto del derecho del trabajo:

« [...] de allí que los principios configuran ciertos presupuestos rectores que actúan a manera de “armazón fundamental”, y constituyen algo así como las líneas arquitecturales del edificio normativo del que depende todo el resto de la construcción⁴⁰²».

En nuestro caso, resulta de interés analizar el entramado de normas, tanto principios como reglas, que forman el sustrato de la protección transfronteriza del consumidor, de tal modo de establecer cómo se constituye o debería constituirse el sistema u ordenamiento que permita resolver las cuestiones que se puedan presentar⁴⁰³.

b) *Tienen distinta fuerza deóntica*

Las diferencias fundamentales entre reglas y principios están dadas por su fuerza deóntica y por su distinta virtualidad al momento de aplicarse. En cuanto al primer aspecto —la fuerza deóntica—, lo que la norma ordena no admite distintos niveles de cumplimiento: es determinativa. Por su parte, los principios deben ser observados en la mayor

⁴⁰² Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, p. 122.

⁴⁰³ Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 164. En igual sentido DOLINGER, “Evolution of principles...”, pp. 228-235.

medida posible, de modo de optimizar su aplicación⁴⁰⁴. Los principios, considerados como mandatos de optimización que requieren ponderación, son necesarios para desarrollar el sistema jurídico, y especialmente para la elaboración de las normas, tanto generales como particulares, incluyendo las decisiones judiciales⁴⁰⁵.

Dentro de estos principios, los llamados “fuertes”, en cuanto a su distinción respecto de las normas, poseen diferencias cualitativas y sustanciales, no meramente formales⁴⁰⁶. Los principios fuertes cumplen la función por *propio vigore*, en razón de exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad. Se justifican por su contenido, no por el consenso ni por la acción de ninguna autoridad ni práctica judicial, aunque haya normas que los receptan y facilitan su conocimiento y aplicación.

La distinción entre principios fuertes y débiles tiene especial relevancia y ha sido estudiada principalmente en el ámbito del derecho constitucional, en referencia a los derechos fundamentales⁴⁰⁷. Por su parte, los principios débiles y las reglas deben su fuerza deóntica al legislador o juez que las creó⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Cfr. CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, p. 895. “Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial”. Considerando 8º del voto en disidencia de los Dres. Ricardo LORENZETTI y Raúl ZAFFARONI, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, ya citado.

⁴⁰⁵ Cfr. CIURO CALDANI, “Bases de la integración jurídica trialista...”, pp. 11-12. También cfr. CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, p. 895, citando a Robert ALEXI. Cfr. VIGO, *Los Principios jurídicos...*, p. 14.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 19.

⁴⁰⁷ CIANCIARDO hace una distinción “estructural” entre algunos principios fuertes y un conjunto de normas integrado por el resto de los principios y la totalidad de las reglas. En esta perspectiva, la fuerza deóntica de los principios fuertes o “principios razonables *per se*” parte de sí mismos. Prescriben sin que su existencia dependa de haber sido reconocidos en una Constitución (aunque es saludable su reconocimiento positivo). Cfr. CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, pp. 893 y 903.

⁴⁰⁸ Cfr. VIGO, *Los principios jurídicos...*, p. 30. VIGO denomina principios fuertes o principios en sentido estricto a aquellos cuyo contenido coincide con los derechos humanos fundamentales (o también llamados derechos naturales, originarios o primarios o derechos preexistentes) que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título

A modo de ejemplo, un principio universal, como la igualdad relativa de todos los hombres, puede ser visto como fundamento de las normas protectivas del derecho del consumo, como un modo de equiparar la disparidad de fuerzas negociales, que en la reiterada práctica eliminan o reducen esa igualdad⁴⁰⁹. La igualdad de todos los hombres es compatible con una desigualdad negocial, que debe ser rectificad⁴¹⁰.

c) *Requieren diversos modos de reconocimiento*

Los principios protegen ciertos bienes fundamentales de las personas, sin establecer concretos cursos de acción. Por su parte, las reglas apuntan a alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas y determinan conductas precisas. Así y todo, aunque los principios no requieren de la positivización para su validez, deben ser positivizados para que sean coercibles. Los operadores jurídicos deben conocerlos para aplicarlos. El origen diferente, por tanto, requiere una incorporación formal al sistema a través de alguna de las fuentes del derecho⁴¹¹.

de su condición de tal, y que todo hombre conoce por connaturalidad o por evidencia analítica. *Idem*, p. 21.

⁴⁰⁹ Cfr. SPELLENBERG, Ulrich, "La influencia de la Constitución sobre el derecho privado", *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Bs. As, 1998, p. 239. Corresponde en primer lugar al legislador decidir cuándo puede verse afectado el principio de igualdad, y por lo tanto efectuar diferenciación de intereses que tenga fundamentos materiales y no resulte arbitraria. Por su parte, REZZÓNICO ve el principio de igualdad en relación a la justicia distributiva, citando a ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V,2, 1131.a. Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 268.

⁴¹⁰ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia Contractual*, EDIAR, Buenos Aires, 1977, pp. 32-33, y especialmente la nota 40. Trata allí de "la igualdad de los iguales", sin que la intervención estatal para salvar las desigualdades reales pueda ser considerada la creación de un "derecho de clases".

⁴¹¹ Cfr. CIANCIARDO, "Principios y Reglas...", p. 904. BOGGIANO, refiriéndose al necesario enraizamiento del derecho positivo en los principios generales del derecho, menciona que el conocimiento filosófico del derecho profundiza los principios jurídicos universales más allá de los sistemas normativos en particular. "No se requiere que sean principios jurídicos positivizados sino susceptibles de ser positivizados por la legislación, la jurisprudencia, o la *opinio juris*". BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 806.

De este modo, el principio de favorecer a la parte débil en una relación jurídica determinada, no puede hacerse valer si no es reconocido en una ley, un tratado internacional, o al menos aplicado judicialmente en una sentencia. Esto aún cuando un principio como el *favor debilis* sea razonable intrínsecamente. En este sentido, observemos el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Claramente sería aplicable contra la discriminatoria denegación de justicia a consumidores extranjeros que reclaman justicia ante el domicilio del proveedor demandado. Pero no resulta tan sencillo subsumir en este principio del Derecho Internacional a los conflictos transfronterizos entre particulares de carácter patrimonial, salvo que la protección del consumidor sea considerada un “derecho fundamental”. Volveremos sobre esto en el Capítulo IV.

d) Se aplican de diferente modo

En cuanto a las diferencias entre reglas y principios en el momento de su aplicación —considerando la colisión con otras normas—, cuando se trata de conflictos entre reglas la solución está dada, bien por introducir una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o bien por declarar inválida una de esas reglas, a través de los criterios de competencia o jerarquía⁴¹².

⁴¹² La clasificación que utiliza CIURO CALDANI entre reglas y normas puede considerarse coincidente —aunque no de modo pleno— con la de “reglas y principios”, que estoy utilizando en este trabajo. No trataré los conflictos terminológicos y conceptuales existentes en cuanto a la noción de norma. En la terminología de este autor, las captaciones lógicas de esos repartos proyectados (en cuanto a cómo deberían ser esos repartos) están constituidos por reglas que los describen e integran. El funcionamiento normativo, según este autor, exige convertir los repartos proyectados en repartos realizados. Ese funcionamiento normativo abarca tareas muy dificultosas, como el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. La referencia es válida tanto para las normas (reglas) como para los principios, pe-

Consideremos un ejemplo: el Art. 1 CPCyCN permite la prórroga de la competencia territorial a favor de jueces extranjeros en asuntos internacionales y exclusivamente patrimoniales, excepto cuando la prórroga esté prohibida por ley. Por su parte, el apartado e) I) del Anexo de la Resolución Nro. 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, considera abusiva la cláusula que impone al consumidor alguna limitación en el ejercicio de acciones judiciales, especialmente que estas puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato.

Esta aparente contradicción se resuelve declarando inválida la regla de la Resolución 53/2003, por cuanto el criterio de jerarquía indica que una Ley Nacional no puede ser modificada por una Resolución administrativa⁴¹³. De este modo, *prima facie*, se debe admitir la cláusula que prórroga la jurisdicción ante tribunales extranjeros. En definitiva, ante esta colisión normativa se debe tomar una decisión respecto de la validez⁴¹⁴. No sucede así en el caso de los principios. “En efecto, cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre al validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido⁴¹⁵.”

ro en el caso de estos últimos, la principal tarea es la determinación, requerida de modo fundamental por los cambios históricos y para introducir elementos valorativos sustanciales. Esta determinación o elaboración es entendida en sentido amplio, y abarca, entre otros, el desarrollo de los principios mediante normas Cfr. CIURO CALDANI, “Bases de la integración jurídica trialista...”, Nro 11 en nota 5.

⁴¹³ Nos referimos al plano internacional. En el plano local, la Resolución 53/2003 ha sido discutida, al considerar que no corresponde interpretar o aplicar el art. 37 de la LDC a través una norma de menor jerarquía. Pero en el plano internacional, cuando la norma del CPCyCN es tan clara permitiendo la prórroga, sin hacer distinciones, si la LDC no lo modifica expresamente, no se puede considerar que ha sido derogada por una resolución administrativa. Si en el orden interno, la colisión entre la Res. 53/2003 y la LDC es de dudosa interpretación, nos parece por el contrario que es clara la solución en el plano internacional: la prórroga conserva toda su validez desde el punto de vista lógico-positivo.

⁴¹⁴ Cfr. CIANCIARDO, “Principios y Reglas...”, p. 896.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

Veamos ahora cómo se analizaría el caso desde la aparente colisión de principios. De acuerdo a los principios de autodeterminación, autorresponsabilidad y autonomía de la voluntad (libertad de las convenciones, recogido en el Art. 1197 del CC), las partes de un contrato de consumo internacional pueden establecer la competencia de los tribunales extranjeros correspondientes al domicilio del vendedor. Por otra parte, en virtud del principio protectorio de defensa del consumidor, recogido en el Art. 37 de la LDC, puede ser considerada abusiva una cláusula que signifique una renuncia o restricción de los derechos del consumidor, lo que en caso de duda significará estar a favor de la interpretación que le resulte menos gravosa respecto de sus obligaciones.

Existe una aparente colisión entre el principio de la autonomía de la voluntad, reglamentado en cuanto a la jurisdicción por el Art. 1 del CPCyCN, y el principio del *favor debilis*, o al menos en su dimensión interpretativa del *in dubio pro consumptore* (arts. 3 y 37 LDC). La solución en este caso es más trabajosa, pero también más rica y fructífera, ya que el simple análisis de las normas arrojaría una solución clara desde una perspectiva formal, pero no siempre de acuerdo con los criterios de justicia sustancial. No significa derogar un principio —en este caso la autonomía de la voluntad—, sino postergarlo en el caso concreto, de acuerdo a las particulares circunstancias de la causa⁴¹⁶.

II. D. 2. La colisión de principios

Como quedó de manifiesto, es de la naturaleza de los principios que éstos puedan colisionar entre sí. En los ejemplos hasta aquí considerados se puede apreciar que el ordenamiento jurídico prevé muchas excepciones, de allí que frecuentemente las decisiones pueden ser contrapuestas. Es frecuente el paso desde la determinación del o los principios del sistema —como aquí el *favor debilis* o la garantía de la defensa en

⁴¹⁶ Como analizaré luego con más detalle, la misma repetida solución en casos semejantes pueden dar lugar a normas que plasmen esas reiteraciones socialmente verificadas. Tomaré como ejemplo la cláusula de *prorrogatio fori*. Cfr. nro. IV. B. 2.c), p. 408 y ss.

juicio—, hacia la contraposición de principios. Lo que se debe estudiar es si la valoración que lleva a postular la limitación de uno de ellos es lo suficientemente general y tiene la importancia como para, a su vez, valer como principio sostenedor del sistema, o simplemente se trata de una excepción a los postulados básicos⁴¹⁷.

No debemos olvidar que los principios no pretenden ser exclusivos y en muchos casos coexisten con otros al momento de establecer una misma consecuencia jurídica⁴¹⁸. Así, la facultad que puede tener el consumidor damnificado de sumarse a una acción de clase de reparación por daños causados por productos defectuosos, en el domicilio del fabricante extranjero, obedecerá principalmente a que esa jurisdicción es más favorable a sus intereses como parte débil de la relación; la misma consecuencia se puede obtener gracias a la aplicación del principio de efectividad de las decisiones; a su vez, la solución es tributaria del principio que obliga al juez a evitar dispendios procesales; a la obligación principal del fabricante por sobre la del distribuidor o importador (principio de imputabilidad directa); al reconocimiento universal del foro del demandado, etc.

Los principios también son complementarios y la solución suele incluir la participación de varios de ellos, o bien la limitación de uno por otro⁴¹⁹. Habrá complementación cuando el principio de dignidad del consumidor junto con el de garantía de la defensa en juicio y la autorresponsabilidad por parte del proveedor, lleven a la apertura de la jurisdicción local ante el incumplimiento de una obligación que debía tener lugar en el extranjero. Pero a su vez puede autolimitarse el principio de la invalidez de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones trasladando indebidamente los riesgos a la otra parte (una cláusula de prórroga de jurisdicción no negociada), por la acción del principio de la autonomía de la voluntad, si luego de efectuado el reclamo, el consumidor consiente en el sometimiento de la causa a un tribunal arbitral. En todos

⁴¹⁷ Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, p. 62.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 63.

⁴¹⁹ *Idem*, pp. 64-65.

los casos, comprender el sentido de un principio implica conocer sus límites.

En definitiva, los principios “son siempre concurrentes y aplicar uno significa, simultáneamente, aplicar todos los concurrentes, buscando la manera de sacrificar cada uno de ellos en la menor medida posible compatible con el respeto a cada uno de los otros”⁴²⁰. Desde ya que arribar a la solución será más trabajoso, pero en un marco más amplio, favorecedor del sustancialismo⁴²¹.

II. D. 3. Los principios no son derogables

Como mencioné en el acápite anterior, resolver las contradicciones entre los principios no implica la derogación de uno por otro. Por el contrario, cuando se trata de reglas, una no puede ser válida si otra que la contradice también lo es; por eso la opción por una de ellas supone el desplazamiento afuera del sistema jurídico de la otra, y esta decisión es tomada apelando a consideraciones que trascienden las normas.

GOLDSCHMIDT hace este análisis respecto al “principio de justicia” que implica respetar el carácter extranjero de un caso:

“El mencionado principio de justicia, si bien asequible directamente a una intuición eidética, puede igualmente deducirse de los tres principios fundamentales de la justicias formulados por Ulpiano. El principio de *neminem laedere* (no lesionar a nadie) impone el respeto al Derecho objetivo extranjero, en razón de que su repudio perjudicaría al país extranjero. El principio del *suum cuique tribuere* (a cada uno atribuir lo suyo) exige en nuestro país reconocer los derechos subjetivos adquiridos en otro, puesto que rechazar este reconocimiento dañaría a sus titulares.

⁴²⁰ Cfr. VIGO, *Los Principios Jurídicos...*, p. 14.

⁴²¹ Un ejemplo de esta mayor dificultad puede observarse a través del juego de principios generales y de criterios que brinda el Restatement Second of Conflict of Laws. En la Sección 6 brinda pautas para el derecho aplicable, como los intereses del foro, la consideración de las políticas públicas o la necesidad de brindar certeza y previsibilidad. En la Sección 145 trae criterios referidos a contratos, como la relación más significativa. La combinación de orientaciones y criterios recibió profundas críticas. Cfr. la reseña de DOLINGER, “Evolution of principles...”, pp. 348-354.

Por último, el principio del *honeste vivere* (hay que vivir honestamente) limita tanto el respeto al Derecho objetivo, como el respeto de los derechos subjetivos extranjeros, por considerar como límite de ambos lo que nosotros estimamos la honestidad de la vida social⁴²².

A modo de ejercicio, trataré de aplicar este análisis a la atribución de jurisdicción a los tribunales del domicilio del consumidor, a pesar de existir una cláusula de prórroga a favor del domicilio del proveedor. La desconsideración de la cláusula, ¿respeto esa equivalencia de los *tria iura precepta*?⁴²³. Preliminarmente, no se cumpliría el “no dañar a otro”, ya que tendríamos un proveedor perjudicado; aunque también, de darse validez a la cláusula, el perjudicado podría ser el consumidor que debe litigar fuera de su domicilio. Respecto del *suum cuique tribuere*, el hecho de que un juez invalide una cláusula de prórroga puede ser considerado una violación del derecho del proveedor extranjero a que se respete la jurisdicción pactada: se le quita lo “suyo”. Pero también se dejaría de dar lo suyo al consumidor si no se le da la posibilidad de acudir al “juez natural” domiciliario. Para completar el análisis, nos queda todavía el *honeste vivere*, en vistas del cual no se podría convalidar una cláusula abusiva que desprotege al consumidor privándolo de justicia.

¿Cuál de todos estos tiene preeminencia o mayor peso relativo? La paradoja no puede resolverse sin atender al caso de modo completo. Lo que no cabe duda es que ninguno de ellos será derogado, sino pospuesto transitoriamente ante una situación determinada. Mediante decisiones prudenciales de controversias singulares se determinan progresivamente los contornos de los principios jurídicos y los eventuales derechos fundamentales que de allí se derivan. De aquí que paulatinamente se puedan acuñar reglas sobre cómo interpretar determinado derecho en tal o cuál situación, sin que esto constituya establecer una regla cerrada,

⁴²² GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 13.

⁴²³ Advierto que este ejercicio es incompleto, por cuanto lo estoy realizando “en abstracto”, aislado de un caso, sin hacer mención a ninguna circunstancia fáctica particular. Desconsiderar el supuesto de hecho es un error, como luego mostraré en detalle en IV. A. 9, p. 371 y ss.

lo que llevaría a terminar privilegiando un derecho sobre otro⁴²⁴. O, dicho de otra manera, aplicar un principio jurídico descartando otro, lo que vimos no es posible como sí lo sería en el plano de las reglas.

II. D. 4. El distinto “peso” de los principios

Uno de los modos de resolver los conflictos entre principios, y así evitar la pérdida de unidad del sistema, es considerar su importancia relativa. REZZÓNICO, al analizar esta característica, que identifica como el distinto “peso” de los principios, hace mención a que cada uno de ellos combate por su reconocimiento, se entrecruza con otros principios, es rechazado por ellos o se desvanece hasta perder su fuerza creadora. Los principios tienen una dimensión que falta en las reglas: la de su peso o importancia; de este modo, cuando los principios se interfieren, el conflicto se resuelve según el peso relativo de cada uno. Para esto no habrá una medición exacta, y la ecuación debe resolverse en cada caso concreto⁴²⁵.

Nos puede ser útil el ejemplo propuesto por DWORKIN⁴²⁶. Se trataba de un caso de compraventa de un automóvil en el que el proveedor se había limitado en su garantía por defectos. Si bien por el principio de auto-obligación de los contratantes el proveedor no debía responder, este principio debía ceder ante la defensa del consumidor. Se planteó un escalonamiento entre los principios; entre la igualdad de la empresa y la igualdad del cliente se verificó una desigualdad estructural⁴²⁷. Así, el principio de igualdad relativa de todos los hombres pareciera ser más

⁴²⁴ Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1256.

⁴²⁵ En palabras de DOLINGER, “The question of validity of a contract also comprehends a conflict of principles. On one side, by upholding the validity we are enhancing the expectations of the parties, but when we encounter rules that invalidate the contract for the purpose of protecting the weak party against the strong one, the major difficulty is to know which principle should supersede —the one that protects the expectations of the parties or the one that protects the weaker party”. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 358.

⁴²⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 77.

⁴²⁷ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 104.

universal, pero justamente esta generalidad le quita precisión y lo convierte en vago o inasible. Por otra parte, la posición contractual del consumidor plantea una presunción de desigualdad estructural, de allí que si en el caso existieren dudas entre la vigencia de uno u otro principio, se resolverá a favor del consumidor.

¿Cómo se llegó en el caso a esta solución? Uno de los criterios de distinción entre principios y reglas es su diferente cualidad mandatoria: unos son mandatos de optimización y otros de realización. Adicionalmente, cuando un principio y una regla colisionan, la regla suele ser limitada. Pero cuando se enfrentan dos principios iusfundamentales, es preciso crear una norma adscripta de derecho fundamental que asume el carácter de regla y así salvar el conflicto⁴²⁸.

Un primer peligro a evitar es la confusión o aplicación sin discreción de principios y reglas; se llegaría a soluciones en que el caso caerá o no en el presupuesto de hecho de las normas, y así los principios se transforman en reglas, empobreciéndolos. En conclusión, se suprime la posibilidad de coexistencia armónica de los derechos⁴²⁹.

Otro riesgo es que el derecho fundamental se reduzca a facultad ilimitada —como por ejemplo cuando la protección del consumidor se olvida de los derechos de la contraparte—; aquí la ponderación es parcial e incompleta. Y así, un principio constitucional como la defensa en

⁴²⁸ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos – Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 203, con cita de ALEXY: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”. La razón estriba en que los principios iusfundamentales son razonables *per se*, debido a que los bienes que persiguen son intrínsecos a los propios principios: miran a un estado de cosas, sin establecer cursos de acción concretos. Por el contrario, las reglas apuntan a alcanzar bienes extrínsecos a ellas, y, por tanto, establecen soluciones precisas. *Idem*, p. 204.

⁴²⁹ *Idem*, p. 206. “El tratamiento de los principios como reglas es el resultado inevitable de una ponderación incompleta de los principios iusfundamentales aplicables. Esto, a su vez, tiene su origen en la identificación de los derechos fundamentales con los principios iusfundamentales. Si se silencia la consistencia propia del derecho fundamental, identificándolo con el principio, la ponderación pierde uno de sus términos esenciales, y no puede llegar a resultados satisfactorios”. *Idem*, p. 207. Volveremos sobre este punto en el Capítulo IV.

juicio del proveedor, podría llegar a ser postergado sin justificación suficiente. Si sólo se ponen en juego principios, no hay solución, ya que la aplicación de uno deja insatisfecho al otro. Por tanto la respuesta jurídica debe llegar desde un nivel más bajo: el de las reglas⁴³⁰. ¿Cómo se crea esa regla? De la ponderación de las circunstancias del caso y los diferentes principios en juego. Esto debe incluir la consideración de los derechos fundamentales, que cada uno de los principios reconoce. Así, cada derecho fundamental, que en el principio está reconocido en abstracto, hará patente sus exigencias ontológicas⁴³¹. Veremos esto en detalle en el número IV. A. 9, p. 371 y ss.

Los principios jurídicos, al igual que los derechos fundamentales, no son bloques sólidos y rígidos, como tampoco son libertades individualistas ilimitadas; tienen estructura, conformación, forma inteligible propias, pero también cierta flexibilidad; resultan así moldeables según decisiones autoritativas de los derechos nacionales⁴³². La contención de estos derechos es lo que permite su coexistencia. En última instancia, no se trata de la primacía de un principio sobre el otro, sino la no aplicabilidad de uno de ellos en ese caso en particular. La regla así originada tendrá como supuesto de hecho las circunstancias del caso, y su consecuencia jurídica será el principio de mayor peso⁴³³.

En definitiva, cómo pondero, cómo valoro, ¿por qué en esas circunstancias se elige el principio de defensa en juicio o *favor debilis* antes que el *pacta sunt servanda* o la autonomía de la voluntad o la seguridad jurídica? Habrá que hacer patentes las razones, con distinto peso o fuerza lógica⁴³⁴.

⁴³⁰ *Idem*, p. 207.

⁴³¹ *Idem*, pp. 207-208.

⁴³² Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1259.

⁴³³ Más adelante, p. 182, me referiré a cómo debe interpretarse el nuevo art. 3 de la LDC luego de la última reforma, que pareciera aludir a la eventual colisión de principios (lo cual sería un criterio de fina dogmática jurídica).

⁴³⁴ Cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, pp. 28 y 38.

II. D. 5. Conflictos de fuentes

Ante la existencia de varias fuentes, hay que resolver los conflictos que puedan presentarse entre ellas. Hay dos caminos: uno es dar prevalencia a una fuente descartando las otras, estableciendo una jerarquía. La otra es buscar la coordinación entre las dos fuentes. Un método que tienda a coordinar las fuentes es preferible a una solución jerárquica⁴³⁵.

Esta parece ser la doctrina seguida por nuestro máximo Tribunal. De acuerdo a lo resuelto por la CSJN, los conflictos de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, deben resolverse mediante la regla de la interpretación coherente (Fallos 186:170; 296:432). Este estándar exige al intérprete: “a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos”⁴³⁶.

⁴³⁵ SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional...”, p. 247. “La supletoriedad debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo. En supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica, sino la integración armónica”. Considerando 8º del voto en disidencia de los Dres. LORENZETTI y ZAFFARONI, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, ya citado.

⁴³⁶ Idem, considerando 4º del voto en disidencia de los Dres. Ricardo LORENZETTI y Raúl ZAFFARONI, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, ya citado *supra*, en nota 125. Se trataba de una ley provincial que obligaba a brindar a los consumidores información detallada del servicio telefónico, aparentemente de modo más exigente y costoso que lo requerido por la legislación nacional reglamentaria del servicio. En el caso estaban en juego: a) la “cláusula de comercio (inc. 75 inc. 13 CN)”, de competencia federal, como la facultad del Congreso de la Nación de reglar el comercio interprovincial, la que se aplica también al servicio telefónico; b) la protección de los consumidores, del art. 42 CN, también de competencia federal; c) la competencia provincial o municipal respecto de la protección del consumidor, concurrente con la federal, asentada sobre el principio general del fortalecimiento del federalismo (arts. 5 y 123 CN). El conflicto de fuentes incluía “la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Río Negro, los marcos regulatorios del servicio público telefónico, y la ley de defensa de los consumidores y usuarios (ley 24.240). La decisión que se adopte en este aspecto tiene consecuencias importantes en el desarrollo del comercio, en la protección de los consumidores y en el régimen de competencias entre las provincias y la Nación”

En igual sentido se orienta JAYME, quien aconseja no establecer una clasificación dogmática de las fuentes sino un diálogo entre fuentes heterogéneas.

“Los derechos del hombre, las Constituciones, las Convenciones internacionales, los sistemas nacionales: todas esas fuentes no se excluyen mutuamente, ellas hablan unas con otras. Los jueces están obligados a coordinar esas fuentes escuchando lo que ellas dicen”⁴³⁷.

La mayor flexibilidad en el uso de las fuentes permitirá al legislador elaborar normas abiertas, que serán indicaciones para el juez o el árbitro, quienes las utilizarán como instrumentos⁴³⁸. Ahora bien: estamos ante un asunto que reclama la existencia de normas imperativas en función de la protección de la parte débil, ¿es admisible el derecho dúctil, que puede ser criticable de arbitrariedad, perjudicando en definitiva al consumidor en cuanto desprotegido en su capacidad de negociación? Creo que sí, por cuanto justamente los principios informadores del sistema dotarán del margen de seguridad necesaria para alcanzar soluciones materialmente valoradas⁴³⁹. Esto también es de aplicación a la elec-

(considerando 4º de la disidencia). El voto disidente proponía que “el bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente” entre Nación y Provincias (Considerando 8º). La concurrencia de competencias, en este caso, debía armonizarse con el “principio de no interferencia” del comercio interprovincial, imponiendo costos excesivos a los operadores, o dificultando la prestación del servicio telefónico. El voto de mayoría, por el contrario, consideró que la ley provincial era una injerencia en materia exclusivamente federal.

⁴³⁷ JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. Course général de droit international privé”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 351, La Haya, 1995, p. 259.

⁴³⁸ Cfr. SANTOS BELANDRO, “Las nociones de Sociedad Internacional...”, p. 246.

⁴³⁹ En este sentido se orientaron las Conclusiones de la Comisión 8ª, de Derecho Internacional Privado, de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 23-25 de Septiembre de 2009: “En un tiempo de características extremadamente novedosas la interacción cultural, con sistemas y civilizaciones distintas, ha generado una compleja trama de relaciones, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Público, Privado, Transnacional y de la Integración que requiere de nuevas respuestas jurídicas”. “Se destaca la influencia del derecho protectorio de los derechos humanos fundamentales respetando la diversidad cultural, que ha contribuido a forjar un nuevo orden público internacional —a base de principios generales— que debe ser considerado, en especial,

ción de la jurisdicción o la declaración de validez de un laudo arbitral. Justamente en este sentido se orientan ciertas normas de escape, como la admisión de la legítima elección del foro *post litem natam*.

II. D. 6. La jerarquía del principio protectorio de la Constitución Nacional

Por el principio de especialidad, en caso de conflicto entre los principios generales del ordenamiento y los específicos de una rama, siempre en el caso concreto, prevalecen los de la rama, que por eso son especiales, al plantear una situación de excepción para toda una categoría que merece un tratamiento diferenciado⁴⁴⁰.

En el caso de que un principio esté incorporado en la CN, es decir que tiene rango constitucional, debe ser tenido en cuenta en la interpretación del derecho positivo y en la concretización de cláusulas generales⁴⁴¹. Asimismo es menester asegurar que entre varias interpretaciones posibles es preferible aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución, sin descuidar el texto literal y la directa significación de la ley. Si se trata de principios, y estos han sido concretados en la ley, sólo ante el caso de que se tratara de una clara violación del principio implícito, la norma no podría ser declarada inválida.

por los legisladores y los órganos jurisdiccionales de cada Estado, en los casos de conflicto entre las fuentes". "*Es insuficiente abordar esta complejidad reduciéndola a relaciones entre fuentes formales*". "Los jueces deben realizar, en los casos de conflicto de fuentes, el test de compatibilidad de cada norma con el inderogable Estatuto Universal de la Persona Humana" (el destacado me pertenece).

⁴⁴⁰ Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, p. 137. Si bien este autor utiliza el principio de especialidad en el derecho laboral, veremos que esta idea es perfectamente aplicable por analogía al derecho del consumo transfronterizo.

⁴⁴¹ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, p. 338. Por su parte, BIDART CAMPOS considera que las referencias del art. 42 CN demuestran que el sistema democrático en su conjunto favorece la presencia de Estado para evitar desigualdades injustas, y mantener o recuperar el equilibrio en las relaciones que incluyen consumidores o usuarios. Por tanto, la protección del consumidor, en cuanto interés jurídico relevante, integra la columna vertebral del ordenamiento. BIDART CAMPOS, *Manual de la constitución reformada*, Tomo II, p. 92-93.

El Art. 42 CN contiene un principio por el cual el consumidor debe ser protegido, en el marco de la relación de consumo, a la información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Esas pautas precisan ser llenadas de contenido, tanto por parte del legislador como por parte de los tribunales. Si el legislador reglamentó el principio en cierto sentido, éste no puede ser modificado por el juez mediante una corrección de la ley⁴⁴². Sólo sería posible declarar inconstitucional la ley si contradice el principio de la CN⁴⁴³.

Este principio constitucional no se encuentra aislado sino en conexión con otros, formando un “todo con sentido”, de manera que no se puede decir que cada uno ocupa un lugar a modo de “valor posicional”, sino que se requiere una ponderación de bienes en el caso particular⁴⁴⁴.

Los derechos fundamentales no son impermeables al influjo del orden y moral públicos, al bien común o los derechos de terceros, que mantienen toda su función y relevancia. Estos no son recortes externos a un derecho de tal manera que no se expanda *ad infinitum*, sino que son límites internos al derecho, estableciendo el ejercicio razonable. Lo no razonable no es derecho. Son factores externos que sirven para detectar los límites internos de un derecho. De este modo un derecho se ajusta con otras libertades y con otros bienes generales. Los derechos se reglamentan, regulan o formalizan, pero no se limitan o restringen. En el primer sentido estamos delimitando mediante una regla, y lo que perdemos en posibilidades difusas lo ganamos en seguridad en el ejercicio garantizado por la norma que concretó algunas de esas posibilidades,

⁴⁴² Cfr. LARENZ, *Metodología...*, p. 338.

⁴⁴³ CN art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁴⁴⁴ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, p. 340. En el caso de nuestro Art. 42 primer párrafo, debe considerarse en armonía con la protección de la economía de mercado (arts. 42 segundo párrafo y Art. 43 primer párrafo) y de la propiedad privada (Art. 17). Es decir que podría perfectamente colisionar una norma derivada del Art. 42 con el principio de la propiedad privada, al afectarse el patrimonio de un comerciante, entendido en sentido amplio, en la medida que pueda significar un desapoderamiento de una ventaja económica lícita, no ya potencialmente considerada sino efectiva en el caso concreto.

quedando al margen otras potenciales alternativas de recto ejercicio⁴⁴⁵. No es así en el segundo sentido, ya que el recorte o restricción es inconstitucional, por violentar el contenido esencial⁴⁴⁶.

No todos los derechos fundamentales están en el mismo plano. En ciertos casos la configuración legal posible para el legislador es más estrecha, dependiendo de la garantía constitucional o el principio de que se trate⁴⁴⁷. En el plano de las reglamentaciones del ámbito contractual, pocas veces se puede verificar una conculcación directa de un derecho fundamental, sino de modo mediato. En primer lugar porque las partes, en principio, han renunciado a sus derechos al haberlos negociado de modo privado⁴⁴⁸.

Por tanto, cuando están en juego relaciones conmutativas, al proteger al deudor se afectan las posibilidades del acreedor, y cuando se favorece al consumidor se limita el ámbito de libertad del proveedor. Así, al asignar imperativamente una jurisdicción determinada, o cuando se prohíbe o limita la prórroga, o se le cargan al proveedor las costas judiciales, o se indica mandatoriamente el litisconsorcio necesario, estamos ante determinaciones que no pueden afectar de modo desproporciona-

⁴⁴⁵ Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1261.

⁴⁴⁶ Respecto de la ponderación de garantías fundamentales, si determinada regulación las restringe, por lo menos para una de las partes en conflicto, esa restricción debe ser adecuada con el fin perseguido, proporcionada y del modo que produzca la menor injerencia considerando todas las posibilidades existentes. El legislador preferirá la regulación que menos afecte los derechos fundamentales de ambas partes, pero igual alcanzando el fin propuesto. Cfr. SPELLENBERG, "La influencia de la Constitución...", p. 239. Si la protección del consumidor afecta el derecho de propiedad, de ejercicio lícito del comercio, o la garantía de defensa en juicio del proveedor extranjero, es en principio una decisión ponderada a cargo del Poder Legislativo, pero revisable en sede judicial frente al caso concreto.

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 240.

⁴⁴⁸ *Idem*, p. 243. Pero, como indica SPELLENBERG, el límite de la discrecionalidad de las partes no es idéntico al límite del contenido esencial del derecho fundamental. El legislador, por lo general, resguardará este contenido esencial mediante las normas imperativas y el orden público. *Idem*, cfr. p. 244. Además, "dentro de la jerarquía normativa, es seguro que el Derecho constitucional tiene la primacía, pero interpretado correctamente, esto le deja al legislador un ámbito de discreción bien considerable, dentro del cual él decide solo y con primacía". *Idem*, p. 240.

do una garantía constitucional, como la no discriminación entre ciudadanos nacionales o extranjeros. De aquí que las garantías del art. 42 CN requieren una determinación en el ámbito jurisdiccional transfronterizo, de modo que los principios y normas generales que obligan al juez a valorar más o menos abiertamente la cuestión, son la puerta de entrada de los derechos fundamentales en el derecho privado⁴⁴⁹.

En muchos casos se tratará de un supuesto de coordinación de principios. En abstracto, podemos considerar como prioritario el general del Derecho Internacional Privado de la admisión del derecho extranjero, junto con el de efectividad de las decisiones. Pero si en el caso concreto se presenta un supuesto de denegación de justicia, en razón de que este último actúa como reserva o excepción (o “consecuencia negativa”), terminará resultando primordial y excluyente de otros.

En cierto sentido, la norma es limitadora de un principio, ya que la concreción reglamenta el campo de aplicación estableciendo el hecho y la consecuencia jurídica embrionariamente allí contenidos. En definitiva, si una cláusula fuera abusiva y por tanto incompatible con el principio constitucional, debe ser determinado primariamente por la norma, luego por el juez⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ “Por ello los derechos constitucionales —quizá con la salvedad de algunas garantías procesales— son fundamentalmente principios jurídicos, que por definición son siempre un tanto indeterminados, conjugables y matizables con otros principios en los casos sometidos a juzgamiento, y no brindan una determinación clara del supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas precisas —como es el caso de las reglas, o normas en sentido estricto—, sino sólo motivos que no obligan a una decisión más o menos única.” TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1256. No es distinto el supuesto de los casos internacionales, pero habrá que estar atento a los contenidos del orden público, ya que si bien los principios de un ordenamiento se concretan en los derechos fundamentales, y éstos a su vez en las normas sancionadas por el legislador, no toda ordenación diversa a la del foro es violatoria de un derecho fundamental. El legislador nacional ha optado, luego de un arduo proceso, en acomodar los intereses de las partes en una regulación específica, optando entre uno de los tantos modos de garantizar un derecho fundamental. Aceptar una solución diferente, proveniente del derecho extranjero, puede ser igualmente respetuosa del contenido esencial del derecho del consumidor. Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 251.

⁴⁵⁰ Esto se refuerza en cuanto los principios también informan el contenido esencial de los derechos, como un elemento que determina su razonabilidad. Así, los principios orientarán la solución que requieren los “conflictos” entre derechos constituciona-

Si faltase la reglamentación de un determinado supuesto inicialmente incluido en un principio, se puede decir que estamos ante una laguna del derecho, pero no por incompletud del ordenamiento de cara al plan trazado por el legislador en una regulación específica. La laguna hace referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto, que debido a la creciente ramificación y constante evolución, no tiene en cuenta todos los supuestos. Pero si el sistema es abierto, como aquí propongo, no se trata de una laguna por imprevisión del ordenamiento autosuficiente: el vacío es de la ley, ya que el derecho incluye otros componentes además de la regulación. Por tanto, nada impide al juez crear la solución particular, no contemplada en la reglamentación⁴⁵¹.

II. D. 7. Colisión entre principios y reglas

En el sistema protectorio, puede suceder que además de una laguna, podamos encontrar un real conflicto entre normas, en virtud del cual una de ellas deba ser dejada de lado. LIMA MARQUES considera que la revocación de una norma es similar a la declaración de inexistencia de un acto jurídico: la regla cuestionada es así eliminada del sistema. De todos modos, en la mayoría de los casos no es preciso llegar a esta drástica solución. Una norma puede ser preferida por otra en razón de su especialidad, jerarquía o anterioridad. Se tratará de la aplicación (o no) a un caso concreto, sin declarar su nulidad, quedando disponible para intervenir en un nuevo análisis en casos posteriores. En general, son diferentes campos de aplicación para ambas normas en conflicto⁴⁵².

les, es decir cuando existen “puntos de contacto entre derechos tendencialmente opuestos”. Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1202.

⁴⁵¹ Esta es una aplicación directa de una de las diferencias ya señalada entre principios y reglas. Las últimas no dan al juez mucho margen y deben ser aplicadas tal como han sido sancionadas, mientras que los principios, en su flexibilidad y dinamismo, permiten al magistrado generar la solución aún inexistente. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 228.

⁴⁵² “Aqui a preocupação do direito é a legitimidades da solução, pois todas as normas em conflito são “válidas” e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar. O diálogo das fontes é, pois, a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, como efeito útil para todas as leis envolvidas, mas como eficácias (brilhos)

La contradicción se resuelve debido a que una de las normas ha sido establecida en beneficio de un grupo social (los consumidores); en definitiva, un principio especial triunfa en colisión con un principio general, como el derecho de propiedad, la libertad de comercio, la economía de mercado, etc. Las paradojas relativas a la coordinación de principios aparentemente contradictorios, se resuelve en los “conflictos de derechos”, como veremos en IV. A. 5.a).

El art. 3 de la LDC, luego de la última reforma, pareciera aludir a la eventual colisión de principios⁴⁵³. Si así fuera, de ahora en más se ha de suponer que de la LDC se desprenden principios, que al colisionar con otros, determinarían la preeminencia de los consumeristas establecidos en la ley. El texto establece:

“ARTICULO 3º — Relación de consumo. *Integración normativa. Preeminencia.*”

“Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. *En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor*”.

“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

diferenciadas a cada una das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O “brilho” maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente.” LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 603-604.

⁴⁵³ No sé a ciencia cierta si los redactores de la reforma actuaron en base a un criterio de fina dogmática jurídica, queriendo introducir el concepto de sistema y los principios como informadores del mismo. No surge claramente, de la comparación del texto anterior con los anteproyectos y el texto final, que tuvieran ese objetivo por delante.

El encabezado anterior del artículo mencionado hacía referencia a “Interpretación”. Este último concepto es más amplio, entendiéndose por tal el procedimiento lógico por el cual se trata de establecer el sentido y alcance del texto legal. La norma obligaba al intérprete a favorecer el interés del consumidor, cuando se diera el caso de colisión de normas (reglas), o de que se pudieran verificar distintos sentidos o significados en la misma norma⁴⁵⁴. Se trataba de interpretar la norma, aunque también el texto legal fuera utilizado para interpretar la voluntad de los contratantes.

La redacción vigente recorrió un camino un tanto sinuoso. El Proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados modificó el encabezado del artículo e introdujo la expresión “*Integración normativa. Preeminencia.*” Luego, en el cuerpo del art. 3, se indicaba “(...) *debiéndose aplicar siempre la norma más favorable al consumidor*”. Y continuaba: “*Con base en la integración legislativa establecida en el párrafo anterior, las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones, (...)*”. Esta redacción sufrió luego un pequeño cambio en el dictamen de la reunión plenaria de las Comisiones de Derechos y Garantías, de Legislación General, de Industria y Comercio y de Presupuesto, donde se acordó el siguiente texto: “*En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”. En lugar de “aplicar la norma más favorable”, como decía Diputados, “se interpreta del modo más favorable”, volviendo así al texto original de la LDC.

La nueva fórmula, al hacer referencia en el encabezado del artículo a la “integración normativa”, se refiere sin duda a integrar (completar, complementar) las reglas de la LDC con fuentes heterónomas; ¿cuáles?: las reglamentaciones, las normas puntualmente mencionadas (Defensa

⁴⁵⁴ Un claro ejemplo de esto se encuentra en el actual art. 50 de la LDC, que indica: “Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. *Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario.* La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

de la Competencia y Lealtad Comercial), y las propias de actividades específicas. Es decir que el sistema (“régimen”) se estructura sobre una concreta “integración legislativa”. Adicionalmente, se puede agregar que la mención en el encabezado de la “preeminencia”, se refiere a que la LDC tendrá prioridad ante la aplicación de las normas de la actividad específica del proveedor. Si una industria o comercio en particular están regidos por cierta reglamentación, esto será sin perjuicio del régimen de la LDC, que tendrá preeminencia, lo cual es consecuente con la noción de “principios” que incorporó la nueva redacción⁴⁵⁵. La modificación por tanto es muy relevante, ya que refuerza la idea de que la norma establece o consolida “principios”, no sólo consecuencias jurídicas estrictas derivadas de un supuesto de hecho determinado⁴⁵⁶.

Así pareció entenderse en las en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba del 23 al 25 de septiembre de 2009. La Comisión 4, referida a Con-

⁴⁵⁵ Sin duda, la redacción que se refiere a la interpretación de “los principios que establece esta ley” no es muy feliz. La deficiencia radica en que se refiere a los principios derivados de la LDC, cuando ésta, si bien en algunos casos enuncia principios (por ejemplo en el caso del art. 37), en realidad brinda soluciones normativas. Sin embargo, doy por supuesto que el cambio de la redacción está justificado en una auténtica noción de principios y no de su trivialización. De este modo, me atrevo a decir que se cumple con uno de los postulados del funcionamiento coordinado de principios y reglas. El camino es de doble vía: a) determinada la existencia de un principio, se establece qué reglas derivan de él, como su directa consecuencia; b) estudiando una o un conjunto de reglas, es posible verificar el principio subyacente por proceso de analogía, y así descubrir qué otras reglas derivan igualmente del mismo principio. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, pp. 218 y 232-233.

⁴⁵⁶ En este sentido, deberá considerarse que las normas de la LDC, más allá de la puntual aplicación de una de sus disposiciones al caso concreto, también estatuyen principios. A modo de ejemplo: el art. 2, al incluir como proveedor al concedente de marca, no sólo hace responsable al titular de la marca registrada incluida en el producto o servicio, sino a todo titular de signo distintivo con capacidad de crear confianza, cuando ésta resulte determinante de la decisión de consumo o elemento causal del acto de consumo, estableciéndose así la relación jurídica entre un consumidor y un proveedor aparente. La inclusión de quién realiza actividades de concesión de marca como responsable del cumplimiento de la LDC, establecería, a mi modo de ver, un principio de tercer orden, al proteger al consumidor que en el marco de su debilidad e inexperiencia cree contratar con la empresa que ostenta el signo distintivo. Volveré sobre este asunto en el Capítulo V. Cfr. SCHÖTZ, Gustavo, “Los titulares de marcas y las modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E, 979.

tratos, y que tenía como objeto de debate la integración del contrato, resolvió por unanimidad, en lo referente a la interpretación e integración en la relación de consumo que “La integración de los contratos de consumo debe regirse por las reglas y los *principios del sistema de consumo*, que establecen la aplicación de la solución más favorable para el consumidor (arts. 42, Constitución Nacional; 3 y 37, ley 24.240)”.

Por tanto, considero que el art. 3 LDC debe interpretarse en el sentido de que ante la eventual contradicción entre soluciones legales —las de la LDC y otras, ya sea las nombradas en el primer párrafo, Defensa de la Competencia, Lealtad Comercial u otras normas generales o especiales, reglamentarias de actividades específicas (tercer párrafo) —, deberá optarse por aquella que más favorezca el interés o la posición del consumidor, en el caso concreto⁴⁵⁷.

En todos los casos habrá que analizar si se trata de un caso de revocación de normas en conflicto, donde una debe “morir”, o bien la contradicción puede ser resuelta por interpretación (antinomia aparente), o por la limitación del campo de aplicación (subsunción específica) o por la utilización de criterios de solución de conflictos reales⁴⁵⁸.

La antinomia real se da cuando, por ejemplo, una norma prohíbe una cláusula contractual y otra la permite, considerando todas las cosas. En estos casos no es posible la interpretación, como ya vimos *supra* en II. D. 1.d), p. 167⁴⁵⁹. La situación es típica de todos los casos de orden público económico. En el campo del derecho privado hay una reconoci-

⁴⁵⁷ Cfr. JUNYENT BAS y DEL CERRO, “Aspectos procesales...”, p. 1284.

⁴⁵⁸ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 604-606.

⁴⁵⁹ Ya hice referencia al supuesto de contradicción entre el art. 1 del CPCyCN, que permite la prórroga de jurisdicción en asuntos patrimoniales internacionales y que tiene por finalidad la seguridad jurídica al facilitar el comercio internacional, y el art. 37 LDC, tiene por finalidad proteger al consumidor. En un caso estamos ante un permiso expreso; en el otro, se brinda un criterio de validez, aplicable en función de un principio superior. El art. 37 en el inc. a), prohíbe “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones”, y en el inc. b), “Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”. Pero la Resolución 53/2003 no puede modificar el art. 1 CPCyCN. Aún cuando la Res. 53/2003 se refiriera expresamente a acuerdos internacionales, no sería válida por el principio de jerarquía y división de poderes. Cfr. nota 413.

da superioridad jerárquica de este tipo de normas, toda vez que tienden a prevalecer sobre otras, las de derecho privado, en su mayoría disponibles o de interés principalmente individual⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 605.

CAPÍTULO III.
LOS PRINCIPIOS QUE CONFORMAN
EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

Como ya dije, interesa determinar cuáles son las exigencias de la razonabilidad práctica que informan o deberán informar de justicia al sistema jurídico de protección del consumidor internacional, incluyendo las normas positivas y las otras fuentes del derecho, en el orden interno o por formar parte de Tratados o Convenciones internacionales (cfr. I. D. 5.). Esas exigencias también servirán de pauta de aplicación a las normas a crearse, como criterios de orientación de los jueces en sus decisiones si existieran lagunas jurídicas, o para validar el contenido de las convenciones particulares o las autorregulaciones de los empresarios en su trato con los consumidores. En todos estos supuestos los principios generales efectuarán esa determinación, estén o no manifestados a través de derechos fundamentales de raigambre constitucional⁴⁶¹.

En el caso de la protección del consumidor internacional, algunos principios universales se podrán deducir y hallarán su justificación en los principios permanentes de la razón práctica, pero otras reglas serán

⁴⁶¹ En este sentido se expresa CIURO CALDANI, para quien “La atención a los principios es asimismo significativa para la *elaboración* de las normas y las reglas, que integra las lagunas históricas y axiológicas del ordenamiento, muy vinculadas al cambio histórico, sea que se trate de principios de Derecho Positivo, afines a los que aparecen en la determinación pero más abstractos, o de principios meramente valorativos (autointegración y heterointegración)”. CIURO CALDANI, “Bases de la integración jurídica trialista...”, p. 11.

justas por el simple motivo de que la autoridad local o internacional así lo ha dispuesto. En estos últimos casos, sólo podrán ser conductas adecuadas en justicia si se obedece a la autoridad, aunque el consumidor o proveedor hubieran resuelto de otra manera, o les pareciera más razonable actuar de otro modo⁴⁶².

De allí el interés en conocer cuáles son los principios conforman el sistema protectorio, incluyendo aquellos que ayuden a determinar la adecuada jurisdicción competente para la protección del consumidor transfronterizo. Desde ya que una regla establecida por el legislador puede permitir a un proveedor internacional un margen amplio de libertad, más aún cuando la regla consista en la libertad misma. Pero esa misma libertad deberá mantenerse dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho, o por los principios específicos del derecho del consumidor internacional. Esos son los principios que ahora buscaremos, de donde podremos luego establecer la razonabilidad de otras disposiciones secundarias⁴⁶³.

De modo gradual, yendo de lo general a lo particular, analizaré primero qué principios generales son aplicables a la relación de consumo transfronteriza para determinar luego cuáles son los principios específicos de la atribución de jurisdicción en casos que vinculan a consumidores transfronterizos. Comenzaré por los principios generales del derecho, especialmente los referidos a aquellos aplicables a toda relación jurídica voluntaria entre particulares y especialmente cuando intervienen consumidores. Incursionaré luego en los principios de Derecho Internacional público y privado aplicables a las relaciones multinacionales, con

⁴⁶² Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 308-317. También BIELSA, *Metodología Jurídica*, p. 348.

⁴⁶³ El conjunto de principios se formará por algunos específicos y otros compartidos por algunas o todas las disciplinas jurídicas. Así REZZÓNICO, al hablar de la buena fe como principio del derecho del trabajo, también tiene un criterio orientador en esa rama jurídica, porque los principios pueden ser compartidos por distintas disciplinas, no exclusivos a una rama del saber. Lo que es exclusivo, en cuanto original para una disciplina, es el elenco en su conjunto; pero visto cada uno individualmente, pueden servir para más de una especialidad. Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 480, citando a Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del derecho del trabajo*, Depalma, 2ª Ed, Buenos Aires, 1978, p. 301 y ss

especial hincapié en los correspondientes al comercio internacional y a la jurisdicción competente.

III. A. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El derecho esta constituido por reglas que se derivan de la ley natural como conclusiones deducidas de principios generales, y por las demás reglas que se derivan de la ley natural como determinaciones de directivas generales. Los principios primeros, más que exigir reglas, justifican reglas y determinaciones particulares⁴⁶⁴. Una corriente doctrinaria con la que coincido recepta como principios universales y ecuménicos los “*tria iura precepta*” como contenido abarcativo de soluciones. REZZÓNICO recalca que se puede trazar un claro eslabonamiento entre los textos romanos y los actuales.

“Así:

a) *honeste vivere* (vivir honestamente): al prohibirse las convenciones particulares que dejen sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesadas las buenas costumbres (Art. 21 Código Civil) y al prohibirse los actos jurídicos cuyo objeto sea contrario a las buenas costumbres (Art. 953).

b) *Alterum non laedere* (no hacer daño a otro): al declararse “nulos como si no tuviesen objeto” los actos que perjudiquen los derechos de un tercero (Art. 953 in fine del Código Civil).

c) *Suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo): materializado a través del Poder Judicial, organizado por la Constitución nacional y las constituciones provinciales⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p 315.

⁴⁶⁵ REZZÓNICO, *Principios...*, p. 21. En el mismo sentido, las XIas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987, Comisión 9: “IV. La referencia del legislador a los principios generales del Derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la jurisprudencia, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Es inexcusable con relación a los Códigos Civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista”.

Las normas que establezca el legislador o las sentencias de los jueces no pueden dejar estos principios de lado. Esas directivas generales, expresadas como principios, se pueden considerar universales, como señala FINNIS, y por tanto de aplicación a toda relación jurídica, incluyendo las multinacionales. De modo más concreto, este autor enumera una serie de principios, todos ellos contenidos como un desplegarse de los *tria iura praecepta*:

“La formulación en prosa exige aquí una exposición lineal que simplifica mucho y que oculta sus interrelaciones: (i) la privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada, respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas), (ii) no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa; (iii) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; (iv) la doctrina de los actos propios (*estoppel*) (*nemo contra factum proprium venire potest*); (v) no cabe asistencia judicial para quien alega en su favor su propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad); (vi) el abuso de los derechos no está protegido; (vii) el fraude lo anula todo; (viii) los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; (ix) *pacta sunt servanda* (se han de cumplir los contratos); (x) hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo los modelos de relaciones jurídicas existentes; (xi) al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad; (xii) no han de resolverse las disputas sin dar a las dos partes la oportunidad de ser oídas; (xiii) a nadie se ha de permitir ser juez en su propia causa”⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p 315. De acuerdo a María Susana NAJURIETA, «son los principios generales que expresan las exigencias supremas de la conciencia colectiva, tan evidentes que los jueces no necesitan justificar su origen. Dentro de esta categoría, se citan: el principio de la seguridad jurídica, el principio de la inmutabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas, el principio de la buena fe, el principio de la legalidad.» Y también: «En cuanto a los principios que en este trabajo se han llamado “inherentes a todo sistema de derecho”, tampoco corresponde destacarlos como fuente autónoma en el ordenamiento del Mercosur, ya que ellos -así como los principios generales del derecho internacional- son tenidos en cuenta por los jueces nacionales en defecto de regulación normativa escrita o consuetudinaria». NAJURIETA, “Los principios generales del derecho en el desarrollo del Mercosur”, pp. 869 y 872.

De aquí se desprende que un principio primariamente aplicable en el ámbito contractual —aunque no de modo exclusivo— pueda resultar universalizable en todas las culturas jurídicas.

III. A. 1. El principio de equidad

Si tomamos como ejemplo la equidad, esta no será considerada arbitrio subjetivo, ni mera benevolencia, ni frívolo abandono de las pautas legales por considerárselas inconvenientes o inoportunas⁴⁶⁷. Los distintos significados que ha tenido la equidad a lo largo de la historia se refieren por una parte a una justa igualdad no en abstracto sino concreta, con dos vertientes que son la *proporcionalidad* y la *reciprocidad*. Por otra parte también se suele hacer referencia a la igualdad de la justicia pero mitigada por la *benignidad* o *benevolencia*. GARDELLA, citando a ARISTÓTELES⁴⁶⁸, rechaza el criterio de equidad como mera indulgencia, para ubicarla exactamente en el campo de la justicia y el derecho, en la apreciación de las circunstancias particulares del caso a las cuales se procura adaptar la regla general⁴⁶⁹.

Se trata de una rectificación, en favor de la justicia pura, de las injusticias que provocaría una rigurosa interpretación textual al aplicar las leyes. Es la ley interpretada y aplicada con cuidadosa atención a las peculiares sinuosidades del caso.

«Tal “rectificación”, es al cabo el reconocimiento de que esta norma abstracta, pese a las apariencias textuales, no rige verdaderamente este caso concreto: pues atenerse a aquí a las solas palabras, acarrearía un re-

⁴⁶⁷ Cfr. GARDELLA, Lorenzo, “La equidad en derecho del consumo”, JA 2000-II-829. A modo de ejemplo de la universalidad de los principios, en la Encíclica *Populorum Progressio* se hace referencia a la equidad en las relaciones comerciales, en términos dirigidos a los países en el marco del comercio internacional. La igualdad, entonces, tanto en las relaciones privadas como públicas deberá ajustarse por la equidad, igualando lo desigual. PABLO VI, Carta Encíclica *Populorum Progressio*, Sobre el Desarrollo de los Pueblos, 26 de marzo de 1967.

⁴⁶⁸ *Ética a Nicómaco*, libro V, capítulo 10.

⁴⁶⁹ Cfr. GARDELLA, “La equidad...”, pp. 829-830. En igual sentido, QUAGLIA, “La relación de consumo...”, p. 909.

sultado disvalioso. Conclusión a la cual no se arribará a capricho, sino empleando pautas objetivas: la *ratio legis*, descubierta con lógica y buen sentido; los principios jurídicos generales, tanto positivos como metapositivos; los datos del medio histórico y social, usos inclusive, en que el caso se suscita; los elementos constitutivos de las conductas y de las cosas a que el caso refiere⁴⁷⁰».

El criterio de equidad diferencia las consideraciones generales de justicia de la equidad, es decir la justicia del caso concreto. Así, es posible legitimar una jurisdicción por la necesidad de recurrir a la equidad⁴⁷¹. Es en este principio, sin duda, que se apoya la tendencia cada vez mayor a lograr la justicia sustancial del caso, incluso mediante la asignación del foro competente. Por ejemplo denegando o concediendo, según el caso, el *forum non conveniens*⁴⁷².

También se puede hacer referencia a una equidad “creadora” o “supletoria”, que opera no ya a partir de la ley, sino que adecuando los principios jurídicos generales a las circunstancias del caso concreto, permite colmar las lagunas normativas. Ello ocurre cuando, por defecto, el régimen legal nada previó. La equidad, así entendida, en cuanto razonabilidad circunstanciada, refiere al “meollo de la equidad, un *criterio razonable de justicia*, muy plegado a las *circunstancias* concretas de la situación⁴⁷³.” De allí que lo justo, en los contratos entre iguales, radicará en el cumplimiento de lo pactado, pero en los contratos entre desiguales, en la restitución del equilibrio de la relación de cambio⁴⁷⁴.

En definitiva, esta equidad dará lugar, por tanto, a soluciones de justicia en distintos aspectos de la protección del consumidor, como por ejemplo la asignación del foro a través de la determinación del *forum*

⁴⁷⁰ GARDELLA, “La equidad...”, pp. 829-830.

⁴⁷¹ Cfr. CIURO CALDANI, “Criterios integrativistas...”, nro. 20.

⁴⁷² Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, pp. 163-167.

⁴⁷³ GARDELLA, “La equidad...”, p. 830.

⁴⁷⁴ WUST, Graciela, “La autonomía de la voluntad en los Principios de Unidroit y en la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas predispuestas”, ponencia en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en www.jornadas-civil.org

necessitatis, en aquellos casos que la solución que brinda el derecho positivo resulta manifiestamente injusta⁴⁷⁵. El mismo análisis se podrá hacer en todos los casos concretos para aplicar cada uno de los principios generales del derecho.

III. A. 2. El *favor debilis* como principio general del derecho

Como citamos arriba, FINNIS afirma que es un principio general del derecho el que al “estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad”⁴⁷⁶. Este principio ha sido acuñado históricamente a partir del *favor debitoris*, como un modo de atenuar las obligaciones pecuniarias cuando el centro del sistema jurídico estaba puesto sobre la persona, en la época que era posible ejercitar la fuerza sobre el deudor y su familia, pudiendo el acreedor obligarlos a trabajar para sí⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 164-165, mencionando el caso Vlasov, en el cual el “último domicilio conyugal”, indicado por la norma, de difícil localización, fue calificado por la Corte Suprema como “el último domicilio donde los cónyuges hubieran vivido de consuno”. Trataremos el foro de necesidad en cuestiones relativas a consumidores con más detalle en el Capítulo VI.

⁴⁷⁶ FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 315.

⁴⁷⁷ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 13-14. Este autor cita como norma expresiva del principio *contra stipulatorem* al Digesto, Libro 45, Tít. 1, ley 38, párr. 19: *verba contra stipulatorem interpretanda sunt*. Por su parte, SPOTA, cita a ULPIANO, Digesto, Lib. 50, Tít. 17, ley 9: *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. Cfr. SPOTA, Alberto Gaspar *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 111. De acuerdo a FERNÁNDEZ y GÓMEZ LEO, para el caso de duda ante los usos y costumbres, se deberán adoptar los que resulten menos gravosos para el deudor, de acuerdo al principio de interpretación de los contratos contenido en el Digesto, Libro 44, Tít. 7, ley 47. Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., AICEGA, María Valentina, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Tomo I-A, 2ª Edición, Buenos Aires, 2007, Nro. 45, en nota 976. Por su parte, CANARIS y GRIGOLEIT mencionan otra fuente del derecho romano: “*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*”. Cels. D. 34, 5, 26. CANARIS, Claus-Wilhelm y GRIGOLEIT, Hans Christoph, “Interpretation of Contracts” en *Towards a European civil code*, Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA, Edgar DU PERRON, Muriel VELDMAN, Coords, Nijmegen 2004, p. 461”. A su vez, Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota al art. 1854 del CC, considera como parte

Modernamente se expandió de allí a otras disciplinas: a favor de la liberación del deudor y *contra stipulatorem*, en los casos de oscuridad de la redacción de cláusulas a cargo del predisponente⁴⁷⁸; *favor libertatis*, en el derecho penal⁴⁷⁹. De acuerdo a LORENZETTI, esto luego fue trasvasado del derecho obligacional a ciertas categorías de sujetos que compartían una situación estructural en relaciones jurídicas de características comunes al conjunto⁴⁸⁰. Allí se inserta, por ejemplo, el *in dubio pro operario*⁴⁸¹, o las pautas contractuales favorables a locatarios⁴⁸², adquirentes de lotes, etc.⁴⁸³. En todos los casos puede advertirse un cambio de perspectiva, donde la persona ocupa el lugar central del sistema jurídico. En las relaciones privadas internacionales con parte débil, también hallamos el principio en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)⁴⁸⁴.

del “espíritu de las leyes” que en caso de duda se debe interpretar a favor de la libertad y no a favor de las obligaciones personales.

⁴⁷⁸ Cfr. Art. 218, inc. 7 CCom.

⁴⁷⁹ Un ejemplo de aplicación de este principio es la admisión de la costumbre en la parte general del derecho penal, *in bonam partem*. Así, puede extenderse una eximente legal como causa de justificación, causa de inculpabilidad o excusa absolutoria por un uso reiterado y constante de la jurisprudencia. Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Cuarta reimpression, Temis, Bogotá, 1998, p. 38.

⁴⁸⁰ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 15. También LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, p. 53 y ss.

⁴⁸¹ Arts. 8 y 9 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, para la aplicación de las condiciones más favorables contenidas en un convenio colectivo o la interpretación de las leyes y convenios del modo más favorable al trabajador, respectivamente.

⁴⁸² Art. 1 de la Ley 23.091 de locaciones urbanas, en cuanto al plazo mínimo computable para el contrato no celebrado por escrito, como elemento de todo un sistema general favorable a los locatarios.

⁴⁸³ Art. 1185 bis CC, introducido por la Ley 17.711.

⁴⁸⁴ Artículo 6: “Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor”.

En el contexto del comercio internacional, el principio *contra stipulatorem* es muy relevante. Los Principios UNIDROIT lo expresan en el Art. 4.6: “(Interpretación *contra proferentem*) Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”⁴⁸⁵. Y en el ámbito comunitario, ya dentro de la protección del consumidor, el Art. 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, se expresa en idéntico sentido⁴⁸⁶.

En el derecho privado el *favor debitoris* será siempre una orientación clara para la interpretación de la ley, en cuanto persigue una finalidad de justicia, restableciendo el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica⁴⁸⁷. Aunque esto debe ser considerado relativamente, ya que en muchos supuestos será el acreedor la parte débil, como el case del asegurado consumidor⁴⁸⁸. Tampoco se verá beneficiado el deudor cuando se encuentre en mora o su conducta haya sido culposa o ilícita⁴⁸⁹.

Cabe hacer una aclaración: el *favor debilis* y el *contra stipulatorem* no son equivalentes. El segundo tiene aplicación ante situaciones dudosas, cuando el intérprete tiene ante sí dos posibles soluciones, y debe elegir aquella que afecte menos los derechos de quién ha propuesto la cláusula oscura, o bien que favorezca al deudor, o al consumidor en

⁴⁸⁵ Es la versión en español que trae BONELL, *An Internacional Restatement...*, p.373.

⁴⁸⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 5: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. [...]”.

⁴⁸⁷ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, “El consumo, el derecho del consumidor y la regla «favor debitoris»”, p. 109.

⁴⁸⁸ Lo mismo consideran CANARIS y GRIGOLEIT, “Interpretation of Contracts”, p. 462.

⁴⁸⁹ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, “El consumo, el derecho del consumidor y la regla «favor debitoris»”, pp. 110-111.

nuestro caso⁴⁹⁰. El *favor debilis* por el contrario, si bien puede tener una función interpretativa, su aplicación es más amplia, y sustenta la fundamentación misma de la norma o la solución. Este principio, tanto en su enunciación como en su aplicación concreta a distintas situaciones jurídicas, es predicable universalmente⁴⁹¹.

III. A. 3. Del favor debilis al pro consumptore

El principio universal del *favor debilis* adquiere, en el sistema protectorio del consumidor, una naturaleza fundante y constituye la base normativa sustancial⁴⁹². Incluso tiene una enunciación propia: es el *in dubio pro consumptore*, dentro de la tradición de nombrarlos por su forma latina⁴⁹³.

⁴⁹⁰ RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, pp. 164-168. Se concreta en el art. 37 LDC: "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".

⁴⁹¹ Así se lo propuso en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2ª, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1985. "I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil de un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las prestaciones. III. La regla *favor debitoris* no se aplican a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito. *De Lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil, como principio, la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor".

⁴⁹² Ver por todos, MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, "El consumo, el derecho del consumidor y la regla «favor debitoris»", p. 107 y ss. A modo de ejemplo de la aplicación del principio, puede verse el considerando 10º del voto en disidencia de los Dres. LORENZETTI y ZAFFARONI en "Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad": "El principio protectorio de los consumidores es un mandato que debe llevar a realizar los mayores esfuerzos hermenéuticos a los fines de obtener una igualdad negocial informativa, la que a su vez es coherente con la buena fe contractual. La noción de igualdad constitucional exige establecer instrumentos que disminuyan las distancias cognoscitivas que existen entre expertos y profanos en el ámbito de las prestaciones".

⁴⁹³ Aunque en la doctrina aparecen distintas enunciaciones, prefiero la forma *pro consumptore* antes que *pro consumatore* atendiendo a lo que creo es el correcto uso gramatical del latín. Hay dos verbos en juego que dan origen a las referidas frases, a saber: "consummo, as, are, avi, atum", cuyas acepciones son "concluir, acabar" o "perfeccionar un arte". De aquí surgiría la frase "in dubio pro consummatore", en donde *con-*

El contraste entre el principio del *favor debilis (pro consumptore)* con el estándar del “buen hombre de negocios” implica una clara diferencia de enfoque y, posiblemente, una de las manifestaciones más claras de la divisoria de aguas entre un régimen general y uno protectorio. Si tomamos como ejemplo el deber de información, en cuanto integrante del principio de seguridad o de la buena fe negocial, el sistema protectorio prevé pautas muy claras y estrictas en favor del consumidor. En este sentido, es de plena aplicación el precepto del Art. 909 del CC, por el cual en un contrato en que se supone una confianza entre las partes, se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes.

Puede ser útil un ejemplo. El Art. 36 de la LDC indica que en las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios, el proveedor deberá consignar bajo pena de nulidad, entre otros elementos, el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar. Esta enumeración detallada no es requerida en el Código de Comercio ni en disposiciones que se refieren a operaciones similares entre empresarios. Por el contrario, el régimen general es el del Art. 902 CC, por el cual quién más conocimiento tiene de las cosas mayor será su

summator es la forma del supino del verbo, que da origen al sustantivo: (cosummat-) + el sufijo de persona agente (tor-) + la desinencia del ablativo singular (e). Por otra parte, la frase “in dubio pro consumatore” además estaría mal escrita porque *consumatore* deriva del verbo *consummo* (doble “m”). Es posible que haya quedado con una sola “m” por el uso o por la adaptación que hizo el idioma italiano.

El otro verbo implicado es “consumo, is, ere, sumpsi, sumptum”, cuyas tres acepciones son: “hacer desaparecer algo”, “gastar, emplear, invertir”, “sucumbir, estar extenuado”. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, *consumere* es el antecedente latino de nuestro “consumir”, y por tanto este último es el origen correcto del *in dubio pro consumptore*, donde *consumptore* es la forma del tema de supino del verbo (consumpt-) + el sufijo de persona agente (tor-) + la desinencia del ablativo singular (e). Agradezco al Prof. Enrique MAYOCCHI por su fineza en las disquisiciones idiomáticas.

responsabilidad, y, por tanto, el empresario que no se informe de las condiciones crediticias será pasible de conducta negligente⁴⁹⁴.

El deber de obrar con cuidado y previsión, lo que “verosímilmente las partes entendieron o debieron entender” (art. 1198 CC), no debe ser interpretado de igual modo para el consumidor transfronterizo que para el agente del comercio internacional. La buena fe diligente, el comportamiento cuidadoso y previsor, requiere una mayor exigencia para el profesional. Como aclara REZZÓNICO:

“Esa buena fe del hombre cuidadoso y previsor —para seguir la terminología legal— pide a los contratantes *reflexión, celo, prolijidad*, lo cual —por lo menos si se piensa en el moderno tráfico de masa— podría parecer un verdadero gazapo jurídico⁴⁹⁵.”

Lo mismo se puede decir respecto del comercio transfronterizo. Existe consenso respecto de la vigencia del principio internacional que presume la profesionalidad y responsabilidad de los hombres de negocios. Se le exige un deber de obrar con previsión y diligencia fundamentado en la obligación moral de respetar la palabra empeñada⁴⁹⁶.

Aunque habitualmente se hace referencia a su funcionalidad al régimen de interpretación de los contratos de consumo, el campo de aplicación del *pro consumptore* como aplicación sectorial del *favor debilis* es más amplio. Así, por ejemplo, tiene directa incidencia en la responsabilidad solidaria de la cadena comercial cuando el consumidor sufre daños por productos defectuosos, donde se ve favorecido por las presunciones y las cargas probatorias⁴⁹⁷. También cuando, en los créditos para el consumo, se reconoce la conexidad contractual prevaleciente sobre el principio del efecto relativo de los contratos⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Art. 902 CC: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

⁴⁹⁵ REZZÓNICO, *Principios...*, pp. 534-535.

⁴⁹⁶ Cfr. BERGER, “Transnacional Commercial Law...”, p. 10.

⁴⁹⁷ Art. 40 LDC,

⁴⁹⁸ Art. 36 LDC: “La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En

En el comercio internacional habrá que valorar especialmente la debilidad de los consumidores, en la medida que mediante la globalización las empresas asumen conductas uniformes y al margen de los poderes estatales⁴⁹⁹.

III. A. 4. Principios generales aplicables a relaciones jurídicas voluntarias entre particulares

Junto a los principios más generales que se pueden considerar como parte del derecho natural, también existen otros, en coordinación con los principios generales, de los cuales son tributarios⁵⁰⁰. Entre estos, son importantes como principios secundarios para la protección del consumidor los correspondientes a los contratos, ya que gran parte de las relaciones de consumo internacionales corresponden a los intercambios derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad por proveedores y consumidores⁵⁰¹. Como veremos, estos principios de segundo grado en muchos casos coinciden o son explicitaciones más concretas de los principios generales o de primer grado.

REZZÓNICO menciona entre estos principios del régimen de los contratos: (i) autodeterminación y autorresponsabilidad; (ii) autonomía privada o autonomía de la voluntad; (iii) libertad del contenido contractual; (iv) fuerza obligatoria de los contratos (el *pacta sunt servanda* y el contenido moral de los contratos) y el principio del efecto relativo de los contratos (*res inter alios acta*); (v) principios del consensualismo y del

caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.”

⁴⁹⁹ Cfr. JAYME, Erik, “La Droit International Privé du nouveau Millénaire: La Protection de la Personne Humaine face á la Globalisation, Académie de Droit International”, *Recueil des Cours*, Vol. 282, La Haya, 2000, pp. 19-21.

⁵⁰⁰ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 312.

⁵⁰¹ El contrato, comprendido como una forma jurídica que resume una operación económica, y por lo general, la realidad económica y social subyacente, es el instrumento por esencia de la circulación de la riqueza. Cfr. HINESTROSA, “Des principes généraux du droit...”, p. 512.

neoformalismo; (vi) principio de justicia y de equivalencia de las prestaciones; (vii) principio de equidad en los contratos; (viii) principio de confianza; (ix) principio de seguridad jurídica; (x) principio de la buena fe⁵⁰².

El sistema protectorio participa de estos principios, pero formalizados por el *favor debilis*, ya que los pilares convencionales reciben de éste una influencia decisiva. Tanto el consensualismo, como el neoformalismo, la equidad, etc., deben actuar coordinadamente con la atención preponderante de la parte débil. De esta manera, el *pacta sunt servanda*, junto con el *volenti non fit iniuria* (lo querido no puede causar daño) serán matizados cuando nos encontremos ante una relación de consumo⁵⁰³.

Estos principios de segundo grado se derivan de principios de primer grado, de tal manera que la mayoría de los preceptos provienen de esta segunda forma de derivación⁵⁰⁴. Ahora bien: la protección del consumidor internacional es tributaria tanto de los principios generales del derecho como de los principios secundarios específicos de los contratos. Esta protección no consiste de modo directo en un principio de primer grado ya que como dijéramos, el consumo no es un bien básico, sino que es meramente instrumental a bienes básicos (cfr. supra p. 48 y ss.). De allí que las normas protectivas deberán ser “puestas” por el legislador (derecho positivo) o por los jueces que tengan que resolver conflictos⁵⁰⁵.

⁵⁰² REZZÓNICO analiza en detalle cada uno de estos principios en la Parte Segunda de su obra obra, donde adhiere a la idea de que los principios no necesitan estar textualizados para poseer esa condición, y toma como ejemplo el principio de buena fe, que si bien fuera incorporado a nuestra legislación a partir de la reforma del Código Civil de 1968 en el art. 1198, nadie había puesto en duda que las convenciones debían ser celebradas y cumplidas de buena fe. Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 20.

⁵⁰³ Cfr. QUAGLIA, “La relación de consumo...”, p. 904.

⁵⁰⁴ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 314 y 315.

⁵⁰⁵ Desde otra perspectiva, a través del análisis de los caracteres esenciales del negocio jurídico patrimonial, se puede verificar si en las relaciones de consumo transfronterizo originadas en contratos se cumplen los presupuestos que fundamentan su justicia. Estos son: a) la vigencia de la autonomía privada y de la libertad individual; b) aplicación de la idea de conmutatividad del comercio jurídico; c) observancia de aquella conducta que exige en cada caso la buena fe; d) protección de la seguridad del tráfico jurídico. Cfr.

Sin adelantar aún las conclusiones, conviene aclarar que estos principios son de orden público internacional, no pertenecen al derecho dispositivo sino al coactivo, debido a su sentido ético primordial. REZZÓNICO lo indica respecto de la aplicación del principio de buena fe pero es extensible a todos los demás principios generales del derecho. Las partes no pueden eliminarlo en sus relaciones, y menos aún en los contratos predispuestos⁵⁰⁶. Esto debido a que entendemos el orden público como un conjunto de principios que pueden impedir la aplicación del derecho extranjero o la admisibilidad de una sentencia extranjera (Art. 517. inc. 3 del CPCyCN)⁵⁰⁷.

En esto son coincidentes el derecho de los comerciantes y el de los consumidores, a través de distintas manifestaciones de un mismo principio jurídico⁵⁰⁸. Así, el Art. 1.7 de los Principios Unidroit indica:

“(Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no podrán excluir ni restringir la aplicación de este deber⁵⁰⁹”.

DIEZ PICASSO, *Fundamentos...*, Vol I, p. 74. HINESTROSA, por su parte, considera como figuras esenciales del derecho privado a la propiedad, el contrato y la reparación de daños. HINESTROSA, “Des principes généraux du droit...”, p. 512.

⁵⁰⁶ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 531.

⁵⁰⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, nros. 149 y ss. Volveré sobre este punto en el número IV. A. 7, p. 358 y ss.

⁵⁰⁸ En el caso de los Principios Unidroit, el catálogo resulta esencialmente similar al de los principios generales de los contratos, pero la amplitud o restricción de uno u otro, o la mayor aplicación o virtualidad de unos en el comercio internacional, tiene que ver con la finalidad concreta del “ordenamiento”, a salvo la idea de que los Principios Unidroit están redactados “como si fueran normas” sin serlo. Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p.164.

⁵⁰⁹ Cfr. BONELL, *An International Restatement...*, p. 364. De hecho, la *lex mercatoria* en su conjunto se asienta de modo general sobre dos principios básicos, el de buena fe y el *pacta sunt servanda*, que cumplen una función genética y de posterior derivación. Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 221. “*The origin of many of the rules and principles contained in the list may be traced back to the basic notion of good faith. Thus, the right to set-off mutual claims is based on the idea that it would be against good faith if a creditor requires performance of an obligation from his debtor if the former would have to return immediately what he has required from the latter ('dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est'). The particularly important aspect of good faith is the prohibition of contradictory conduct ('venire contra factum proprium nemini licet'). Even though the latter prin-*

Las relaciones entre los principios, los derechos fundamentales, el orden público y los derechos subjetivos del consumidor, y sus implicancias en el Derecho Internacional Privado y la atribución de jurisdicción, serán tratadas en el Capítulo IV, referido al fundamento y naturaleza de los derechos del consumidor transfronterizo.

III. A. 5. El *favor debilis* como principio específico de la protección del consumidor transfronterizo y la autonomía del sistema

La protección del consumidor, como dije en el Capítulo I, tiene su origen en su debilidad jurídica, técnica y económica en su relación con el proveedor, en el contexto de una economía de masa (cfr. I. B. 5). De allí que el fundamento último del régimen protectorio es la debilidad estructural del consumidor; aquí se origina el estatuto especial a favor de la parte débil⁵¹⁰.

Por este motivo la enunciación del principio *favor debilis* en beneficio del consumidor es más reciente, como manifestación histórica, social y económica del nacimiento de una nueva calificación de las personas, sobre la base de un rol preciso en el proceso económico en general. De todos modos, como no se trata sólo de un principio de interpretación favorable de los contratos sino un sustento del sentido de justicia que debe dirigir todas las relaciones de consumo, va más allá que el interés social de disciplinar el régimen contractual. De aquí que también determine el sistema de Derecho Internacional Privado⁵¹¹.

... ciple is 'still far away from a sufficient normative solidification', it lies at the roots of many of the more detailed rules and principles contained in the list. The principle thereby serves as a perfect example for the inductive development of special rules within the system of transnational commercial law."

⁵¹⁰ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 35-37.

⁵¹¹ Cfr. LÓPEZ CAMARGO, Javier, "Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica", *REVISTA e - Mercatoria*, Volumen 2, Número 2. (2003), p. 6. "[e]ntendido de que la *justicia* no es sólo la conmutativa, basada en el principio de equilibrio o igualdad formal, sino que ella se ha ampliado por la cuestión social, elemento fundamental de la acción del Estado".

Se pueden aplicar analógicamente las consecuencias que supuso la revolución industrial para la fundación del estatuto del trabajador. Así, el principio de libertad de contratación cedió ante el protectorio, por la distinta capacidad de negociación de las partes, en su caso traducida en la dependencia técnica, económica y legal del trabajador respecto del empresario⁵¹². Por tanto el principio protectorio tiene una primera función fundante del sistema específico para el consumidor, es el meollo de toda la rama y se dirige principalmente al legislador a fin de que adopte los medios técnicos jurídicos de protección⁵¹³. Así lo han reconocido los distintos ordenamientos al incluir la protección del consumidor en el llamado “constitucionalismo social”⁵¹⁴.

LORENZETTI afirma que el marco protectorio interno es un subsistema con cierto grado de autonomía dentro del sistema de derecho privado⁵¹⁵. En consecuencia, las soluciones deben buscarse dentro del mismo subsistema y no por recurrencia a la analogía. Pero no podemos afirmar lo mismo respecto de un sistema protectorio internacional, ya que, como sostenemos, por el momento está en construcción (cfr. *supra* II. A.)

⁵¹² Cfr. ÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 2, p. 138.

⁵¹³ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 8-9.

⁵¹⁴ LÓPEZ CAMARGO, “Derechos del consumidor...”, p. 5. La forma como la protección de los consumidores ha sido consagrada varía de un país a otro. De todos modos, aún cuando una Constitución no se refiera de modo expreso a los consumidores, igualmente estarían protegidos porque la necesidad de su protección se puede desprender, indistintamente, de los valores solidaridad social, igualdad material y justicia social. A través del análisis de los derechos y principios fundamentales, del modelo económico incluido en la Constitución, se puede encontrar el sustento de la protección a los consumidores; por éste el Estado puede intervenir en la economía, especialmente cuando deba ofrecer protección a los más débiles, entre los que se cuentan a los consumidores. Nos referiremos a este tema *supra*, Capítulo IV. A, y especialmente si esta protección incluye a los consumidores transfronterizos en relación a la jurisdicción competente.

⁵¹⁵ “El microsistema está compuesto por las siguientes normas: la norma constitucional, que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter ‘principiológico’, es decir, tiene sus propios principios; las normas legales infraconstitucionales, sea que exista un Código, como en el caso de Brasil, o un ‘estatuto del consumidor’, compuesto por normas dispersas, como ocurre en el caso argentino.” LORENZETTI, *Consumidores*, p.47.

Si los principios específicos de la protección del consumidor dan origen a la creación de un régimen de excepción en su favor, conviene analizar cuáles son las razones que se esgrimen para distinguir qué normas del sistema jurídico general serán aplicables y cuales no, ahora en el plano internacional. Ante la carencia normativa del sistema de Derecho Internacional Privado se deberá realizar un esfuerzo argumentativo para fundamentar la limitación en la aplicación de las normas generales. Está en juego la unidad o fragmentación del sistema.

A fin de argumentar a favor o en contra de la conveniencia de un régimen diferenciado en el marco general del derecho contractual, WILHELMSSON menciona cuatro argumentos con sus contrarios. En primer término el argumento 'pedagógico', según el cual resulta más sencillo para el abogado común analizar el derecho del consumo como parte del derecho privado, ya que es de estudio general evitándose así la especialización. Pero, por el contrario, resulta mejor para el consumidor un régimen especial de tal manera de que pueda conocer con más exactitud cuáles son sus prerrogativas⁵¹⁶.

En segundo lugar, insiste, existe el problema de la difícil línea divisoria de una y otra regulación, en referencia a la categorización de ciertas situaciones como un uso comercial o privado, por los diferentes roles que las personas cumplen en la sociedad. El argumento no resulta irrelevante, ya que de aquí se desprende que ciertas normas imperativas sean o no aplicadas; pero el asunto no sería tan difícil de resolver si simplemente se los considera como una categoría especial de contratos. Los casos límite, que no son tantos, muchas veces son utilizados de modo generalizado para elaborar soluciones que en definitiva resultan muy estrechas. Analizaré este punto con mayor detalle respecto de las relaciones de consumo transfronterizas en el Capítulo V.

⁵¹⁶ Thomas WILHELMSSON realiza estas consideraciones en el marco de la discusión respecto de la conveniencia de adoptar un régimen específico como los Principios de UNIDROIT o uno común como los Principios europeos de los contratos. Este autor rechaza estos argumentos por su debilidad para justificar un problema jurídico tan importante. Cfr. WILHELMSSON, "International *Lex mercatoria*...", pp. 145-146.

El tercer argumento respecto de la distinción entre contratos comerciales y de consumo es más sustancial. Se refiere a las distintas concepciones de justicia, ética o políticas públicas. El enunciado tradicional se sustenta en distintas dicotomías: autonomía/solidaridad; individualismo/altruismo; libertad de mercado/bienestar del consumidor; autorregulación del mercado/fallas del mercado⁵¹⁷. Estos razonamientos son aplicables al ámbito internacional.

El análisis de la estructura del mercado desde la racionalidad económica, medida de acuerdo a un criterio de eficiencia y apoyada sobre una concepción utilitarista del bien común (el mayor bien posible para el mayor número), justificaría un régimen único, que brinde a los agentes un margen de libertad lo más amplio posible. La vigencia de la *lex mercatoria* participaría de este fundamento al colocar en un pie de estricta igualdad jurídica a los participantes del comercio internacional y permitir así la paridad de negociación⁵¹⁸. Pero este criterio económico a su vez es el que solicita la intervención del mercado en cuanto modo de

⁵¹⁷ “In fact, as it would be a fallacy in this day and age to presume the existence of a coherent system of moral principles behind any society and, hence, behind any legal order, it is certainly not self-evident that contract law would be very coherently principled. One would rather expect a varying mixture of autonomy and solidarity at the roots of this area of law. This is true not only of consumer law, where protection of the autonomy of the consumer is certainly one of its tasks, but also for the rules on commercial contracts. Even the UNIDROIT Principles, although they are designed for commercial contracts only, are built on both a principle of freedom of contract and the idea of policing against unfairness, as well as promoting good faith and fair dealing”. WILHELMSSON, “International Lex mercatoria...”, pp.145-146.

⁵¹⁸ HOWELLS reconoce que un problema importante son los crecientes costos de transacción que implica la falta de información acerca de qué reglas se aplican en los negocios de exportación, el contenido de la ley aplicable y la incerteza respecto de los posibles reclamos de que puede ser pasible. Esto afecta menos a las grandes empresas con capacidad de dominar mercados internacionales y la gran experiencia en salvar las asimetrías informativas. Este argumento es más relevante para las pequeñas y medianas empresas. Así y todo, considera que se han magnificado las ventajas de la máxima uniformidad en la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que en la práctica la falta de seguridad jurídica no afecta a los empresarios. Cfr. HOWELLS, Geraint G., “The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?”, *Sydney Law Review*, 2006, nro. 2.E.

solucionar la desasimetría de información entre los agentes cuando actúan consumidores, a través de la internalización de las externalidades.

A mi criterio, la visión economicista no necesariamente se opone a una concepción solidarista de los contratos en general, justificada desde la filosofía práctica. Ambos criterios se pueden complementar, pero si se arriba a soluciones contradictorias, el criterio filosófico de la primacía de la persona como fundamento del orden jurídico será determinante para orientar al juzgador, prevaleciendo la justicia sobre la eficacia⁵¹⁹.

El cuarto argumento se refiere a la mayor localización del derecho del consumo, atado a las expectativas inmediatas de los ciudadanos y en mira de los políticos como materia regulable y de rápida respuesta a los requerimientos sociales. Sin duda esto es importante, e incluso es uno de los aspectos que se consideran en la UE al momento de fijar el nivel adecuado de armonización: cuánto regula la UE y qué queda en la órbita de los Estados Miembros⁵²⁰. Los consumidores y sus expectativas no son tan uniformes como parecería, incluso globalización mediante⁵²¹.

De aquí que resulte razonable que la autonomía del sistema se apoye en su estructuración sobre un principio fundante: el *pro consumptore* en cuanto aplicación sectorial del *favor debilis*.

⁵¹⁹ Desde la perspectiva principialista que aquí sustento —a diferencia de la economicista—, la aplicación de los principios, como el de buena fe o equidad, es general a todo tipo de relación contractual, y las diferencias serán de grado, aunque desde una postura postmoderna se predica que no existe un esquema coherente de principios que haga de soporte al sistema contractual unificado. Así, la combinación oportuna de solidaridad/autonomía sería propia de cada sistema, propugnándose por tanto la fragmentación y no la unidad del régimen contractual. De aquí, por ejemplo, que se considere a los Principios de UNIDROIT como la adopción de una determinada combinación de solidaridad/autonomía, específica de los contratos comerciales internacionales. Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, pp. 146-147.

⁵²⁰ Cfr. HOWELLS, “European Consumer Law...”, pp. 73-80.

⁵²¹ El Prof. Thomas WILHELMSSON, en un paper del año 2002, menciona las diferencias existentes en las percepciones y hábitos entre los países nórdicos y los mediterráneos, y la Europa occidental y la del Este, en ese momento en pleno proceso de adaptación al ampliado mercado interior. Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, pp. 149-151.

III. A. 6. La aplicación universal del *favor debilis*

En nuestro sistema protectorio del consumidor transfronterizo en construcción, ¿cuándo se puede recurrir a los principios, y concretamente, al *favor debilis*? Si bien afirmé que en el plano internacional existe una laguna jurídica, hay que considerar que en el plano interno cada sistema local completa los vacíos normativos de distinto modo, de manera que los principios ocupan lugares disímiles en cada ordenamiento. Los principios jurídicos cumplen una función de fundamentación, antes, durante y después del proceso interpretativo, pero los sistemas jurídicos nacionales no les asignan el mismo orden de prelación considerados como fuente del derecho⁵²².

REZZÓNICO hace referencia a que los principios generales provienen de distintas fuentes, y así en el derecho romano se consideraba que a través del *ius gentium* existía un derecho universal, libre de toda impronta nacional, aplicable a todos los pueblos, dotado de una particular elasticidad, apoyado en la *bona fides* y en la *aequitas*, y cuyos principios se ofrecían con evidencia intuitiva. ¿Podría considerarse que este tipo de principios incluye alguna base universal del derecho del consumidor? ¿Es universal el *favor debilis*, para ser reclamado en cualquier jurisdicción?

Debido a que los principios generales no son consecuencia de las disposiciones legales, sino, por el contrario, dan forma sustancial a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital⁵²³. Así como de la naturaleza de las cosas se desprenden preceptos normativos, cosa mueble o inmueble, o de que una persona sea comerciante se desprende la presunción de onerosidad de sus actos (Art. 218 inc. 5 Código de Comercio), del carácter de consumidor se puede desprender o presumir su debilidad, o la naturaleza desigual de

⁵²² Cfr. VIGO, *Los principios jurídicos*, pp. 48-50. Allí menciona la clasificación de fuentes en el *common law* que propone Roscoe POUND, cuando distingue: "1) *rules* o normas en sentido estricto; 2) *principles*; 3) *legal conceptions*; 4) *doctrines*, y 5) *standards*." POUND, Roscoe, *Jurisprudence*, vol. II, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1959, pp. 125 y s.

⁵²³ Cfr. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 84.

la relación⁵²⁴. Apelando a estas ideas, si bien la jurisdicción competente puede estar determinada por el sistema normativo, si esta asignación no atiende a la particular condición de los consumidores, podría resultar una jurisdicción injusta⁵²⁵.

Por tanto, no hay inconveniente en establecer la universalidad de la aplicación del principio protectorio al sistema jurídico del comercio internacional, al Derecho Internacional Privado o al Derecho Internacional a secas. Si el *favor debilis* forma parte del sistema jurídico, deberá ser aplicado, entre otros, a la reglamentación de la jurisdicción internacional y al respeto de la garantía de acceso a la jurisdicción⁵²⁶.

Esto se debe a que el *favor debilis*, al igual que otros principios jurídicos sistemáticos o fundacionales, actúa a la manera de pilar, dando sustento y fundamento a todo el ordenamiento, estando presente a lo largo y a lo ancho de él. Mediante la utilización del método deductivo se pueden obtener de este principio las normas o principios más específicos. Por lo tanto, en cuanto a informador del sistema, el *favor debilis* de-

⁵²⁴ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 167. El criterio de la naturaleza de las cosas puede aplicarse, por ejemplo, a las calificaciones —consumidor, proveedor, etc.—, al punto de conexión —lugar de cumplimiento, residencia habitual—, o a la eventual existencia de conexidad contractual. En nuestro caso, la economía puede ser un buen auxiliar para determinar si resulta razonable de acuerdo a la naturaleza de las cosas que, por ejemplo, un proveedor que brinda *on line* un servicio gratuito, pueda ser reclamado en el domicilio del consumidor, tal vez en otro Continente, si suspende intempestivamente los servicios.

⁵²⁵ Cfr. CIURO CALDANI, "Criterios integrativistas...", nro 16. "A nuestro entender, la jurisdicción injusta sigue existiendo en las dimensiones 'positivas' (sociológica y normológica), puede generar, sí, el deber de resistirla (dimensión dikelógica). Una jurisdicción que no atiende la particular condición de los consumidores resulta a nuestro parecer una jurisdicción injusta".

⁵²⁶ El *favor debilis* en derecho laboral se traduce en el *favor operarii*. Esto llevado al Derecho Internacional Privado, ha implicado que, al menos en nuestro país, el contrato de trabajo se rija por el derecho del lugar de cumplimiento, mediante la norma unilateral del art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta norma no contempla el supuesto internacional, por tanto ante el silencio sólo será aplicable a contratos a ejecutarse en Argentina. Para los contratos con ejecución en el extranjero se aplica la ley foránea, salvo la incompatibilidad con el orden público internacional argentino. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 406. Esta misma solución sería la más razonable ante el silencio de la LDC respecto de casos internacionales.

berá ser tenido en cuenta al establecer la legislación, al juzgar el caso concreto, al admitirse la jurisdicción indirecta, etc.

Otro principio que participa de la misma naturaleza es el de igualdad relativa de todos los hombres, sobre el que se estructuró la teoría general del contrato desde el siglo XVIII en adelante⁵²⁷. La aplicación directa del principio de igualdad al derecho del consumo justifica la intervención que procura equilibrar la desigualdad estructural. En definitiva, tanto el *favor debilis* como el de igualdad relativa pueden ser descubiertos por un proceso inductivo de generalización creciente, aunque en el derecho interno aparecen expresamente en los arts. 3 y 37 LDC⁵²⁸.

Esta intervención omnicomprendiva tiene su razón de ser en una presunción de desigualdad entre las partes en la negociación, a la que ya nos hemos referido. Pero a diferencia de la operatividad de un derecho subjetivo, que una vez otorgado implica una potestad de atribución que

⁵²⁷ Un análisis general de las concepciones liberales respecto del contrato, puede verse en MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación Económica de los Contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, especialmente el Capítulo I. Respecto de la recepción de estos principios en la CN, cfr. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, pp. 458-459.

⁵²⁸ Este es el modo general en que se presentan los principios. Cfr. HINESTROSA, "Des principes généraux du droit...", p. 505. Este último indica que "la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa". Se podría pensar que no es más que una explicitación de aquello que ya estaba previsto en el Art. 218 inc. 7mo del Código de Comercio, pero a poco que se mire se puede observar que la fuerza expansiva axiológica es patente, desde el momento que cualquier disposición, privada o pública, cualquier término de la negociación, será interpretado como más favorable al consumidor, siempre que se presente duda. CCom, art. 218. "Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes [...] Inc.7. En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación." Así la disposición ha sido aplicada para interpretar el contenido de la publicidad hecha por el proveedor. En el caso, si el consumidor podría razonablemente creer que el anuncio de una empresa de medicina prepaga respecto de la alteración de las condiciones contractuales, incluyendo las prestaciones de servicios de asistencia al viajero a través de un tercero, eran aplicables a su propio contrato. "Si la sociedad demandada distribuyó propaganda sobre el beneficio de asistencia en viaje, sin hacer salvedades o reservas para personas que hubieren desechado este servicio con anterioridad, los asociados tenían derecho a esa cobertura". CNCiv Sala C, "Sucesores de Scheri, José c/Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires Hospital Italiano", 19/8/2004.

manda conductas positivas o prohíbe otras, en este caso corresponderá al interprete en cada caso verificar si corresponde ajustar las prestaciones a favor del consumidor, por existir duda suficiente.

Finalmente, cabe agregar que las conexiones materialmente orientadas, que buscan la justicia sustantiva del caso, suelen tener como trasfondo alguna situación de debilidad. Volveré sobre este asunto en el número VII. C, p. 665 y ss⁵²⁹.

III. B. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA RELACIÓN DE CONSUMO

El Derecho Internacional Público, que denominaremos simplemente Derecho Internacional, establece pautas de obligación de los Estados respecto de otros Estados, de particulares de otros Estados y de los seres humanos en general. Un primer modo de observar este fenómeno, es considerarlo como el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional, del grupo social constituido por todos los Estados y pueblos existentes en el planeta⁵³⁰. Tiene por misión regular la coexistencia de los poderes estatales, su mutua cooperación y la protección de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional en su conjunto⁵³¹

La estructura jurídica formal del Derecho Internacional está constituida por un conjunto de principios y normas, vigentes en la actual comunidad global. Estas regulan la atribución y el ejercicio de las competencias de los Estados en sus relaciones mutuas, estableciendo los lími-

⁵²⁹ JAYME considera que la materialización de las reglas de conflicto es una de las tendencias actuales del Derecho Internacional Privado. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration", p. 44 y ss.

⁵³⁰ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5ª Edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 199, p 3. Se trata de esa misma comunidad a la que ya me referí en I. D. 2, p. 94.

⁵³¹ *Ibid*, p.9.

tes del poder jurídico de cada uno de ellos y permitiendo la ordenada convivencia dentro de la comunidad internacional.

Además, en el ordenamiento existen otras dos estructuras. Una, referida a la cooperación entre los Estados para el logro de ciertos objetivos comunes, que ha dado lugar, por ejemplo, al nacimiento de las organizaciones internacionales, con mayor o menor especialización. La otra se refiere al resguardo de intereses de la comunidad internacional, no ya los Estados considerados en sí mismos, sino en cuanto grupo humano. Se estructura sobre el principio de solidaridad, para proteger ciertos valores fundamentales para el conjunto⁵³². Resultará de capital importancia para nosotros verificar si entre estos valores fundamentales se encuentra la protección del consumidor transfronterizo, o si nuestro objetivo forma parte de alguna de las estructuras de cooperación entre los Estados. Si así fuera, existirían obligaciones de un Estado frente a los otros de poner operativa esa protección, utilizando entre otros medios, la adecuada atribución de jurisdicción.

Desde un segundo punto de vista, los elementos más relevantes del sistema normativo internacional son el Estado, la persona humana y la comunidad internacional en su conjunto⁵³³. Esto es coherente con una concepción personalista del orden jurídico, tanto del derecho en general como del Derecho Internacional en particular, ya que los fines constituyen la meta del ordenamiento jurídico. Por tanto, es muy relevante que el individuo sea el beneficiario directo e inmediato del ordenamiento in-

⁵³² *Ibid*, pp. 18-20.

⁵³³ *Ibid*, p. 28. Los elementos estructurales no se identifican con los sujetos del ordenamiento internacional, aunque la idea de poner en el centro del sistema a la persona, requerirá en muchos casos dotarla de subjetividad, en cuanto centro de imputación. "Un sujeto de derecho internacional es todo aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación. La calidad de sujeto que posee una entidad no depende de la cantidad de derechos y obligaciones de que esa entidad es titular. La designación es válida tanto para quien sólo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria como para un Estado soberano". BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 32.

ternacional, lo que le permitiría que, en ciertas circunstancias, pueda reclamar directamente por la violación de sus derechos⁵³⁴.

En tercer lugar, también se puede considerar al ordenamiento jurídico de modo dinámico, con una estructura formal y otra socio-histórica, cuya mutua interacción da lugar al proceso de formación del Derecho de la comunidad internacional⁵³⁵. Por tanto, en su evolución, como producto de nuevos equilibrios de intereses antagónicos o convergentes, la protección del consumidor transfronterizo podría llegar a tener acogida como un capítulo del ordenamiento internacional en desarrollo o en germen a través de nuevos principios, ya admitidos, de modo más o menos velado por las Directrices de Naciones Unidas o los Pactos de Derechos Sociales y de Derechos Políticos, o alguna Carta de Derechos Humanos⁵³⁶.

Este sistema jurídico, que tiene incidencia sobre el Derecho Internacional Privado de los Estados, puede ser estudiado desde dos aspectos: las fuentes del Derecho Internacional y las competencias o facultades reservadas a cada Estado. O bien, en otras palabras, cómo se conforma el sistema y en qué medida obliga a los Estados. Hay que considerar que el orden interno y el internacional son, en principio, dos ordenamientos distintos y autónomos, por el diverso origen de las normas que componen ambos conjuntos⁵³⁷. Pero el Estado actúa a la vez en la esfera interna e internacional, lo que da lugar a relaciones entre ambos sistemas, que indican que no pueden existir antinomias o contradicciones entre las normas internacionales aplicables al Estado y las normas del orden jurídico interno⁵³⁸. Esta coherencia reclamada, llevará na-

⁵³⁴ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 213.

⁵³⁵ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 88.

⁵³⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea "Artículo 38. *Protección de los consumidores*: Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores."

⁵³⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 221

⁵³⁸ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 133-134. De todos modos —a mi parecer—, no sería una contradicción que, por ejemplo, en el orden internacional se admita la *prorrogatio fori* en operaciones de consumo y no así en el orden interno, ya que la internacionalidad del caso es un elemento que tiñe todos los aspectos de la relación. Las si-

turalmente a la supremacía del orden internacional, lo que en nuestro país tiene plena vigencia a partir de la modificación de la CN en 1994. Así, en caso de ser necesario, el Estado deberá modificar su orden interno para atenerse a los compromisos internacionales⁵³⁹.

III. B. 1. Las fuentes del Derecho Internacional

Como indica BARBERIS,

“una de las cuestiones fundamentales en todo orden jurídico consiste en identificar cuáles son las normas que lo constituyen y cuáles son los modos de formación de dichas normas. (...) La determinación de las normas jurídicas que se hallan en vigor en el derecho de gentes es una cuestión de capital importancia pues permite precisar cuáles son los derechos y deberes de cada persona internacional en un momento dado”⁵⁴⁰.

Los procesos creadores de normas del Derecho Internacional se remiten por lo general a tres fuentes: 1) los Tratados internacionales; 2) las costumbres en cuanto práctica generalmente aceptada como obligatoria; 3) y los principios generales del derecho a secas, junto con los principios del Derecho Internacional. Habitualmente se menciona al Art. 38 ap. 1º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como fuente del conocimiento de la constitución del Derecho Internacional⁵⁴¹.

tuciones son diferentes y merecen juicios independientes. Esa falta de contradicción no haría aplicable a la situación la doctrina de los actos propios.

⁵³⁹ En el caso de Argentina, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 consagró el principio de la supremacía del orden internacional, el que quedó consolidado a partir del fallo Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, CSJN, 7/7/92 (Fallos 315:1492). En otros países, como por ejemplo Uruguay y Brasil, la solución es la contraria. Cfr. PALLARÉS, Beatriz, “Interrogantes acerca de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, la soberanía y seguridad jurídica”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opperti Badan*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 704-732, en 712-717; DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 51-60, y una completa reseña jurisprudencial en pp. 219-229.

⁵⁴⁰ BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Nota Preliminar.

⁵⁴¹ Allí se establece: Artículo 38 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expre-

En cuanto a los Tratados, ya dije que no contamos con normas específicas de Derecho Internacional Privado referidas a la protección del consumidor. Pero, en Derecho Internacional, abundan las Convenciones y Pactos referidos a los derechos humanos, por lo cual veremos si de ellos se pueden obtener disposiciones que sean de utilidad a nuestros fines.

Si bien las próximas consideraciones harán hincapié en los aspectos jurisdiccionales, pueden ser tenidas en cuenta para el armazón de todo el sistema protectorio. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice en su Artículo 8 que “[T]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”⁵⁴². También indica, en su Artículo 17, que “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.” De acuerdo a la interpretación corriente, estos artículos —como toda la Declaración Universal— sólo brinda pautas de los derechos que los particulares tienen frente al Estado y no de modo directo frente a otros particulares⁵⁴³. Así, aún cuando pudiera argumentarse —como veremos más adelante— que el derecho a la protección del consumidor es un derecho fundamental, no estaría incluido entre los previstos por Declaración Universal, por

samente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (...).

⁵⁴² Adoptada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas Nro. 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

⁵⁴³ En los primeros años de vigencia de la Carta, se había puesto en duda su carácter operativo y mandatorio sobre los países. Hoy día no cabe duda de su aplicación obligatoria por los Estados. Inclusive, se considera que, respecto de los derechos humanos, no es materia de jurisdicción exclusiva interna de los países, en el sentido del art. 2.7. La cuestión es objeto de la sociedad internacional y no se puede alegar la excepción de jurisdicción interior de los Estados. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 225.

ser considerado de “tercera generación”⁵⁴⁴. Las referencias que allí se hacen al acceso a la jurisdicción y a la defensa de la propiedad privada son demasiado débiles en su relación al problema que nos ocupa.

Esta Declaración luego fue desarrollada con mayor detalle en 1966 mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de Derechos Económicos), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Derechos Civiles)⁵⁴⁵. Además del contenido, difiere la fuerza obligatoria de cada uno de ellos. De acuerdo al Art. Artículo 2º.1 del Pacto de Derechos Económicos, “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Según PASTOR RIDRUEJO, de aquí se desprenden tres consecuencias: a) hay una obligación de adopción de medidas para su disfrute, es decir, prestacio-

⁵⁴⁴ Aunque no menciona expresamente al derecho de los consumidores, cfr. BROWNLEE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 540-541. “They are commonly referred to as ‘third generation’ human rights (as opposed to the first two generations, consisting of civil and political rights and, subsequently, economic, social, and cultural rights), and it is commonly suggested, or assumed, that they are not part of existing law, but are ‘emerging’”. En su primera aparición en los textos legales, los derechos reconocen las libertades civiles y políticas frente a las intromisiones del poder, garantizando la libertad negativa o la no interferencia del Estado en la esfera privada de los individuos. Estos derechos no exigen la adopción de actividades positivas por parte del Estado. Ese nivel de protección, dado por una igualdad formal, fue luego completado por la igualdad material de la segunda generación de derechos. En este caso, el Estado se involucró en la satisfacción de las necesidades básicas de los sujetos. La salud, el alimento, la vivienda, la educación, fueron ampliando el catálogo de derechos al ritmo de la evolución de los problemas sociales. Con ello se originó la categoría de los llamados derechos de tercera generación, que nace por la necesidad de reconocer la debilidad de determinados grupos de personas: ancianos, niños, mujeres, consumidores, etc., junto con el resguardo de bienes colectivos, como el medio ambiente. Son derechos ligados a la economía del bienestar. Cfr. DALLA VIA, Alberto R, *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006, pp. 345-346.

⁵⁴⁵ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas Nro. 2200 A (XXI), en Nueva York, 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

nes positivas; b) están condicionados a las posibilidades de cada país; c) la progresividad⁵⁴⁶.

Si estas son las obligaciones a cargo de los Estados, y la protección del consumidor transfronterizo estuviera aquí incluida, tenemos algunas pautas útiles, aunque débiles, por tratarse de obligaciones de comportamiento, es decir que sólo implican un compromiso de medios, con amplios márgenes para los gobiernos, y por consiguiente, no exigibles⁵⁴⁷. Por ejemplo, el principio de no discriminación (Art. 3), en conjunto con el de no degradación (Art. 5.2), darían al consumidor extranjero como mínimo los mismos derechos que tienen los nacionales⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 228. DÍAZ DE GARCÍA agrega que “[A]l igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen tres tipos de obligaciones diferentes a los Estados: de respetar, proteger y garantizar. El cumplimiento de estas obligaciones constituye una violación por parte del Estado a estos derechos”. Estas obligaciones podrán ser de medios o de resultados; este último caso corresponde a los casos en que se han establecido algún tipo de estándares. DÍAZ DE GARCÍA, Luciana, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Vol IX, 1999, Córdoba, pp. 149-160. Disponible en www.aaadi.org.ar/doctrina

⁵⁴⁷ Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, p. 539.

⁵⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 3: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. Por su parte, el Art. 5.2 indica: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. La mayor pretensión del Pacto es que se emitan informes (art. 16) Por tanto, la eficacia de estos derechos estaría dada por la publicidad de los informes y la presión moral y política que esto podría generar., “Artículo 16. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. 2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto; b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con

Por el contrario, respecto de los derechos civiles y políticos, el Art. 2.1, indica que “Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción a los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color (...).”

En este caso, lo que se espera de los Estados es el respeto y la garantía, no sólo abstenciones, sino prestaciones positivas en el orden legislativo, ejecutivo y judicial, lo que podría dar lugar a cierta protección por medio de reclamaciones⁵⁴⁹. Son obligaciones de resultado y el control de su cumplimiento puede ser más estricto y eficiente. De allí que también estén determinados los medios de protección, uno obligatorio y dos opcionales. El primero es la presentación de informes, y los opcionales son las reclamaciones, siempre entre Estados. No solo incluye disposiciones procesales sino también institucionales, creando un órgano, el Comité de Derechos Humanos⁵⁵⁰.

Aún cuando se pueda reclamar que estas normas carecen de *imperium* y exigibilidad, bien pueden constituir principios generales del derecho o del Derecho Internacional. En lo que a nuestro asunto se refiere, es de interés el Artículo 14. 1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella *o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*” (el destacado me pertenece).

materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos”.

⁵⁴⁹ Cfr. BROWNIE, *Principles...*, p. 540.

⁵⁵⁰ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 229

III. B. 2. Los principios generales de las naciones civilizadas y la protección del consumidor transfronterizo

Desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional, se deben distinguir los principios generales del derecho de los principios del Derecho Internacional. Los primeros son una categoría común a todo sistema jurídico: el Derecho Internacional, el derecho interno, y, si correspondiera, al derecho del comercio internacional⁵⁵¹. Por su parte los principios del Derecho Internacional, son aquellas conceptualizaciones propias de este ordenamiento, aunque sin ser normas en sí mismas, como, por ejemplo, la libertad de los mares⁵⁵². Estos principios están extendidos y recogidos de manera uniforme, como el de la buena fe, que basta con invocarlo sin necesidad de probar su existencia⁵⁵³.

Los principios del Derecho Internacional son de dos tipos: a) los estructurales que expresan los valores fundamentales que inspiran la conformación general de este ordenamiento, en un momento histórico determinado; y b) los principios generales del Derecho Internacional *a se*, aquellos valores jurídicos que informan un sector del ordenamiento, o un grupo particular de normas o una determinada institución jurídica⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ “Esto es bien explicable porque las relaciones entre entidades internacionales presentan una determinada analogía con las existentes entre personas privadas. Hay elementos que son comunes a todo régimen jurídico, sea privado o público, interno o internacional (...)”. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, p. 222. Cfr. también PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 89. Para quienes consideran al Derecho del comercio internacional como un *tertium genus*, cfr. BERGER, Klaus Peter, «The Concept of the “Creeping Codification” of Transnational Commercial Law», p. 1. Disponible en <http://www.tldb.net/>, última visualización 12/01/09.

⁵⁵² Cfr. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, p. 235.

⁵⁵³ Cfr. BROWNIE, *Principles...*, p. 16. BARBERIS trae una buena síntesis jurisprudencial donde distintos tribunales internacionales han hecho aplicación de principios generales del derecho: la existencia del derecho de necesidad, la denegación internacional de justicia, la prescripción liberatoria, nadie puede tomar ventaja de su propio ilícito, la reparación integral, buena fe, derecho a recurrir ante un tribunal imparcial en caso de litigio (debido proceso), cosa juzgada, etc. Cfr. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, p. 223 y ss.

⁵⁵⁴ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 26.

¿Cómo se originan estos principios? ¿Cuándo se puede decir con seguridad que estamos ante uno de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), cuál será el criterio de “civilización”? ¿Qué grado de reconocimiento es necesario? Se trata de aquellos principios reconocidos por los sistemas jurídicos de todos los Estados, independientemente de su ideología, de su sistema político o de su grado de desarrollo económico⁵⁵⁵. De allí que en todos los casos la fuente y el sentido de los principios son obtenidos de los derechos internos, que tienen un fondo normativo común y están más desarrollados que el Derecho Internacional; por tanto el método válido de reconocimiento general será el Derecho Comparado⁵⁵⁶.

PASTOR RIDRUEJO indica que, “[E]n síntesis, autorizadas o no las jurisdicciones internacionales por sus instrumentos constitutivos, han aplicado a los litigios los principios generales del Derecho formulados previamente en los sistemas internos. O lo que es lo mismo, una categoría normativa en la que, según la concepción tópica del Derecho, se concretan los principios de Derecho Natural”. Se pregunta este autor si ante la escisión ideológica política del Este Oeste, y la escisión económico social del Norte-Sur, ¿es posible afirmar que existen principios comunes a todos los sistemas jurídicos?⁵⁵⁷.

De modo similar se refiere GONZÁLEZ CAMPOS, al preguntarse por la naturaleza, contenido y alcance: “[S]on los principios aceptados por todas las naciones *in foro doméstico*, tales como ciertos principios procesales, el principio de buena fe, el principio de *res judicata*, etc.”, citando a

⁵⁵⁵ Tengamos en cuenta, tal como vimos en la Introducción, que los distintos grados de desarrollo económico y cultural, tan ligados al nivel de protección del consumidor, harán casi imposible universalizar las soluciones, y, por tanto, hablar de “un” derecho del consumo.

⁵⁵⁶ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 63.

⁵⁵⁷ *Idem*, p. 65. Verifica que aunque la aplicación de los principios por parte del Tribunal se refiere generalmente a normas procesales, esto no debe minimizarse. Si bien en su aplicación participan más del aspecto formal que sustancial, “no son ajenos a la idea de justicia, y mucho menos a la seguridad jurídica, valor este último que constituye a su vez un punto de vista sobre la justicia”.

Lord Phillimore, del Comité de Juristas de 1920, uno de los redactores de los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ello supone que los diferentes sistemas jurídicos estatales presentan rasgos comunes, principios análogos, que pueden ser aplicados tanto en el orden interno como en el internacional. Son principios que dan coherencia y cohesión al Derecho Internacional con los órdenes jurídicos internos, bajo cierta idea de unidad.

Así, en distintas decisiones, la Corte Internacional de Justicia ha invocado principios generales del derecho propios de los sistemas jurídicos nacionales, aplicándolos a cuestiones de carácter internacional. Como dijimos, muchas veces son cuestiones judiciales: cosa juzgada, igualdad de las partes, etc.⁵⁵⁸. De esta manera los principios permiten hacer explícito lo que el ordenamiento contiene implícitamente. Si bien los principios generales del derecho de los órdenes estatales e internacionales corresponderían a diferentes órdenes de razón, de todos modos se puede verificar que pertenecen a la común racionalidad del derecho, frente a ciertas situaciones. Confirman una visión unitaria del Derecho y no suplen las carencias normativas inherentes al ordenamiento internacional. De estos principios, por tanto, es posible obtener algunos que integrarían nuestro sistema en formación.

Como aplicación de esta unidad del sistema jurídico, podemos fijarnos en los principios del Derecho Internacional referidos a la cosa juzgada, y especialmente en sus efectos *inter partes*, pero no ante terceros que no intervinieron en el proceso⁵⁵⁹. Esta disposición, pacíficamente admitida, también es considerada parte del *ius cogens*, es decir inderogable por el Tribunal, las partes o los Estados⁵⁶⁰. Sería ilógico que este

⁵⁵⁸ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 30.

⁵⁵⁹ Cfr. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, p. 203 y ss.

⁵⁶⁰ Se entiende por *ius cogens* aquellas normas que forman el "orden público" del Derecho internacional, tal como han sido reconocidas por el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la co-

principio no rigiera en Derecho Internacional Privado, cuando se refiere a conflictos que involucran a consumidores. Por tanto, al momento de verificar los efectos de la cosa juzgada en procesos que el consumidor no participó, aunque se hubiera tratado de una acción de clase, no se le pueden imponer los resultados, aún cuando el consumidor sí pudiera adherirse cuando la suerte le fuere favorable⁵⁶¹.

Entre los principios que estructuran el Derecho Internacional mismo, nos interesa especialmente el que indica “la obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta” [de Naciones Unidas]⁵⁶². También resulta importante en esta investigación, como principio estructural del Derecho Internacional, el respeto de los derechos humanos en cuanto objetivo final de todo el sistema jurídico⁵⁶³.

Uno de los principios generales del Derecho Internacional, en cuanto que representan los valores de la sociedad internacional, sería la obligación de los Estados de tener un sistema de Derecho Internacional Privado que no excluya absolutamente la aplicación del derecho extranjero en su territorio⁵⁶⁴. Si bien no se trata de una regla precisa, ya que sólo pretende la observancia de mínimos estándares de justicia y abstención de discriminación ilícita, podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado: un Estado que prohibiese la aplicación de cualquier otro derecho que no sea el propio, cometería un ilícito inter-

munidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, pp. 488-489.

⁵⁶¹ Cfr. MENICOCCI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, p. 1270.

⁵⁶² Estos principios estructurales son los indicados por la Resolución 2625 (XXV), “Principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

⁵⁶³ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 27.

⁵⁶⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 75. En palabras de GOLDSCHMIDT, se trata de un principio de valoración positiva del derecho extranjero, o, lo que es lo mismo, un “derecho de la tolerancia”. *Derecho Internacional Privado*, p. 13 y ss. Para ver el punto de modo más general, Cfr. MANN, “The Doctrine of International Jurisdiction...”, pp. 9-116.

nacional⁵⁶⁵. De aquí se desprende, por ejemplo, la admisión de la jurisdicción internacional indirecta⁵⁶⁶.

En este orden de ideas, también parece ser un principio general de Derecho Internacional, ligado a la autodeterminación de los pueblos, la excepción de orden público internacional al momento de la admisión de la jurisdicción indirecta⁵⁶⁷. Otro principio relevante para nuestro estudio es que la efectiva jurisdicción corresponde al Estado en cuyo territorio ejerce soberanía, más allá de los acuerdos internacionales que le permitan autolimitarse en esta potestad, o la existencia de normas del *ius cogens* que le impongan obligaciones *erga omnes*⁵⁶⁸. Así se desprende del Art. 2 par. 7 de la Carta de Naciones Unidas⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Por este motivo es que las relaciones privadas con elementos internacionales están sometidas tanto al derecho interno como al Derecho Internacional. La inserción del elemento extranjero en el orden interno tiene también una razón de efectividad, ya que ante la falta de competencia supranacional, aceptar aplicar localmente la solución extranjera facilita la solución del conflicto, especialmente cuando el juez local no puede eximirse de considerar los elementos del Derecho internacional imperativos, ya sea por haber sido incorporados por el legislador interno como por los principios generales del Derecho Internacional, obligatorios para los Estados. Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, pp. 125-127. Vale la pena transcribir algunos párrafos. "(...) *Tous le tours les juges interpretent dispositions de la loi interne comme impliquant un principe plus général dont ils déduisent des conséquences non écrites applicables au cas qui leur es soumis. (...) En droit interne le principe général no écrit peut être regardé comme admis implicitement, par l'application particulière qui en a été faite, donc voulu par le législateur. Ici il y a plus, en ce que le principe général débordé l'ordre interne; il est de ceux auquel le législateur es réputé soumis, parce que l'ordre International, sous cet angle, est constitué de règles applicables aux Etat*". *Idem*, p. 130.

⁵⁶⁶ La admisión general del principio de la aplicación integral del derecho extranjero tiene en la jurisdicción indirecta su consecuencia lógica. Cfr. SOTO, *Derecho Internacional Privado*, p. 31.

⁵⁶⁷ Entre otras normas que recogen el principio, cfr. Art 2º de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 "Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros (...) tendrán eficacia extraterritorial en los Estados parte (...) [cuando] h) no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución."

⁵⁶⁸ Cfr. BROWNLEE, *Principles...*, pp. 112, 287, 290, 294.

⁵⁶⁹ "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados (...)"

Otro principio del Derecho Internacional, relevante para nuestro asunto, es la libertad de cada Estado de determinar, mediante el ejercicio de su soberanía, cuáles son los litigios o grupos de litigios derivados del tráfico externo que podrán ser ventilados ante sus tribunales⁵⁷⁰. Si bien la potestad jurisdiccional del Estado se establece en relación a su territorio, igualmente puede hacerla extensiva a personas o bienes localizados en otros territorios. Los límites estarán dados por sus compromisos internacionales con los demás Estados o normas consuetudinarias prohibitivas⁵⁷¹. Sin perjuicio de esto, habrá que considerar como límite la eficacia del ejercicio de esa jurisdicción⁵⁷².

Como ya dijimos, también se puede considerar un principio universalmente admitido la prohibición de la discriminación entre nacionales y extranjeros, o bien el llamado “trato nacional”, que prescribe que los extranjeros gozan en el territorio de los mismo derechos que los nacionales⁵⁷³. Esto tiene su paralelo en la igualdad ante la ley prescripta por el derecho interno, mediante lo establecido —como lo hace el derecho ar-

⁵⁷⁰ De todas maneras, cabe aclarar que el derecho internacional no dice qué derecho debe aplicarse o qué tribunal es competente, salvo a través de la excepción de prohibir la única y exclusiva aplicación del derecho del foro. Cfr. MANN, F.A., “The Doctrine of International Jurisdiction revisited alter twenty years”, *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 186, 1984, pp. 9-116, en pp. 31-32. “Nor would public international law permit the application of any arbitrarily selected system of law.” Otro autor agrega: “Como es sabido, el Derecho Internacional no impone normas precisas de competencia judicial internacional sino principio de orientación, como la relación razonable del caso con el foro”. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 40.

⁵⁷¹ El origen y la validez universal de este principio puede confirmarse por todas las fuentes del Derecho internacional, tal como están enumeradas en el art 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cfr. MANN, “The Doctrine of International Jurisdiction...”, p. 33.

⁵⁷² PÉREZ VERA, Alicia, (directora), ABARCA JUNCO, P., Calvo Caravaca, A.L., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., VIRGOS SORIANO, M. (colaboradores), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 4ª edición, UNED, Madrid, 1992, p. 275. Una derivación de este principio es la obligación que tendrían los Estados de reconocer y ejecutar las sentencias extranjeras. Cfr. FEUILLADE, Milton, *La sentencia extranjera*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, pp. 31-33.

⁵⁷³ Como veremos luego (cfr. *infra* III. D), esta convergencia es más amplia: el derecho del comercio internacional, el Derecho Internacional Privado y el derecho comercial internacional deben funcionar en armonía con el Derecho Internacional. El principio de no discriminación es de configuración reciente, y se ha consolidado en el comercio internacional mediante su incorporación a los acuerdos de la OMC.

gentino— en los arts. 14, 16 y 20 CN. A la luz de este principio se puede juzgar como internacionalmente ilícita, por ejemplo, una legislación que estableciera condiciones más gravosas para los foráneos, como tasas impositivas diferenciales, o que no estuviera habilitada la jurisdicción de los tribunales de consumo para los extranjeros, lo que generaría simultáneamente un reclamo del particular damnificado ante los poderes estatales nacionales, y la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Sin duda estaríamos ante una conducta pasible de responsabilidad internacional⁵⁷⁴.

Pero, a diferencia de las exclusiones llevadas a cabo por autoridades gubernamentales, la conducta arbitraria de un particular hacia otro —un proveedor argentino para con un consumidor foráneo—, como por ejemplo la discriminación de precios, no generaría esa responsabilidad. Sí sería responsable el Estado cuando, ante una conducta ilícita de particulares, no tomara medidas o no escuchara sus reclamaciones, pues aquí podría incurrir en denegación de justicia del ciudadano extranjero.

Veamos un supuesto. De la igualdad de nacionales y extranjeros establecida en los arts. 14, 16 y 20 CN se desprende la prohibición general de discriminación de precios establecida por la Ley de Defensa de la Competencia⁵⁷⁵. Durante los años 2002 hasta el 2008, en Argentina, como consecuencia de la fuerte devaluación ocurrida en la última crisis económica, los precios relativos de los bienes y servicios tenían un valor muy accesible para los turistas extranjeros, por cuanto se beneficiaban del alto tipo de cambio de las monedas de sus países de origen. Ante es-

⁵⁷⁴ Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, pp. 546-548. La finalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos se cumple cuando son aplicados de modo efectivo por los Estados dentro de su jurisdicción. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1998, Tomo I, p. 503-504.

⁵⁷⁵ Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, artículo 2º — “Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: (...) g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales (...).”

to, los comerciantes de todo tipo —hoteles, transporte, comidas e incluso el Estado mismo a través de la Administración de Parques Nacionales—, establecieron precios diferenciales, aplicando sobrecargos de hasta el 400% para los ciudadanos extranjeros. En los centros turísticos de referencia internacional, el ciudadano local tenía así precios mucho menores, presentando alguna constancia de su residencia permanente en Argentina.

La extensión de esta conducta puede calificarse tanto de oportunismo como de sofisticada e inconsulta aplicación a los extranjeros de un extravagante principio de “solidaridad” en beneficio de los “pobres” argentinos. Esta situación, además de atentar contra los principios constitucionales de igualdad y violatoria de la Ley de Defensa de la Competencia, ¿puede ser violatorio de principios o costumbres del Derecho Internacional? Creo que si bien se trata de un abuso, difícilmente pueda generar responsabilidad internacional del Estado argentino. Los nacionales de un país resultan víctimas del oportunismo por su condición misma de extranjeros, y los gobiernos nacional, provinciales y municipales están obligados a ejercer el poder de policía para evitar estos abusos, incluso mediante la imposición de leyes preventivas o sancionatorias⁵⁷⁶. Está claro el deber de sus órganos, pero los delitos de los particulares, por sí mismos, no son un ilícito internacional que permita, por ejemplo, la protección diplomática de los gobiernos de cuya nacionalidad son los turistas.

Como dije, los principios del Derecho Internacional se verifican en el orden interno. Si esto es así, y en la gran mayoría de los ordenamientos se puede encontrar un principio protectorio del consumidor, o aunque más no sea el más general del *favor debilis*, ¿estamos ante un princi-

⁵⁷⁶ Como efectivamente ocurrió, cuando mediante la modificación de la LDC por la Ley 26.361, se introduce el art. 8 bis que prohíbe a los proveedores “(...) ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas” (el destacado me pertenece). Se consagra aquí el principio de que los consumidores extranjeros que consumen aquí gozan de la misma protección que los locales. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 85.

pio de Derecho Internacional, con validez normativa, exigible entre los Estados o invocable por los particulares? Conviene afirmar con toda seguridad que el principio es universal, aunque por sí mismo no genere responsabilidad internacional de los Estados por no ser prescriptivo, como luego veremos⁵⁷⁷.

III. B. 3. La costumbre internacional y la protección del consumidor transfronterizo

La formación de las reglas consuetudinarias es un aspecto de la teoría jurídica que ha generado desavenencias⁵⁷⁸. Si consideramos que el sistema jurídico de protección del consumidor transfronterizo está en formación, o al menos resulta dudoso que posea los caracteres de completud (comprehensividad), supremacía y apertura (flexibilidad), puede ser relevante determinar si alguna costumbre internacional tiene el suficiente grado de aquiescencia como para formar parte de ese sistema jurídico, al menos en cuanto principio fácticamente aceptado⁵⁷⁹. De aquí

⁵⁷⁷ Distinto es el caso de la UE, donde la enunciación del *favor debilis*, a través del sucedáneo *in dubio pro consumptore*, tiene clara efectividad en las relaciones entre sus miembros. Cfr. Artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (...)”. En el plano del Derecho Internacional, se podría decir que de acuerdo a las reglas de reconocimiento —en terminología de Hart—, estamos ante un principio con validez normativa, es decir que corresponde a lo que dentro de la teoría de las fuentes del Derecho internacional es una norma del sistema jurídico. Aunque también hay que afirmar que le falta el carácter prescriptivo propio de las normas primarias, que son aquellas que establecen determinadas conductas como prohibidas u obligatorias. Cfr. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, pp. 22-24.

⁵⁷⁸ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 267-273. BOGGIANO, *Derecho Internacional – Derecho de la Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos...*, p. 51.

⁵⁷⁹ La costumbre internacional es considerada, desde el punto de vista histórico, la primera de las fuentes del Derecho Internacional. Los principios fundamentales del orden internacional descansan sobre los usos de los Estados, ya que eran preexistentes a la mayoría de las reglas incorporadas luego en los Tratados. Esto deriva en el actual cambio de tendencia por la cual los Tratados internacionales, en cuanto concretización de

que resulte de interés verificar si el *favor debilis* ha sido admitido por la costumbre internacional, como un modo de realización de la universalidad que predicamos.

El proceso de formación del ordenamiento internacional nos revela que su origen es esencialmente consuetudinario. Al no existir un legislador universal, se potencia la creación del derecho a través del cauce de la costumbre, a partir de la práctica de los Estados⁵⁸⁰. A los fines de establecer la existencia de la costumbre, hay que prestar atención al conjunto de hechos y actos que integran la práctica internacional, que adoptan los órganos estatales en materia internacional, ya se trate de actos internos, como las leyes, sentencias, actos administrativos, o de actos realizados en el ámbito internacional, como notas diplomáticas, tratados, etc.⁵⁸¹. Para ver si un Estado se halla obligado por una norma consuetudinaria, hace falta considerar el comportamiento global de ese Estado, en la materia objeto de dicha norma⁵⁸².

Así, por ejemplo, ciertos actos de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, especialmente los adoptados por la Asamblea, “constituyen la expresión del consensus general de los Estados miembros, testimoniando la opinio iuris de dichos Estados y contribuyendo a la cristalización de la norma consuetudinaria en formación. (...). Un acto emanado de la Asamblea General de la UN, cuyo contenido es relevante para el Derecho Internacional general, es susceptible de iniciar el proceso de transformación de una costumbre, si el contenido de

costumbres y principios, facilitan la exigibilidad y eficacia de las obligaciones asumidas por los Estados. Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, pp. 90-91.

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 109.

⁵⁸¹ BROWNLIE, *Principles...*, p. 6.

⁵⁸² No podría constituir una costumbre internacional las generadas por los particulares, por más repetida que sea su conducta. Así, las directrices de las empresas internacionales que implican compromisos con los consumidores, carecen del status de norma consuetudinaria por cuanto no obligan a los Estados. De todos modos, la hipótesis no es imposible, por cuanto las personas privadas son sujetos del ordenamiento internacional; no imposible, pero harto infrecuente. Cfr. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, p. 105.

la conducta de dicho acto es aceptado por los Estados interesados y éstos le dan aplicación en la práctica internacional”⁵⁸³.

Para que una costumbre funcione como un instrumento de la comunidad internacional —y esto es aplicable a la protección del consumidor transfronterizo—, se requiere un acuerdo general en las respuestas a estas preguntas:

¿Qué acciones de qué personas y en qué contextos cuentan como práctica estatal?

¿Qué grado de práctica se considera como amplio en un campo determinado, y por cuánto tiempo?

¿Qué expresiones o silencios, y de quiénes, cuentan como aprobación de la *opinio iuris*?

¿En qué medida puede localizarse geográficamente la costumbre, supuesto que los problemas de interacción y coordinación de la comunidad internacional, en un campo determinado, no son quizás exclusivos de un área geográfica particular, pero quizá tienen variaciones locales?⁵⁸⁴

Es más, si un principio jurídico determinado, como la consideración del *forum domicilii* del consumidor—en cuanto tribunal universalmente admitido como competente—, pudiera considerarse una costumbre internacional autoritativamente admitida, esto significaría cierta positivización del principio, ya que la costumbre es una de las fuentes del derecho, entendida como “modo de poner el derecho”⁵⁸⁵.

⁵⁸³ GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 109.

⁵⁸⁴ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 273.

⁵⁸⁵ *Idem*, p.316. FINNIS utiliza el término “autoritativo” no en cuanto proveniente de una autoridad, sino en el sentido de que es una respuesta adoptada por la mayoría de los miembros de una comunidad. Esto implica que la autoridad puede cambiar luego esa respuesta, o bien modificarse en el sentido autoritativo por un cambio en la práctica o en la opinión (cfr. p. 273 *in fine*). En cuanto la existencia y validez de la costumbre como fuente del derecho de modo general, cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, 15ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, T. I, pp. 68-78. En cuanto a las Fuentes del Derecho Internacional Privado, cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 27-28 y 35-40.

La costumbre internacional, de acuerdo al Art. 38.1.b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es “prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”. Hay allí dos elementos, uno material, el uso constante y uniforme, y el elemento espiritual u *opinio iuris*, que pone en evidencia la convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica⁵⁸⁶. En definitiva, la costumbre internacional se demuestra por la actitud de los Estados a través de sus poderes constitutivos: legislativos, ejecutivos y judiciales⁵⁸⁷.

La formación de la costumbre es un proceso, y por lo tanto tiene un elemento temporal, hasta que logra cristalizar⁵⁸⁸. Este examen se prolonga en el tiempo, durante un período más o menos extenso, y exige la evaluación de una serie de actos internos e internacionales, así como de la conducta del Estado en cuestión frente a los hechos o actos de otros Estados. Puede faltar el enunciado formal, el que llegará mediante una sentencia de un tribunal internacional; también puede ser aplicada por

⁵⁸⁶ Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, p. 8.

⁵⁸⁷ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 93. Hay que estar advertidos de que, cuando un Estado en el orden interno, expresa inequívocamente su valoración de ciertas soluciones mediante la repetición en las distintas manifestaciones de su voluntad estatal, esto no necesariamente indica que deberá actuar de igual modo en el plano internacional. La unidad del sistema jurídico puede requerir otra solución, al tratarse de distintos supuestos de hecho. Así, es distinta la consideración que se hace en el sistema norteamericano de la cláusula de prórroga de jurisdicción en el derecho internacional que en el derecho interno. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, p. 32.

⁵⁸⁸ Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, p. 7. La práctica de los Estados implica la *repetición generalizada*, constante y uniforme de un determinado comportamiento, jurídicamente relevante. Respecto de una situación dada de las relaciones internacionales y siempre que esta se produzca, los Estados se comportan adoptando una misma conducta, a la que atribuyen efecto jurídico. No es así cuando se trata de una concesión graciosa (no vinculante) Cada caso o situación en que se manifiesta esa conducta es un ‘precedente’. Luego, la práctica debe ser *uniforme y constante*, excluyendo las respuestas contradictorias, en ocasiones sucesivas. Luego, esa práctica uniforme y constante debe haber sido *generalmente seguida* en la sociedad internacional. No implica unanimidad ni que sea adoptada por todos los Estados. Finalmente, esa práctica requiere de cierta *duración*. El problema es la carga de la prueba: quien invoca la costumbre debe probarla, sin perjuicio de que la otra parte también debe facilitar pruebas al tribunal. Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, pp. 113 y 117.

un juez local o un tribunal arbitral, o bien se consolidará en un tratado internacional⁵⁸⁹.

Si tomamos por caso la designación del *forum actoris* o *domicilii* para los conflictos transfronterizos con consumidores, consagrado por la Directiva 44/2001 de la UE, y previsto en nuestro aún pendiente Protocolo de Santa María, ¿podemos decir que estamos ante una costumbre internacional? No pareciera ser una práctica reiterada (elemento material), ni que los Estados se sientan requeridos (fuerza obligatoria) a otorgar ese poco tradicional fuero de excepción. Por tanto no obliga a los Estados ni genera responsabilidad internacional el hecho de que un consumidor no cuente con esa facilidad. Aparentemente falta todavía la consolidación suficiente para que la reiteración del orden interno pueda ser considerada luego una costumbre internacional⁵⁹⁰.

Distinto es el caso de la prohibición de la prórroga abusiva de jurisdicción, donde sí pareciera existir consenso internacional. Al menos así es considerado por distintos Tratados internacionales, tanto referidos a la jurisdicción competente, la ejecución de sentencias extranjeras o el arbitraje. Refuerza esta idea que las normas existentes —admitiendo la prórroga concedida en condiciones exentas de abusividad— se refieren a la prórroga *post litem natam*, tanto en los derechos internos como en los internacionales, como por ejemplo nuestros Tratados de Montevideo o el Protocolo de Buenos Aires⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 111.

⁵⁹⁰ Como indica BROWNLIE, hay que estar advertido que no toda práctica estatal crea una costumbre internacional, siendo imprescindible el *consensus* de los Estados respecto de la obligatoriedad de dicha práctica. Por este motivo descreo del método comparativo como sistema de verificación de la uniformidad del derecho interno y su potencial resultado legisferante para consolidar una costumbre internacional. Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, pp. 383-385.

⁵⁹¹ De acuerdo al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en su art. 56, se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta. Si bien esta indicación no se refiere a contratos de consumo, tanto el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina como el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado se orientan

Parecería ser, entonces, que estamos ante un umbral mínimo de reconocimiento internacional: si la prórroga es admitida luego de iniciadas las acciones, es válida. Esta idea se refuerza por el hecho de que la costumbre puede originarse en un ámbito de materias en el que no existe aún una regulación específica, así como de nuevos o diferentes aspectos de una esfera ya regulada. En nuestro caso, existen factores socio-históricos que progresivamente dan mayor precisión al contenido y alcance de la costumbre⁵⁹².

Otra ventaja que de aquí se deriva —si fuera posible verificar la existencia de una costumbre—, proviene del origen de las reglas consuetudinarias. Como éstas no son imperativos establecidos por un individuo o grupo de individuos con la intención de guiar la conducta humana, no se requiere la existencia de un organismo supranacional o una convención o tratado internacional que le haya dado vigencia en el sentido de validez procedural para su sanción y fuerza obligatoria⁵⁹³. Veamos un ejemplo; si por hipótesis se pudiera verificar que en materia de protección del consumidor el *forum actoris* es un principio seguido al modo de regla consuetudinaria, el particular damnificado podría esgrimirlo sin necesidad de justificar su sanción por autoridad ninguna ni convención internacional que lo impusiera. Por el contrario, sí debería demostrar que esa costumbre es *opinio iuris*, lo cual, como dije, aún no está consolidado.

De todos modos, hay coincidencia “en que la costumbre supone alguna concurrencia o convergencia o regularidad de la práctica entre los estados”⁵⁹⁴. Esta característica hace dificultosa su admisión en Derecho Internacional Privado, ya que, como advierte Goldschmidt, “podría

en este sentido. Ver también la Directiva 44/2001 de la UE: “Artículo 17. Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: 1. posteriores al nacimiento del litigio; (...)”.

⁵⁹² Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 112. Cabe aclarar que la validez normativa de la costumbre se refiere siempre a las conductas de los Estados en relación con otros Estados.

⁵⁹³ Cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, p.58.

⁵⁹⁴ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 267.

haber normas pertenecientes al Derecho Internacional Público consuetudinario y reguladoras de problemas de Derecho Internacional Privado. Pero de hecho es difícil que existan, puesto que su existencia no sólo supone que una determinada norma sea admitida en casi todos los derechos civilizados, sino que, además, haría falta que su inadmisión fuese considerada por la comunidad internacional como una infracción del Derecho Internacional Público⁵⁹⁵. La advertencia continúa: existen reglas que gozan de especial aceptación, pero “estas reglas no constituyen verdaderas normas sino meros principios de normas, en razón de que su multivocidad da lugar a las normas más diversas”⁵⁹⁶.

De todas maneras, la admisión de los principios mediante la costumbre merece ser tenida en cuenta, ya que, por ejemplo, si la garantía de defensa en juicio fuera admitida como una costumbre del Derecho Internacional, puede ser esgrimida ante tribunales extranjeros sin que requiera de positivización, por ejemplo, si el proveedor reclama la ejecución de una sentencia dictada en su propio domicilio, cuando el juez se arrogó jurisdicción ante la evidente indefensión del consumidor. Por este mismo motivo y en sentido contrario, el consumidor demandante, esgrimiendo el principio de la defensa en juicio, está en condiciones de defenderse de la excepción de *forum non conveniens* que le puede oponer el proveedor demandado en su propio domicilio.

Respecto de la incorporación de las costumbres internacionales al derecho interno, la naturaleza de las normas consuetudinarias, por provenir de una práctica general, constante y uniforme, acompañada de la convicción de obrar conforme al Derecho, no exigen ningún acto legal específico. Se recepcionan en el derecho interno sin acto de incorporación⁵⁹⁷. En virtud de un principio de coherencia, si el Estado está obliga-

⁵⁹⁵ GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, p. 35.

⁵⁹⁶ *Ibidem*. Ejemplifica a través del principio *locus regit actum*, que puede dar lugar a soluciones disímiles en los diversos derechos nacionales, aplicadas a los mismos problemas.

⁵⁹⁷ “En efecto, como el examen de la práctica nacional pone de relieve, los distintos órdenes jurídicos estatales admiten un postulado general, que opera a modo de presunción: que el Derecho internacional general, de carácter consuetudinario, pasa a formar

do en el orden internacional por una norma consuetudinaria estas obligaciones deben ser igualmente relevantes en el orden interno. Lo contrario sería tanto como negar, de forma general, la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁵⁹⁸. Siempre, claro está, que el Estado en cuestión haya manifestado su consentimiento respecto de la formación de esas normas consuetudinarias.

III. B. 4. La protección del consumidor transfronterizo en cuanto derecho humano

Algunos doctrinarios indican que los derechos del consumidor están incluidos en la categoría de “derechos humanos”, mientras que otros señalan que se trata de “derechos fundamentales”⁵⁹⁹. La distinción no es menor, ya que en el primer caso podríamos estar ante uno de los derechos que pondrían en funcionamiento el sistema internacional de garantías de la dignidad humana, mandatorio para los Estados, los particulares y las organizaciones internacionales. Además, si así fuera, sus normas formarían parte del denominado *ius cogens*, es decir que serían inderogables e imprescriptibles, al tiempo que convertirían en nulo a un tratado internacional que no las respetara⁶⁰⁰.

parte del Derecho interno, desde su formación; y, por consiguiente, es aplicable por el juez nacional”. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 229.

⁵⁹⁸ *Idem*, p. 230

⁵⁹⁹ Como ejemplo de utilización indiscriminada de los términos, cfr. TAMBUSI “Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos”. Por otra parte, para ver la distinción y falta de identidad de criterios, con adecuadas precisiones, cfr. LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 74. Según este último autor, es necesario examinar la interrelación y compatibilidad entre los derechos humanos que constan en las declaraciones de los tratados internacionales, los derechos fundamentales que declaran las constituciones y los derechos personalísimos arraigados en el derecho privado.

⁶⁰⁰ Artículo 64 de la Convención sobre Derecho de Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones Internacionales: “Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”): Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Respecto de la pro-

Al menos en el ámbito de este trabajo, reservo la expresión ‘derechos humanos’ a aquellos que los individuos tienen por su sola condición de ser hombres o mujeres, más allá de toda calificación o pertenencia a determinado sector o clase⁶⁰¹. Tienen como característica ser esenciales, universales, inmutables e inderogables, previos a todo interés y transacción. Son indiferentes a la nacionalidad, sexo, religión, ideología, ya que no se basan en la mayoría, sino en el consenso de lo razonable⁶⁰².

Los derechos humanos comparten muchas de estas características con los derechos fundamentales. En el caso de estos últimos, los llamados de “tercera generación”, presentan las siguientes particularidades: a) el Estado no aparece como el sujeto pasivo de estos derechos —el obligado o titular del deber—, sino como el árbitro o encargado de asegurarlos; b) adquieren importancia los intereses difusos, como modo de ejercicio de los derechos; c) en general, no son derechos que se hacen valer sólo frente al Estado; d) son tutelados tanto por el derecho público como el privado, pero es habitual la publicización del derecho privado. Por otra parte, la categoría de derecho fundamental es determinada por el orden interno de cada Estado. Esta jerarquía constitucional le brinda un rango normativo superior, que sin duda obliga a los poderes públicos en todos sus órdenes. Dentro de esta categoría se puede ubicar la pro-

tección de la dignidad humana como contenido del *ius cogens*, cfr. BROWNLIE, *Principles...*, p. 488-489. A los fines de verificar cómo se interpreta la conformación y características del *ius cogens* en el derecho argentino, cfr el fallo Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad, CSJN, de 14/06/2005, Fallos 328:2056, voto del Dr. BOGGIANO.

⁶⁰¹ Consideramos que las Conclusiones del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional tratan de modo equívoco ambas categorías. Allí se lee: «Cabe coincidir en que los derechos del consumidor, son una especie del género “derechos humanos”. Con ese sustento, no parece dudoso que conforman principios basilares, con jerarquía de grandes primeros principios de la legislación en la materia y en nuestros días: (...)». Y a continuación menciona “el principio protectorio que se traduce en el derecho de acceder al consumo, a las prestaciones de salud, a la educación” junto con “la protección de intereses económicos, tales como el derecho a la reparación de daños”. Entiendo que cabe hacer distinciones y precisar los conceptos, como veremos en el Capítulo IV.

⁶⁰² Cfr. MOSSET ITURRASPE, “Los nuevos derechos”, pp. 91-92.

tección del consumidor, que obligaría a tomar las medidas necesarias para otorgarle una efectiva salvaguarda en sus derechos⁶⁰³.

Respecto de la persona humana como sujeto del Derecho Internacional, cabe aclarar que el individuo es, ante todo, nacional de un Estado, y que en definitiva la subjetividad plena, en este orden de razón, corresponde a estos últimos. Si bien estamos ante un proceso de humanización del Derecho Internacional, la persona humana en realidad es sujeto del orden jurídico nacional⁶⁰⁴. Las normas de Derecho Internacional que atribuyen derechos frente al Estado, sólo dentro de ciertos límites permiten al individuo reclamar ante la comunidad internacional, aún cuando las agrupaciones y organizaciones estén abocadas a proteger esos derechos⁶⁰⁵. Esto se debe a que ser beneficiario de una norma no implica sin más el poder reclamar por su violación, y, en definitiva, esto es lo que determina la subjetividad internacional activa, es decir qué derechos subjetivos tiene una persona en el marco del Derecho Internacional⁶⁰⁶.

Las relaciones de consumo tienen un contenido patrimonial, generalmente fruto de vinculaciones entre particulares, y por lo tanto la afectación de los intereses económicos no podrá ser considerada un detrimento de la dignidad humana, en los términos en que se refieren los ca-

⁶⁰³ Cfr. PITA y MOGGIA DE SAMITIER, "Ley de Defensa del Consumidor", p. 1097. Luego veremos el impacto de esta calificación en el Derecho Internacional Privado, *infra* IV. A, p. 328 y ss.

⁶⁰⁴ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 202 y ss., donde, haciendo referencia al estatuto personal de la nacionalidad, discute si las leyes son para los grupos humanos (comunidades y otros colectivos) o para la persona individual. En definitiva, la ley está hecha para una colectividad, y el hombre es el destinatario en cuanto miembro de la colectividad. Sin embargo, como bien se puede decir de los derechos humanos, hay derechos permanentes y universales de las personas. Sin embargo, resulta muy interesante la argumentación de BOGGIANO, para justificar a la persona como sujeto del derecho internacional. Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional – Derecho de la Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos...*, p. 37 y ss.

⁶⁰⁵ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 15. Por este motivo es que la protección del consumidor transfronterizo no puede ser considerada parte del "World public policy" ni del "real international ordre public". Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 316 y ss.

⁶⁰⁶ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 215.

tálogos de derechos humanos. Estos suelen mencionar la expropiación⁶⁰⁷ o a la explotación del hombre por el hombre⁶⁰⁸. La protección expresa de los consumidores está mencionada en un documento declarativo y con finalidades programáticas. Se trata de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que lo enuncia lacónicamente:

“Art. 38. Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”⁶⁰⁹.

Sin embargo, pese a la buena expresión de deseos, no es materia del sistema europeo de los Derechos Humanos, organizado a partir de la Convención de Roma⁶¹⁰.

En el sistema interamericano, creado a partir del Pacto de San José de Costa Rica, los casos referidos a derechos patrimoniales han sido recibidos y asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y elevados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se tra-

⁶⁰⁷ Artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

⁶⁰⁸ Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 21. “Derecho a la Propiedad Privada. (...) 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

⁶⁰⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2000/C 364/01).

⁶¹⁰ Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmada en Roma el día 4 de noviembre de 1950, completada por nueve protocolos adicionales. Respecto del funcionamiento del sistema europeo de los derechos del hombre, cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 232 y ss. Al mes de marzo de 2009, no hemos encontrado jurisprudencia del TJCE que aplique la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE para resolver casos que vinculen a consumidores, aunque sí referidos a otros aspectos: C-388/07, del 05/03/09 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing, respecto del principio de no discriminación (art. 21 de la Carta); C-308/07, 19/02/2009, Koldo Gorostiaga Atxalandabaso, sobre Derecho a un tribunal imparcial (art. 47), entre otros. Una breve reseña del sistema europeo de derechos fundamentales, puede verse en VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 15-19.

taba de situaciones en que estuvo involucrado el Estado, principalmente ante la denegación de justicia⁶¹¹.

Considero debe quedar claro que la protección del consumidor, y más aún cuando se refiera a su actuación transfronteriza, en los aspectos económicos, no puede ser considerada entre los derechos humanos que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger. La discriminación racial o religiosa, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, el genocidio y la tortura, pueden ser todas consideradas como “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter” (Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Pero, como el *ius cogens* es abierto y dinámico, de allí que la práctica internacional pueda atribuir progresivamente carácter imperativo a otras normas generales de Derecho Internacional⁶¹². Con toda seguridad me atrevo a afirmar que hoy día no existe tal consenso, aunque asignar jurisdicción a través de criterios objetivos y universales, como derivados de los derechos humanos, sea altamente deseable⁶¹³.

⁶¹¹ Cfr. GATTINONI DE MUJÍA, María, “La responsabilidad internacional del Estado derivada del ejercicio de la función judicial”, en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Alfonso SANTIAGO (h), Director, Ábaco, Buenos Aires, 2006, T. 2, p. 377. En el caso “Cantos v. Estado de la República Argentina”, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28 de noviembre de 2002, comentado por la autora, se trataba de una situación de denegación de justicia en distintas causas patrimoniales.

⁶¹² Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 69.

⁶¹³ “En los hechos la internacionalidad tradicional se manejó con criterios de subjetividad de la justicia que permitieron crecientes crueldades. Los avances de la organización internacional al servicio de la paz y de los derechos humanos y los progresos de la jurisdicción han correspondido a ciertos adelantos de la idea de objetividad de la justicia, sobre todo evidenciados a partir de la ‘Segunda’ Guerra Mundial. Vale recordar, a título de ejemplo, que la elaboración goldschmidtiana de la ‘Dikelogía’, basada en la naturalidad de la justicia, se debió en gran medida a la repugnancia que le originaron los atentados contra los derechos humanos ocurridos durante la ‘Segunda’ Guerra Mundial”. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 91.

III. B. 5. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor

Sirve de ejemplo para verificar la última afirmación del acápite anterior, el Informe de la Reunión de expertos sobre los intereses de los consumidores, la competitividad, la competencia y el desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo⁶¹⁴. Allí, en su número 7 “[S]e *invita* a los gobiernos a que adopten las medidas necesarias para poner en práctica con carácter urgente las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1999) *y que incluyan en este contexto la protección del consumidor en sus políticas macroeconómicas y marcos jurídicos*. A tal efecto, los gobiernos deberían también *tener en cuenta los intereses de los consumidores* y defenderlos activamente *al concertar acuerdos internacionales vinculantes* (el destacado es nuestro). Llama la atención que se *invite* a los gobiernos, lo que pone de manifiesto que no es una exigencia; también se invita a incluir estas políticas protectivas en los instrumentos internos, de donde se deduce la disparidad de niveles de desarrollo entre los países y la influencia que esto tiene en el sistema protectorio. En cuanto al ordenamiento internacional, se indica también que los gobiernos *deberían* incluir estos asuntos en la negociación de acuerdos vinculantes, con lo que queda claro que en esta materia no hay, todavía, nada vinculante.

En esa misma reunión se acordó sobre la necesidad de convocar reuniones de expertos para el estudio de mecanismos internacionales para la protección de los consumidores en lo que se refiere a transacciones transfronterizas, fraude transfronterizo, comercio electrónico, etc.⁶¹⁵. Queda claro que si hay que “estudiar” las políticas adecuadas, no

⁶¹⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, 17 a 19 de octubre de 2001. Documento TD/B/COM.1/EM.17/L.1, 24 de octubre de 2001.

⁶¹⁵ *Idem*, nro. 24. Reafirmando esta falta de uniformidad de criterio, mientras algunos expertos enfatizaban la necesidad de instar a los gobiernos a no comprometer los principios del libre mercado en su búsqueda de soluciones para proteger a los consumidores, otros proponían proteger las industrias nacionales, para lo que se debía supervisar a los productos locales e importados, ya que ante los escasos ingresos y la extensa pobreza, era necesario disponer de productos sustitutos locales baratos. Para estos úl-

puede haber todavía uniformidad de criterios sobre cuáles son los derechos del consumidor transfronterizo⁶¹⁶.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, cuando se pretende dar a la protección del consumidor la categoría de derecho humano, hay que considerar que las obligaciones internacionales de los Estados provienen de normas derivadas del consenso general de esos mismos Estados respecto a ciertos valores jurídicos esenciales en el ordenamiento internacional. Respecto de la imperatividad del ordenamiento internacional, habrá que distinguir entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, y el alcance de las sanciones en caso de incumplimiento de unas y otras. Mientras las de comportamiento obligan a una conducta determinada tendiente a un resultado, las segundas obligan directamente al resultado mismo, y por tanto pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado⁶¹⁷.

En resumen, las Directivas de Naciones Unidas para la Defensa del Consumidor son obligaciones de comportamiento. Recordemos la distinción entre 'derecho programático' y 'derecho declarativo'. En este último existen zonas grises, denominadas *soft law*, que son normas que han recibido un reconocimiento suficiente por parte de la comunidad internacional, manifestado en la práctica de los Estados. Por el contrario, las normas programáticas aluden a actos internacionales que prevén un plan futuro de actuación en un sector determinado del ordenamiento⁶¹⁸. Este último sentido es el que tienen las Directrices de Naciones Unidas

timos países el sector informal desempeña un papel fundamental para asegurar la existencia de mercancías y servicios al alcance de los pobres, que solían representar la mayoría de la población. ¡Qué lejos estamos de tener intereses homogéneos dentro de la comunidad internacional globalizada! Por el momento, parece que en un horizonte de necesidades humanitarias, la protección del consumidor transfronterizo es un lujo superfluo.

⁶¹⁶ Las Directrices de Naciones Unidas, en los Principios generales, nro. 2, reafirman esta heterogeneidad de situaciones, cuando se refieren a una tutela "... para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ecológicas del país y de las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan".

⁶¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, pp. 51-52

⁶¹⁸ *Idem*, pp. 52-53.

para la protección del consumidor⁶¹⁹. No se las puede considerar como texto político sin ningún valor jurídico, ya que, al igual que otras de su clase, son actos que contienen un elemento ético que no puede ser negado por la Comunidad de Estados, un germen normativo potencial, por alentar unos valores sociales generalmente aceptados y reconocidos⁶²⁰.

Pero vale la pena reafirmar la no imperatividad de las Directrices, tal como se desprende de su propio Art. 7., según el cual

“[T]odas las empresas deben acatar las leyes y reglamentos aplicables en los países en que realizan sus operaciones. Deben también acatar las normas internacionales pertinentes para la protección del consumidor que hayan accedido a aplicar las autoridades competentes del país de que se trate. (En lo que sigue, las referencias a las normas internacionales en las directrices deben entenderse en el contexto del presente párrafo.)”

Es decir, no hay obligaciones implícitas de Derecho Internacional para la protección del consumidor que obligue a los Estados, salvo aquello a lo que expresamente se hubieran comprometido. Para mayor claridad, la obligación establecida (si así pudiera llamarse) es para las empresas, pero en el marco de lo que cada Estado imponga internamente o resulte de los Tratados y otras normas internacionales que obliguen a ese Estado.

Por otra parte, la conmutatividad propia de la relación de consumo también queda fuera del llamado Derecho Internacional del Desarrollo. A partir de la iniciativa de la (Conferencia de las Naciones Unidas para el

⁶¹⁹ DALLA VIA considera que el art. 42 CN recepta las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, consagrando como derechos la protección de la salud, la seguridad e intereses económicos, el acceso a una información veraz y adecuada, la libertad de elección, y el goce de condiciones de trato digno y equitativo. “(...) la cuestión [de la protección del consumidor] fue adquiriendo dimensión constitucional por obra de la internacionalización del derecho y la aplicación en el derecho interno de los principios del derecho internacional”. DALLA VIA, *Derecho Constitucional Económico*, p. 534.

⁶²⁰ Algunos autores consideran a la resolución de Naciones Unidas como principio general universal de Derecho Internacional Público, integrante del orden positivo, sin dar mayores precisiones. Cfr. MENICOCCHI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, pp. 1261-1262.

Comercio y el Desarrollo UNCTAD), se adoptó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que establece el programa para un Nuevo Orden Económico Internacional. Entre los problemas principales a que se refiere se encuentra la reducción de la participación en el comercio mundial, los bajos ingresos de la población respecto de los países industrializados y el carácter alarmante de los problemas de empleo. El Nuevo Orden Económico Mundial es reivindicado por los países del Tercer Mundo, y no pretende sólo un crecimiento material a través de una mejor estructuración de las relaciones económicas internacionales, sino un derecho subjetivo al desarrollo, del que la *ultima ratio* sería la persona misma⁶²¹. Queda claro que un sistema de protectorio del consumidor transfronterizo es un medio demasiado “sofisticado” de protección de la persona, aunque resulte deseable y de implementación generalizada.

Por tanto, de acuerdo al estado actual del desarrollo del consumo internacional y qué se les puede exigir a los gobiernos, no existe el consenso suficiente para convertirlo en una obligación de los Estados que pudiera engendrar responsabilidad internacional, o bien que un Estado pueda incurrir en ilícito internacional por no brindar adecuada protección a los consumidores transfronterizos. En todo caso, estarán protegidos en su carácter de personas o ciudadanos, pero no en cuanto consumidores⁶²². Aquí sí podemos encontrar elementos relacionados al diseño del sistema protectorio, por ejemplo, mediante la adecuada atribución de jurisdicción a través de la prohibición de la denegación de justicia⁶²³. Este punto en particular, merece un tratamiento independiente.

⁶²¹ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, pp. 76-77.

⁶²² La igualdad absoluta de todos los seres humanos, fundamentada en la común dignidad, no se refiere a los distintos niveles de poder adquisitivo y los defectos de la prestación del servicio de comidas, sino al combate de la desnutrición a nivel mundial. Asimismo, no hace referencia a la mala prestación de servicios educativos, sino a los esfuerzos para erradicar el analfabetismo. No tiene como problema central el incumplimiento de las empresas de medicina prepaga, sino al acceso a la salud. No se preocupa de los daños por productos elaborados, sino por la disposición de medicamentos para atender las pandemias.

⁶²³ Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, p. 6. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 142. El respeto a la persona

III. B. 6. La garantía del debido proceso en el Derecho Internacional y su aplicación a la relación de consumo

De lo dicho hasta ahora, se desprende que el Estado tiene la obligación internacional de cumplir con sus compromisos, ya sea que nazcan de la costumbre internacional, del derecho convencional, de una sentencia de un tribunal internacional, de un laudo de un tribunal arbitral, de una resolución de una organización internacional con carácter vinculante o de un acto jurídico unilateral⁶²⁴. En cualquiera de estos casos puede ser demandado por otros Estados; además, junto a estas obligaciones, existen otras frente a todos los seres humanos, considerados como titulares de derechos. Son aquellos supuestos en que los particulares son sujetos de Derecho Internacional⁶²⁵.

Muchas de estas obligaciones nacen de los tratados de derechos humanos, o de la costumbre internacional o del *ius cogens*. Así, de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe responder por toda violación a sus obligaciones internacionales, siempre que de sus comportamientos u omisiones se compruebe el incumplimiento de esas obligaciones⁶²⁶.

que exige el Derecho Internacional Privado no es el mismo que el Derecho Internacional. En este último la intervención es mayor, mientras que en el primero el Estado suele ser abstencionista. Sin embargo, se advierte que la tendencia humanizante del derecho privado llega muchas veces a través del Derecho Internacional, que penetra el derecho interno y enriquece sus contenidos.

⁶²⁴ Cfr. GATTINONI DE MUJÍA, "La responsabilidad internacional...", p. 371. Cfr. también el voto en disidencia del Dr. BOGGIANO en la causa Paris Video Home S.A. c/ Società Per Azioni Commerciali Iniziative Spettacolo (SACIS), CSJN, 12/03/1996, donde fundamenta el deber de asegurar la defensa en juicio en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la Argentina, y a cuya luz deben interpretarse las normas internas y otros tratados firmados por la República.

⁶²⁵ Cfr. BROWNLIE, *Principles...*, pp. 529 y ss.

⁶²⁶ GATTINONI DE MUJÍA, "La responsabilidad internacional...", p. 373. En el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, la denegación de justicia es una violación de los derechos fundamentales (art. 6.1). Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 204. Este último autor cita el art. 3 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: "When the present statute does not provide for a forum in Switzerland and when proceedings in another country are impossible or cannot reasonably be required, the

En este marco, resulta de especial interés lo establecido por el Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 8^o⁶²⁷:

“Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la *determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*” (el destacado me pertenece)⁶²⁸.

Esta norma contiene un elemento indefinido, ya que habla de “un juez o tribunal *competente*”, sin establecer cuál es ese tribunal. Pero resulta interesante destacar que la efectiva vigencia del derecho exige que ese tribunal sea determinado, de modo que cumpla con las características de independencia e imparcialidad. Esto es aplicable tanto a la “no denegación de justicia”, como a la “garantía de defensa en juicio”; ambos problemas son considerados parte del orden público internacional del Derecho Internacional Privado. El debido proceso se refiere a las condiciones sustanciales de las garantías procedimentales, mientras que la denegación internacional atiende a las garantías de acceso a la justicia.

También resulta de interés algún comentario respecto del Art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica:

“Protección Judicial

Swiss judicial or administrative authorities of the place with which the caus of action has a sufficient connection shall have jurisdiction”.

⁶²⁷ Cfr. su paralelismo con el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶²⁸ En términos similares se expresa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su artículo Artículo 6 establece: “Derecho a un proceso equitativo. 1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Esta norma está prevista de modo especial para el amparo de actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Su aplicación al objeto de estudio —los derechos del consumidor transfronterizo—, plantea la dificultad de considerar si una cláusula constitucional como nuestro Art. 42 CN, en cuanto establece la protección del consumidor, lo hace en virtud de suponer se trata de un derecho fundamental, de acuerdo como los define el Pacto de San José de Costa Rica, a lo que ya nos hemos referido.

Por tanto, los Estados no pueden apartarse de la obligación de otorgar una efectiva jurisdicción con el argumento o excusa de que el orden interno no permite cumplir plenamente ese compromiso, como, llegado el caso, de que el Poder Judicial no contara con las normas internas que le habiliten la jurisdicción suficiente, para someter a su *imperium* a proveedores extranjeros, o, por el contrario, para dar una adecuada satisfacción a consumidores foráneos ante ilícitos de comerciantes locales⁶²⁹. A decir de CIURO CALDANI,

⁶²⁹ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 255. “Los criterios sobre trato de extranjeros los suministra directamente el Derecho internacional, y que, por consiguiente tales criterios no están supeditados a lo que disponga el Derecho

“desde el punto de vista de legitimación de los beneficiarios, todo hombre, por el hecho de ser tal, tiene derecho al Derecho en la mayor plenitud posible, porque tiene derecho a los valores y en particular a la justicia; de aquí surge que todo hombre merece una jurisdicción. Una de las maneras más esclarecedoras de designar a los beneficiarios de la jurisdicción es la que se produce con la expresión ‘justiciable’. Al fin siempre debe haber una jurisdicción accesible convocada para intervenir, para evitar la denegación de justicia”⁶³⁰.

¿Qué tipo de obligación internacional es la garantía de acceso a la justicia? Como indica GATTINONI de MUJÍA,

“[L]os particulares son destinatarios directos y efectivos de los derechos consagrados en aquellas disposiciones de derecho internacional que gozan de la característica de ser precisas e incondicionadas, y los Estados deben garantizar una tutela efectiva de tales derechos por parte de sus jueces nacionales. Para aquellas situaciones en las que no se logre la debida tutela judicial, queda abierta entonces la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado por su incumplimiento y reclamar asimismo la debida reparación”⁶³¹.

Por tanto, los consumidores, en su condición de seres humanos, son destinatarios directos y efectivos de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, y, cuando no se logre la debida tutela judicial, queda abierta la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado por denegación de justicia. Siempre se deben agotar previamente las instancias internas, salvo: a) cuando no exista el debido proceso legal para la protección del derecho violado en el orden jurídico interno del Estado; o b) cuando existiendo la posibilidad de acudir a la justicia se le haya impedido hacerlo; o c) si bien se cuenta con los recursos judiciales necesarios a su vez existe un retardo injustificado en el acceso a esos re-

interno sobre el trato a los nacionales. Aunque el Derecho interno establezca para los nacionales un régimen inferior al del estándar mínimo internacional, el Estado debe comportarse con los extranjeros sujetándose a las exigencias impuestas por el estándar mínimo del Derecho Internacional”. FEUILLADE deriva de este principio la prohibición de denegación de justicia a los extranjeros, y por tanto la nacionalidad nunca será un punto de conexión. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, pp. 65-66.

⁶³⁰ CIURO CALDANI, *Filosofía de la Jurisdicción...*, p. 103-104.

⁶³¹ Cfr. GATTINONI DE MUJÍA, “La responsabilidad internacional...”, p. 378.

cursos. Por mi parte, considero que los altos costos del litigio atendiendo a la menor capacidad económica del consumidor, puede ser equiparado al retardo o a un impedimento para acceder a un proceso, aún cuando estuviera formalmente habilitado a reclamar⁶³².

Volvamos a considerar las normas recién citadas: en virtud del Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica cualquiera tiene derecho a “la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil”, y por el Art. 25 a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial” y que se la garantice “el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”, los que “deben ser sencillos y rápidos”, respecto de la garantía de los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”. Parece claro que la actual laguna jurídica respecto de la adecuada atribución de jurisdicción en conflictos internacionales con consumidores podría dar lugar a recursos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por denegación internacional de justicia. Incluso podríamos preguntarnos respecto del deber del Estado de asegurar una razonable asignación de recursos judiciales a fin de no ser pasible de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones internacionales⁶³³.

Por tanto, habrá responsabilidad del Estado ante un hecho ilícito, cuando exista la violación de una obligación internacional. Este hecho ilícito debe atribuirse al Estado, en cuanto sujeto activo. Y si los daños son particulares de otro Estado, el sujeto pasivo será el Estado extranjero mismo, no los particulares⁶³⁴. El elemento subjetivo del ilícito radica

⁶³² En el marco de la UE, se afirma la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos para asegurar un proceso justo, siendo propuesta como un límite a los foros exorbitantes, o también argumento suficiente para declinar jurisdicción si el proceso fuera en desmedro de las garantías de una de las partes, o bien asumir jurisdicción si fuera el caso de indefensión o denegación internacional de justicia. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, p. 52.

⁶³³ GATTINONI DE MUJÍA concluye así: “El juez que en el ejercicio de la función jurisdiccional, por acción u omisión, no garantice debidamente el derecho a una tutela judicial efectiva, puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional y puede afectar con su conducta el buen funcionamiento del Estado de derecho”. *Idem*, p. 435:

⁶³⁴ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, p. 288. “Para que exista una obligación internacional es preciso que exista una norma y para que ésta naz-

en un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible al Estado según el Derecho Internacional. Por su parte, el elemento objetivo se presenta cuando ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado. No se trata tanto de la infracción a una regla o norma de Derecho Internacional, sino de que un acto de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación⁶³⁵.

La denegación de justicia sería, sin duda, un hecho ilícito del Estado, en este caso proveniente del Poder Judicial⁶³⁶. De todos modos, no es lo mismo que un juez no tome acción de ninguna clase ante la demanda presentada por un extranjero en defensa de sus derechos o que la tramite con excesiva demora, o que se trate de una posible sentencia equivocada o incluso injusta⁶³⁷. Los criterios universalmente admitidos para atribuir este tipo de responsabilidad al Estado son: a) violación directa de una obligación internacional; b) que un juez o tribunal se niegue a recibir la demanda de un extranjero o dé trámite de la misma con retraso excesivo e injustificado; c) respecto a la demanda de un extranjero, se dicte una sentencia o resolución judicial manifiestamente inadmisibles desde el punto de vista de su contenido. Lo más acomodado a nuestro caso es el segundo supuesto: la denegación de justicia en sentido propio, es la negativa de un juez a ejercer sus funciones ante la demanda presentada por un extranjero, así como los retrasos excesivos e injustificados en dictar sentencia⁶³⁸. Esto sería perfectamente aplicable a los casos

ca es necesario el consentimiento del Estado, vinculado a los mecanismos de manifestación y producción previsto por el propio ordenamiento. Sostener que la obligación internacional nace cuando existe una norma en vigor es cierto, pero no resuelve el problema de determinar el momento de creación de esa norma”.

⁶³⁵ En cuanto al perjuicio, puede tratarse de daños a los extranjeros o a bienes de interés común, como la contaminación, realización de ensayos nucleares, etc. El incumplimiento de cualquier tipo de obligación puede constituirse en un hecho pasible de ser calificado como internacionalmente ilícito. *Idem*, pp. 292-293 y 301.

⁶³⁶ Cfr. BROWNLEE, *Principles...*, p. 506.

⁶³⁷ *Idem*, p. 507.

⁶³⁸ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*, pp. 586-588. Cfr. también en p. 56, donde este autor indica que los principios generales del Derecho Internacional, al ser aplicados por las jurisdicciones internacionales, tienen el rasgo carac-

en que, por ejemplo, un consumidor no es admitido en una acción de clase en el domicilio del proveedor.

III. C. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En la configuración del sistema protectorio del consumidor transfronterizo se deben considerar los principios que rigen las relaciones entre particulares: proveedores y consumidores. Si la relación es básicamente conmutativa —aún cuando la justicia distributiva tienda a salvar los desequilibrios producidos por la debilidad de uno de los agentes—, debemos tener en cuenta cómo ha evolucionado la disciplina en sus fundamentos y valoraciones, a fin de aplicarlos a la nueva realidad, verificar su vigencia, qué debe ser modificado o introducido, etc.

Si bien el Derecho Internacional Privado hace referencia a la aplicación del derecho más apropiado a una relación jurídica dada, la asignación de jurisdicción participa de estos principios⁶³⁹. Esto se debe a la clá-

terístico de haber sido determinados antes en los ordenamientos estatales, de donde los obtienen. Cita el caso “Fabiani”, entre Francia y Venezuela, laudo del 30 de diciembre de 1896, del presidente de la Confederación Helvética. Para determinar si Venezuela era responsable de “denegación de justicia”, utilizó el criterio común de los derechos internos: “Consultando los principios generales del Derecho de Gentes sobre la denegación de justicia, es decir las reglas comunes a la mayor parte de las legislaciones o enseñadas por la doctrina, se llega a la conclusión de que la denegación de justicia comprende no solamente la negativa de una autoridad judicial a ejercer sus funciones, y especialmente a estatuir sobre la demandas que le son sometidas, sino también los retrasos obstinados de su parte a pronunciar las sentencias”.

⁶³⁹ DOLINGER denomina “Principles of Negative Nature” a aquellos que ponen límites al funcionamiento de la regla de conflicto y los identifica con la “Parte general” del Derecho Internacional Privado. Entre ellos enumera el reenvío, el fraude a la ley, las calificaciones, los derechos adquiridos (*vested rights*), la cuestión previa y el orden público. Luego, como “Principles of Positive Nature”, enumera la autonomía de las partes, la nacionalidad, las conexiones *lex rei sitae* y *locus regit actum*, el de soberanía, los principios protectorios (del matrimonio, minoridad, consumidores, trabajadores), principios favorables a la validez, la equidad. A este grupo los denomina “positivos”, porque brindan certeza en la asignación del derecho regulador de la situación jurídica. Finalmente enuncia los principios “guía”, o de política judicial o legislativa, que tienen por finalidad brindar pautas de lege ferenda o bien de límites a la actividad de los operadores jurídicos en el diseño de las soluciones. Si bien DOLINGER los menciona en último término, en razón de que en este estudio estamos procurando tener un diseño del sistema protectorio en

sica interrelación entre el tribunal declarado competente, el derecho designado para regular la situación y la ejecución de la decisión que resuelve el caso. De hecho, la intercomunicación de los capítulos se fundamenta en la participación de principios comunes.

III. C. 1. La uniformidad, la efectividad y la justicia

Los principios básicos del Derecho Internacional Privado son la uniformidad y la efectividad. Según BOGGIANO,

“El fin del Derecho Internacional Privado es realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales. Realizar las soluciones justas, no declararlas meramente. El caso tiende a la solución justa, como todas las cosas tienden a su perfección. [...] La justicia es, entonces, el fin y la perfección del caso. Pero no siempre; y en nuestra materia difícilmente este fin se alcanza. La *sindéresis* jurídica dictamina que el caso debe estar dirigido hacia lo que naturalmente tiende. En este orden de ideas, el fin del Derecho Internacional Privado consiste en realizar la solución justa de la totalidad e integridad multinacional de los casos jusprivatistas. A tal plenitud tienden naturalmente los casos, y no a su mutilación en diversas partes o aspectos nacionales. Tienden a *una* solución de *todo* el caso⁶⁴⁰.”

Esta solución uniforme requiere coordinación y cooperación de las distintas autoridades nacionales, por lo cual el fraccionamiento será disvalioso, en la medida que disminuye la perfección de la solución justa. Así, el principio de uniformidad consistirá en que la solución del caso sea siempre la misma, cualquiera sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado⁶⁴¹. «Este principio fue descubierto por SAVIGNY y

construcción, sus líneas fundamentales deben ser tratadas en primer lugar: de lo más general a lo más particular. Cfr. DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 238 y ss.

⁶⁴⁰ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 90. En términos similares se expresa JAYME, para quien la igualdad no es un mero aspecto formal, sino que es un requisito de la justicia material el que exista igualdad en las decisiones. Cfr. JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 89.

⁶⁴¹ Vale la pena advertir, que si bien las leyes y soluciones emanadas del poder soberano tienen vocación universal, el juez puede, en nombre del orden público, descartar una solución extranjera que resulta extraña a las concepciones fundamentales de su sen-

actualmente se lo llama “principio de armonía internacional de soluciones”, “de uniformidad”, “de mínimo conflictos”, “de seguridad”»⁶⁴².

Como parte integrante de la uniformidad se debe considerar —en su carácter de principio general del Derecho Internacional Privado— el respeto del elemento extranjero mediante la aplicación integral del derecho foráneo⁶⁴³. Este respeto a su vez llevará a admitir la jurisdicción indirecta, debido a que también se reconoce no sólo el derecho sustantivo extranjero, sino el sistema completo, que incluye la designación del juez competente de acuerdo a las reglas de jurisdicción de ese sistema foráneo. Así se respeta la internacionalidad del caso de modo integral⁶⁴⁴. La solución, por tanto, de acuerdo a este principio, no es nacionalizar el caso, lo que iría contra su naturaleza⁶⁴⁵. Como indica SOTO,

tido de justicia y contraria al orden social, y sustituirla por la ley local. Del mismo modo, apelando a la plenitud de competencia de la ley del foro, descartará el reenvío. Este modo de funcionamiento del derecho interno, resulta incompatible con la vocación universal que tiene el derecho extranjero (y también el propio), por lo que bien se podría hablar de que todo orden jurídico tiene por característica ser “virtualmente universal”. Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, pp. 117-118. WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa, por Antonio MARÍN LÓPEZ, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 4. De todos modos, el último autor indica que este principio no sería exhaustivo si el caso fuera admitido para su secuestro y nacionalización por parte del tribunal.

⁶⁴² Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 212 y ss. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, pp. 201-202.

⁶⁴³ Cfr. SOTO, Alfredo, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 17. A su vez, deriva del principio de razonabilidad y proximidad, ya que el respeto del elemento extranjero contempla el contacto razonable del derecho con el caso. Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya...*, pp. 89-90. “[L]os hombres no se limitan, digamos así, a una vida nacional. Si celebran un contrato relacionado con diversos sistemas jurídicos querrán garantizar la finalidad esencial del contrato en su realidad internacional”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 795.

⁶⁴⁴ Esta es la teoría unilateral, que controla la jurisdicción indirecta de acuerdo a las reglas del estado requirente, y por tanto más respetuosa del elemento extranjero; la bilateral, en cambio, lo hace desde el estado requerido, aplicando la *lex fori*. Cfr. NAJURIETA, “Reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana (Convención aprobada por Ley 23.720), ED 141, 929-948, en 935.

⁶⁴⁵ “El derecho internacional privado es independiente y excluyente en su ámbito del derecho interno; se ocupa de un objeto social definido y diferente del objeto propio del derecho local. Los derechos civil y comercial constituyen sistemas previstos para re-

“Hay que respetar el derecho extranjero en todas sus dimensiones: espacial (aceptando el reenvío), temporal (teniendo en cuenta las normas de derecho transitorio del derecho declarado aplicable) y material (tanto del punto de vista estrictamente sustantivo como de la cuestión material-procesal)”⁶⁴⁶.

El derecho extranjero se compone tanto de puntos de conexión como de reglas de competencia judicial, por lo cual la solución uniforme — la sentencia que alcanza su plenitud—, debe respetar ambas clases de normas. Es decir que un juez extranjero ante quién se pretenda ejecutar una sentencia, verificará no sólo la jurisdicción competente del tribunal decisor, sino también que el contenido de la sentencia esté en consonancia con el derecho aplicable, si resultara ser el suyo⁶⁴⁷. Por el contrario, si el derecho extranjero no determina la ley aplicable pero sí designa el foro competente, esa sentencia sería perfectamente admisible en el extranjero si el juez aplicó el derecho del foro, ya que es más fácil reconocer la jurisdicción extranjera si el juez aplicó su propio derecho. En la medida que la sentencia haya respetado el elemento extranjero, será mayor la posibilidad de lograr la solución uniforme⁶⁴⁸.

Un corolario de este principio está ligado a uno de los aspectos de este trabajo: la autolimitación estatal al control de la jurisdicción extranjera debería contentarse con que no se invada la jurisdicción exclusiva argentina. Esto nos enfrenta a dos problemas: a) las jurisdicciones con-

gular, exclusivamente, supuestos internos y carecen de vocación para regular las situaciones internacionales. Éstas requieren un enfoque jurídico propio, el cual debe ser proporcionado exclusivamente por el derecho internacional privado y sólo de esta manera queda garantizado el adecuado tratamiento de la cuestión social internacional. Siempre se debe evitar la inadecuada proyección del derecho local en asuntos internacionales”. PAIVA, Martín Roberto, *El incumplimiento esencial en la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Austral, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 32.

⁶⁴⁶ SOTO, *Derecho Internacional Privado*, pp. 26 y 27.

⁶⁴⁷ Las distintas valoraciones de los países y las consiguientes discrepancias en las materializaciones de las normas, también se proyectan al campo jurisdiccional. Pero, progresivamente, se advierte una mayor homogeneidad axiológica en el ámbito privado, en parte por el proceso de globalización. Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 95.

⁶⁴⁸ Cfr. SOTO, *Derecho Internacional Privado*, pp. 158-161.

currentes pueden afectar la armonía de soluciones, aunque prevalece la necesidad de otorgar libertad a las partes para que elijan entre las jurisdicciones simultáneas y evitar la denegación de justicia (considerando, por cierto, la regulación internacional de la litispendencia, la cosa juzgada, etc.); b) la prevención del *forum shopping*, de tal manera que las partes no especulen con la elección de una jurisdicción nacional para así sacar ventajas con la elección unilateral del derecho aplicable⁶⁴⁹. Analizaré estos temas en detalle en el Capítulo VI.

Los principios de uniformidad y respeto al elemento extranjero son instrumentos que ayudan a sistematizar el derecho: por ser anteriores desde el punto de vista lógico, inspiran el conjunto de normas del sistema de Derecho Internacional Privado, aún cuando no se encuentren positivizados. Especialmente el respeto del elemento extranjero, es por tanto, un elemento ordenador y sistematizador⁶⁵⁰. Llegado el caso de que la solución uniformemente localizada remita al derecho extranjero, no podrán dejarse de aplicar los principios de orden público internacional local, que de modo excepcional desplazará al derecho extranjero normalmente aplicable⁶⁵¹.

En cuanto al principio de efectividad, éste también expresa de modo implícito la necesidad de una solución integral del caso, a través de la satisfacción de todos los aspectos involucrados en el conflicto. No es suficiente el logro de la justicia dentro de la comunidad nacional sino que, por las particularidades de la situación, se debe lograr la justicia en la

⁶⁴⁹ *Idem*, p. 27.

⁶⁵⁰ "Se ha definido al *sistema* como una entidad autónoma dotada de alguna permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas. Se define así como cualquier actividad metódica o regida por principios. De esta manera, es sistema jurídico estaría integrado por nuestro caso por dos subsistemas, estos son: el derecho interno y el Derecho Internacional Privado interrelacionados y regidos, entre otros, por el principio general de la aplicación integral del sistema jurídico extranjero." *Idem*, p. 116.

⁶⁵¹ "Es decir que los principios siempre funcionan controlando, críticamente y sustancialmente, la solución del caso proyectada por el sistema jurídico extranjero competente según las normas de conflicto del foro". BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 94.

comunidad internacional globalizada⁶⁵². Esto es especialmente importante ante casos total o absolutamente multinacionales, como podrían resultar los derivados del consumo transfronterizo, por lo que será necesario buscar una solución internacional, no meramente localista, ya que una declaración “fronteras adentro” podría carecer de eficacia en otro país vinculado al caso, con la consiguiente insatisfacción de alguna de las partes⁶⁵³. En resumen, lo que importa es “la uniformidad efectiva: he aquí el principio, pues de no haber efectividad en la solución uniforme, ésta no sería realizada”⁶⁵⁴. Aún así, la solución efectiva no es suficiente, sino que se requiere una justa solución uniforme, lo que implicará verificar su contenido sustancial, ya que los principios de uniformidad y efectividad también propenden a una solución materialmente orientada, apelando incluso a la aplicación de la excepción de orden público (infra IV. A. 7)⁶⁵⁵.

En este orden de ideas, al momento de proponer soluciones efectivas deberemos considerar que aún cuando no se haya procedido a unificar sustancialmente el derecho protectorio del consumidor transfronterizo, el recurso a determinados criterios de localización jurisdiccional puede perseguir *per se* una finalidad de justicia material. Lo mismo puede decirse de normas de jurisdicción orientadas a favorecer a la parte

⁶⁵² *Idem*, p. 92.

⁶⁵³ La existencia de los adecuados órganos jurisdiccionales, y la consiguiente efectividad de sus decisiones, evita el ‘estado de naturaleza’ en que se encuentra la protección del consumidor transfronterizo. “La jurisdicción, y en particular la jurisdicción judicial, son factores de especial significación en la constitución concreta del tejido social”. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 40. Tejido social, agregamos, que en este caso es la comunidad internacional de los proveedores y consumidores.

⁶⁵⁴ El Protocolo de Santa María dice en uno de sus considerandos: “DESTACANDO la necesidad de brindar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica *que garantice soluciones justas y la armonía de las decisiones jurisdiccionales vinculadas a las relaciones de consumo*” (la cursiva me pertenece).

⁶⁵⁵ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 92. La solución final no es indiferente, aunque sí lo podría ser en un esquema voluntarista- “*Il s'impose cependant de constater que la teneur des solutions n'es nullement indifférente dans l'immense majorité des cas. Si la détermination du droit est l'objet de tant de discussions et de luttes, c'est qu'une solution est jugée par les uns bonne et par les autres mauvaise*”. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 217-218.

más débil de la relación. El principio de uniformidad admite tres posibles determinaciones, ya que por sí mismo resulta incompleto. Una de ellas es la búsqueda de la justa solución uniforme mediante la elección justa del derecho más estrechamente relacionado con el caso multinacional, y la ulterior solución material del caso en virtud de ese derecho⁶⁵⁶. Este podría ser el supuesto de que se establezca en determinado sistema que se aplicará el derecho de residencia del consumidor, como el Art. 6 del Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶⁵⁷.

Otra posible determinación del principio de uniformidad consiste en la creación de normas de jurisdicción especialmente elaboradas para adaptarse a la naturaleza del caso jusprivatista multinacional⁶⁵⁸. Así, las reglas de jurisdicción que contiene el Protocolo de Santa María, al indicar que, en el marco del MERCOSUR serán competentes los jueces del Estado donde esté domiciliado el consumidor.

Una última posibilidad de realizar la vigencia del principio de uniformidad puede ser la autolimitación de los derechos estatales en sus respectivas esferas de aplicación a los casos⁶⁵⁹. Esto implica una coordinación de los Estados, como es el caso del Art. 56 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, que establece la jurisdicción de los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio.

De lo visto hasta aquí, podemos concluir que un régimen protectorio del consumidor transfronterizo que incluya la adecuada atribución de la jurisdicción competente, debe tender a brindar una solución uniforme y efectiva. Esto implica una vinculación estrecha entre los principios y normas de la jurisdicción internacional, las normas sustanciales aplicables a la relación jurídica, y, eventualmente, las soluciones previstas por las partes en la autorregulación de sus derechos y obligaciones.

⁶⁵⁶ *Idem*, p. 95.

⁶⁵⁷ Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

⁶⁵⁸ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p 95.

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

III. C. 2. Los principios generales de la jurisdicción internacional en un sistema protectorio

La jurisdicción internacional es el poder que tienen las autoridades estatales para conocer y decidir en un caso jusprivatista con elementos extranjeros, así como el poder de las autoridades extranjeras para dictar una sentencia que pueda ser reconocida y ejecutada en otro Estado⁶⁶⁰. Para dilucidar la cuestión jurisdiccional, debemos responder a las siguientes preguntas: a) cuándo un juez, de acuerdo a sus propias normas, está facultado para resolver un litigio que se le presenta (jurisdicción directa); b) cuándo y bajo qué condiciones el juez local deberá reconocer como válida y por tanto ejecutar una sentencia dictada por un juez extranjero (jurisdicción indirecta); c) qué tribunal del país con jurisdicción internacional está habilitado para conocer en el caso, de acuerdo a las reglas internas de distribución de competencia⁶⁶¹.

Las fuentes normativas de la jurisdicción internacional son las mismas que del resto del ordenamiento: Tratados internacionales, derecho privado interno, las normas provenientes de organizaciones internacionales, los usos del comercio internacional. De acuerdo a GOLDSCHMIDT, en nuestro país las normas de jurisdicción internacional tienen carácter federal, como luego ratificó la jurisprudencia de la CSJN. Están por sobre las normas internas de jurisdicción —las que establecen los límites entre las competencias de la Nación y las Provincias—, y son autónomas aunque se remitan a un juez local, ya que está en juego

⁶⁶⁰ Esta definición es aplicable tanto a la jurisdicción referida a casos de derecho público como de derecho privado. Cfr. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 20. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 77. STRENGER, "Extraterritorialidade do Direito Processual", p. 475.

⁶⁶¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Hacia un derecho procesal internacional privado (Derecho judicial material: la jurisdicción internacional)", LL 1975-A, pp. 1045 a 1060. Mientras que la accionabilidad de una pretensión pertenece al derecho aplicable, la jurisdicción internacional corresponde y es parte de la *lex fori*. En palabras de VISCHER: "Even from a theoretical point of view the issue of just repartition of legislative competence between the States has to start with jurisdiction of the court. (...) The delimitation of jurisdictions is of a more direct concern for public international law that is the choice of law. It concerns the limits of State sovereignty which is the very subject matter of public international law". VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 201.

la soberanía estatal, en cuanto delimitan el ejercicio de uno de los poderes del Estado⁶⁶².

Las normas de jurisdicción también juzgarán sobre la competencia de los tribunales extranjeros. Aunque ya lo hemos mencionado, en el sistema protectorio del consumidor transfronterizo no tenemos normas que resuelvan satisfactoriamente la cuestión jurisdiccional, por lo que en nuestra tarea de “construcción” echaremos mano de los principios que rigen de modo general la jurisdicción iusprivatista internacional, de modo de tenerlos en cuenta en el diseño de las soluciones⁶⁶³.

⁶⁶² Cfr. GOLDSCHMIDT, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, p.11; BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 206; DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 79. Cfr. también CSJN, Exportadora Buenos Aires S. A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc., 20/10/1998, citado, donde se dijo que las normas de jurisdicción internacional revisten naturaleza federal aun cuando estén insertas en un cuerpo normativo de derecho común. Cuando se trata de dirimir la jurisdicción internacional de los jueces de la República, se afecta la soberanía, ya sea que luego resulten competentes los jueces federales o los locales. Otro fallo relevante en el mismo sentido, CSJN, 14/9/2004, Sniafa SACIF v. Banco USB AG, publicado en el ED 211-462.

⁶⁶³ Para algunos autores, sólo existe consenso respecto de tres principios: a) la jurisdicción no se limita a la posibilidad del ejercicio de la fuerza en el propio territorio, siendo su ámbito más amplio; b) la base más aceptada actualmente para la atribución de jurisdicción es la autonomía de la voluntad, ya sea mediante la prórroga expresa, o la tácita significada a través de la sumisión al juez de la causa; c) la prohibición o descrédito de los *improper fora* o exorbitantes. Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, p. 63 y ss. En palabras de otro autor, “La competencia judicial internacional funciona sobre la base de tres principios: la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)”. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...”, p. 120. Sin embargo el consenso es más amplio, como se demostró a lo largo de la elaboración de los denominados ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, elaborados en el marco del American Law Institut y Unidroit. Para ver de modo general sobre su validez, cfr. GLENN, Patrick, “The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?”, *Uniform Law Review*, Vol 4, 2004, pp. 829-845.

a) *Principio de justicia procesal internacional*

Como característica general, un foro es apropiado si puede hacer justicia a todas las partes⁶⁶⁴. Esta es una aplicación de la noción de bien común, por la cual hacer justicia a todos no significa hacer lugar — aunque se tengan en cuenta— a la totalidad de las pretensiones. La justicia es un requisito del bien común, y esto implica repartos objetivamente justos, más allá de las pretensiones individuales. En este mismo sentido, la justicia procesal no es garantía de que pueda hacerse justicia sustancial, pero sí es un requisito para que exista el debido proceso⁶⁶⁵. Una jurisdicción estará legitimada para intervenir en un caso cuando está en condiciones de satisfacer la necesidad de que se haga justicia, cuando tenga facilidad de acceso a los hechos que permitirán hacer el derecho⁶⁶⁶. Por tanto, uno de los objetivos fundamentales es atender debidamente a los interesados.

Una jurisdicción injusta es una contradicción, aunque sea coherente con la normatividad establecida. También aquí, en la determinación de la jurisdicción, no es lo mismo justicia que legalidad⁶⁶⁷. En definitiva, la justicia dota a la jurisdicción de legitimidad, y por lo tanto de acatamiento, lo que constituye el sostén sustancial de la efectividad⁶⁶⁸. Este principio guía el establecimiento de las jurisdicciones exclusivas. En éstas suelen influir valoraciones que buscan garantizar la justa solución sustan-

⁶⁶⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 201. Para FEUILLADE, “el sistema de competencia judicial internacional se acoge al principio de razonabilidad, en cuanto contacto mínimo razonable con el foro y a la búsqueda de la solución justa del caso”. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 314.

⁶⁶⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, pp. 25-26. Este autor hace referencia a los “contactos mínimos” de la jurisprudencia norteamericana, a partir del asunto “International Shoe”, que planteó la necesidad de resguardar el *substantive due process*.

⁶⁶⁶ Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la Jurisdicción...*, p. 104.

⁶⁶⁷ *Idem*, p. 83.

⁶⁶⁸ “Para que un régimen sea justo ha de ser humanista, es decir debe tomar a cada hombre como fin y no como medio. Esto significa que la jurisdicción, como parte del régimen, ha de ser para el hombre, no éste para la jurisdicción. La jurisdicción deber ser un medio, y sus decisiones nunca han de perder la conciencia de tal carácter”. *Idem*, p. 110.

cial, ya sea por la existencia de principios superiores determinantes del orden público, por la aplicación de normas exclusivas diseñadas para casos multinacionales (policía o del orden social), o bien por existir normas materiales imperativas (no de policía porque estas son sólo para casos multinacionales). La noción de justicia implica proteger al individuo de las amenazas que pueden afectarlo, provenientes de los demás individuos o de estructuras de dominación. Este criterio también deberá ser tenido en cuenta para juzgar la validez de una cláusula de prórroga en un contrato de consumo.

La justicia procesal internacional orientará también la amplia libertad de que goza el legislador para establecer los criterios de atribución de jurisdicción y evitar los foros excesivos u exorbitantes. En este sentido, un foro es apropiado cuando es generalmente aceptado en los distintos sistemas jurídicos nacionales así como los establecidos en los tratados multilaterales, considerando las similares circunstancias tenidas en cuenta que los consagraron en referencia a un determinado grupo de litigios. Serán excesivos aquellos que satisfacen intereses particulares de un Estado o establezcan arbitrariamente diferencias entre sus nacionales y los extranjeros, “atribuyendo así un volumen anormal de competencia judicial internacional a los Tribunales de ese Estado”. Un ejemplo de esto podría ser el criterio francés del Art. 14 de su Código Civil, por el cual serán competentes sus tribunales si el demandante es de nacionalidad francesa⁶⁶⁹. Por tanto, podría resultar abusivo que un proveedor francés, con negocios *on line* en diferentes países extracomunitarios pretendiera demandar allí a sus clientes consumidores esparcidos a lo largo del planeta.

Lo apropiado o exorbitante tiene siempre relación con la materia de que se trate y con los hechos del caso. Así, aunque la situación no resulta tan clara, en determinados supuestos pueden ser abusivos el criterio inglés del *forum presentiae*, por el cual serán competentes los tribunales del Reino Unido en materia tributaria, por la mera presencia transitoria de un supuesto contribuyente en su territorio, o el de la nacionalidad,

⁶⁶⁹ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 281.

que los Estados Unidos aplica a sus ciudadanos cuando se trata del pago de impuestos⁶⁷⁰. Por el contrario, es un criterio adecuado *el forum rei sitae*, en cuestiones estrictamente reales, cuando el Estado asume los casos que involucran a los bienes situados en su territorio.

También es posible encontrar pretensiones exclusivistas de los Estados a través de los distintos sistemas de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento interno. Los sistemas dualistas, o los monistas con primacía del derecho interno, facilitan la debilidad de la cosa juzgada. En la discusión entre monismo y dualismo, está en juego quién tiene la última palabra, lo que no rara vez perjudica la consideración del elemento extranjero⁶⁷¹.

La aplicación del principio de justicia nos presenta una aparente paradoja. Si bien pareciera que la previsibilidad es una razón de justicia, de todos modos, el fraccionamiento puede ser uno de los modos de asegurar jurisdicciones más justas, en la medida que se pueda justificar la adecuada relación entre los hechos previstos y las consecuencias jurídicas⁶⁷². En el orden interno es más sencillo fraccionar la jurisdicción y de ese modo establecer las más justas relaciones del caso con el tribunal; pero no sucede lo mismo en el plano internacional, donde la diversidad puede resultar extraña a los foráneos, y, por lo tanto, determinar jurisdicciones claudicantes⁶⁷³. El elemento extranjero puede ser debilitado, especialmente cuando la sentencia, proveniente de otro país, es detenida en el proceso ejecutorio. Por otra parte, el fraccionamiento a través de una mayor oferta jurisdiccional, facilita no caer en la denegación de justicia.

⁶⁷⁰ MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", pp. 28-31.

⁶⁷¹ Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 79.

⁶⁷² "Los fraccionamientos de la justicia producen seguridad jurídica y a través de los cortes de la realidad, sobre todo de las influencias, la jurisdicción es una importante generadora de seguridad. (...) Sin embargo, es fácil que en base a los fraccionamientos jurisdiccionales se produzca una apariencia de justicia que en la realidad no existe." *Idem*, p. 85. Volveremos sobre este punto en el número VII. C, p. 665 y ss.

⁶⁷³ La 'anarquía' jurisdiccional implica una debilidad del sistema económico internacional, por los riesgos de arbitrariedad que esto comporta. "La clave del orden no está en la jurisdicción, sino en la economía". CIURO CALDANI, *Filosofía de la Jurisdicción...*, p. 44.

Las relaciones o contactos del caso con el foro, cuando se trata de situaciones en las que participan consumidores, determinarán si los tradicionales criterios objetivos y atributivos de jurisdicción, tienden a hacer justicia a las partes: domicilio de las partes, lugar de acaecimiento de los hechos, circunstancias adjetivas de la contratación, objeto de la pretensión, relación con el derecho aplicable, pacto de prórroga de jurisdicción, etc. Esto puede llevar a mitigar, por ejemplo, el principio de igualdad de trato procesal. Si bien es una garantía constitucional, cuando se trata de consumidores y por la influencia del *favor debilis*, los plazos, presunciones, medios y carga de la prueba, pueden inclinarse en contra del proveedor.

Por tanto, siempre deberá considerarse la existencia de contactos mínimos, para que la jurisdicción no resulte abusiva o exorbitante, y así evitar una jurisdicción sin relación con el caso⁶⁷⁴. Esto permite resguardar el debido proceso, un valor consagrado por todos los regímenes jurídicos, por ser un principio general del derecho compartido por todas las naciones civilizadas (cfr. III. B. 6 *ut supra*). También en virtud de este principio de justicia procesal la jurisdicción internacional debe ser interpretada ampliamente, de modo que no se conculque el debido proceso. Las partes no deberían quedar desguarnecidas por una aplicación indiscriminada del *forum non conveniens*, pero también de la misma conveniencia puede resultar una jurisdicción claudicante, en caso de no lograrse un adecuado balance con el principio de efectividad. La atribución de jurisdicción, así como cualquier otro criterio que implique repartos o potestades, debería ser preferentemente abstencionista, en el sentido de respetar la autonomía y libertad de la persona. Pero de no ser factible la consecución de la justicia, deberá ser intervencionista, aunque de modo subsidiario⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 202.

⁶⁷⁵ Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 112.

b) *Principio de defensa en juicio*

El principio de defensa en juicio está enunciado en la CN, Art. 18, del siguiente modo: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, y consiste en la oportunidad o posibilidad suficientes de participar con utilidad en el proceso, que, por tanto, debe ser regular y razonable, de modo que permita una tutela judicial eficaz. Entre otros, atentan contra esta garantía la duración del proceso, el exceso ritual, la ausencia de bilateralidad, el defecto en la notificación⁶⁷⁶.

En casos excepcionales, el juez nacional puede arrogarse jurisdicción, aún cuando se prevea la actuación de jueces extranjeros por las propias normas atributivas de competencia, si se trata de hacer efectivo el derecho de defensa y la garantía de acceso a la justicia. De todas maneras, el juez deberá atenerse asimismo al principio de efectividad, que actúa a modo de límite de la jurisdicción internacional. Por tanto, ¿puede declararse incompetente un juez porque no está en condiciones de asegurar mínimamente la eficacia de su sentencia? Podría, siempre que no se afecte la denegación internacional de justicia⁶⁷⁷.

El problema de la existencia de un tribunal idóneo y competente es resuelto por las normas de jurisdicción directa, que tienen por fin que ningún litigio quede sin juez con vocación de resolverlo. Cuando los jueces de un Estado no saben si efectivamente existe un tribunal que resuelva el asunto, o tienen suficientes motivos para creer que no habrá alguien que pueda abocarse a la causa, brindarán el máximo de oportu-

⁶⁷⁶ BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, p. 327-329. Cfr. también los votos en disidencia de los Dres. MOLINÉ O’CONNOR y BOGGIANO, en la causa Paris Video Home S.A. c/ Societa Per Azioni Commerciali Iniziative Spettacolo (SACIS), CSJN, 12/03/1996.

⁶⁷⁷ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 86. En palabras de GOLDSCHMIDT, “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta”, p. 961. “[...] si el juez nacional llegase al resultado provisional que a su país no le incumbe la jurisdicción internacional directa, es imperativo que investigue si reglas internacionales o nacionales extranjeras dan la jurisdicción internacional a otro país (jurisdicción internacional indirecta). En efecto, si el juez nacional llegase a la conclusión de que ningún país posee jurisdicción internacional, debería por razones de justicia hacerse cargo del asunto a fin de evitar una privación efectiva de justicia para las partes”.

nidades al justiciable⁶⁷⁸. Esta misión corresponderá al legislador internacional, cuando sea el repartidor de una comunidad internacional, y al local cuando se trate de determinar la jurisdicción de sus propios jueces, ya sean casos nacionales o transfronterizos.

Uno de los supuestos de indefensión puede provenir de una situación de grave dificultad de la defensa en juicio⁶⁷⁹. Esto será así tanto para el consumidor como para el proveedor, aunque cuando este pudiera parecer que será menos afectado. El proveedor demandado en extraña jurisdicción tendrá dificultades para arbitrar los medios de defensa, o lo hará a un alto costo, que puede ir en desmedro del comercio internacional. Estaría habilitado al igual que un ciudadano nacional, si fuere el caso, a reclamar la garantía de los jueces naturales, si la apertura de la jurisdicción fuera arbitraria y sorpresiva⁶⁸⁰.

Ya hemos visto que el debido proceso es un principio general del derecho⁶⁸¹. Vinculado a esto, también se deberá considerar la denega-

⁶⁷⁸ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 78

⁶⁷⁹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 206. “[T]anto en el derecho interno, incluyendo sus sistemas de derecho internacional privado, cuando también en el Derecho Internacional público. Una persona puede hacer valer este principio en todos sus dominios, incluso el de las convenciones internacionales sobre derechos humanos. El principio del debido proceso tiene así un desarrollo que puede positivizarse tanto en el derecho interno como en el Derecho Internacional y en derecho comunitario. No sólo se ciñe a un justo juicio. Sino a un trato igualitario conforme a las normas vigentes”. *Idem*, T. III, p. 798.

⁶⁸⁰ La garantía de los jueces naturales no es privativa del derecho penal, sino a que se extiende a todas las materias: civil, comercial, laboral, etc. Cfr. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, p. 319. “Juez natural es, entonces, el tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley dictada antes del hecho que es origen del proceso en el que ese tribunal va a conocer y decidir”.

⁶⁸¹ Algunos autores consideran que el principio de defensa en juicio es parte del orden público internacional, en su aspecto adjetivo o procesal, como resguardo de las garantías consagradas. Cfr. FEUILLADE, Milton C., “La ley que rige el proceso en los casos iusprivatistas multinacionales”, LL 2008-E, 965-978, en p. 972, y la reseña que allí hace de las distintas doctrinas. Respecto de EUA y la aplicación de la “due process clause”, de la sección 1 de la XIVª Enmienda, aunque principalmente referido al derecho aplicable pero sin mayores diferencias en cuanto a la denegación de justicia, cfr. HERZOG, Peter E., “Constitutional limits on choice of law”, *Recueil des Cours*, 1992-III, Vol. 234, pp. 239-329, en pp. 259-272. Es la garantía que tiene el demandado a ser juzgado por un proceso en debida forma, e incluye las condiciones bajo las cuales un demandado puede ser juz-

ción internacional de justicia, de acuerdo a lo resuelto en el relevante caso Emilia Cavura de Vlasov, de la CSJN⁶⁸². El principio general es el respeto de la garantía constitucional, por cuanto, si de las circunstancias de tiempo, lugar y personas deviene privación de justicia, los tribunales pueden arrogarse jurisdicción, en virtud del *forum necessitatis*. Lo mismo puede suceder si la jurisdicción del juez extranjero resulta imprevisible, aunque no inexistente. De esta forma, en analogía de supuestos, se resuelve en el orden internacional como se haría respecto del orden interno. No cabe duda que este principio tendrá preponderancia en la conformación del sistema protectorio; así, podrá ser invocado ante la falta de regulación, cuando en una operación celebrada por Internet exista extrema dificultad para plantear el litigio en el lugar donde se encuentra el servidor o el domicilio del comerciante⁶⁸³.

Estos principios también tendrán aplicación en los supuestos en que la jurisdicción está indeterminada, ya que conviene dar certeza, en vistas a prevenir tanto la indefensión del demandado como del demandante, o para que el demandante no recurra al *forum shopping* y cause indefensión al demandado⁶⁸⁴. También podrá actuar como un principio regulador de aspectos procesales, como por ejemplo, al considerar la le-

gado por un tribunal distinto al de su domicilio. Es el antecedente de nuestra garantía de defensa en juicio. La *due process clause* se proyecta sobre los derechos de cualquier demandado, independientemente de la nacionalidad, domicilio, materia, etc. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "Pluralidad de jurisdicciones...", p. 23.

⁶⁸² CSJN, "Cavura de Vlasov, Emilia c. Vlasov, Alejandro s/ divorcio y separación de bienes", Fallos 246:87 y JA, 1960-III-216, 25/2/60.

⁶⁸³ La extrema dificultad no debe confundirse con la inexistencia, así como el mero hecho de que la jurisdicción sea foránea no implica la apertura del foro de necesidad. De allí que se trate de un principio, y no una regla. "La jurisdicción extranjera puede servir de adecuada tutela jurisdiccional". BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 559. En definitiva, entran en juego dos principios distintos y complementarios: uno de Derecho Internacional, el correspondiente a la denegación internacional de justicia, el otro de derecho constitucional, la defensa en juicio. El problema que tienden a resolver no se refiere a una contienda entre jueces, es decir quién está más capacitado para resolver el asunto, sino el eventual conflicto negativo de jurisdicción internacional. *Idem*, T. I, p. 209. En sentido semejante, FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", p. 126.

⁶⁸⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 210.

gitimación, la representación y el apoderamiento, a fin de que el incumplimiento de requisitos formales no implique indefensión sustancial del consumidor⁶⁸⁵. En este sentido se podrán orientar, entre otras, las normas y decisiones judiciales que faciliten al consumidor el acceso a la jurisdicción, incluyendo la participación de las asociaciones de consumidores en el proceso y otras acciones colectivas.

Aunque no se refiere a un aspecto jurisdiccional sino de cooperación judicial internacional de tercer grado, cabe mencionar que el principio de la garantía del debido proceso puede ser conculcado cuando la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión no ha sido debidamente citada o no se le ha garantizado el ejercicio de su derecho de defensa⁶⁸⁶. Un claro ejemplo está dado en la aplicación que se hizo en los fallos Paris Video Home, por un lado, y V.M.C c. USB AG (ex Unión de Bancos Suizos)⁶⁸⁷. En el primero, se rechazó la queja y por tanto el recurso extraordinario al no tratarse de una sentencia definitiva; sin embargo los votos en disidencia consideraron que, en virtud de esta garantía, fue nula la notificación efectuada en Italia mediante exhorto judicial carente de los mínimos requisitos que permitieran participar útilmente en la defensa. Mientras que en el segundo, no estuvo afectado el derecho de defensa, teniendo en cuenta la representación de la demandada en

⁶⁸⁵ Cfr. Milton FEULLADE, "Legitimación procesal, representación y poderes internacionales", LL 2007-F, 1398. Citando a BIDART CAMPOS, "Cada día más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación". BIDART CAMPOS, Germán, "El acceso a la Justicia, el Proceso y la Legitimación", en "La Legitimación", *Libro Homenaje a Lino Enrique Palacio*, MORELLO, Augusto M, Coordinador, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 15-22, en p. 18.

⁶⁸⁶ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 208. En este sentido, el art. 20 inc. d) del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa: "Las sentencias y los laudos arbitrales (...) tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: (...) d) Que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; (...)".

⁶⁸⁷ El primero ya fue citado, y el segundo es CNCom Sala B, 2005/06/22, V.M.C. y M.W. c. UBS AG (Ex Unión de Bancos Suizos), publicado en LL 2005-D, 836 y ss.

Argentina, el poder otorgado a los letrados con anterioridad a la causa y la improcedencia de la nulidad procesal si no existió perjuicio.

Otro aspecto relevante de la garantía de acceso a la jurisdicción puede estar dado por las costas del proceso. Si bien en el orden interno el consumidor puede acceder por lo general al beneficio de litigar sin gastos, no necesariamente esto será reconocido en el extranjero⁶⁸⁸. La jurisprudencia ha considerado que la desproporción entre las costas y el reclamo obtenido afecta un derecho fundamental. Las personas no deben temer iniciar la defensa de sus derechos ante la posibilidad de ser condenadas en costas desproporcionadamente⁶⁸⁹.

c) Principio de efectividad de las decisiones

La constatación de la efectividad de la sentencia extranjera es un reaseguro del funcionamiento del sistema y de la completa aplicación del principio de la armonía internacional de las decisiones. Las normas de jurisdicción indirecta cumplen con el principio de efectividad, ya que se trata de asegurar el cumplimiento de una sentencia firme. Allí es donde, hablando de modo general, se cumplen los fines del Derecho Internacional Privado⁶⁹⁰. El respeto al elemento extranjero se manifiesta plenamente cuando un sistema jurídico, a través de la razonada sentencia, es admitido en un tercer Estado: cuando se pone en marcha la fuerza pública, las discusiones están cerradas⁶⁹¹. Para esto se requiere la plena eficacia de la cosa juzgada y la ejecutoriedad de esa sentencia de modo

⁶⁸⁸ El art. 12 de la CIDIP I sobre Exhortos o Cartas rogatorias, indica en su art. 12 que “el beneficio de pobreza se regulará por las leyes del Estado requerido”. Por el contrario, en la CIDIP II sobre cumplimiento de Medidas cautelares, el art. 16 indica que “el beneficio de pobreza concedido en el Estado requerente será mantenido en el Estado requerido”. Por su parte, la CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, prevé en su art. 5 que “el beneficio de pobreza reconocida en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el su presentación”.

⁶⁸⁹ CNCom., Sala E, “Ogden Entertainment services Inc. v. Eijo, Néstor y otro”, 20/09/04. Citado por FEUILLADE, “La ley que rige el proceso...”, p. 267.

⁶⁹⁰ GOLDSCHMIDT, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, p. 12. Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, p. 64.

⁶⁹¹ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 300.

incondicional, cuando el conflicto ingresa en la denominada cooperación jurídica internacional de tercer grado⁶⁹².

En este sentido, las facultades del juez local de revisar el contenido de la sentencia al momento en que se solicita el exequátur, parecen atentar contra este principio. ¿No sería esto volver a comenzar la cuestión desde el inicio? ¿Significa esto un rechazo del sistema extranjero? Si el único resultado válido es la sentencia local, el destino final parece ser el aislacionismo. No habría inconveniente si el examen del juez local se refiere a los elementos extrínsecos de la sentencia, o bien a constancias de graves injusticias, como la imposibilidad de hacer valer sus medios de defensa⁶⁹³. Queda claro, de todos modos, que es distinto reservarse el control que revisar el contenido.

En sentido inverso como consecuencia necesaria de lo anterior, resulta razonable limitar la asunción de competencia del juez nacional de acuerdo a la probabilidad de reconocimiento y ejecución de la sentencia propia en Estados foráneos⁶⁹⁴. ¿Tiene sentido intervenir en cuestiones donde no será reconocida la sentencia que se dicte? Esto tiene que ver con la necesidad de que existan contactos mínimos de la causa con el foro⁶⁹⁵. Siempre es de interés del Estado que no se despliegue actividad inútil, para no producir una sentencia abstracta y carente de efectividad⁶⁹⁶.

La finalidad de la jurisdicción indirecta es asegurar la eficacia de una sentencia firme, que entendió y resolvió el caso, pero que puede resultar claudicante si no puede ser ejecutada sobre el derrotado, ya sea

⁶⁹² Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 264 y ss. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 474.

⁶⁹³ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 303.

⁶⁹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 237.

⁶⁹⁵ Los tribunales tienen límites necesarios. "Si bien el Derecho termina siendo siempre en gran medida lo que los órganos jurisdiccionales dicen y hacen realidad como tal, dichos órganos sólo pueden decir y hacer realidad lo que les permite el sistema de fuerzas en que se desenvuelven. Es más: la jurisdicción es el resultado de un sistema". CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 33.

⁶⁹⁶ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 207.

personalmente o sobre sus bienes. El funcionamiento de las normas de jurisdicción indirecta es evitar una atribución indebida de justicia, para que nadie se arrogue la competencia en causas que no le corresponden, invadiendo la jurisdicción del juez requerido⁶⁹⁷.

La posibilidad de ejecutar la sentencia, de que sea efectiva, atiende a los intereses del demandante, ya que le permite ejercitar sus derechos en un lugar donde se facilita la inmediatez de la solución. Este es el denominado foro de patrimonio del demandado, que en muchos casos es también el de su domicilio. Son las denominadas localizaciones patrimoniales, o con mayores posibilidades de hacer realidad los fines de la jurisdicción⁶⁹⁸. Por otra parte, la vigencia del principio de efectividad a través del *forum domicilii*, también atiende a los intereses del demandado de un segundo modo, desde el punto de vista que allí tiene más posibilidades de realizar una adecuada defensa; mientras que para el demandante, en ese foro no le podrán oponer la indefensión⁶⁹⁹. Son las llamadas localizaciones personales.

En la medida que la jurisdicción está ligada a criterios de justicia, relacionada con atribuciones materialmente orientadas, el criterio localizador está dado por la posibilidad de llegar a la mejor solución, anticipando el resultado. Sin embargo, opina CIURO CALDANI, “el último título

⁶⁹⁷ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 78-79.

⁶⁹⁸ Ya desde la Edad Media se considera que el juez natural de la persona es el de su domicilio. Se trata de resguardar la residencia habitual como centro de vida de una persona. Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 290. Habrá que estar atento a la posible exorbitancia de este foro, dependiendo de qué parte de su patrimonio tenga allí el demandado. Si la propiedad es ínfima o irrelevante en su vinculación con el domicilio u otros contactos del caso, puede no ser efectivo, e incluso abusivo al obligarlo a litigar en un lugar sin relación con el caso. Sin duda es una buena opción si hay patrimonio en el país del juez. Incluso el juez puede negarse a abrir la jurisdicción por este motivo, si hay otro más conveniente. Esta observación deberá ser tenida en cuenta cuando los proveedores son Pymes, y el litigio extraterritorial resulta muy gravoso considerando la escala del comercio.

⁶⁹⁹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 207. CIURO CALDANI, por su parte, indica que este foro permite la mejor posibilidad de ‘decir’, en cuanto se facilita el acceso a las personas vinculadas al caso. *Filosofía de la jurisdicción*, p. 53.

para el otorgamiento de la jurisdicción ha de ser el de la posibilidad de resolver los casos con justicia”⁷⁰⁰.

Los medios que se utilizan para evitar estas limitaciones de la jurisdicción son el auxilio judicial, la recepción y tramitación de documentos extranjeros, el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros. Y, con la finalidad de evitar jurisdicciones inefectivas, debido a decisiones contradictorias, reiterativas o inexistentes, se recurre a la oposición de la litispendencia, al respeto a la cosa juzgada y a la no denegación de justicia⁷⁰¹. Estos últimos son elementos vinculados a las características negativas del antecedente, que en caso de existir impiden su realización. Actúan como “negaciones de la jurisdicción por la jurisdicción”. En un caso por existir un foro actualmente preferido (litispendencia), en otros por existir una jurisdicción anterior que tiene preeminencia (cosa juzgada), o porque se quiere evitar hacia el futuro el fraude jurisdiccional (forum shopping)⁷⁰².

Un modo de fortalecer el principio de efectividad es a través de la aplicación de la teoría del paralelismo como criterio atributivo de jurisdicción. Si el juez que entendió en la causa aplicó su propio derecho, la sentencia será —a primera vista— conforme a derecho, y, desde el punto de vista del contenido, no podrá alegarse violación del orden público internacional. Sí renacería el problema si la sentencia requiriera ser ejecutada en un Estado que sostuviera otros principios fundamentales de su ordenamiento⁷⁰³.

⁷⁰⁰ *Idem*, pp. 53-54.

⁷⁰¹ *Ibidem*.

⁷⁰² *Idem*, p. 59. SOTO, Alfredo, *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2009, pp. 66 y 67.

⁷⁰³ NAJURIETA nos provee de un valioso ejemplo. En las causas referidas a daños por productos defectuosos, en la UE y en distintos Estados no son admitidos los daños cuyo monto excedan lo estrictamente resarcitorio. En esos sistemas este principio integra el orden público internacional. De aquí que una sentencia extranjera que imponga daños punitivos, muy probablemente no será reconocida en el Estado de ejecución, violentando así el principio de efectividad de las decisiones: en este caso, el resarcimiento efectivo a favor del consumidor. Como caso concreto, cita el art. 40 párr. 3 de la reforma de 1999 al sistema alemán de Derecho Internacional Privado. Cfr. NAJURIETA, María Susana, “Una categoría autónoma del derecho internacional privado: responsabilidad frente al consumi-

Las normas de jurisdicción internacional referidas a consumidores, para ser más efectivas, deberían estar contenidas en tratados internacionales que unifiquen las reglas de atribución⁷⁰⁴. Esto facilitará que una jurisdicción no sea claudicante, si se abocó al caso en cumplimiento de sus compromisos internacionales. Por el contrario, incurriría en responsabilidad internacional el Estado requerido que no hiciera efectiva una sentencia emanada de un tribunal requirente, declarado competente por normas convencionales que obligan a ambos⁷⁰⁵.

d) *Principio de independencia jurisdiccional*

Un principio derivado del derecho de gentes es aquel por el cual un Estado se autolimita en su atribución de jurisdicción a los casos ocurridos en su territorio, no interviniendo en las causas ajenas a su soberanía (cfr. *supra* III. B. 2, p. 220)⁷⁰⁶. De esta manera, un juez puede tener jurisdicción exclusiva y excluyente en causas propias; a su vez, será incompetente en causas ajenas. Luego, habrá que determinar cuáles son causas propias y cuáles ajenas, para evitar la denegación internacional de justicia nacionalizando abusivamente los casos⁷⁰⁷. En este sentido, am-

dor perjudicado por defecto del producto”, en *Protección de los consumidores en América*, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (Coord.), La Ley, Asunción, 2007, pp. 259-272, en p. 260. En el mismo sentido, DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 294. Igualmente Jayme, tomando un ejemplo del derecho del Japón, incluso considerando el daño punitivo como contrario a un derecho fundamental. Cfr. JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 53.

⁷⁰⁴ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 80.

⁷⁰⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 26. “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. “Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁷⁰⁶ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 139-141 y 237.

⁷⁰⁷ La invariabilidad del principio es ejemplificada por MANN mediante la hipotética norma sancionada por Gran Bretaña por la cual todas las personas están obligadas a vender whisky a un precio mínimo. Esto se aplicará sin duda a todos los que estén dentro de Gran Bretaña, pero la cuestión será determinar quién está dentro de su territorio, quienes son “todas las personas” y si se aplica a todas las personas del mundo o cier-

plias concepciones de orden público pueden sin duda extender el campo de acción de los tribunales nacionales, pretendiendo arrogarse jurisdicción en mérito de supuestos intereses estatales superiores.

La determinación de estas causas será unilateral, ya que cada país establecerá cuándo son competentes sus propios tribunales y cuándo no, sin que luego se establezca de modo expreso si la jurisdicción corresponde a este o aquel Estado extranjero⁷⁰⁸. Así, por ejemplo, en ausencia de tratado internacional, si el juez argentino se declara incompetente para entender en un caso en el que un consumidor compra en Uruguay un producto fabricado en Brasil, que a su vez le causa un daño en Paraguay, no dirá luego si son competentes los jueces paraguayos, brasileños o uruguayos, porque esto sólo puede ser determinado por la legislación de cada uno de esos países.

De aquí se deriva otra cuestión, y es que para determinar el significado que, siguiendo el ejemplo, el juez argentino deberá dar a 'daños personales', 'contrato de consumo' o 'garantía por defectos', será de acuerdo a su propia legislación atributiva de competencia. Se deberá, entonces, calificar la acción como de incumplimiento contractual, vicios redhibitorios o daños. Del mismo modo deberán interpretarse los conceptos localizadores: lugar de cumplimiento (entrega de la cosa), de fabricación o de acaecimiento del hecho ilícito. Es decir que salvo la existencia de una calificación autárquica, se seguirán las de la *lex fori*.

Por el contrario, si las normas atributivas de jurisdicción forman parte de un Tratado internacional, el carácter de esas normas deja de ser unilateral para ser multilateral⁷⁰⁹. Esta delimitación en el espacio de

tas personas en el mundo fuera de Gran Bretaña. Si un comerciante francés está de viaje por Gran Bretaña, y su empleado de París vende whisky a un precio inferior al mínimo establecido, esto no puede ser una violación de la ley inglesa: claramente es un caso ajeno al gobierno británico. Cfr. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 22. "The formulation 'subject to the jurisdiction' and 'actually within' the State demand a restrictive interpretation so as to exclude the temporary visitor's activity abroad".

⁷⁰⁸ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 277.

⁷⁰⁹ No toda norma de jurisdicción interna es unilateral, porque podrían ser multilaterales si, por ejemplo, indicaran que es competente el juez del lugar de acaecimiento del hecho dañoso. No es lo mismo decir que es competente el juez argentino (unilaterali-

la función jurisdiccional propia se organiza distributivamente entre las distintas competencias soberanas, con la ventaja de evitar los foros exorbitantes. Estamos aquí ante una técnica legislativa semejante a la utilizada por las normas de conflicto multilaterales⁷¹⁰.

De aquí que mientras la jurisdicción estatal unilateral tiende a comprender todos los litigios derivados de relaciones jurídicas internacionales, las normas multilaterales convencionales sólo se refieren a grupos de litigios en razón de la materia regulada; será mandatoria cuando esas relaciones se vinculan con esos sistemas jurídicos, no siendo —en principio— extensible a situaciones que involucran a terceros países. Las normas unilaterales de un país serán, por consiguiente, de orden general, y las multilaterales, *lex specialis*⁷¹¹. En razón de la jerarquía superior de los Tratados, estas normas internacionales tendrán primacía por sobre la jurisdicción unilateral interna.

Respecto de la interpretación de los términos y criterios localizadores de las normas de jurisdicción multilaterales originadas en tratados internacionales, el juez no puede aplicar su propio criterio, sino que deberá buscar un criterio autónomo, para evitar resultados divergentes en su aplicación⁷¹². Esto implica ubicarse en el contexto del convenio internacional que se trate, y de acuerdo a su objeto y finalidad, como indica el

dad), a decir que es competente el juez del domicilio (multilateralidad). Estas últimas atribuyen jurisdicción en abstracto, remiten pero no reservan. Cuando la norma de jurisdicción presenta un punto de contacto, es multilateral. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 59 y ss.

⁷¹⁰ Cfr. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 31. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 278. Por ejemplo, el art. 16 del Reglamento 44/2001 de la UE. "[...] 1. La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor. 2. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor [...]"

⁷¹¹ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 278.

⁷¹² *Idem*, p. 279. Los criterios interpretativos de esos Tratados pueden ser las discusiones preparatorias o la determinación de los principios generales del derecho comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte.

Art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷¹³. De aquí la impropiedad que significa querer aplicar sin más normas internas de jurisdicción que no contemplan la internacionalidad del caso.

El respeto de las otras jurisdicciones estatales dará lugar a la consideración de los puntos de contacto en un nivel de mayor o menor relación, de diferente grado. Así, la nacionalidad, en Derecho Internacional Privado, es una conexión relativamente débil, incluso tratándose de demandados con distinto nivel relativo de negociación, como los consumidores o trabajadores. El domicilio presentará, por lo general mayores facilidades para relacionar el caso con el foro, en cuanto facilita el ejercicio de la soberanía estatal, manifestada en la jurisdicción⁷¹⁴. Pero si el domicilio del proveedor está fuera del alcance de los poderes estatales, o los efectos se producen en otros territorios, los jueces locales tienen poco sustento para ejercer sus potestades. En definitiva, a falta de jurisdicción exclusiva establecida de modo expreso o tácito, la competencia tenderá a fijarse por la naturaleza de la acción⁷¹⁵.

⁷¹³ Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, Art. 31. "Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes". Art. 32. "Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

⁷¹⁴ Cfr. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 25-26. Art. 1 de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

⁷¹⁵ Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 476.

En este sentido, un punto de contacto mínimo con la soberanía estatal puede habilitar la jurisdicción concurrente, lo que tiene relación directa con los efectos extraterritoriales de la potestad legislativa⁷¹⁶. La pregunta que habrá que hacerse, a los fines de la aplicación del principio de independencia jurisdiccional, es si existe la suficiente conexión entre los hechos o el caso con un determinado sistema jurídico llamado a regirlos, y, por otra parte, un particular legislador capacitado para regularlo⁷¹⁷. Uno es el problema del Derecho Internacional Privado y el otro del Derecho Internacional. No deberían ser tenidos en cuenta los meros intereses comerciales, políticos, económicos o sociales, sino las conexiones sustanciales y directas relacionadas con la armonía internacional de soluciones⁷¹⁸.

¿Esto significa que las consideraciones de política estatal protectora de los consumidores, cambiantes de país a país, no podrán ser impuestas en defensa de sus ciudadanos? Se trata de que el ejercicio de esa jurisdicción sea razonable⁷¹⁹. Estos últimos comentarios me llevan a volver sobre la jurisdicción exclusiva, es decir, aquellas situaciones en que un Estado no reconoce otras competencias que la suya. Este fenómeno de excepción no reconoce el criterio de distribución de competencias, sino una única atribución, por lo general valorativamente orientada⁷²⁰.

⁷¹⁶ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 204.

⁷¹⁷ Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 477.

⁷¹⁸ Cfr. MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 28-31.

⁷¹⁹ "The relationship between public and private International law cannot, therefore, be determined by theoretical or verbal disputations or formulations. The problem can be solved only by recognition the pervading influence of public international law, the continuity and steadiness of its development and the slow emergence of rules which define and limit the jurisdiction of competing States not necessarily in a uniform manner, but with a sufficient degree of reliance upon relevant and reasonable contact". MANN, "The Doctrine of International Jurisdiction...", p. 32.

⁷²⁰ La importancia de la valoración en la consideración de la jurisdicción exclusiva del Estado requerido puede apreciarse claramente al evaluar la pertinencia de una medida cautelar. El criterio no es similar al tenido en cuenta para ejecutar una sentencia definitiva. Los valores en juego difieren y por lo tanto la "jurisdicción del propio Estado" sólo será controlada luego, cuando la sentencia definitiva sobre el fondo pretenda ser ejecutoriada. En la solicitud de la cautelar es menos relevante la jurisdicción exclusiva del Estado requerido. Cfr. UZAL, María Elsa, "Los particulares y el acceso a la jurisdicción

Por su propia naturaleza, que no tiene en cuenta el elemento extranjero, este foro está relacionado íntimamente con el derecho aplicable, ya que para que la jurisdicción exclusiva pueda lograr el resultado esperado, requiere la identidad entre *forum* y *ius*⁷²¹. En el caso del consumidor transfronterizo, podría existir un interés estatal en intervenir sobre la relación privada lo suficientemente relevante como para excluir a todo otro tribunal en el discernimiento de ciertas cuestiones. En este sentido, la noción de orden público interno puede ser tenida en cuenta, incluso a través de la existencia de una organización administrativa que determine la existencia o la validez de los derechos de los particulares⁷²².

Por su excepcionalidad, la jurisdicción exclusiva deberá estar determinada expresamente, salvo que esta pueda derivarse directamente del orden público interno, o de la organización social, política y económica del Estado, o de la existencia de normas de policía⁷²³. También

en el marco del Mercosur (Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto y Buenos Aires)", RDCO, 1995-B- 347-362, en 353.

⁷²¹ La determinación de la jurisdicción exige una conexión razonable entre la materia en cuestión y el tribunal, pero para ser 'exclusiva', requiere una condición adicional, con suficiente peso para justificar esa jerarquización, que será la implicancia de la soberanía estatal en relación a la materia que se reserva. Ya no estamos en el ámbito de la proximidad sino en el punto focal de la soberanía. Cfr. HERBERT, Ronald, "El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General de Proceso", en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 239-287, p. 241.

⁷²² El hecho de que una jurisdicción resulte exclusiva no se origina en ninguna consideración de las otras posibles jurisdicciones exclusivas de otros Estados. Tampoco un tribunal local dejará de entender en una causa porque exista jurisdicción exclusiva de otro Estado. *Idem*, p. 242.

⁷²³ "No hay una relación de dependencia entre el orden público y la jurisdicción exclusiva". El orden público internacional actúa como excepción al derecho extranjero aplicable, y no frente a los criterios distributivos de jurisdicción. Distinto es el caso de las normas de aplicación inmediata o de policía, ya que tanto estas como la jurisdicción exclusiva se apoyan en similares consideraciones de políticas estatales, que excluyen o bien la potestad jurisdiccional extranjera o bien las normas sustantivas foráneas. La diferencia fundamental es que la jurisdicción exclusiva se aplica a materias y las normas de policía regulan un sector de la realidad, sin atender a qué materia se refieran. Si bien las relaciones pueden ser importantes, ni los alcances ni los ámbitos se identifican. *Idem*, p. 260. Mientras que un tribunal, al no revisar el fondo del asunto, puede de todas maneras ejecutar una decisión que no tuviera en cuenta nuestras normas de policía—salvo que fuera contraria al orden público internacional (CPCyCN art. 517 inc. 4) —, nunca po-

puede darse el caso de Tratados multilaterales, donde los países, en ejercicio de su soberanía, determinen cuál es el límite de esa potestad, y por tanto reconozcan la competencia excluyente de otros tribunales, a la vez que reclaman el reconocimiento de la propia como exclusiva.

En nuestro caso, si algún aspecto del sistema protectorio del consumidor transfronterizo fuera considerado por un Estado como atinente a una jurisdicción exclusiva, las cuestiones de competencia deberán ser dirimidas atendiendo a esta situación, sin olvidar que serán relativamente pocas y excepcionales, de acuerdo a la doctrina internacionalista de la tolerancia y el respeto por el derecho extranjero y la admisión del ejercicio jurisdiccional por parte de los tribunales de otros Estados⁷²⁴. La excepcionalidad y los presuntos intereses públicos involucrados, implica también que ante estas jurisdicciones no será admisible la litispendencia, la prórroga de jurisdicción y menos aún la excepción del *forum non conveniens*.

Toda vez que un foro exclusivo y excluyente sea puesto en tela de juicio, la cuestión la resolverá el tribunal que detente esta condición y de acuerdo a su propio derecho. También se deberá tener en cuenta que el foro exclusivo no debe convertirse en un fuero de atracción⁷²⁵.

En definitiva, el principio de tolerancia tiene como límite el no permitir que la jurisdicción extranjera invada la propia. Si la jurisdicción es prorrogable a favor de jueces extranjeros, la independencia está salvaguardada. Del mismo modo ocurre cuando la ley establece una jurisdicción concurrente, aunque no se trate de la misma jurisdicción estatal a favor de la cual se concedió esa concurrencia, ya que si se permite la intervención de jueces de un Estado extranjero, lo mismo se puede permitir de otros. Tampoco se afecta el principio de independencia cuando la legislación establece una jurisdicción exclusiva, pero fundada en el or-

dría reconocer la sentencia dictada en infracción a la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales (CPCyCN art. 517 inc. 1).

⁷²⁴ *Idem*, p. 240.

⁷²⁵ *Idem*, p. 249.

den público interno y no en el internacional⁷²⁶. De esta manera, por ejemplo, si los tribunales nacionales del domicilio del consumidor serán los únicos competentes en la esfera interna, eso no significa que en casos multinacionales se deba seguir esa regla.

e) *Principio de interdependencia jurisdiccional*

Los Estados, cuando conceden efectos extraterritoriales a las sentencias extranjeras, admitiendo que jueces foráneos puedan actuar *iure imperii* en causas también vinculadas al Estado que reconoce aquellas sentencias, están otorgando validez y ejecutoriedad a esas decisiones⁷²⁷. De esa manera, reconocen la coexistencia de soberanías y su necesaria coordinación a los fines de lograr la vigencia del valor justicia⁷²⁸. Esta aceptación de las decisiones extranjeras no las puede admitir el juez local por sí mismo, ni las oficinas administrativas ejecutar decisiones foráneas. La autorización —considerada como resignación de soberanía aunque sólo se trate de cooperación internacional—, debe ser prevista legislativamente o a través de la aplicación de un tratado internacional⁷²⁹. El asunto puede verse de dos formas, complementarias. Un Esta-

⁷²⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta”, p. 963.

⁷²⁷ En Estados Unidos el problema se plantea de modo interestadual y es resuelto en la Constitución a través de la denominada “Full faith and Credit Clause”. Se requiere preservar la coherencia en la estructura federal del país, de tal manera que los actos jurídicos de un estado sean válidos en los demás. El art. IV Section I reza: “*Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.*” Para ver el impacto que esto tiene en el régimen de Derecho Internacional Privado, cfr. HERZOG, “Constitutional limits on choice of law”, p. 273 y ss. La actuación conjunta de la *due process clause* y la *full faith and credit clause*, lleva a que la primera limita a los Estados para que no asuman jurisdicción indebidamente, de modo exorbitante; la segunda, a abrir la jurisdicción sin discriminación. Puede ser tan grave no asumir jurisdicción como asumirla en exceso. *Idem.*, p. 281.

⁷²⁸ STRENGER finca este principio en la reciprocidad entre los Estados. Cfr. STRENGER, “Extraterritorialidade do direito processual”, p. 473.

⁷²⁹ Cfr. MANN, “The Doctrine of International Jurisdiction...”, p. 42.

do pretende que sus decisiones sean admitidas o ejecutadas en el extranjero, y a su vez acepta las decisiones de otros Estados soberanos. Esta es la llamada jurisdicción 'indirecta' o *enforcement jurisdiction*.

Un primer punto a considerar es la capacidad que tiene un Estado de ejercer jurisdicción extraterritorial en temas en los que no puede legislar⁷³⁰. Así, Argentina no puede establecer por su propia legislación que un proveedor español en España se haga cargo de los gastos de transporte en caso de que deba reparar un bien de consumo durable, vendido en España y trasladado por el consumidor a nuestro país, aunque sí lo puede hacer respecto de los proveedores argentinos (Art. 11 LDC). Por tanto, mal podría ejercer jurisdicción y luego solicitar el cumplimiento de la sentencia en España, condenando al proveedor allí domiciliado y por hechos allí ocurridos.

En segundo lugar, el hecho de que un país pueda regular ciertos aspectos, no implica necesariamente que pueda ejercer jurisdicción relativa al cumplimiento de sus disposiciones⁷³¹. Para esto debería darse el caso que el país donde se pretenda hacer valer la potestad condenatoria haya determinado que esa parte de la realidad pudiera estar sometida al derecho de quien simultáneamente ha juzgado el caso, o de un tercer Estado con similar potestad legislativa. Así, si un país puede determinar que un fabricante extranjero es responsable frente a los consumidores locales por los defectos de fabricación (Art. 40 LDC), esto no significa que la sentencia condenatoria, por sí misma, deba ser admitida por el tribunal del domicilio del fabricante.

En tercer lugar, el hecho de que un Estado pueda ejecutar sus decisiones en su propio territorio, no significa que necesariamente tenga capacidad para legislar en esos asuntos, y por tanto esa jurisdicción podrá no ser admitida por terceros Estados. Por ejemplo, Argentina puede

⁷³⁰ *Idem*, p. 34. Esto es especialmente así en lo que se refiere a materias como impuestos, derecho penal, defensa de la competencia, cuestiones aduaneras, medidas sanitarias, etc. En definitiva, lo que se denomina "orden social", o políticas públicas relevantes. *Ídem*, p. 44.

⁷³¹ *Idem*, p. 34-35. En posición contraria, en cuanto la potestad legislativa tiene la misma medida que la jurisdiccional, este autor cita al Prof. BROWNIE, *Principles...*, p. 309.

aplicar multas a los proveedores de servicios de Internet por no colocar el domicilio real en sus sitios, al ser insuficiente la dirección postal o el URL (Art. 33 LDC); esto no implica que luego pueda hacer efectivas las sanciones administrativas sobre los proveedores de servicios domiciliados en el extranjero.

De nuevo debe prestarse atención a la distinción entre la denominada competencia exclusiva y la concurrente. En ciertos supuestos un Estado considera que ciertos casos o grupos de casos estarán sometidos sólo a sus tribunales. Adicionalmente, podrá disponer que también entenderán los tribunales extranjeros, lo que puede deberse tanto a la materia como a la estrecha relación del litigio con el propio ordenamiento. De modo derivado pero concomitante, dados los supuestos de la jurisdicción exclusiva, un Estado no reconocerá las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros que actuaron en base a un criterio distinto o si las partes se sometieron voluntariamente a otro tribunal⁷³².

Es inevitable que exista cierto “desorden” de las competencias, por cuanto los casos son más extensos que el ámbito jurisdiccional, lo que se soluciona mediante la cooperación procesal. Además, pero de modo fundamental, ese desorden, para no caer en arbitrariedad, requiere el reconocimiento de unos tribunales hacia otros, para que puedan realizarse en definitiva los repartos previstos. Desde este punto de vista, en el plano internacional, toda jurisdicción que se ejerce en otro orden de repartos es dependiente de él⁷³³.

Como vimos al tratar el principio de efectividad de las decisiones, la jurisdicción requiere en muchos casos la cooperación internacional, a fin de no ser claudicante, es decir, inefectiva⁷³⁴. En este sentido, resulta adecuada la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII, al ligar los criterios de atribución con la cooperación judicial internacional de tercer grado:

“Art. 12. Jurisdicción internacional indirecta. El requisito de la jurisdicción internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias se

⁷³² Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 282.

⁷³³ Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, pp. 36 y 40.

⁷³⁴ *Idem*, p. 64.

considerará satisfecho, si la sentencia o decisión emana de un tribunal con jurisdicción internacional conforme a las reglas consagradas por esta Convención”.

Como consecuencia de la interdependencia jurisdiccional, también se deberá atender a la existencia de litispendencia, cuando un tribunal extranjero competente ya está entendiendo en la causa. En el mismo sentido, será relevante considerar que puede existir un tribunal donde es más fácil hacer justicia, o que tiene mayor proximidad con el caso: estamos ahí ante la posibilidad de la declaración del *forum non conveniens*.

f) *Lex fori regit processum*

De acuerdo al principio *lex fori regit processum*, los aspectos procedimentales del litigio son regulados por el derecho del Estado a que pertenecen los tribunales ante los cuales se tramita el proceso⁷³⁵. Este es un principio internacional generalmente admitido por las naciones civilizadas, ya que se deriva de la soberanía estatal; su fuente puede encontrarse en la costumbre internacional⁷³⁶. En su más básica expresión, el acto procesal extranjero se regirá por la ley foránea, y el argentino por la ley local. Esto significa que la legalidad del acto se establecerá de acuerdo a una ley distinta a la del tribunal que entiende en la causa; concomitantemente, la eficacia del acto procesal realizado en el extranjero se regirá por la ley del foro en que se desarrolla el proceso⁷³⁷.

Las formas procesales son sustituibles, en gran medida porque se trata de concreciones de los principios del debido proceso, y es la forma

⁷³⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 429.

⁷³⁶ Cfr. STRENGER, “Extraterritorialidade do direito processual”, pp. 471 y 480, donde distingue la generalidad del principio de las excepciones derivadas de cuestiones sustanciales que surgen en su aplicación. FEULLADE, “La ley que rige el proceso...”, p. 965. Cfr. art. 1 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940: “Los juicios y sus incidencias, cualquiera sea la naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimiento del Estado en donde se promuevan”. En sentido similar el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889.

⁷³⁷ Cfr. FEULLADE, Milton C., “La prueba en el proceso con elementos extranjeros”, LL 2009-A, 1197-1214, en 1197.

en que un Estado ha organizado su obligación de hacer justicia. Pero en el plano internacional pueden generarse conflictos, por ejemplo, entre las leyes del juez exhortante y del requerido: qué trámites son regidos por una y otra⁷³⁸. La pertinencia de este principio en relación a nuestro tema es evidente. Cuando se trata de proteger a la parte débil, las normas procesales son muy relevantes, tanto como la determinación del juez competente, incluso pudiendo ser decisivas a la hora de efectuar esa elección. Un foro, aún cuando su atribución sea indudable, puede resultar gravoso en cuanto a las condiciones de ejercicio de los derechos. Los aspectos referidos a la admisión o sustanciación de pruebas, el plazo para interponer un recurso, la representación y sus modos válidos, si existe una vía administrativa previa, o que se permita diligenciar la prueba *inaudita parte*, etc., pueden ser claves del éxito o fracaso de la pretensión⁷³⁹.

⁷³⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 189. Allí trae a colación el art. 13 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, por el cual los exhortos se diligencian de acuerdo a las leyes del Estado donde se pide la ejecución, pero en el caso de embargos, la procedencia de la medida se rige por las leyes y jueces del lugar del proceso donde se decretó la medida. Cfr. también el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, CIDIP II, Montevideo, 1979. En igual sentido el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, que en su art. 4 establece que le incumbe al tribunal requerido adoptar las procedencias necesarias para la efectivización de una medida cautelar, conforme a la ley del lugar donde están situados los bienes o residen las personas objeto de la medida. Esto, aún cuando la admisibilidad de la medida cautelar se rige por las leyes del Estado requirente y debe ser resuelta por los jueces o tribunales de ese país (art. 5).

⁷³⁹ Cfr. FEUILLADE, "La prueba en el proceso con elementos extranjeros", p. 1199. El autor hace referencia a la ligazón entre las garantías procesales de las partes con el principio del debido proceso y la garantía de defensa en juicio. Así, por ejemplo, atendiendo al principio de preclusión de la prueba, puede darse el caso de un acto procesal que tiene un plazo de realización; el hecho de que debe ejecutarse en el extranjero no modifica ese plazo, con las dificultades que esto conlleva, salvo que la ley procesal diga lo contrario. Vencido el plazo sin que se realice la prueba, precluye la posibilidad de realizarlo eficazmente, sin que se suspenda el proceso. Tratándose de conflictos con consumidores, muchos de baja cuantía, esto es un elemento claramente distorsionante, pudiendo perjudicar al consumidor, pero también al proveedor que, en caso de tener que probar los hechos o actos jurídicos liberatorios, y siendo un juicio que no tramita en su domicilio, estará acuciado por esos términos.

La primera determinación de la *lex fori* es si considera el caso como relativo a una cuestión internacional, reconociendo el elemento extranjero y, por tanto, si el procedimiento estará o no afectado por el carácter internacional del litigio, pudiendo, incluso, rechazarse la demanda por estos motivos⁷⁴⁰.

También son relevantes las presunciones a considerar: las *iuris et de iure* se rigen por el mismo derecho que rige la relación jurídica, es decir el derecho aplicable a la cuestión principal, pero las *iuris tantum*, por la *lex fori*, por cuanto constituyen elementos personales del juez sobre los cuales se apoya su convicción⁷⁴¹. Así, cabe preguntarse si el principio *in dubio pro consumptore* también se aplica a la prueba de los hechos, ante la duda de que hayan sido o no demostrados. Creo que se debe responder en el sentido de que el juez del foro aplicará este último principio de acuerdo a la extensión que se le atribuye en su sistema jurídico, y podrá descartar o aceptar determinadas probanzas.

Entiendo que el *favor debilis* es un principio esencialmente sustancial, que trata de equilibrar la relación jurídica, pero que igualmente tiene injerencia en aspectos jurisdiccionales y procesales. En este último punto, por ejemplo, cuando esté en juego la calificación de una cuestión como procesal o sustancial, y el resultado de una u otra elección tuviera consecuencias sobre las pretensiones del consumidor, el juez resolverá de acuerdo a la *lex fori*⁷⁴². En el caso de que la prueba del contrato sea considerada un aspecto material, y por tanto aplicable la *lex causae*, y a consecuencia de esto el consumidor no pudiera cumplir con los recaudos de la ley del contrato, el magistrado podría calificar la cuestión como procesal, y habilitar la sustanciación de la prueba. Por ejemplo, una cláusula contractual puede establecer la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y ser válida de acuerdo a la *lex con-*

⁷⁴⁰ Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", pp. 482 y 483.

⁷⁴¹ Cfr. FEUILLADE, "La prueba en el proceso con elementos extranjeros", p. 1201.

⁷⁴² Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 481: "Em certos casos, pode-se inquirir se uma regra particular da *lex fori* é una de fundo ou de processo. Esta questao, naturalmente, deve ser resolvida pela própria *lex fori*". De modo general para este punto, cfr. FEUILLADE, "La ley que rige el proceso...", p. 971.

tractus (no es el caso del derecho argentino, que la prohíbe por el art. 37 LDC). Sin embargo, atendiendo a la teoría de la carga dinámica de la prueba, el juez puede calificar la cuestión como procesal, no hacer caso de la cláusula y poner la obligación de la probanza en cabeza de quien está en mejores condiciones de producirla. Esto puede ser muy importante, por ejemplo, en contratos celebrados por medios electrónicos. También la solución puede resultar distinta si el juez del foro califica la cuestión como vicios redhibitorios o como incumplimiento contractual, por los distintos plazos de prescripción.

Por este motivo no es extraño que distintas convenciones internacionales y tantos autores promuevan el *forum domicilii* del consumidor como el más apropiado para custodiar sus intereses. De todos modos, es justo considerar que para el proveedor extranjero conminado a ejercer su defensa ante jueces foráneos, la situación puede ser doblemente gravosa, si a la distancia se agregan las formas de procedimiento ya favorables al consumidor, como plazos más abreviados o la carga probatoria en cabeza del profesional⁷⁴³. Lo que resulta razonable en el orden interno, puede no serlo en situaciones internacionales. Sin un grado mínimo de flexibilidad, la aplicación del principio *lex fori regit processum* puede ser un obstáculo para hacer justicia⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Cfr. art. 53 de la LDC. "Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, *a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado*. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". El destacado me pertenece, y tal vez el carácter transnacional del proceso sea un motivo suficiente para ordinarizar el procedimiento.

⁷⁴⁴ Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 488.

g) El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado

En este acápite analizaremos en particular la existencia y conformación del principio *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado, y luego su consideración en el ámbito protectorio del consumidor transfronterizo.

LORENZETTI considera que el principio protectorio no ha sido todavía receptado en el Derecho Internacional Privado, y ante su ausencia, recurre a tres distintas fuentes para considerar que las relaciones de consumo transfronterizas también están bajo su órbita. Por una parte, por ser un principio reconocido en los Tratados de Derechos Humanos; en segundo lugar, por la obligatoriedad de aplicar el orden público nacional a toda relación de consumo; y, finalmente, por tratarse de un principio constitucional⁷⁴⁵. Ya me referí al primer tema y limité la amplitud del concepto y su virtualidad jurídica (ver III. B. 4, p. 235). El tercero, el principio constitucional y el derecho fundamental que de allí emana, será profundizado más adelante (ver CAPÍTULO IV, p. 325 y ss.)

Asimismo, este autor considera que debido a que la protección del consumidor es parte del modo de vivir de una comunidad, los efectos de ese orden público siempre deben ser aplicados, y trae a colación los arts. 1209 y 1206 del CC. La primera de las normas considera la aplicación del orden público a los contratos celebrados en el país y la segunda a los contratos celebrados en el extranjero. En este último caso, se rigen por el lugar de celebración, y serán válidos en el Estado salvo que contraríen la moral o su reconocimiento resultase “injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o sus habitantes” (Art. 1206 CC)⁷⁴⁶.

Estas apreciaciones requieren ser matizadas. Por una parte, porque se refieren al orden público en relación al derecho aplicable, y no necesariamente será considerado de modo similar en su relación a la jurisdicción competente. Por otra parte, en relación a la jurisdicción contrac-

⁷⁴⁵ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 34.

⁷⁴⁶ *Idem*, p. 35.

tual, las normas relevantes son los arts. 1215 y 1216 del mismo CC. Además, no distingue entre los conceptos de “orden público interno” y “orden público internacional” (trataré esto con más profundidad *infra*, IV. A. 7).

LIMA MARQUES advierte del riesgo que significa aplicar indiscriminadamente el sistema protectorio nacional como normas del orden público internacional, y por tanto establecer como aplicable de modo unidireccional el derecho del domicilio del consumidor (plantea el caso de la oferta hecha en Brasil). Considera que es un esfuerzo loable para proteger mejor a la parte débil, pero que esto trae aparejado serias perturbaciones en el sistema de Derecho Internacional Privado. El resultado sería que cualquier ley extranjera indicada aplicable a una cuestión de consumo pasaría a ofender el orden público internacional del derecho domiciliario del consumidor, simplemente por traer una solución diferente (en este caso, a lo previsto por el CDC de Brasil)⁷⁴⁷. El orden público internacional siempre es una excepción al sistema, aplicándose la *lex fori* ante un resultado concreto de la ley extranjera que ofende los pilares y valores básicos del ordenamiento jurídico propio. Esto sólo sería posible en el caso de considerarse que algunas soluciones materiales del sistema protectorio sostienen derechos fundamentales⁷⁴⁸.

Ahora bien, ¿cómo resulta operativo el *favor debilis* en Derecho Internacional Privado? Recordemos que este principio implica la aplicación de un sistema protectorio a una categoría de sujetos de quienes se predica una característica general de debilidad. No se trataría, en este caso, de la regla *contra proferentem*, operativa cuando se cuestionan

⁷⁴⁷ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 149.

⁷⁴⁸ LIMA MARQUES considera que el Derecho Internacional Privado brasileño actualizó sus principios, al haberse reconocido la protección del consumidor como derecho humano fundamental por la Constitución Federal de 1988, Art. 5º, XXXII. Al tratarse de legislación de origen constitucional (Art. 48 ADTC) es bien posible que estas normas sean consideradas imperativas, o de orden público internacional o leyes de aplicación inmediata. Pero reconoce que las distintas calificaciones no son intercambiables ni tienen los mismos efectos y por lo tanto no pueden utilizarse de modo indiscriminado. Mientras las normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por las partes, el orden público internacional requiere que la norma contraria sea derogada. Por su parte, las normas de policía son de aplicación directa. Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 140.

términos de dudosa interpretación en un contrato, al igual que en el derecho interno. Este último, de honda raigambre en el comercio internacional, es un supuesto de protección de la buena fe como principio general del derecho, distinto al *favor debilis*, que aunque también podría ser general, determina una segregación sectorial de determinados sujetos. De todos modos, se puede advertir un sustancialismo o “materialismo” cada vez mayor, en principio extraño al ámbito comercial internacional⁷⁴⁹. Estamos ante una generalización del *favor negotii*, el *favor filiationis*, el *favor filii*, el *favor adoptionis*, el *favor operarii*⁷⁵⁰.

Este último, el *favor operarii*, resulta para nosotros de particular interés. Tanto en la legislación internacional como en la doctrina comparada, se suele considerar de modo paralelo al *pro consumptore*, lo cual es muy razonable atendiendo a los análogos fundamentos que los inspira⁷⁵¹. Así lo prevé la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York de 1958. También el Protocolo de Buenos Aires, excluye de su ámbito de aplicación, tanto a los contratos con consumidores como a los laborales (Art. 2 inc. 5 y 6). En igual sentido el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de La Haya de 2005 (Art. 2, 1. a) y b)). Otro tanto sucede con el Art. 6 del Reglamento Roma I, que excluye del principio general sobre la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos con consumidores, con fundamento en cuestiones de política pública: serán siempre aplicables las normas imperativas del Estado donde el consumidor reside. Las razones de política pública, al igual que en los contratos de trabajo, están

⁷⁴⁹ En este sentido, y como ejemplo de la “antigüedad” de la aplicación del principio, es interesante considerar el art. 13 del Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre, que autoriza al asegurado a demandar en su propio domicilio a la aseguradora. Con esto se intenta equilibrar la desproporción entre asegurador y asegurado, por lo general más débil. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 412.

⁷⁵⁰ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, Presentación, p. XII. “Se hecha de ver una tendencia general a proteger la validez de ciertos actos y a proteger ciertas personas débiles, por ejemplo los menores, los consumidores, los adultos indefensos, los trabajadores (...). El derecho de todo el mundo buscará siempre la protección del indefenso. (...) Estas valoraciones son tenidas en cuenta luego para afinar las soluciones materiales de derecho internacional privado”.

⁷⁵¹ BOGGIANO, “International Standard Contracts...”, p. 59.

dadas por la necesidad de proteger a quién está en una posición más débil de negociación⁷⁵².

La protección de la parte débil consiste primeramente, tanto si se trata de derecho material como Derecho Internacional Privado, en una restricción a la libertad de la parte más fuerte para determinar la reglamentación del vínculo contractual, en la medida necesaria para compensar el desequilibrio existente entre las partes y para evitar que una de ellas pueda prevalecer para oprimir a la otra⁷⁵³. Pero nada impide que el principio *favor debilis* se inserte en un régimen general de contratos como excepción, de tal manera que algunos criterios flexibles indiquen a las partes, organizaciones de empresarios, sistemas de arbitraje, y, eventualmente a los poderes judiciales estatales, cuáles son los ajustes correspondientes en un área de negocios determinada, o en el caso particular. Por el contrario, es función esencial de los principios medir y juzgar la validez de las formalizaciones de normas individuales, esto es, las sentencias y los actos jurídicos, aunque esto pueda ser sospechoso de inseguridad jurídica⁷⁵⁴.

Esta última tendencia se concreta en considerar que la autonomía de la voluntad puede ser un camino para lograr mejores soluciones que las sustantivas. Si una parte del contrato es “típicamente débil”, no cabe excluir la autonomía apriorísticamente, porque la parte fuerte puede utilizar ese medio para mejorar la posición del consumidor. En palabras de BOGGIANO,

“Sujeta a ciertos límites mínimos de protección, v.gr., los que brinda el derecho del comprador o del vendedor, es posible que la autonomía de

⁷⁵² Cfr. MORSE, C.G.J., “Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, January 1992, p. 1. En el mismo sentido, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 209-217, en 213-214. Este autor menciona distintos textos convencionales que establecen la jurisdicción favorable al consumidor.

⁷⁵³ Cfr. POCAR, “La protection...”, p. 362.

⁷⁵⁴ Cfr. SOTO, Derecho Internacional Privado, p. 117.

las partes cumpla también una finalidad de elevar los niveles de equidad en la protección de la parte típicamente más débil. Ello significa que la autonomía de las partes puede ser instrumento para alcanzar 'soluciones materialmente más justas' que las que se podría alcanzar por aplicación de los derechos indicados por la normas de conflicto, con prescindencia de la elección de otro derecho por las partes"⁷⁵⁵.

Interesa ver ahora si estos principios tienen alguna particular aplicación en el comercio internacional en el que participan consumidores, ya que no pueden estar ausentes. LORENZETTI se pregunta si el principio protectorio del derecho del consumidor se aplica en el mundo de las relaciones internacionales de derecho privado⁷⁵⁶. No nos cabe duda de la respuesta afirmativa. Ahora bien, como toda aplicación de principios, esto puede hacerse al momento de establecer normas internacionales, como tratados o convenciones binacionales o multilaterales, o en disposiciones comunitarias. También puede tratarse de normas internas de un país, y a su vez estas normas pueden ser generales o particulares de un área del comercio. En cada caso su virtualidad será diferente. Los principios también podrán ser operativos al momento de resolverse un conflicto, tanto por tribunales nacionales como supranacionales o arbitrales.

El derecho comparado brinda algunos supuestos en donde queda manifiesto el impacto del *favor debilis* en Derecho Internacional Privado. Ya mencioné el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Si bien el ámbito de aplicación es propio del derecho comunitario, la referencia es útil. Allí el principio general es la libre elección del derecho aplicable (art. 3), incluso por encima del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos (art. 4 apartados 3 y 4). Ambos son limitados por el principio protectorio (art. 6, apartados 1 y 2)⁷⁵⁷. Por mi parte, agregaría que el principio de proximidad no queda

⁷⁵⁵ BOGGIANO, La Conferencia de La Haya..., pp. 37-38.

⁷⁵⁶ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 34.

⁷⁵⁷ DOLINGER hace referencia a esta misma jerarquía durante la anterior vigencia del Convenio de Roma, que reemplazó al actual Reglamento. Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 359. Incluso, indica que el principio protectorio es una manifestación del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos. Si una de las partes es protegi-

eliminado por el protectorio, ya que éste será aplicable en la medida en que el proveedor ejerza o dirija sus actividades en o hacia el país del domicilio del consumidor. No es una protección desmedida, sino armonizada por la proximidad. A su vez, y ya pensando en la segunda parte de esta tesis, la misma jerarquía y armonización de principios se aplica sin dudas a la relación del caso con el foro, a la manera de una cierta proximidad o vínculos procesales más estrechos.

h) El favor debilis como principio del proceso civil transnacional

El principio *favor debilis* también tiene injerencia —como no puede ser de otra manera—, en los conflictos de jurisdicciones⁷⁵⁸. Supongamos una cláusula de elección de foro en un contrato internacional de consumo, impuesta por el proveedor de un sitio Web, admisible en el país de origen de las mercaderías o los servicios. Así y todo, habrá que tener en cuenta la validez del pacto en el domicilio del consumidor, ya que si de acuerdo a este sistema jurídico se establece que afecta la autonomía de la voluntad o fue impuesta abusivamente, o bien que en su ejercicio se deja indefenso al consumidor, el intérprete podría determinar, median-do la aplicación del *favor debilis*, que se conculca la garantía del debido proceso. Entonces el juez abrirá el *forum actoris* para no dejar en la indefensión al consumidor transfronterizo, aún cuando no existiera una convención internacional que lo hubiera legislado expresamente⁷⁵⁹.

da por su debilidad, esta razón es la que justifica que se aplique el derecho cercano a esa parte. Incluye aquí el *favor infans* para proteger a los menores, o el *favor laesi* en caso de daños, entre otros. “*If so, the protective principle is a factor that reveals the actual proximity of a situation or relationship to a certain law, forming an even stronger connection*”. *Ibidem*, p. 358.

⁷⁵⁸ De modo general para este punto, cfr. LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...”, pp. 261-293. En el orden interno podemos encontrar una manifestación de la aplicación del *favor debilis* en la órbita procesal en el art. 53 de la LDC, referido a la carga probatoria dinámica: “los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.”

⁷⁵⁹ Cfr. SCHÖTZ, Gustavo J., “El consumidor en Internet”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

Un ejemplo de la influencia del *favor debilis* en los procesos arbitrales, aunque se refiere a normativa comunitaria, son las disposiciones existentes en la UE. En las recomendaciones 98/257/EC, de 30 de Marzo de 1998 y 201/310/EC, de 4 de Abril de 2001, La Comisión estableció especiales disposiciones aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, en cuanto a procedimientos que garanticen la imparcialidad e independencia del órgano, la seguridad y la eficacia del procedimiento, la publicidad y la transparencia de la actuación, la libertad y audiencia de las partes, o el carácter gratuito o costo moderado del procedimiento⁷⁶⁰.

Otra situación similar se presenta en el sistema arbitral *online* de consumo, donde se admite de modo general y como manifestación de la equidad, que las partes tienen el derecho a no aceptar o a abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir al sistema judicial. Así, por ejemplo, tratándose de una contratación comercial electrónica el consumidor tiene el derecho a decidir si acepta la propuesta que se le presenta para resolver el litigio, para lo cual deberá ser informado en forma clara y en lenguaje comprensible del contenido de la posible solución⁷⁶¹.

Finalmente, el principio protectorio también aparece con claridad en el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial. Los criterios generales de la elección del tribunal (art. 23) y del domicilio del demandado (art. 2), son mitigadas en caso de que tratarse de un contrato de consumo (arts. 15 a 17).

En definitiva, la aplicación del principio será una herramienta útil en manos del intérprete para elaborar las soluciones. En algún caso, será el argumento para evitar el *forum shopping* que perjudique al consumidor; en otro, será la puerta del *forum necessitatis* o del *forum non con-*

⁷⁶⁰ Cfr FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, "El Arbitraje Online en el Comercio Internacional", ponencia en el Comité XVIII, Derecho arbitral internacional, de la XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados, IABA E-Law Review Nro. 1/2005, Nro. 2.8, disponible en <http://www.iaba.org> última visualización 20 de abril de 2008.

⁷⁶¹ *Idem*, Nro. 2.8, h)

veniens. Se trata de poner en práctica el razonamiento principialista desarrollado hasta ahora.

III. D. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL COMERCIO

En este acápite analizaré qué relación puede existir entre el derecho propio de los empresarios internacionales y nuestro sistema protectorio del consumidor transfronterizo “en construcción”. El fenómeno de la globalización se presenta con especial fuerza en el comercio internacional, lo que implica que el mundo es tratado como un único mercado en el cual los operadores actúan sin las limitaciones impuestas por las fronteras nacionales⁷⁶². Los mercados locales se integran en un mercado mundial, que abarca a todos los países y todas las mercancías, aunque, de hecho, en mayor o menor grado, la globalización sea parcial o incompleta⁷⁶³. Esto requiere limitar la injerencia de los derechos estatales, liberar los mercados de regulaciones y facilitar lo más posible los intercambios, para lo cual es necesario que los sistemas jurídicos nacionales ofrezcan la mínima o nula posibilidad de interferencia⁷⁶⁴.

⁷⁶² Cfr. de modo general, BERGER, «The Concept of “Creeping Codification”...». Para los adalides del *International commercial law*, en el largo plazo será posible contar con un Código de Comercio Global, tarea a la que ya está abocada la UNCITRAL. Si tenemos un único mercado, hace falta un único derecho. Cfr. LANDO, “Principles of European Contract Law...”, p. 13.

⁷⁶³ Cfr. RIVERA, Julio César, “Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales”, La Ley 2005-F, pp. 1005-1026, en 1007. Anota BOGGIANO que aún cuando los negocios del comercio internacional se deslocalicen cada vez más, aún será necesario la previsión de métodos de solución de controversias, conectados a una o más jurisdicciones estatales. *Derecho Internacional Privado*, Presentación de la 4ª Edición, 2000.

⁷⁶⁴ Cfr. RIVERA, “Globalización y derecho...”, p. 1008. En principio, salvo que se diga otra cosa, quedará fuera de este análisis el sistema jurídico del comercio entre los Estados que forman parte de un proceso de integración, y que consideramos no debería ser tratado con el mismo status que la *lex mercatoria*, aunque muchos elementos de ambos converjan. Así, por ejemplo, es como se diferencian entre sí los principios Unidroit y los de la UE. La estructura económica y social sobre las que se asienta, por un lado la sociedad global, y las economías integradas, son diferentes. El derecho comunitario de los espacios integrados procura fijar reglas uniformes, más intervencionistas que la *lex mercatoria*; en esta última la seguridad jurídica se identifica con la libertad, mientras que en el

La cuestión que intentaré dilucidar aquí es si la protección internacional del consumidor es un aspecto especial del comercio internacional, y por lo tanto podría quedar alcanzada —al menos parcialmente— por la *lex mercatoria*, o bien, debido a la fuerte injerencia del derecho interno, requiere una regulación interestatal propia, al margen del tradicional estudio del derecho comercial internacional. Trataré ahora la interrelación de este sistema jurídico con el del consumidor transfronterizo objeto de esta tesis.

III. D. 1. La *lex mercatoria* y sus fines y principios

El comercio internacional de la sociedad global tiene un derecho propio: la llamada *lex mercatoria*. Este es el derecho creado por los comerciantes, sin intervención de los poderes de los Estados⁷⁶⁵. Está conformado por normas de distinto tipo, que tienden a regular de modo uniforme las relaciones comerciales de los mercados globales, sin consi-

derecho comunitario se interviene para lograr igualdad de condiciones macro económicas, circulación de personas, etc.

⁷⁶⁵ Se trata del conjunto de usos del comercio internacional elevado al rango de sistema. Se puede distinguir entre costumbre comercial y uso comercial, de acuerdo a su distinta formalización. Las costumbres por lo general son formuladas por un organismo internacional, ya sea de naturaleza pública o privada. Mientras que los usos no han sido formalizados y su admisión es por propia autoridad, ante el uso repetido por parte de los operadores. En opinión de Berthold GOLDMAN, uno de los precursores de la *nova lex mercatoria*, también se la puede considerar un derecho sustantivo o de fondo aplicable a una relación internacional sin pasar por el filtro del método conflictual. Son todas las reglas que gobiernan las relaciones económicas interestatales: Convenios, leyes uniformes, sentencias arbitrales, etc. Cfr. BOUTIN, Gilberto, “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho Internacional Privado panameño”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 287-300, en 288. También MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional”, en FERNÁNDEZ ARROYO, y MORENO RODRÍGUEZ, (Coord.), *Protección de los Consumidores en América*, pp. 133-137. Cfr. también REICH, “Transnational Consumer Law...”, pp. 862-863.

derar las fronteras físicas ni políticas, ni los distintos sistemas jurídicos y económicos⁷⁶⁶.

Los nervios motores de este *jus mercatorum* son la compraventa internacional de mercaderías, los usos y costumbres de la contratación internacional y el arbitraje comercial internacional⁷⁶⁷. Su característica principal es el universalismo, tanto para la interpretación como para la aplicación del derecho; esto aún cuando los Estados, a fin de que no se genere un derecho al margen de las soberanías estatales, intentan unificar o uniformar normas y principios de diversos niveles normativos y sistemas jurídicos superpuestos. Así, suelen asumir el compromiso de adaptar sus regulaciones internas con el objetivo de lograr una mayor seguridad jurídica⁷⁶⁸.

Como resultado, existen legislaciones, como el Art. 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, que otorga al juez amplias facultades para orientar materialmente la elección del derecho, incluso remitiendo de modo expreso a la *lex mercatoria*, como reconocimiento de la validez de la costumbre internacional⁷⁶⁹. Se acude a 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 concreto⁷⁷⁰. En el mismo sentido se expresa el Art. 50 del Proyecto uru-

⁷⁶⁶ Cfr. RIVERA, "Globalización y derecho...", p. 1012. VISCHER, "General Course on Private International Law", pp. 134-135.

⁷⁶⁷ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional...", p. 220.

⁷⁶⁸ Sin embargo, la *lex mercatoria*, en cuanto conjunto de normas consuetudinarias, se incorporan generalmente al derecho interno sin necesidad de ningún acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Cfr. PALLARÉS, "Interrogantes...", p. 710

⁷⁶⁹ Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Artículo 31. "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, 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".

⁷⁷⁰ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional...", p. 230, en nota 37. En Venezuela la *lex mercatoria* es considerada una fuente del derecho internacional privado. Tiene carácter internacional, puede nutrirse de soluciones del ámbito interno, pero su naturaleza y sentido lo adquiere del ámbito internacional. De esta manera, la *lex mercatoria* es fuente internacional del derecho internacional privado en general y del derecho comercial internacional en especial".

guayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, “[S]e aplicarán cuando corresponda los usos, prácticas y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales”⁷⁷¹. Otro ejemplo es el Art. 7 del Código de Comercio de Colombia⁷⁷².

En los primeros setenta años del siglo XX, la regulación del comercio internacional estuvo marcada por una amplia injerencia de los gobiernos, especialmente a través de la suscripción de acuerdos internacionales reguladores de la materia. En esa época comienzan a tener peso las organizaciones profesionales, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y los organismos internacionales, como la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio Internacional (CNUDMI). Las primeras, estableciendo autorregulaciones endógenas, y las segundas elaborando instrumentos tendientes a la uniformidad legislativa⁷⁷³.

En este sentido, y a modo de definición, la *lex mercatoria* es el sistema jurídico que rige las relaciones entre los comerciantes: el conjunto de reglas y principios —de naturaleza cuasi legal— disponibles y utilizables por los operadores del comercio internacional⁷⁷⁴. En una primera

⁷⁷¹ Sin aprobación al día de la fecha, 2 de enero de 2011.

⁷⁷² En el art. 5 del Código de Comercio de Colombia se prevé que “Los Tratados o Convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del art. 3º, así como los principios generales del derecho comercial podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a la regla precedente”. El art. 3º, por su parte, indica que “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

⁷⁷³ Cfr. OPERTTI BADÁN, Didier, “El tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en *Actas del Congreso Interamericano, Los principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Venezuela, noviembre de 1996, pp. 27-75, en 42.

⁷⁷⁴ Cfr. SIERRALTA RÍOS, Aníbal, “Comentarios liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano”, en Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo A. LORENZO IDIARTE (coord.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 255-286, en 259. El derecho del comercio internacional no es sólo una lista de principios relativamente vagos, ni tampoco una detallada

aproximación, y en su pretensión más alta, este ordenamiento no coexiste con los ordenamientos estatales en pie de igualdad, ni actúa *a priori* coordinado con ellos, lo que sería una función propia del Derecho Internacional Privado. Esta *lex mercatoria* pretende recibir acatamiento independiente y evitar la aplicación de los diferentes derechos nacionales, logrando así relativa autonomía frente al derecho interno⁷⁷⁵. A la par, cada país conserva su soberanía nacional a través de las reglas del derecho comercial internacional, en cuanto capítulo del Derecho Internacional Privado, que articula derechos entre soberanías distintas, y a veces, sistemas jurídicos diferentes⁷⁷⁶. Así y todo es fácil advertir que esta gran divisoria de aguas no es tajante y el entrecruzamiento de competencias es frecuente y absolutamente necesario⁷⁷⁷.

La teoría del derecho internacional del comercio muchas veces fue puesta en duda, por ser considerado como un mero fenómeno sociológico, debido a que en definitiva toda relación comercial internacional tiene su asiento o centro de gravedad en algún sistema legal doméstico, el que será determinado por las normas de conflicto aplicables⁷⁷⁸. Por su

lista de prescripciones. Su naturaleza intrínseca requiere tanto de directrices generales y estructurantes de toda la arquitectura, como el principio de buena fe y el *pacta sunt servanda*, como de reglas precisas, al modo de los Usos Uniformes del Comercio Internacional (Incoterms). Cfr. BERGER, «The Concept of "Creeping Codification"...», p. 8.

⁷⁷⁵ Cfr. SIERRALTA RÍOS, "Comentarios liminares...", pp. 259-261. "Así, existiría un ordenamiento jurídico especial diseñado por los propios operadores constituidos en comunidad (*societas mercatorum*) y aplicable para regular situaciones que el derecho nacional no puede abordar y que el Derecho internacional a través de sus especialidades (Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público) tampoco puede cubrir". *Ibidem*.

⁷⁷⁶ Cfr. WILHELMSSON, "International *Lex mercatoria*...", p. 150.

⁷⁷⁷ Cfr. SIERRALTA RÍOS, "Comentarios liminares...", p. 263. "Finalmente la *nova lex mercatoria* no es un derecho autosuficiente ya que no tiene la virtualidad de reemplazar a los derechos consagrados, en la interpretación de las transacciones internacionales, ya que no constituye un orden jurídico que se encuentre en rigor desprendido de los ordenamientos jurídicos nacionales." Desde otra perspectiva, y dotándolo de un carácter anacional y sustantivo, cfr. BOUTIN, "*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación...", pp. 290-291.

⁷⁷⁸ Entre los críticos se puede mencionar a CARRASCOSA GONZÁLEZ, quién se manifiesta contrario a un sistema paralelo o ajeno a los derechos estatales. Con ocasión de la vigencia del Reglamento Roma I, manifestó su pleno acuerdo a que las partes deben siem-

parte, los defensores consideran que es un “tercer” sistema entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional público⁷⁷⁹. Lo que queda claro es que una de las debilidades fundamentales del derecho del comercio internacional como sistema jurídico —y que resulta altamente relevante para nuestros propósitos—, es su pretendida independencia de los ordenamientos jurídicos estatales. Esto desde ya que no es del todo viable, debido a que requiere de otros derechos que lo admitan y reconozcan como norma obligatoria que regula el accionar de los sujetos en una operación comercial⁷⁸⁰.

Los términos ‘derecho internacional del comercio’ o *lex mercatoria*, en boca de los agentes resulta muchas veces indiferente, y la noción amplia y no exenta de vaguedad es utilizada sin pretensiones de tecnicismos⁷⁸¹. Sin embargo, Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, distingue entre Derecho Internacional Privado y Derecho Comercial Internacional. En nuestro caso, optaremos por utili-

pre someterse a una ley estatal, sin perjuicio de que puedan disponer de una amplísima autonomía. “Estas propuestas de admisión de un contrato sometido a contenidos normativos no estatales eran ya inadmisibles en el marco del Convenio de Roma de 1980, y en la actualidad, con el texto del Reglamento Roma I en la mano, texto clarísimo al respecto, no son más que un brindis al sol, pedaleo de gimnasio y toreo de salón”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Reglamento “Roma I” Núm. 593/2008 de 17 Junio 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y ley estatal elegida por las partes”, nro. 6.3

⁷⁷⁹ BERGER, “Transnational Commercial Law...”, p. 1.

⁷⁸⁰ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 36, donde consideran al menos mínimamente la ejecución local de los laudos arbitrales internacionales o los contratos sustentados en un orden coactivo interno. Así, en lo que a contratos se refiere, los derechos y deberes de las partes estarán regidos por la autonomía de la voluntad y los usos y costumbres del comercio internacional, mientras que los aspectos referidos a la validez intrínseca, como el consentimiento no viciado, la capacidad, la licitud del objeto, etc., quedan reservados a la ley sustantiva aplicable.

⁷⁸¹ Otros autores lo denominan “Derecho internacional privado transnacional”, incluyendo allí al régimen de los contratos internacionales, la *lex mercatoria* y el arbitraje comercial internacional. Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 35. Sin embargo, soy consciente que la expresión *lex mercatoria* debería reservarse para aquellos elementos del derecho del comercio internacional que no han sido formalizados, ya sea porque integran la costumbre o porque si bien son regulaciones detalladas y precisas, no forman parte del derecho estatal. Cfr. MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003, Vol. 1, pp. 1-5.

zar indistintamente las expresiones *lex mercatoria* o “derecho del comercio internacional”, reservando el uso de “derecho internacional del comercio” para denominar al capítulo del Derecho Internacional Privado que regula los aspectos mercantiles, tanto de fuente interna como convencional.

Si bien la discusión terminológica puede parecer superflua y las expresiones pueden ser intercambiables (“*lex mercatoria*”, “derecho del comercio internacional”), muchos prefieren no hacer mención a ellas por temor a cierta vaguedad, falta de concreción, desconocimiento y novedad de estos conceptos. Así, muchos árbitros prefieren utilizar expresiones como “principios generales del derecho” o “principios legales comunes a las partes”. Es más común que los agentes hagan referencia a los “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, aún cuando esos mismos principios, en su Art. 1, se declaran aplicables cuando las partes hagan referencia a la *lex mercatoria*, principios generales del derecho o expresiones similares, indistintamente⁷⁸².

Pero en la teoría jurídica, los principios generales del derecho son considerados como el mayor componente de un sistema autónomo del nuevo *law merchant* tanto respecto de su función genética como de sus concretas y específicas reglas, así como punto de referencia para la valoración de su proceso de inserción en el sistema legal⁷⁸³. Esto se debe a que la *lex mercatoria* ha sido elaborada comparativamente, tratando de mirar más allá de las diferencias dogmáticas de los sistemas locales, centrándose en los valores jurídicos comunes, sin considerar las contingentes normas nacionales⁷⁸⁴. La finalidad principal de sus ‘normas’, principios y eventuales resoluciones es que sean reconocidos y admitidos a través de diferentes sistemas jurídicos, dando seguridad y certeza a los sujetos del comercio internacional⁷⁸⁵.

⁷⁸² Cfr. BERGER, “Transnacional Commercial Law...”, pp.17-18.

⁷⁸³ *Idem*, p. 16

⁷⁸⁴ *Idem*, p. 22

⁷⁸⁵ Cfr. SIERRALTA RÍOS, “Comentarios liminares...”, p. 256.

En cuanto ordenamiento jurídico, sus características esenciales, sistematización y principios, no se han consolidado todavía con unidad plena de sentido. Por lo tanto, más allá de su denominación, interesa conocer su ámbito de aplicación y el alcance de sus disposiciones. Esta disciplina engloba distinto tipo de normas, con variados orígenes y proyecciones, desafiando su sustancialidad a los conceptos de validez, vigencia y eficacia propios de todo ordenamiento⁷⁸⁶. En definitiva, lo que preocupa es en qué medida es cumplido y por qué tiene carácter vinculante para las partes, y en qué se fundamenta su coercibilidad, considerando inclusive el funcionamiento de los sistemas de arbitraje, hasta cierto punto desvinculados jurisdiccionalmente de las soberanías estatales. De modo general, se puede decir que el libre sometimiento a árbitros, ajenos al influjo de lo que antes se denominaba los “jueces naturales”, tiene igual jerarquía fundante que la libertad contractual⁷⁸⁷.

El desarrollo del derecho del comercio internacional es un fenómeno que presenta dos importantes tendencias jurídicas en su caracterización: a) un cada vez mayor margen de los particulares en la regulación de sus relaciones; pueden establecer con libertad su marco concreto de

⁷⁸⁶ Entendemos por validez del derecho a la satisfacción de ciertas condiciones que regulan su producción, su conformidad con otras normas y que no ha sido derogado. La eficacia material o sociológica se entiende como cumplimiento o aplicación: es la capacidad de una norma para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios o, en su defecto, para que se apliquen los efectos que se encuentran previstos para el caso de incumplimiento. Mientras que la vigencia, es la prueba de su existencia y contenido. HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 139 y ss.

⁷⁸⁷ Cfr. BERGER, “Transnacional Commercial Law...”, p. 12. La autonomía de la voluntad en la sumisión a árbitros en materia comercial está universalmente reconocida. Entre otros instrumentos, es relevante en el marco continental la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 (CIDIP I), art. 1: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”. En cuanto a la jurisprudencia nacional que la ha admitido, inclusive en contratos de adhesión a condiciones generales, CNCom Sala D, 22/2/2002, Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo, S.A. de C. V. s/ordinario, publicado en ED 197-554, con comentario de NAHID CUOMO, María de los Ángeles. y RODRÍGUEZ GIAVARINI, María de las Mercedes, “La prórroga de jurisdicción en árbitros en contratos internacionales: el supuesto de los contratos de adhesión”, ED, 206-1007.

derechos y obligaciones recíprocas⁷⁸⁸; y b) una gran actividad normativa y decisoria de carácter general con vigencia más allá de lo establecido por las autoridades gubernamentales⁷⁸⁹. En el punto que nos interesa, queremos analizar en qué medida esta *corpus* normativo es aplicable o no a relaciones con consumidores, ya sea de modo directo, supletorio o analógico, y si de aquí podemos obtener conclusiones útiles para la construcción de nuestro sistema protectorio del consumidor transfronterizo y los aspectos jurisdiccionales.

El andamiaje jurídico de esta *lex mercatoria* se apoya en la presunta existencia de una sociedad internacional de los comerciantes, no regulada por los estados nacionales. Sería una sociedad extraestatal del comercio⁷⁹⁰. ¿Esta sociedad forma parte de la comunidad internacional globalizada de la que pretendemos que la protección del consumidor sea parte de su bien común (cfr. I. D), o es una comunidad independiente que en todo caso interactúa con otras comunidades, como la “comunidad de consumidores”? Prefiero la primera solución. Me gustaría afirmar que la comunidad internacional globalizada incluye a los empresarios transfronterizos, los que resultan partícipes de ese bien común, junto con los empresarios locales (por ejemplo importadores y distribuidores), los Estados, las ONG’s y los consumidores. Si así fuera, y estuviéramos ante un orden de razón inclusivo, el capítulo de la *lex mercatoria* que incluya las regulaciones específicas para los consumidores todavía no ha sido elaborado.

Como lo indican muchos de los autores, dentro del derecho del comercio internacional resulta fundamental el valor “seguridad jurídica”, en cuanto la cognoscibilidad y previsibilidad del derecho es generador de confianza. Ni siquiera las normas de conflicto son suficientes a este efecto: “[E]l individuo que quiere organizar su vida y su actividad eco-

⁷⁸⁸ Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, p. 150. En el corazón de la *lex mercatoria* late el concepto de un derecho desnacionalizado, ligado a una cultura propia del comercio internacional.

⁷⁸⁹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 79.

⁷⁹⁰ Cfr. SIERRALTA RÍOS, “Comentarios liminares...”, pp. 262-263.

nómica conforme a derecho quiere saber qué es lo que el derecho le permite y qué es lo que le prohíbe. El derecho debe ser previsible para él”⁷⁹¹.

Este no es un requisito exclusivo del derecho internacional del comercio, pero atento a las perplejidades que puede suscitar el desconocimiento del derecho extranjero, los valores económicos en juego, la cantidad de transacciones individuales, y, en definitiva, los riesgos implicados, su importancia es mayor que en otras disciplinas. De modo general, no se puede predicar del derecho extranjero que la ley se reputa por toda conocida o que “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (CC Art. 20)”. La certeza mediante la aplicación de los derechos nacionales tuitivos de protección del consumidor significaría un costo de transacción al tener que conocer esos derechos, lo que impactaría en el flujo del comercio internacional y en mayores costos. Ante la inseguridad del contenido de cuál será la regulación de determinada situación que contiene un elemento extranjero, se puede decir con justeza que “la planeabilidad de la actividad económica sobre la base del conocimiento seguro del derecho está mucho más en cuestión en los contratos de comercio exterior que en los acuerdos contractuales puramente de derecho interno. Los ‘ardides’ acechan constantemente”⁷⁹².

De hecho, una de las funciones que se pretende del derecho internacional del comercio es su orientación preventiva. No se trata tanto de aplicar sanciones sino cubrir el riesgo de los operadores. Los componentes de ese riesgo son, por un lado la distancia física con los potenciales infortunios que esto acarrea, y la distancia jurídica que implica la conexión de distintos espacios culturales y sistemas jurídicos⁷⁹³. Este im-

⁷⁹¹ LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p 397. Con cita de PROSSER, considera que el derecho conflictual es “un páramo inhóspito, plagado de temblorosos terrenos pantanosos, habitado por profesores ilustrados pero excéntricos, que teorizan acerca de misteriosas materias en un extraño e incomprensible jargon técnico (...) El derecho internacional privado de las relaciones obligacionales se asemeja a un laberinto: cuanto más uno se interna en él tanto más inseguro se torna el camino, tanto más lejos se encuentra la meta”.

⁷⁹² *Idem*, p. 398.

⁷⁹³ Cfr. SIERRALTA RÍOS, “Comentarios liminares...”, p. 264.

portante rasgo del derecho internacional del comercio es un intento prospectivo, entendido como “el objetivo de lograr, mediante una reglamentación adecuada, que las actividades comerciales se desarrollen sin que ello produzca un deterioro y pérdida de confianza en los mercados⁷⁹⁴”.

Fundamentalmente por este motivo es que existe consenso casi universal en permitir que las partes elijan el derecho al que someter el contrato a través de la autonomía conflictual. Ellas mismas deciden qué es lo que les conviene, como manifestación de una idea de libertad y autonomía⁷⁹⁵. Ahora bien, ¿es esto razonable en operaciones que involucran a consumidores? ¿Se puede presuponer esa autonomía como modo de arribar a la tan ansiada seguridad jurídica? La presión y las fuerzas del proceso de globalización y la autorregulación de la sociedad civil global transformaron el contrato en una fuente del derecho, lo cual inicialmente no parece compatible con un sistema protectorio⁷⁹⁶.

La autonomía de la voluntad se ha transformado en el elemento central de la reglamentación del comercio internacional⁷⁹⁷. El proceso legal que contribuye a dar fuerza normativa a los principios y reglas que insuflan y a su vez resultan de esos contratos incluye estos elementos: a) la naturaleza del contrato como parte de una red de contratos similares concluidos por los comerciantes con el propósito de regular un grupo común de transacciones; b) valoración de la ética y la mutua confianza en los negocios internacionales; c) la presupuesta racionalidad de los

⁷⁹⁴ Ibidem.

⁷⁹⁵ LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p. 400.

⁷⁹⁶ Cfr. BERGER, “Transnational Commercial Law...”, p. 11. Este autor da un ejemplo de la primacía del principio *pacta sunt servanda* en la *lex mercatoria*, y que también, a nuestro parecer, resultaría impropio aplicarlo a un contrato con consumidores; se trata del “*duty to renegotiate*”, originado tanto en la buena fe como en la cláusula *rebus sic stantibus*. Cfr. BERGER, *The creeping codification...*, p. 108. El *Transnational Law Digest*, publicado por CENTRAL, de la Universidad de Colonia, lo enuncia así en su Nro. IV.5.8 – “*Duty to renegotiate. Each party has a good faith obligation to renegotiate the contract if there is a need to adapt the contract to changed circumstances and the continuation of performance can reasonably be expected from the parties*”. Puede consultarse en www.tldb.net. Última visualización el 16 de enero de 2009.

⁷⁹⁷ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, pp. 63-70.

contratos estándar y las condiciones generales de contratación; d) la idea de la creciente capacidad profesional y responsabilidad de los hombres de negocios internacionales; e) la fina comprensión del derecho comparado como método de regulación y la formulación del derecho por agencias y grupos de trabajo privados. Así, el contrato no es más un elemento vinculado a las reglas nacionales y que debe aplicarse de acuerdo a los tradicionales principios del Derecho Internacional Privado⁷⁹⁸. Como podemos ver, esto, una vez más, resulta incompatible con la concepción tradicional de la protección del consumidor, tanto en el plano interno como en el internacional.

La fuerza jurígena del consentimiento contractual en el comercio internacional, se justifica ante la ausencia de la necesidad de proteger al consumidor. “Sin el impedimento de la protección del consumidor y sin las limitaciones de la justicia distributiva, en el comercio internacional florece y se desarrolla el consentimiento contractual y su cualidad normativa, a salvo el principio general de la buena fe y *fair dealing*⁷⁹⁹”. En todo caso, queda claro que es uniforme la voluntad de dejar fuera a las operaciones que involucran a consumidores⁸⁰⁰. Así también se prevé entre, otros muchos ejemplos, como criterio para los conflictos jurisdiccionales en el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y Acuerdos de Arbitraje⁸⁰¹.

Esto se debe, entre otras razones, a que la *lex mercatoria*, como por ejemplo los Principios de UNIDROIT, considera las diferencias socio-económicas o de sistemas jurídicos, armonizándolos⁸⁰². Por el contrario, los sistemas protectorios del consumidor están fundamentados en las diferencias y similitudes culturales de cada comunidad estatal o regio-

⁷⁹⁸ Cfr. BERGER, “Transnacional Commercial Law...”, p. 11.

⁷⁹⁹ *Idem*, p. 9.

⁸⁰⁰ Cfr. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, p. 71.

⁸⁰¹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 80. Cfr también para la UE, DICEY, V., MORRIS, J.H.C. y COLLINS, Lawrence, *The Conflict of Laws*, Sweet and Maxwell, London, 2006, § 12-109.

⁸⁰² Cfr. BONELL, *An International Restatement...*, pp. 37-39.

nal, aún cuando existan consumidores de clase mundial o un mercado global de productos y servicios⁸⁰³.

Sin embargo, los mismos riesgos de las distancias físicas y jurídicas se reproducen en las operaciones de consumo transfronterizas, los que recaen en distinta medida en el proveedor o en el consumidor, dependiendo también del tipo de operación de que se trate. En un contrato de turismo, por ejemplo, la distancia impacta sobre el consumidor a través del riesgo del traslado, el padecimiento de posibles incumplimientos en un lugar lejano, etc. Mientras que por parte del prestador del servicio turístico, el mayor riesgo estará en el cobro de sus cuentas a clientes domiciliados en otras jurisdicciones.

Esto se debe a que, siendo la previsibilidad un valor compartido por ambos grupos de interés, el modo de acceso es diferente en cada campo de actividad. En el comercio internacional la previsibilidad en las relaciones entre los empresarios se logra a través de la autonomía de la voluntad, pero esto no sería suficiente para los consumidores. En el derecho interno esta situación está resuelta. ¿Cómo lograr el mismo equilibrio en el plano internacional? Es una expresión de deseos, como indica LORENZETTI: “[...] así como existe un mercado global y se postulan derechos de propiedad y contratos armonizados, también debe existir una defensa del consumidor internacional y armónica”⁸⁰⁴.

III. D. 2. Aplicación de los principios de la *lex mercatoria* a las operaciones de consumo transfronterizas

Por lo dicho hasta aquí, es de altísima dificultad y riesgo la aplicación sin más del derecho del comercio internacional a operaciones con consumidores, considerando los objetivos propios de un sistema protectorio. De todos modos, creo vale la pena plantearse la cuestión de si la

⁸⁰³ En los mercados comunitarios o regionales las pautas de consumo son más homogéneas, como en la UE. Esto es mucho más difícil de contrastar en el MERCOSUR, donde las asimetrías son mayores debido a un proceso de integración que madura muy lentamente. Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, p. 150.

⁸⁰⁴ LORENZETTI, *Consumidores*, p. 67.

protección del consumidor transfronterizo se puede considerar un capítulo del derecho internacional de comercio, dando ya por sentado que es parte del Derecho Internacional Privado. De acuerdo a la opinión de Thomas WILHELMSSON esto no es conveniente ni posible⁸⁰⁵. Parte del análisis de dos conjuntos de principios elaborados como propuesta regulatoria de un aspecto sustancial de la *lex mercatoria* como son los contratos internacionales. Unos son los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* o “Principios UNIDROIT”⁸⁰⁶. El otro conjunto corresponde a los *Principles of European Contract Law*, o “Principios Europeos de los Contratos”, preparados por la Comisión Europea de Derecho de los Contratos⁸⁰⁷.

Los Principios UNIDROIT han sido elaborados a la manera de “soft law”, siguiendo el modelo de los “Restatement”⁸⁰⁸. Es una normativa sus-

⁸⁰⁵ WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, pp. 141-153.

⁸⁰⁶ UNIDROIT es la organización no gubernamental con sede en Roma que se dedica a la difusión de la uniformidad en el Derecho Internacional Privado, y a la propuesta de cuerpos normativos que faciliten esa unificación del derecho privado. Los UNIDROIT Principles fueron presentados en 1994. Cfr. BONELL, *An International Restatement...*, Introduction.

⁸⁰⁷ Publicados por primera vez en 1995, es un proyecto preparado por la UE. Cubre aproximadamente los mismos tópicos que los Principios UNIDROIT. Una versión completa fue presentada en 2000. Estos Principios tienen la finalidad de ser aplicados como reglas generales del Derecho de los Contratos dentro de la UE. También pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable. Para que sean obligatorios las partes deben haberlos incorporado al contrato o sometido el contrato a los Principios, o bien—al igual que como indican los Principios UNIDROIT— haber convenido que el contrato se rija por los principios generales del Derecho o la *lex mercatoria*. Cfr. ALTERINI, “Derecho Internacional de los Contratos”, pp. 679-680. Para un mayor detalle de las similitudes y diferencias entre ambos cuerpos de principios, cfr. LANDO, “Principles of European Contract Law...”.

⁸⁰⁸ Se denomina *soft law* a los cuerpos de normas usualmente carentes de sanción estatal pero que pueden ser incorporadas por las partes a sus contratos, como por ejemplo las Uniform Commercial Practices (UCP) de la International Chamber of Commerce (ICC), referidos, por ejemplo, a los Créditos Documentarios. Los *Restatements*, con un enfoque diferente, son compilaciones razonadas, sistemáticas, analíticas, críticas y constructivas de las decisiones, opiniones legales y académicas que forman el cuerpo de los tópicos jurídicos de una materia. Tienen su origen en la actividad del American Law Institut con la finalidad de brindar certeza respecto del derecho vigente en Estados Unidos en disciplinas de competencia estadual. La frecuente diversidad de pareceres en un sistema federal requirió de estas iniciativas, que si bien son privadas y no mandatorias, go-

tancial pensada para ser utilizada mundialmente, haciendo compatibles distintos sistemas jurídicos, y aptos para todo tipo de operatoria comercial internacional⁸⁰⁹. La utilización del término “comercial” indica, como se establece en la presentación, que están excluidos los contratos de consumo. Por el contrario, los Principios Europeos de los Contratos, por una parte prevén una aplicación regional, no mundial, y además, aunque no incluyen pautas especiales para los contratos de consumo, pretenden establecer un régimen contractual general, que no sería incompatible con ellos⁸¹⁰. Su sustento está basado principalmente en el sistema romano-germánico, inclusive con el propósito de constituirse en el futuro en un Código Europeo de Contratos que pueda ser obligatorio en todos los países de la UE⁸¹¹.

La diferencia de enfoque de ambos cuerpos de Principios responde a la cuestión de si deben incluir en su ámbito de aplicación a los contratos de consumo⁸¹². La línea divisoria entre derecho de los comerciantes y derecho de los consumidores, ¿corresponde a dos sistemas jurídicos independientes? Inicialmente, los objetivos de armonización buscados por ambos subsistemas son diferentes. En el caso del comercio internacional, se trata de lograr la seguridad jurídica de los operadores mediante reglas que brinden fijeza principalmente a la celebración y cumplimiento de los contratos y a los remedios ante el incumplimiento, a través de soluciones técnicas de amplia difusión y auto-obligatoriedad⁸¹³.

zan de gran prestigio. En el caso de los Principios UNIDROIT, “su pretensión no ha sido unificar los singulares derechos nacionales, sino la enunciación de aquellos principios y reglas en materia contractual que son comunes a los principales sistemas jurídicos existentes, y/o indicar la solución que más se adapta a las particulares exigencias del derecho internacional.” Cfr. RIVERA, “Globalización y derecho...”, p. 1016.

⁸⁰⁹ Cfr. BONELL, *An International Restatement...*, pp. 37-39

⁸¹⁰ Cfr. LANDO, “Principles of European Contract Law ...”, p. 9

⁸¹¹ Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria...*”, pp. 141-142. BONELL, *An International Restatement...*, p. 94, bajo el título “Divergencias of policy”.

⁸¹² Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria...*”, p. 143.

⁸¹³ En los Principios UNIDROIT queda claro que las partes tienen especial interés en la conservación del contrato, siendo este uno de los principales aspectos considerados por los redactores. Esto es un punto de vista totalmente distinto a la protección del consumidor. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 163. Algunos ejemplos de este favor

En el caso de la UE, la armonía de soluciones en el derecho del consumo tiene su origen en la intervención de los gobiernos en la protección de la parte débil con la finalidad de que las regulaciones nacionales no afecten la competencia del mercado interno al crear barreras al comercio. Procura brindar confianza a los consumidores y seguridad a los empresarios, en cuanto que el tráfico intrazona no debe implicar incertidumbre ni posibles perjuicios ante dispares niveles protección⁸¹⁴.

¿Se puede realmente combinar la función de la *lex mercatoria* con aquella que sirve de base a un sistema general de derecho civil? La opinión dominante es contraria a esta posibilidad⁸¹⁵. Podemos analizar esta propuesta observando los sistemas jurídicos internos, y ver si las soluciones son replicables en el comercio transfronterizo y su respectivo sistema jurídico. Si la interacción entre el subsistema de derecho del consumidor y el de derecho de los comerciantes —o derecho común— es posible, también podría ser posible una intercomunicabilidad de los principios del sistema protectorio internacional de los consumidores y la *lex mercatoria*. De la respuesta dependerá, tanto que un consumidor

validitatis: art. 2.14, cuando las partes pueden deliberadamente dejar pendientes de concreción ciertas estipulaciones; Art. 2, 22, cuando no habiendo acuerdo entre distintas cláusulas estándar utilizadas por las partes, el contrato es válido de acuerdo a las cláusulas sustancialmente comunes; Art. 3.2 el contrato queda celebrado por el mero acuerdo sin que sean necesarias otras formalidades; Art. 4, 5 se entiende que todas las cláusulas son válidas, sin privar de efectos a algunas de ellas.

⁸¹⁴ WILHELMSSON, "Is there an European consumer law...?", pp. 11-12.

⁸¹⁵ La doctrina, de modo unánime, indica que la *lex mercatoria* se aplicará donde no exista necesidad de proteger a los consumidores. «*Thus, the contract becomes the most important means to implement the will of the parties in practice because, in the absence of any need to ensure consumer protection, international trade and commerce constitutes an ideal climate for the free development of contractual structures. (...) This notion of the contractual consensus, like the classical contract doctrine, is characterized by a lack of concern with distributive questions. However, the lex mercatoria only applies outside the consumer context. Also, international merchants bear an increased responsibility for the conduct of their business affairs, resulting in a transnational principle which presumes their professional competence. It is thus in the field of transnational business activities, where the force of the contractual consensus can flourish and develop its law-making quality, unhampered by consumer protection laws and notions of distributive justice that go beyond the general principle of "good faith and fair dealing in international trade"*». BERGER, *The Creeping Codification...*, pp. 106-107.

pueda, no tanto ser obligado como precaverse de las posibles ventajas que le brinde la *lex mercatoria*, o que a un comerciante lo obligue un régimen protectorio imperativo.

En el derecho interno, la actuación de unos y otros en su carácter o no de comerciantes parece de imposible intercambiabilidad en cuanto a las consecuencias que esto acarrearía. En el fondo está la discusión acerca de un régimen general o uno especial para regular los contratos comerciales, y cuánta es la autonomía del subsistema de los consumidores⁸¹⁶. Al parecer las expectativas de unos y otros son muy diferentes: ambos buscan seguridad, pero, ¿hablamos de la misma seguridad con distintas gradaciones, o directamente son expectativas incompatibles?⁸¹⁷

En general, las regulaciones del derecho del consumo se ensamblan con el derecho civil o comercial, o el derecho privado en general, con particularidades y excepciones que indican la preponderancia parcial de ciertos principios sobre los generales del derecho privado o de los contratos en particular. Como hemos visto, una atenuación del *pacta sunt servanda* (Art. 37 LDC, cláusulas que pueden tenerse por no convenidas), o ciertas previsiones que hacen más detallado el principio de la buena fe (Art. 36 LDC, sobre la información que debe contener la publicidad u oferta en las operaciones de crédito), o reglas especiales sobre la prueba de los contratos (Art. 46 LDC sobre producción de pruebas en el procedimiento administrativo), no indican un sistema jurídico independiente⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Cfr. PITA y MOGGIA DE SAMITIER, "Ley de Defensa del Consumidor", pp. 1098 y 1099.

⁸¹⁷ Cfr. WILHELMSSON, "International *Lex mercatoria*...", p. 144.

⁸¹⁸ El derecho privado con contenido social, propio del Siglo XX orienta la función del Estado, más que a la delimitación de intereses, a su equiparación, lo que se traduce en normas positivas de contenido material, no solo procedimental. Esta tendencia se aprecia de modo preponderante en el ámbito contractual, sin que signifique eliminar la autodeterminación reemplazándola por una determinación legal de las funciones y conductas de los operadores jurídicos. Cfr. SPELLENBERG, "La influencia de la Constitución...", pp. 235-236. Así y todo, hay quienes parecen reclamar autonomía científica, a partir del establecimiento de un sistema independiente con base en la sistematización de la rela-

En lo que respecta al derecho interno me inclino por la unidad de un sistema jurídico donde existe un tipo especial de actos jurídicos —las relaciones de consumo— que requieren un tratamiento diferenciado⁸¹⁹. En estas situaciones se verifican intervenciones de la justicia distributiva dentro de relaciones privadas típicamente conmutativas, sin que esto requiera la elaboración de un ordenamiento independiente, más allá de que en algunos países se haya preferido legislar un cuerpo normativo *ad-hoc*, como en Brasil.

Ante la existencia de esta intención comúnmente aceptada de excluir las relaciones de consumo del régimen general del derecho mercantil internacional, cabe preguntarse si, al menos residualmente, estas disposiciones pueden ser aplicadas cuando no entren en colisión con los principios propios de la protección del consumidor transfronterizo⁸²⁰. Más aún cuando la consolidación y posterior eficacia normativa de los usos y costumbres proviene de la repetición de conductas favorables a los operadores que las imponen de modo reiterado a las contrapartes, incluso por medio de acciones corporativas de las distintas asociaciones empresarias.

Por ejemplo, considerando uno de los usos más típicos del tráfico internacional, no parece sencillo aplicar a una compraventa internacional de consumo la totalidad de las disposiciones de las cláusulas FOB o FCA de los Incoterms, correspondientes a la versión de 2000, de la CCI. Las características principales de estos usos del comercio internacional son, por una parte el traspaso del riesgo de la mercadería en la plaza del exportador, ya sea al cruzar la borda en el transporte marítimo o la carga en el medio del transportista terrestre o aéreo, y por otro la distribu-

ción de consumo, como en su momento sucedió con el derecho del trabajo. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 72-73.

⁸¹⁹ Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 236.

⁸²⁰ Mientras que la posición contraria —la inclusión de aspectos del derecho de consumo en los principios de los contratos mercantiles internacionales— es la peor solución, ya que iría en demérito del sistema protectorio, que podría ser considerado un régimen de segunda categoría sin aplicación real, aunque sea declamado. Cfr. WILHELMSSON, “International *Lex mercatoria*...”, p. 153.

ción de los costos requeridos para el transporte, seguros, gastos aduaneros, etc.

En el caso de una operación de consumo, que implica la venta de unas pocas unidades, lo usual será que el transportista lo designe el vendedor, cosa prevista de modo contrario en los referidos Incoterms. El riesgo sería así trasladado al consumidor en el momento del despacho, lo que tampoco es razonable por la falta de control que tiene el comprador, a diferencia de las operaciones de comercio internacional, donde intervienen peritos, se emite documentación bancaria, instrumentos de transporte o pólizas de seguro endosables.

Debido a que los montos en juego son mucho menores, también se requiere menos emisión de documentación respaldatoria, propia de la generación de confianza y garantías usuales en los negocios mercantiles. Pero como de todos modos los proveedores de operaciones de consumo indican en el documento de venta de que se trata de una operación “FOB”, ¿qué queda de ese uso y costumbre que pueda ser aplicable a una venta de consumo? Parece claro que los Incoterms quedarían desnaturalizados. Por tanto, una conclusión preliminar podría ser que el contenido y límites de la *nova lex mercatoria* resultan inapropiados en términos de protección del consumidor.

Así y todo no estoy plenamente de acuerdo con esa afirmación y me parece que —al igual que en el derecho interno— la diferenciación entre contratos de consumo y comerciales no se fundamenta en un diferente conjunto de principios, sino más bien en una gradación de ellos, propia de decisiones de política legislativa⁸²¹. Desde el momento que

⁸²¹ Cfr. WILHELMSSON, “International Lex mercatoria...”, p. 147: “*The weight of the principles of autonomy and solidarity is certainly not the same in both areas, but the difference would seem to be no more than a difference of scale, not of principle. [...] It shows that there are differences, but as they only relate to scale, there may still be a fruitful interaction between the sectors. The differences do not rule out that this interaction take place within one comprehensive framework. It is, rather, a question of legal policy, in what legal setting one prefers this interaction to take place. As will be seen in the following, I consider such legal policy arguments as fairly decisive*”. Aun cuando, en p. 146, este autor también considera, desde una perspectiva posmoderna, que es una falácea sostener la vigencia en la sociedad de un sistema coherente de principios morales como soporte de cualquier

sostengo que el *favor debilis* es un principio general de todo el sistema jurídico y no sólo del régimen contractual ni tampoco exclusivo del sistema protectorio del consumidor, hay un punto de encuentro que permite aplicar soluciones del derecho del comercio internacional a la protección del consumidor transfronterizo. Fuera de la incidencia preponderante que corresponde al principio protectorio, el sistema continúa siendo uno. Las condiciones diferenciales del mercado internacional del consumidor justifica soluciones extraordinarias, pero siempre dentro del contexto y los caracteres de un único sistema internacional⁸²².

Por eso creo posible lograr puntos de contacto importantes entre la *lex mercatoria* y el sistema protectorio del consumidor transfronterizo. Por ejemplo, el principio de buena fe del art. 1. 7 de los Principios UNIDROIT, en la medida en que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial”, será de aplicación permanente a cualquier tipo de contrato, a modo de piedra angular; este principio sin inconvenientes puede armonizarse con el *favor debilis*, en el sentido que ‘lo que las partes verosímilmente entendieron’, en caso de que una de ellas sea un consumidor, es lo que resulta razonable pueda llegar a comprender un profano⁸²³. Nada pierde el principio de buena fe cuando es modalizado en un

orden legal, y por tanto no resulta evidente que el sistema contractual esté estructurado a partir de principios uniformes.

⁸²² De modo contrario opina POCAR, considerando esta posible gradación o decisión de política legislativa en la protección de la parte débil. Considera que el problema de la determinación de qué sistema de intervención se requiere para los contratos que implican a consumidores, significa definir: a) si es posible y oportuno establecer reglas generales de protección de la parte débil, utilizando criterios generales, sin importar de qué contrato se trate; o b) si es preferible, indicar categorías específicas de contratos en tanto que caracterizados por la necesidad de protección de una parte a fin de establecer los medios de protección especiales para esos contratos. Por su parte se inclina por las soluciones que establecen reglas especiales. Su argumento es que, frente a los comerciantes, es más probable que las reglas especiales no reduzcan la seguridad jurídica propia de la *lex mercatoria*, y pone como ejemplo el art. 5 del Convenio de Roma. Cfr. POCAR, “La Protection...”, pp. 363-365.

⁸²³ Como indica BERGER, “In spite of its general and vague character, Art. 1.7 of the UNIDROIT Principles may rightly be characterized as the Magna Charta of international commercial law. The principle of good faith and fair dealing performs a central function in the interpretation of the Principles and in transnational commercial law in general. By stating in general terms that each party must act in accordance with this standard, the ar-

caso concreto, favoreciendo la conducta leal propia de quién no es un técnico en el ramo⁸²⁴.

Pongamos atención, por ejemplo, en el Artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT, que bajo el acápite “Usos y prácticas”, indica que

“(1) las partes quedarán obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por partes inmersas en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable”.

El primer párrafo, no es apropiado para los contratos con consumidores, ya que estos no están en condiciones de convenir los usos del tráfico comercial, sino que siempre serán conductas repetidas o prácticas establecidas por el proveedor. Pero la segunda parte del artículo transcrito, en cuanto que pueden existir usos en el tráfico mercantil con consumidores, sí obligaría al proveedor, cuando la práctica está regularmente extendida⁸²⁵. Así, por ejemplo, las indemnizaciones voluntarias e inmediatas que en el mismo aeropuerto reciben los pasajeros que no pueden tomar el vuelo por estar “sobrevendida” la capacidad del mismo.

Nada impide que los principios y reglas de la *lex mercatoria* coadyuven a lograr los objetivos de la protección del consumidor transfron-

ticle makes it clear that even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behavior throughout the life of the contract, including the negotiation process, must meet certain requirements which are generally accepted within the international business community”. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 169.

⁸²⁴ WUST analiza las diferentes perspectivas del principio de buena fe, considerando los Principios UNIDROIT y la Directiva Europea sobre cláusulas abusivas. Cfr. WUST, Graciela, “La autonomía de la voluntad en los Principios de Unidroit y en la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas predispuestas”, XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Nro. 4.

⁸²⁵ En este sentido se expresa también el art. 9 numeral 2 de la Convención de Viena de 1980, por el cual las partes, salvo pacto en contrario, se considera han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Volveré a considerar la importancia de los usos en el tráfico con consumidores en el número IV. C, p. 416.

terizo, esto es: a) proporcionarles protección legal en sus relaciones con los proveedores; b) proporcionarles beneficios económicos aumentando la disponibilidad y disminuyendo los costos de los productos; c) brindarles mayor confianza en el mercado⁸²⁶. Estos objetivos pueden ser compatibles con los propios de la *lex mercatoria*, a modo de relación de lo particular que restringe lo general. Estos últimos fines o características deseables son: a) el carácter universal; b) flexibilidad y dinamismo en su conformación, a fin de adaptarse a las cambiantes circunstancias; c) informalidad y agilidad en la celebración de los negocios; d) confianza en los usos y prácticas⁸²⁷.

El carácter propio de la *lex mercatoria* está dado en parte porque no se integra sólo con deberes claramente definidos sino que principalmente contiene una larga lista de estándares generales y deberes de conducta⁸²⁸. Esto permite la adaptación del derecho a las cambiantes circunstancias del comercio internacional⁸²⁹. Así, por ejemplo, de acuerdo al “estándar de razonabilidad”, es irrelevante cuándo o no una de las partes ha actuado bajo lo que honestamente creyó ser razonable, sino que es decisivo que haya puesto los mejores esfuerzos y ejercitado la mayor diligencia en cumplir con sus propias obligaciones contractuales y facilitado las comunes, evitado el abuso del derecho y facilitado el cumplimiento de la otra parte⁸³⁰. ¿Qué impide que un tribunal utilice es-

⁸²⁶ Son los objetivos propuestos por la delegación de Brasil en la Introducción explicativa de la Reunión de Especialistas, realizada por la OEA en Porto Alegre, Brasil, del 2 al 4 de diciembre de 2006, preparatoria de la convocatoria de la CIDIP VII, que tratará la redacción de una Convención Interamericana de protección del consumidor. El texto puede consultarse en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_grupos_reuniones_preparatorias.htm, última visualización el 11 de agosto de 2010.

⁸²⁷ Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 231.

⁸²⁸ BERGER, “The Concept of the ‘Creeping Codification’ of Transnational Commercial Law”, p. 8.

⁸²⁹ Cfr. PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, “El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT — Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales”, *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. 223, Madrid, 1997, pp. 221 a 297, en 230-236.

⁸³⁰ Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 171.

te mismo criterio para evaluar un incumplimiento contractual en un contrato con consumidores?

Si una de las características de este derecho internacional del comercio es su flexibilidad, nada impide que en un esquema de alta plasticidad, aprovechando los conceptos derivados de la tónica, se puedan introducir usos y costumbres propios de un tipo de comercio transfronterizo: el de los consumidores. Una dificultad para esto es la falta de imperatividad de la *lex mercatoria*, ya que muchos de los instrumentos jurídicos no poseen fuerza vinculante, e inclusive las partes pueden dejarlos total o parcialmente de lado, debido a la función directriz que cumple la autonomía de la voluntad. Aunque nada impide que, en una versión más desarrollada de un catálogo de principios, algunos puedan ser considerados imperativos cuando intervienen consumidores⁸³¹.

En el comercio internacional las partes pueden remitir a la *lex mercatoria* como derecho elegible, como suele suceder cuando, por ejemplo, determinan la aplicación de los Principios UNIDROIT, a través de la autonomía material⁸³². Esto no podría suceder en las operaciones con consumidores, en la medida que el sistema protectorio se inserta como derecho imperativo de la *lex fori*, y por tanto las partes no pueden establecer la derogación total o parcial de ese sistema protectorio transfronterizo, que a su vez es derecho interno. Pero nada quita que esa *lex mercatoria* pueda servir como pauta interpretativa cuando el tribunal deba decidir haciendo previa aplicación del principio *in dubio pro consumptore* o *favor debilis*, que actuará a manera de calificación agravante.

De hecho, el mismo Artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT indica que “las partes no podrán excluir ni restringir la aplicación” del deber

⁸³¹ Cfr. WILHELMSSON, “International Lex mercatoria...”, p. 147. «However, if “principles” are turned into a Code, which is what some of the drafters of the PECL intend, then it might be easy, by a few additions, to declare some of the provisions mandatory in consumer relations. In national legislation, there are many examples of a technique where the same rules are contained in one instrument, being mainly mandatory for consumer contracts and nonmandatory for other relationships».

⁸³² Cfr. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, pp. 418-427.

de buena fe. Otro tanto podría decirse, llegado el caso, de los principios protectorios. Como también indica el capítulo inicial de los Principios UNIDROIT, referido a los principios generales del derecho, estos hacen posible efectuar valoraciones y ponderaciones entre normas y principios, tal como pretendo a lo largo de este capítulo. Si bien se trata de regulaciones específicas referidas al contenido del contrato y no a la jurisdicción competente, también permitiría una interpretación a favor del consumidor⁸³³.

Ahora bien: si los comerciantes internacionales que se dirigen a consumidores, dentro del margen de libertad de sus negocios, supieran que existen principios imperativos que delimitan el marco general, quedarían así establecidos los requisitos mínimos de seguridad jurídica, o al menos serían cognoscibles los riesgos implícitos de la actividad; aún cuando luego el sistema se complete “por defecto” con los derechos nacionales. Esto nos puede llevar a un catálogo de principios generales de protección de los consumidores en el ámbito del comercio internacional. Tendríamos así un derecho “principalista”, con algunos específicos destinados a la protección transfronteriza del consumidor.

De esta manera, la aparente imposibilidad de que las operaciones con consumidores sean incluidas en la *lex mercatoria* se soluciona a través de un sistema tópico, donde los principios rectores brinden una forma básica que será progresivamente completada, modificada y realizada al modo del clásico proceso del derecho internacional del comercio. Se podrá acudir a una pluralidad de instrumentos, usos, compromisos, leyes modelo, sistemas de arbitraje, etc.⁸³⁴.

⁸³³ Los principios UNIDROIT contienen una fina red de reglas con un ámbito de aplicación bien delineado que tratan en forma completa el derecho contractual. Lo estrecho de la regulación es, en parte, mayor que en el Código Civil. Las regulaciones concretas son precedidas en el primer capítulo por los principios generales del derecho, que “luego atraviesan los principios del UNIDROIT como un hilo conductor, y hacen posible de este modo valoraciones y ponderaciones entre las reglas y los principios generales del derecho”. LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p. 427.

⁸³⁴ SIERRALTA RÍOS considera que parte de esta flexibilización sería, por ejemplo, la posibilidad que tienen los consumidores de la UE de revocar la oferta o apartarse del contrato, equivalente al derecho de retractación del art. 34 de nuestra LDC. De su comentario, pareciera que esta norma formara parte del derecho del comercio internacio-

Si consideramos que lograr la uniformidad de los derechos nacionales —incluyendo los criterios de atribución de jurisdicción— puede resultar una epopeya harto dificultosa, el *soft law* derivado de la *lex mercatoria* sería una alternativa útil para resguardar la seguridad de los operadores y consumidores. Más aún si la expansión del orden jurídico desnacionalizado y a-estatal, formado y aplicado al margen de de las reglas y de las autoridades nacionales, es un camino sin retorno⁸³⁵. Podríamos, con base en los principios generales, construir un puente entre los derechos domésticos y el internacional.

Tendríamos entonces una definición aproximada de cuál sería el *proper law* de los contratos con consumidores dentro del comercio internacional, con costumbres específicas, así como existen otros derechos más apropiados para ciertos campos de la actividad comercial, y junto con ello, la jurisdicción más adecuada para esa categoría de negocios⁸³⁶.

nal. Cfr. SIERRALTA RÍOS, “Comentarios liminares...”, p. 269. Entendemos que tal vez el punto particular, el llamado “derecho de arrepentimiento”, que existe en muchas legislaciones internas, podría convertirse en un uso internacional, aunque difícilmente sería obligatorio, ya que la institución que comentamos tiene sentido en un contexto de prácticas de marketing agresivas. Se pretende que el consumidor tenga un período de reflexión, cuando ya celebró un contrato, influenciado por una publicidad invasiva. No vemos factible que esto pueda convertirse en una norma imperativa del comercio internacional, ya que los mayores costos que acarrearía la operatoria de anulación de ventas interjurisdiccionales serían difíciles de instrumentar. Nada quita que los proveedores compitan entre ellos ofreciendo esta herramienta jurídica a los consumidores, a fin de brindarles mayor seguridad. Trataré luego este asunto en IV. B. 2.b), p. 403 y ss.

⁸³⁵ Cfr. ALTERINI, “Derecho Internacional de los Contratos”, p. 680.

⁸³⁶ BERGER menciona como ejemplos de sets de regulaciones específicas del comercio internacional a la *lex petroli*, en el ámbito de la industria del petróleo, la *lex numerica*, de utilización en la transmisión internacional de datos, o de la *lex constructionis*, para las actividades de construcción y ensamblaje internacionales. Cfr. BERGER, *The Creeping Codification...*, p. 230.

III. D. 3. Aplicación de los principios de la *lex mercatoria* a la atribución de jurisdicción protectora del consumidor

He hecho una reseña de los principios rectores de la *lex mercatoria* y los límites de su aplicación a las operaciones que involucran a consumidores. Estos análisis nos traen de nuevo al objeto de estudio: la posible aplicación de los principios y reglas de la *lex mercatoria* a la jurisdicción competente en conflictos entre empresarios y consumidores transfronterizos. Interesa saber si estos principios pueden formar parte del sistema en construcción.

Insisto en que el principal punto de discusión se centra en la amplia autonomía de la voluntad propia de la *lex mercatoria* y su intersección con las normas imperativas intervencionistas del derecho del consumo. Aún cuando es creciente la admisión por parte de los Estados de las manifestaciones normativas y las decisiones provenientes del ámbito privado, esta autonomía no es ilimitada. El hecho de que casi todas las convenciones, instrumentos, directivas, reglamentos de arbitraje, *guidelines*, etc., del comercio internacional no se apliquen a operaciones con consumidores, se debe a que un régimen imperativo de derecho interno se considera más apto para lograr esa seguridad jurídica⁸³⁷.

⁸³⁷ Cfr. LACASSE, Nicole, "Le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de Vente Internationale de Merchandises", en *Actes du colloque sur la vente internationale*, autores varios, Wilson Lafleur Iteé, Montreal, 1989, p. 27. Aclara LACASSE que la principal razón de esta exclusión radica en la existencia en numerosos países de leyes de orden público destinadas a proteger los intereses de los consumidores, y se trata de evitar los eventuales conflictos entre la Convención y los derechos nacionales imperativos para este tipo de transacciones. En Estados Unidos, se desprende lo mismo del Uniform Commercial Code 2-102, que distingue con mucha claridad quién es consumidor y quién empresario: (c) «"Consumer" means an individual who buys or contracts to buy goods that, at the time of contracting, are intended by the individual to be used primarily for personal, family, or household purposes. (d) "Consumer contract" means a contract between a merchant seller and a consumer.» A su vez el 2-104 (1) indica (1) "Merchant" means a person that deals in goods of the kind or otherwise holds itself out by occupation as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to which the knowledge or skill may be attributed by the person's employment of an agent or broker or other intermediary that holds itself out by occupation as having the knowledge or skill" (3) "Between Merchants" means in any transaction with respect to which both parties are chargeable with the knowledge or skill of merchants".

Siempre los Estados se reservan la última palabra, a través del orden público y las normas de policía o imperativas⁸³⁸. Como vengo diciendo, los principios de la protección del consumidor reseñados — aquellos que se refieren a la defensa en juicio, el *favor debilis*, el *in dubio pro consumptore*—, son constitutivos del sistema protectorio. Por lo tanto, serán aplicados para resolver —entre otros asuntos— la validez de la cláusula de prórroga de jurisdicción, o el contenido del laudo arbitral, o la necesidad de facilitar los aspectos procesales o de auxilio judicial relevantes. Esto no quita que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, en caso de existir un cuerpo normativo, aún de aplicación voluntaria como pueden ser los Principios UNIDROIT o los Principios Europeos de los Contratos, sea posible, al igual que en los derechos internos, determinar que ciertas disposiciones, si se trata de una operación en la que intervienen consumidores, no serán disponibles por las partes sino de aplicación obligatoria.

En lo que respecta a la protección del consumidor transfronterizo, parece claro que los usos y costumbres del comercio internacional que no sean contrarios a los principios generales del sistema protectorio, y que resulten favorables al consumidor, pueden ser aplicados directamente por el juez, por cuanto el proveedor se supone está familiarizado con esas normas consuetudinarias, de habitual uso cuando trata con sus pares; a primera vista, esto no debería provocarle un perjuicio. Pero, ¿si el proveedor utiliza una operatoria específica para el trato con consumidores, donde ha logrado nuevas situaciones de equilibrio, porqué aplicarle normas diseñadas para comerciantes? ¿no sería sorprenderlo? Tal vez este es el sentido del art. 2 de la Convención de Viena de 1980. Si el proveedor no sabía o no debía suponer que su cliente era un consumidor, se aplicará la Convención de Viena, lo que aparentemente juega a favor del comerciante, por ser normas menos gravosas que las protectivas, cualesquiera fueran éstas. Por el contrario, si el comerciante conocía que su contraparte es un consumidor, no puede pretender que se

⁸³⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 81.

aplique a esa relación un *corpus* normativo elaborado para empresarios que actúan paritariamente en el mercado internacional.

Esta flexibilidad en la utilización de los principios de la *lex mercatoria*, puede resultar, por ejemplo, a través de la operatividad de los Principios ALI/UNIDROIT de procedimientos civiles transnacionales. Allí se prevén dos tipos de jurisdicciones: a) la acordada por las partes, y b) la correspondiente a una conexión sustancial entre el tribunal del Estado requerido y las partes, el negocio o el acontecimiento que origina el reclamo. Esto significa que alguno de los elementos relevantes de la transacción o del acontecimiento sucedido están localizados en el foro requerido; o bien que uno de los demandados tiene su habitual residencia en el Estado del foro; una persona jurídica tiene allí su lugar de constitución o principal asiento de los negocios; o cuando los bienes a que se refiere la disputa están localizados en ese Estado⁸³⁹. Estas conexiones razonables con el foro —y casi seguro concurrentes—, que apuntan a evitar el *forum shopping*, evidentemente pueden resultar favorables al consumidor pasivo demandante, cuando el lugar de cumplimiento coincide con su domicilio.

No cabe duda que este principio, así enunciado, aunque elaborado para el comercio entre empresarios, puede ser aplicado a operaciones de consumo. Si así fuera, podríamos admitir que las normas consuetudinarias podrían ser aplicadas ante la falta de una regulación expresa contraria, mientras resultaran favorables al consumidor. El cuadro general entonces sería el siguiente:

1. De existir una regulación expresa en el ámbito internacional a favor del consumidor se aplica esta, por su carácter imperativo; por ejemplo, la autorización de la cláusula de *prorrogatio fori sólo post litem natam*;
2. Si la regulación internacional no existiera, las partes pueden establecer los derechos correspondientes —tarea por lo general a cargo del empresario—, pero los principios protecto-

⁸³⁹ Cfr. ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, nro. 2.1.

rios tendrán la virtualidad de modificar lo que las partes establecieron, cuando se afecte indebidamente los intereses del consumidor; por ejemplo, permitiendo al consumidor invalidar la cláusula de prórroga si se afectara gravemente su defensa en juicio;

3. Si las partes nada han establecido en una cuestión determinada, se resolverá por las costumbres, insufladas por los principios protectorios; es decir que se aplica en subsidio la *lex mercatoria* en lo que no fuera incompatible; por ejemplo, la validez de una cláusula compromisoria a favor de un sitio de mediación en línea.

A modo de indicación de cómo se puede hacer aplicación de un principio protectorio de justicia distributiva en la asignación de jurisdicción de consumo, vale atender a lo que indica CIURO CALDANI:

“cabe pensar en una justicia ‘rectora’ y en otra ‘correctora’; en principio la jurisdicción se relaciona especialmente con ésta. Se dice y se hace realidad jurisdiccionalmente el Derecho para ‘corregir’ situaciones que se deben cambiar. Es posible pensar en una ‘justicia de partida’, más referida a la proyección de una situación tomada como base, y en una justicia de llegada, más orientada a una situación a alcanzar. Es viable reconocer una jurisdicción más legitimada por la proyección de la partida o a la ‘retroyección’ de la llegada, aunque en general predomine la primera”⁸⁴⁰

El principio general de la libertad conflictual o material también tiene su correlato en la determinación de la jurisdicción competente, ya que la posible doble elección refuerza la deseada seguridad jurídica, en particular por la mutua relación entre *forum et ius*⁸⁴¹. Lógica y cronológicamente las partes del comercio internacional determinarán primero el tribunal competente e indirectamente el sistema de Derecho Internacional Privado del foro. Esto, llevado al plano del derecho del comercio internacional, significará que probablemente elijan el tribunal arbitral

⁸⁴⁰ Cfr. CIURO CALDANI, “Criterios integrativistas...”, nro. 20.

⁸⁴¹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 231-232.

junto con un marco contractual autosuficiente y ajeno a los poderes soberanos de los Estados a que pertenezcan las partes.

El resultado puede ser múltiple y variado, y la combinación de las dos “coordenadas”, que es razonable en los negocios entre empresarios, no lo es cuando están incluidos consumidores. Por eso, en el sistema protectorio transfronterizo, ambas libertades están limitadas y la falta de autodeterminación también se refuerza entre sí, aumentando la inseguridad del proveedor. Si este no podrá “escaparse” de cierto foro, menos aún evitará la aplicación de las normas imperativas o de policía de aplicación obligatoria por esos tribunales, lo que sí es admitido en operaciones del comercio internacional.

Consideremos como resultaría esto, por ejemplo, en el caso del art. Artículo 5 del Protocolo de Buenos Aires, de acuerdo al cual “[...] La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo. En todo caso se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”. Se introduce aquí el principio *favor validitatis*, típico mecanismo de seguridad jurídica, por el cual ante la duda se debe decidir por la operatividad de la cláusula de prórroga. Es un principio que en el caso concreto puede actuar de modo totalmente opuesto al *in dubio pro consumptore* o *favor debilis*, lo cual es resuelto por el mismo Protocolo al declararse al supuesto como excluido de su ámbito de aplicación⁸⁴².

Nada impide, si embargo, que el acuerdo de elección de foro resulte válido luego de superar el test de los principios protectorios. Puede verse con claridad que, aún siendo difícil la inserción del derecho del consumidor transfronterizo en la preeminencia de la autonomía de la vo-

⁸⁴² El *favor validitatis*, siendo un principio general del derecho, en la *lex mercatoria* tiene un rol preponderante. Así, por ejemplo, en cuanto a la validez del acuerdo de arbitraje, la CNUDMI emitió el 7 de julio de 2006 una “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958”, por el cual se propone que se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

luntad de la *lex mercatoria*, el juego armónico de los principios conservará la preeminencia del interés del consumidor. Por el contrario, el juez también puede declarar que cierto uso o costumbre internacional, o que determinada disposición de un código de conducta o de un reglamento arbitral, podría no ser de aplicación al caso debido a que en el supuesto particular no se resguarda la debilidad del consumidor. Bajo esta perspectiva podrá merituar el resultado alcanzado, declarando o no su validez, sustentando la decisión en el juego de los principios jurídicos aplicables al caso. En consecuencia, integrará el resultado disvalioso y consecuentemente desplazado, ya sea aplicando las normas imperativas o elaborando una solución equitativa que determine la jurisdicción más adecuada⁸⁴³.

También el procedimiento de arbitraje y otros mecanismos de solución de controversias presentan dificultades de aplicación en el sistema protectorio. El derecho del comercio internacional prefiere los procedimientos informales y menos rigurosos: mediación, negociación, conciliación⁸⁴⁴. A fin de asegurar la validez y eficacia de los tribunales arbitrales, se entiende, ya como un principio general del comercio internacional, la independencia de la cláusula compromisoria insertada en un

⁸⁴³ Así resulta por ejemplo en una acción de clase tramitada en EEUU, por un litigio originado en Rusia, donde un norteamericano, pasajero de un hotel perteneciente a una cadena internacional, reclamó haber sido defraudado al facturársele una cifra superior a la prevista en la página Web a través de la cual había hecho la reserva. La cadena hotelera fue demandada en su casa matriz en USA, y argumentó que como los hechos principales ocurrieron en Moscú, debía rechazarse el reclamo en virtud de tratarse de un *forum non conveniens*, y ser Rusia el foro más adecuado para la producción de la prueba y demás diligencias procesales. Sin embargo, se hizo lugar al reclamo, debido a que un principio aplicable a los argumentos de *forum non conveniens* es que para determinar la existencia de un foro alternativo el tribunal debe contrapesar una variedad de intereses públicos y privados que justifique cuál es foro más apropiado. En definitiva, esa evaluación de intereses se hizo considerando la situación concreta de la debilidad propia del consumidor para cumplir con los pasos procesales. En este caso la regla consuetudinaria a la que no se hizo lugar fue la determinación de la jurisdicción de acuerdo al lugar de cumplimiento del compromiso reclamado. Cfr. *Motion to dismiss*, Britt a. Shaw et al. v. Marriott International, inc. United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 05-1138 (GK). Volveremos a tratar este caso al hablar de 'calificaciones' (cfr. p. 466) y *forum non conveniens* (cfr. p. 634).

⁸⁴⁴ Cfr. SIERRALTA RÍOS, "Comentarios liminares...", p. 270.

contrato⁸⁴⁵. Esta separabilidad supone que ésta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Así, en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, si un contrato subyacente o principal que contiene una cláusula compromisoria es declarado nulo, la nulidad no se extiende a la cláusula. He aquí una modificación al principio tradicional, ya que en este supuesto lo accesorio no sigue a lo principal⁸⁴⁶.

Pero nada impediría, que pactada la jurisdicción arbitral —incluso antes del nacimiento del litigio y en un contrato de consumo con cláusulas predisuestas—, si esta llegara a resultar conveniente para el consumidor —de acuerdo a parámetros objetivos—, un tribunal arbitral pueda abocarse a resolver la disputa y que su laudo sea obligatorio. El consumidor puede plantear la excepción de incompetencia, para lo cual la misma Ley Modelo prevé una solución al respecto⁸⁴⁷. Así, considero

⁸⁴⁵ Aún cuando en algunos países, este principio pueda ser objetado en el orden interno por alguna jurisprudencia contraria. Cfr. RIVERA, Julio César “El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino”, en www.rivera.com.ar/archivos, última visualización el 12/01/09.

⁸⁴⁶ “Artículo 16. *Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia* 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”. En términos similares el art. 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: “Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

⁸⁴⁷ No me olvido de la mayor objeción que se puede presentar a este planteo: el consumidor se vería embarcado en un proceso judicial, lo cual de por sí es una limitante al ejercicio de sus derechos. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en el art. 16.2) “La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbi-

que el enorme esfuerzo y logros de la *lex mercatoria* deben ser aprovechados en todo lo que se pueda, informándola de los principios nutricios del derecho del consumo, ya asumidos como propios por todas las naciones civilizadas⁸⁴⁸.

Da la impresión que un sistema de *soft law* para la protección del consumidor es asequible. Los rápidos cambios del contexto económico, sociológico, tecnológico, etc., hacen posible que una estructura plástica logre objetivos razonables, aunque sin el nivel de detalle que se podría esperar de una solución directa o material. La misma *lex mercatoria* es un conjunto de reglas y principios en continua evolución para adaptarse al medio internacional del comercio, lo que no constituye una debilidad sino una prueba de su vitalidad⁸⁴⁹.

tral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora”.

⁸⁴⁸ Los autores en general consideran que tanto los Principios Unidroit como los Principios Europeos de los Contratos constituyen un *ius commune* de los contratos. Cfr. LANDO, “Principles of European Contract Law...”, p. 7. Esto es lo que permite ambicionar una base común, donde los principios y disposiciones a favor del consumidor que puedan llegar a construirse, tengan una acogida semejante a como las normas protectivas internas son tenidas en cuenta en un régimen interno de derecho civil.

⁸⁴⁹ Cfr. BERGER, «The Concept of “Creeping Codification” ...», p. 6.

CAPÍTULO IV.
LOS DERECHOS SUBJETIVOS
DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO
EN UN SISTEMA PROTECTIVO

Llega un momento en que, en aras de la seguridad jurídica, debemos educir el ‘suyo de cada uno’ del sistema principialista que hasta ahora venimos estructurando⁸⁵⁰. En el ámbito protectorio del consumidor existe una profusión de declaraciones, recomendaciones y cláusulas constitucionales que deben ser discernidas. No toda expresión de deseos o normas programáticas dan lugar a derechos subjetivos; lo mismo sucede en el campo de las relaciones de consumo transfronterizo. Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, indican a los países qué deben asegurar a los consumidores:

“Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos”⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Es decir que de los valores que trasuntan los principios hay que hacer explícitos y en algunos casos educir los derechos subjetivos del consumidor. Cfr. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, p. 59.

⁸⁵¹ “Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor”, ampliadas en 1999, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

A primera vista, de aquí no se desprende un derecho subjetivo, ni estamos ante una disposición mandatoria para los gobiernos, ni es reclamable su cumplimiento de modo interno o internacional. De modo puntual en el aspecto jurisdiccional, pero igualmente respecto de cualquier otro derecho, se requiere certeza y más aún si, de acuerdo los principios de un sistema protectorio, se deben admitir —como criterio general— la mayor cantidad de posibilidades jurisdiccionales⁸⁵².

Bajo ciertas circunstancias puede presentarse un ‘conflicto de derechos’, que en realidad oculta un conflicto de intereses: el reclamante, pretende que se le haga justicia; el otro, quiere ejercer su defensa. ¿Quién de ambos tiene realmente derecho, y a qué, en el caso concreto? Este problema también se presenta, por ejemplo, cuando un proveedor internacional, con negocios *on line*, habiendo previsto contractualmente la *prorrogatio fori*, es obligado a litigar en múltiples jurisdicciones. Esa imprevista deslocalización afecta su ‘patrimonio’, del cual forma parte la cláusula cuestionada⁸⁵³.

Ya que los derechos del consumidor son un justo reparto, las directivas del ordenamiento deberán formalizarse como potestades o dere-

(UNCTAD), 2001, nro 32. Las “Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor” representan el “consenso de la opinión internacional sobre lo que deberían ser las buenas prácticas y leyes de protección del consumidor”, siendo un “conjunto internacionalmente reconocido de objetivos mínimos que todos los consumidores del mundo esperarían que fueran aplicados” en sus respectivos países. Son un conjunto de estándares o principios mínimos, a partir de los cuales, de ser debidamente recogidos y aplicados por los países, asegurarían a los consumidores el nivel de protección mínimo que éstos podrían esperar en su interacción con los proveedores en el establecimiento de relaciones de consumo el mercado global”. Cfr. SERRA CAMBACERES, Antonino, “Implementación de las Directrices para la Protección del Consumidor de Naciones Unidas”, *Consumers International* - Oficina para América Latina y el Caribe Consumers International, disponible en <http://www.consumersinternational.org>

⁸⁵² “En materia de jurisdicción internacional rige, en principio, la máxima de la generosidad. Cuando más fueros se pongan a disposición del actor, más cómoda le será la realización de sus peticiones. (...) En segundo lugar, la comodidad del actor no debe redundar en una incomodidad injusta del demandado”. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 469.

⁸⁵³ Respecto de un concepto amplio de patrimonio, que integra los contratos y los derechos económicos que de allí se derivan, cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p 107 y ss.

chos subjetivos. Ahora, una vez que he analizado la situación fáctica del consumidor en el comercio internacional y quedaron definidos los principios que estructuran el sistema protectorio, corresponde determinar qué condiciones se requieren para que cada una de las partes pueda considerarse como titular de una potestad reclamable. En este caso, su derecho, lo suyo propio, en cuanto el acceso a los tribunales que solucionarán su conflicto, o lo propio del proveedor, su derecho, que también debe ser respetado.

En este proceso de concreción, primero intentaré establecer qué derechos o expectativas se desprenden de los principios relevados. En algunos casos, estos darán lugar a derechos fundamentales o constitucionales como sustento del sistema protectorio, por ser mandatorios por sí mismos. En otros casos, estos principios pueden formar parte del orden público internacional.

Para determinar los derechos subjetivos del consumidor, también debemos situarnos en el terreno de los derechos fundamentales; tanto cuando el sujeto pasivo es el Estado, como cuando esos derechos están presentes en las relaciones entre particulares⁸⁵⁴. Para ese estudio deberá considerarse el fundamento de los derechos del consumidor transfronterizo, de donde se desprenderá qué corresponde a la mera materialidad y qué a la sustancia o formalidad del derecho, y por tanto exigible⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ Algunos autores consideran que la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no se da siempre a través de la existencia o reconocimiento de derechos subjetivos a favor del consumidor. Les parece que no se pueden resumir todas las hipótesis de aplicación directa de los derechos fundamentales en el molde estrecho de los derechos subjetivos. Mencionan como supuestos de aplicación directa la interpretación de cláusulas contractuales, o como pauta exegética, o límite externo de la regulación jurídica emanada de fuentes no estatales, como los estatutos de sociedades, etc. Consideran que no hay que limitarse a los derechos subjetivos sino también a los valores que emanan directamente de la Constitución. Puede tratarse de un poder jurídico, o una facultad, o un cánón interpretativo o como auténtico derecho subjetivo. La distinción nos parece innecesaria, ya que cada vez que la pretensión sea reclamable y reconocida, estamos ante un derecho subjetivo. Cfr. SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 299-300.

⁸⁵⁵ La protección procesal internacional del consumidor también es considerada como parte de los derechos humanos, tanto para el acceso a la justicia como para la pro-

Una vez verificados los derechos constitucionales del consumidor, se impone el análisis de razonabilidad que solucione los eventuales casos particulares de colisión, de donde surgirá el efectivo derecho de cada una de las partes. Debemos resolver los conflictos de pretensiones jurídicas. Los puntos de contacto entre derechos tendencialmente opuestos pueden generar contradicciones, porque los bienes jurídicos tutelados ocupan sitios cercanos y se refieren a potestades divergentes. El contenido esencial del derecho del consumidor tiene un núcleo teleológico, a través del principio *favor debilis*, que puede coadyuvarse o en ocasiones contraponerse con el contenido esencial de la garantía de acceso a la justicia. En caso de colisionar con la libertad de comercio, o el derecho de propiedad, o la misma garantía de acceso a la justicia por parte del proveedor, se deberá observar qué derecho está presente en la puja.

Del mismo modo, también habrá que preguntarse si los derechos existentes en el plano interno rigen en el internacional, al no poder considerarse como una obligación del Estado que actúe donde no ejerce soberanía. Es decir, qué derechos del orden interno tienen virtualidad en un contexto de internacionalidad. Recién finalizado este proceso estaremos en condiciones de establecer con relativa precisión los derechos subjetivos, y, especialmente, los correspondientes a la atribución de jurisdicción internacional.

IV. A. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONSUMIDOR

IV. A. 1. Delimitación de los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo

¿A qué nos referimos cuándo hablamos de derechos fundamentales?

tección de la parte débil. Cfr. LIMA MARQUES, "O novo direito internacional privado...", p. 276.

“Los derechos humanos naturales o fundamentales no son ‘creados’ por ninguna autoridad estatal o social, sino que simplemente corresponde que los reconozcan por medio del derecho positivo, pues su existencia deriva de la naturaleza humana. El hombre se presenta ante sus semejantes como titular de ciertos derechos o suyos cuyo título es ser simplemente miembro de la especie humana, y exige el respeto de ellos dado que su violación compromete su propia humanidad”⁸⁵⁶.

Los derechos humanos naturales originarios son “principios del derecho” porque son punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce, atento a que expresan la juridicidad primera o radical que permite constituir, confirmar o convalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres. Los principios del derecho, al enunciar los derechos fundamentales, nos ponen en contacto con aquello que identificamos como propio y como debido por los otros, leyendo en nuestra propia naturaleza. Además, posibilitan e instan a que la restante juridicidad que necesitamos para la vida social se configure respetando aquel núcleo jurídico. De esto también depende que el derecho garantice su funcionalidad al servicio del hombre⁸⁵⁷.

El origen de los derechos fundamentales o derechos constitucionales (dependiendo de su denominación, por ej. España y Alemania en un caso, Estados Unidos y Argentina, en el otro) proviene de los procesos constitucionales que generan las cartas de derechos del ciudadano, como ocurrió en su momento con la revolución francesa, por ejemplo. Son los derechos que los hombres tienen frente al Estado, de una particular fuerza e incorporados en los textos constitucionales⁸⁵⁸. En algunos ca-

⁸⁵⁶ VIGO, *Los principios jurídicos...*, pp. 26-27.

⁸⁵⁷ *Idem*. “Los derechos humanos fundamentales son aquello desde lo cual algo es o deviene jurídico (significado o uso ontológico; *principium o ratio essendi*), o aquello desde lo cual se conoce o reconoce intrínseca y raigalmente algo como jurídico (significado o uso gnoseológico o epistemológico, *principium o ratio cognoscendi*)”.

⁸⁵⁸ Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 12-18. También CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 210-211.

esos, esos derechos se identifican con las normas, y en otras con una libertad en principio ilimitada⁸⁵⁹.

Puede ser útil un ejemplo. Es natural al hombre consumir alimentos, de lo que se desprende un derecho humano a la alimentación, a fin de asegurar su subsistencia. Pero el modo concreto en que la sociedad se ha organizado para que esos productos lleguen a cada persona no dimana de la naturaleza humana sino de una situación fáctica que obedece a múltiples razones. De allí se originan los derechos humanos subsiguientes⁸⁶⁰. Es natural al hombre consumir, y especialmente cuando se trata de consumir en relación con bienes humanos básicos. Pero el modo en que históricamente se organizó ese consumo, cambiante de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo, ha dado origen a la relación de consumo. Esto incluye, obviamente, a aquellas que se desarrollan en un contexto de internacionalidad. Es decir, que dentro de la actividad propia de 'consumir' —en el sentido fisiológico del término—, algunos de sus elementos serán objeto de un derecho fundamental primario, y otros, de un derecho secundario o subsiguiente⁸⁶¹.

La protección del consumidor forma parte del llamado "constitucionalismo social", en cuanto regulación de "la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el

⁸⁵⁹ "Hoy en día puede decirse que el principal contenido del bien común es el reconocimiento, la promoción, la satisfacción y la defensa, tutela y garantía de los derechos humanos. Sin libertades no hay respeto a la persona, ni convivencia humana, social o política". TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1200.

⁸⁶⁰ Cfr. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 111 y 112. Derechos naturales originarios son aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana. En cambio, son derechos naturales subsiguientes aquellos que dimanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre.

⁸⁶¹ En el primer caso se puede mencionar el "acceso al consumo", propiciado en el n. 31 de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, o el "consumo sustentable" propiciado en los nn. 2 y siguientes de las mismas Directrices. En el segundo supuesto, podemos ubicar la responsabilidad del fabricante y otros participantes de la cadena comercial por productos defectuosos, del art. 40 LDC.

ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución”⁸⁶². Así, distintas cartas de derechos fundamentales incluyen la protección del consumidor como uno de sus objetivos. ¿Qué valor normativo tienen esas disposiciones?⁸⁶³

Habrá que tener en cuenta que no todo enunciado de ‘derecho fundamental’ será mandatorio para el juez del foro, y, en caso de serlo, no lo será en igual medida, teniendo en cuenta las particularidades de cada sistema jurídico nacional en cuanto a la operatividad de estos derechos. Esto se puede advertir en algunos enunciados de la Declaración Presidencial de Florianópolis sobre derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR:

“La defensa del consumidor en el MERCOSUR, contemplará los siguientes derechos fundamentales, sin exclusión de otros y teniendo en consideración el compromiso de armonizar progresivamente las respectivas legislaciones: a) a la protección eficaz de la vida, de la salud y de la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios; g) a la información suficiente, clara y veraz; j) a la protección contra cláusulas contractuales abusivas, conforme la legislación vigente en cada Estado Parte; (...)”

y, especialmente importante a nuestros fines,

“(...) k) a la facilitación del acceso a los órganos judiciales, administrativos y a medios alternativos de solución de conflictos, mediante pro-

⁸⁶² LÓPEZ CAMARGO, “Derechos del consumidor...”, p 2. Como ejemplo del surgimiento del constitucionalismo social y la aparición de la llamada “tercera generación de derechos”, se puede mencionar el Artículo 75 de la CN - “Corresponde al Congreso (...) 19.- Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social (...), la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (...)”. Interesa destacar el cambio que significa el paso de un principio liberal de autonomía de la voluntad e igualdad formal hacia la igualdad de oportunidades, de contenido sustancial.

⁸⁶³ Cfr. SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, pp. 70-74. La baja imperatividad de ciertas normas de derecho fundamental no se debe sólo al abstencionismo estatal, sino también al grado de indeterminación de los textos o la escasez de recursos. El resultado ha sido un alto nivel de descreimiento respecto de la Constitución. De allí que se propugne constitucionalizar el derecho privado.

cedimientos ágiles y eficaces, para la protección de los intereses individuales y difusos de los consumidores”.

IV. A. 2. ¿Carácter programático u operativo?

A todas luces se puede ver el carácter eminentemente programático de esta Declaración. El “compromiso de armonizar progresivamente las respectivas legislaciones”, implica, en primer lugar, que no tiene un efecto imperativo; luego, que no está dirigida *per se* a los poderes estatales, sino a los propios países, para que armonicen sus legislaciones, lo cual podría acarrear reclamaciones entre los Estados Parte; en tercer lugar, que a pesar de no tener efectos imperativos, de todas maneras pueden ser directrices para los magistrados o legisladores, o bien elementos argumentativos de razonabilidad, al momento de tener que resolver situaciones particulares. Desde el momento que los derechos fundamentales expresan valores y principios, ni el legislador puede elaborar normas que contradigan esos mandatos esenciales, ni los jueces y administradores tomar decisiones que impliquen una vulneración de los mismos⁸⁶⁴.

Por lo general, la consagración constitucional de los derechos básicos del consumidor tiene un carácter programático⁸⁶⁵. En primer lugar, porque tal como están redactadas, las cláusulas constitucionales precisan de un desarrollo legal para lograr su eficacia; segundo, porque las constituciones fijan los objetivos a alcanzar a través de una política jurídica de protección a los consumidores; y finalmente porque brinda un

⁸⁶⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 74. Como indica TOLLER, “La importancia de las prerrogativas fundamentales de la persona es, afortunadamente, un hecho innegable. Actualmente buena parte del debate jurídico y ético se desarrolla en términos de derechos. Así, en los últimos doscientos años el derecho constitucional ha ido teniendo buena parte del derecho, a partir de las exigencias relativas a distintos derechos y libertades que ha ido planteando a las distintas ramas de la ciencia jurídica, desde del derecho procesal, al penal, el civil, el administrativo, etc.” TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1201.

⁸⁶⁵ Respecto a la distinción entre normas declarativas, operativas y programáticas, ver SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, 2ª Edición actualizada y ampliada, Tomo 1. pp. 92-97.

marco de referencia a las actuaciones de los poderes públicos que deben conseguir esos objetivos y desarrollar las normas aplicativas⁸⁶⁶.

En este sentido, el primer párrafo del art. 42 CN, al decir que “[L]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, *en la relación de consumo*, (...)”, parece introducir una novedad al establecer expresamente un derecho fundamental del consumidor, no ya frente al Estado, sino ante los proveedores mismos. La diferencia con otros textos es patente, por cuanto en general establecen garantías constitucionales que engendran obligaciones de los poderes estatales, sin mencionar a los particulares de modo directo. Al referirse a la ‘relación de consumo’, la cláusula constitucional argentina, ¿resulta directamente operativa? Ante un conflicto de jurisdicciones, habrá que tener en cuenta la amplitud y operatividad de la cláusula constitucional, y cómo será interpretado el derecho fundamental allí consagrado. De este problema dependerá que el juez del foro, de acuerdo a su sistema de Derecho Internacional Privado, pueda o no abrir su jurisdicción, o reconocer la competencia internacional de un magistrado extranjero. En cada caso, además, habrá que tener en cuenta qué se determina en un orden jurídico dado, quién y bajo qué circunstancias ejerce ese control de constitucionalidad. El sis-

⁸⁶⁶ Cfr. LÓPEZ CAMARGO, “Derechos del consumidor...”, p. 5. Como ejemplo de cláusula constitucional programática, tenemos el artículo 51 de la Constitución española de 1978, que establece: “1.- *Los poderes públicos* garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, *mediante procedimientos eficaces*, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2.- *Los poderes públicos promoverán* la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca. 3.- En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales” (el destacado es mío). En términos similares se expresan las constituciones de otros países, como Colombia y Panamá. En otras, como Bolivia y Chile, no encontramos textos expresos, pero la protección se puede deducir de los principios de solidaridad, de protección del bien común y la justicia social, la igualdad, la defensa de la competencia y la transparencia del mercado. En otros casos, como Brasil, tras instituir como principio general de la actividad económica la defensa del consumidor (art. 170 numeral V), ordena la sanción de una ley protectora: art. 5 numeral XXIII. Finalmente, en otros países, como Uruguay, existen constituciones que nada dicen de la protección del consumidor y tampoco obligan a los poderes estatales a tomar acciones concretas, lo que no significa que esa protección no exista, sólo que no está expresada como derecho fundamental.

tema institucional puede ser determinante, en algunos casos, a los fines de plantear la litis en uno u otro país, si la apertura de la jurisdicción se fundamenta en el ejercicio de un derecho fundamental. Si estos actuaran como impedimento para abrir la jurisdicción, o para denegarla, o para ejecutoriar una sentencia o resolución extranjera, estaríamos ante una de las características negativas de la jurisdicción: el orden público jurisdiccional⁸⁶⁷.

Las normas programáticas son aquellas reglas constitucionales que no se aplican por sí mismas, sino que requieren el dictado de leyes u otras reglas que las complementen o reglamenten. De todos modos, estas normas “tienen vida”, a través de su eficacia parcial. Como indica SAGÜES,

“a) son reglas jurídicas de rango constitucional; b) actúan como material jurídico inductor, en el sentido de que impulsan al legislador ordinario y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; c) condicionan la validez de la legislación ordinaria (resultaría inconstitucional, pues, una norma subconstitucional opuesta a una norma constitucional programática), y d) sirven para interpretar la constitución”⁸⁶⁸.

De este modo, los valores fundamentales se incorporan normativamente, a fin de asegurar su resguardo⁸⁶⁹. La publicización del derecho privado y el intervencionismo estatal que se derivan de la idea del Estado social, modifica la figura pasiva y abstencionista, como coraza de los individuos frente a los abusos del poder⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 67.

⁸⁶⁸ SAGÜES, *Elementos de derecho constitucional*, pp. 93-94.

⁸⁶⁹ El problema de la inconstitucionalidad por omisión nos parece de dudosa aplicación para nuestro caso de protección del consumidor en operaciones transfronterizas, ante la inactividad del Estado en determinar mediante normas más precisas las normas programáticas. Los jueces pueden abrir la vía de acceso de los particulares, hacerla operativa y facilitar su aplicación y su vigencia impedidas hasta ese momento, pero no ordenar al Estado que llene el vacío legal. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma. El rol de los jueces”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, p. 96.

⁸⁷⁰ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 595-596.

A modo de ejemplo de la operatividad de estos derechos, la Constitución española indica:

Artículo 9.1 “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Artículo 10. 1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político y de la paz social*”.

Artículo 53. 1. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.”

Cuando se dice que los derechos fundamentales constituyen el “fundamento del orden político y de la paz social”, se quiere significar que informan todas las relaciones sociales, incluidas aquellas entre los particulares⁸⁷¹. En palabras de LORENZETTI:

“Los derechos del consumidor son una especie del género «derechos humanos». Estos derechos reconocidos en cartas constitucionales y Tratados han sido denominados derechos «fundamentales», donde el carácter *ius fundamental* proviene de su status constitucional. Al aplicárseles en el Derecho Privado han recibido el nombre de «derechos personalísimos». Las tres designaciones corresponden a una sola categoría referida a derechos que tiene el ser humano, anteriores incluso al Estado”⁸⁷².

Los derechos del llamado “orden público económico” tratan de legitimizar e instrumentalizar la creciente intervención del Estado en la ac-

⁸⁷¹ DE DOMINGO, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales...”, p. 26, con cita de Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 263, y con cita de Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1995, p. 628.

⁸⁷² LORENZETTI, *Consumidores*, p. 115. Por mi parte, ya aclaré en el Capítulo III que reservo la expresión derechos humanos para aquellos que son exigibles por la comunidad internacional.

tividad económica de los particulares⁸⁷³. Así, el consumidor pasa a ser un sujeto de los derechos fundamentales, en una categoría diferente a la de ciudadano. Se reduce el espacio para la actuación de los particulares en la autorregulación de sus relaciones negociales. La autonomía privada queda limitada, y también el espacio de decisión del propio Estado, que debe legislar, ejecutar y juzgar de acuerdo a las líneas indicadas por la propia Constitución⁸⁷⁴.

Esto obliga a incorporar estos derechos en la interpretación sistemática de todas las normas del ordenamiento. La coherencia interna exige al intérprete que armonice los principios constitucionales aparentemente contradictorios, como la defensa del consumidor y la libertad de iniciativa económica⁸⁷⁵. Cómo se interprete y haga operativo cada derecho no será igual ante circunstancias cambiantes. Los hechos del caso deberán ser tenidos en cuenta para esta modalización, y la internacionalidad será uno de los elementos decisivos. La tarea de determinar los fines de cada derecho no se realiza en abstracto, sin considerar la posición jurídica de las partes que intervienen en el caso concreto, ya que las circunstancias tienen mucho que decir sobre el problema⁸⁷⁶.

Un ejemplo de esta finalidad de los derechos —aunque referida a un proceso de integración— puede verse en el considerando quinto de

⁸⁷³ Cfr. LÓPEZ CAMARGO, "Derechos del consumidor...", p. 5.

⁸⁷⁴ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 598. En Brasil, el art. 170 de la Constitución Federal de 1988, indica que el orden económico tiene como fundamento la libre iniciativa y como uno de sus límites constitucionales a la defensa del consumidor (inc. V), junto con la libre competencia (inc. IV).

⁸⁷⁵ Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 598. La antinomia es aparente y deseada por el propio constituyente, pues de esa antítesis nacerá la síntesis. La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, y la consecuente relativización de dogmas y postulados considerados absolutos, como la propia autonomía de la voluntad en los contratos y la libertad de contratar

⁸⁷⁶ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 188. Así, si bien oportunamente trataré de brindar una tipología básica de relaciones de consumo transfronterizas (compraventas, servicios bancarios, hotelería, etc.), a fin de sistematizar grupos de circunstancias semejantes, igual resulta insuficiente para que las soluciones propuestas sean definitivas y completas. Así, las circunstancias serán determinantes para que la garantía de acceso a la justicia sea o no respetada. Cfr. la comparación que hice de los casos "Paris Video Home" y V., M.C. c. UBS", supra p. III. C. 2.b), p. 266 y ss.

la Declaración Presidencial de Florianópolis sobre derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR:

“[s]e debe buscar la modernización de las economías de los Estados Partes del MERCOSUR, de modo de ampliar la oferta y calidad de los productos y servicios disponibles, asegurando el derecho de acceso y elección de los consumidores, a fin de mejorar sus condiciones de vida (...)”.

IV. A. 3. Determinación de los derechos fundamentales a partir de los principios

A los derechos fundamentales se llega a partir de los principios. Estos, en cuanto prepositivos, tienen un contenido inteligible y enunciable. Luego, toman forma y son llenados de contenido por las decisiones judiciales o las leyes, indicando a su vez a éstas la dirección⁸⁷⁷.

Muchos de los principios han sido concretados a través de disposiciones constitucionales, estableciendo derechos y garantías, los que no son operativos por sí mismos sino a través de las normas que reglamentan su ejercicio, incluso existiendo una disposición constitucional específica⁸⁷⁸. Luego, la Constitución ha delegado en los Poderes Legislativo y Ejecutivo estas reglamentaciones, a fin de aplicarlas de acuerdo a los objetivos de política social⁸⁷⁹. Si bien todos los derechos y garantías fundamentales remiten a la dignidad de la persona, la particular concreción

⁸⁷⁷ En el número III. B. 4, p. 235, ya me he referido a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, y por qué considero que la protección del consumidor transfronterizo no es un derecho humano. Los derechos fundamentales, además de dar derecho a algo, fundamentan el orden jurídico, de allí su relación tan íntima con los principios.

⁸⁷⁸ Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, pp. 1249-1252

⁸⁷⁹ Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 248. Como indica LORENZETTI, “[E]n el Derecho Privado estos derechos tienen una gran repercusión que se revela en primer lugar en el principio personalista. El grupo de derechos fundamentales actúa como un núcleo alrededor del cual se pretende que gire el Derecho Privado; un nuevo sistema solar en el que el sol sea la persona. No se trata de una mera comprobación fáctica o de una instalación legal pasiva, sino de un verdadero principio activo”. LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 60.

requiere por lo general de decisiones sobre derechos concurrentes⁸⁸⁰. De esta manera, los principios son concretados a través de los derechos fundamentales y producen efectos en forma mediata. Este es el motivo por el cual la Constitución tiene primacía por sobre el Derecho privado: los derechos fundamentales articulan el ordenamiento en su totalidad⁸⁸¹.

Los límites a la autonomía de la voluntad reglamentan, entre otros, la libertad de ejercer toda industria lícita, el derecho de propiedad o la misma garantía de defensa en juicio. También “la protección del consumidor en la relación de consumo” (art. 42 CN) está reglamentada, en la medida que es uno de los nuevos derechos y garantías considerados por el constituyente de 1994⁸⁸². Esas reglamentaciones no se presumen inválidas o exorbitantes, y solo en ciertos casos el Poder Judicial podrá determinar que la regulación, mediante normas generales o cláusulas particulares, excede los parámetros establecidos en las garantías constitu-

⁸⁸⁰ LIMA MARQUES brinda un ejemplo de cómo los principios constitucionales derivan en derechos del consumidor. Se refiere a un caso donde un consumidor extravió una maleta en un viaje aéreo. Si bien la Convención de Varsovia establece la indemnización tarifada de los daños materiales, no excluye la relativa a los daños morales. Si estos se configuran por los sentimientos de incomodidad, ansiedad, humillación y dolor derivados del extravío de la maleta, cabe aplicar la Constitución, incisos V y X del art. 5º, que “no que se sobrepoê a tratados e Convenções ratificados pelo Brasil”. RE 172720-9/RJ, rel. Min. Marco Aurelio, j. 06.02.1996, DJ 21.02.1997). Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 602, en nota 837.

⁸⁸¹ Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 236. “El legislador de Derecho civil determina cómo se configuran y delimitan materialmente los ámbitos de libertad, qué le corresponden al individuo como suyo, y qué a los demás. La cuestión es, entonces, si los derechos fundamentales y la Constitución, en general, ordenan o prohíben al legislador ciertos preceptos. [...] Dado que el sujeto de derecho particular no es destinatario de la Ley Fundamental ni puede serlo, sino que sólo lo es el legislador, pero que es éste quien determina las relaciones jurídicas de los particulares, tal como lo autoriza la Constitución, es posible hablar de un “efecto indirecto sobre terceros”, y, al mismo tiempo, precisar este antiguo concepto. Los derechos fundamentales, en modo alguno tienen efecto sólo sobre la complementación material de cláusulas generales (...)”.

⁸⁸² Cfr. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 459.

cionales. La precisión del ámbito de regulación corresponde al legislador⁸⁸³.

Los derechos fundamentales no tienen la misma virtualidad ni se aplicarán en igual medida si el caso tiene relación con un derecho o tribunal extranjero. De modo general —al menos en sus orígenes—, las garantías fundamentales se dirigen principalmente a la protección del ciudadano frente al Estado, y no a la realización de políticas estatales en situaciones privadas transfronterizas⁸⁸⁴. Por tanto, se requiere un esfuerzo adicional para incluir la característica de la internacionalidad en el razonamiento jurídico que aplica o se deriva de derechos fundamentales, aún cuando es indudable la influencia que tienen los textos constitucionales en los tres problemas del Derecho Internacional Privado: los conflictos de leyes, de jurisdicciones y la cooperación judicial⁸⁸⁵. Sobre estos fundamentos podrán luego construirse los derechos del consumidor transfronterizo.

⁸⁸³ Cfr. SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, pp. 283-284. Aunque resulta discutible, como luego veremos, SPELLENBERG, remarca que la Constitución, en cuanto a derechos fundamentales, sólo obliga primariamente al legislador. Ahora, si se trata de la protección de los ciudadanos frente a terceros, el ámbito de la protección (normas en general, tanto reglas como principios) debe ser extraído de los derechos fundamentales, y más indirectamente aún, de los principios superiores determinantes de las normas constitucionales. Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 237.

⁸⁸⁴ Cfr. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 250.

⁸⁸⁵ Las constituciones de todos los países despliegan de modo general y fundante el sistema de Derecho Internacional Privado de cada Estado, como parte de la totalidad del ordenamiento. Esto puede suceder de cuatro modos: a) una particular norma de derecho aplicable, ya sea que conste de modo escrito o en su aplicación por los tribunales, puede indicar que la aplicación de la ley del foro es inconstitucional al faltar suficientes contactos con ese foro; b) determinada norma puede ser inconstitucional, porque la constitución indica la aplicación de un derecho diferente al que se está utilizando; c) la norma que indica un derecho aplicable, en un determinado caso, puede, en abstracto, ser enteramente consistente con todos los principios constitucionales, pero el contenido sustancial del derecho aplicable puede significar una violación de la constitución; d) puede no haber objeciones constitucionales respecto del derecho aplicable en sí mismo, pero un error en su interpretación genera una violación de las garantías constitucionales. Cfr. HERZOG, “Constitutional limits on choice of law”, p. 253. La doctrina nacional se ha ocupado poco del tema. Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., «El control de constitucionalidad de la “norma importada”», LL 2003-D, pp. 1327-1330.

IV. A. 4. Cómo dotar de operatividad a los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo

De acuerdo al primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional (CN), “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”. El segundo párrafo indica como obligación del Estado “a [l]a defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales (...)”. La ‘relación de consumo’ allí mencionada es la puerta de entrada al microsistema de protección del consumidor, en el marco del funcionamiento de una economía de mercado, la que está resguardada en función de los ciudadanos que gozan de una especial calificación⁸⁸⁶.

La protección de la confianza, la información adecuada y veraz, la leal competencia entre los agentes económicos, el derecho de marcas y la lealtad comercial, son todos componentes de un armónico sistema que tiene como centro a la persona en cuanto sujeto de la economía de bienestar⁸⁸⁷.

El derecho del consumidor en una relación de consumo transfronteriza está garantizado de modo implícito por el art. 42 CN mencionado, que garantiza el goce de los derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (arts. 14 y 28 CN), de donde se deduce que es posible su reglamentación o regulación. De todas maneras, la mención en los

⁸⁸⁶ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “La relación de consumo”, en *Defensa del Consumidor*, LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 27.

⁸⁸⁷ El art. 3 de la LDC ratifica estos conceptos cuando indica que “[l]as disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen”. Cfr. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 470. Para mayor desarrollo respecto de la interrelación entre las normas de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor, cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV, Número 38, 2000, pp. 261-333.

arts. 42 y 43 CN en cuanto que “[L]as autoridades proveerán a la protección de esos derechos” y que “[L]a legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”, creemos es sustento suficiente para que, ante la laguna jurisdiccional, un magistrado pueda arrogarse competencia internacional. La garantía sustancial de protección del consumidor se complementa así con la adjetiva, posibilitando una eventual creación pretoriana que habilite a una jurisdicción adecuada y que haga posible una decisión justa⁸⁸⁸.

Como puede observarse, para que los derechos fundamentales sean operativos, hay que llegar a un nivel mayor de concreción, tarea que de ordinario corresponde de la legislación interna, o a los tratados y convenciones internacionales. Debemos evitar caer tanto en la proliferación indiscriminada o “inflación” de derechos humanos, como en la falta de concreción de los derechos fundamentales. Las declaraciones deben especificarse legislativamente y de modo ajustado a las circunstancias sociales. Además, si los derechos se añaden unos sobre otros en lugar de integrarse, los problemas de coordinación dan lugar a choques irresolubles, con soluciones “caprichosas”. Cuando los derechos fundamentales quedan “inválidos” por falta de reglamentación, sin contar con una base institucional que provea las reglas de aplicación, las pretensiones resultan extravagantes⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 40 y ss. Si bien la autora se refiere a las carencias jurisdiccionales en el orden interno, reviste igual valor frente a deficientes o nulas atribuciones de competencia internacional.

⁸⁸⁹ La inflación de los derechos hace referencia a la pérdida de valor que significa su multiplicación sin sustento normativo, o, lo que es lo mismo, carentes de efectividad. “El vicio inherente a la teoría de los derechos es que presupone un horizonte homogéneo de experiencia que no existe en la realidad. Se produce así un conflicto entre la diversidad persistente de las relaciones sociales y el poder homogeneizador del Derecho. De este modo se producen dos efectos adversos. En algunos casos se sobrerregula a fin de producir esa nivelación, provocando la rebeldía de sectores afectados y contradiciendo reglas económico sociales que terminan por desbaratar la pretensión protectoria. En otros supuestos se infrarregula, conduciendo a la privatización de lo jurídico, adoptando los criterios de racionalidad práctica extra-legal: el derecho economizado, medicalizado, politizado. La sola declaración de derechos permanece así en ese estadio de invalidez; a nadie molesta. El derecho es mediatizado, convertido en medio”. LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 83.

En vistas a lograr la concreción de los derechos del consumidor transfronterizo —en los planos ontológico, temporal y espacial— y hacer operativo al sistema protectorio, habrá que estudiar los mismos derechos constitucionales bajo una nueva perspectiva, ya que la laguna sistemática requiere que las soluciones sean acordes con los derechos fundamentales involucrados⁸⁹⁰.

IV. A. 5. El concepto de derecho fundamental: algunas precisiones terminológicas

En el estudio de los derechos fundamentales, se debe advertir, en primer lugar, un sujeto de derecho; después, un bien humano en su condición de bien jurídico ante el derecho; y, finalmente, el derecho fundamental que tutela ese bien jurídico. En definitiva, el derecho fundamental es la coraza o armazón jurídica, un mecanismo técnico que el hombre crea para dar una protección adecuada a bienes de suma importancia⁸⁹¹. En el caso de la protección del consumidor, la juridicidad del consumo y su relación con la dignidad de la persona está dada por su carácter instrumental en relación a los bienes humanos básicos a los que sirve (*ut supra* I. C. 1, p. 66 y ss.)⁸⁹².

CIANCIARDO, junto con ALEXY, se pregunta, por una parte, cuándo una norma es de derecho fundamental. Luego, desde un punto de vista abstracto, qué criterios determinan que esa norma es de derecho fundamental, ya sea que forme parte o no de un texto constitucional. Y, por úl-

⁸⁹⁰ El problema de la concreción de los derechos humanos está en el núcleo del debate iusfilosófico. Se requiere pasar del universal al particular, ya que el individuo es el concreto titular de derechos y el único que puede sufrir una desigualdad de hecho. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 42-44.

⁸⁹¹ Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1211.

⁸⁹² Como aclara FERRAJOLI, los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles. Las tres primeras funciones podrían reconducirse a esta última. Cfr. FERRAJOLI, Luigi "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 362.

timo, cuáles normas de un orden jurídico dado son de derecho fundamental⁸⁹³.

En principio, son normas iusfundamentales las expresadas a través de enunciados normativos contenidos en la Constitución. Esto, que parece simple, nos plantea un problema. Primero, que por su condición de supremacía supranormativa, pueden existir normas de derechos fundamentales que no estén en la Constitución, por lo cual la afirmación resulta indebidamente restrictiva⁸⁹⁴. En segundo lugar, los tribunales constitucionales suelen dictar normas que explicitan, concretan y facilitan la aplicación de las normas iusfundamentales consagradas en la Constitución⁸⁹⁵. Estas últimas son las llamadas “normas adscriptas a un derecho fundamental”.

Estas normas adscriptas pretenden hacer patentes los derechos no reconocidos expresamente en el texto constitucional. Miradas sólo desde este ángulo, podrían entrañar el riesgo de ampliar demasiado el catálogo de derechos fundamentales⁸⁹⁶. Esto se equilibra con el otro propó-

⁸⁹³ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 192-193, con cita de Robert ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Ernesto GARZÓN VALDÉS, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁸⁹⁴ HERZOG brinda un ejemplo de este supuesto. La Corte de Casación francesa declaró inaplicables soluciones de Derecho Internacional Privado relativas al reconocimiento de la personería jurídica a sociedades extranjeras, con fundamento en la Convención Europea de Derechos Humanos, por considerar que violaba el derecho de asociación. También declaró que la garantía de determinados beneficios jurisdiccionales para los nacionales, de acuerdo a los arts. 14 y 15 del Código Civil, son violatorios del derecho de igualdad y no discriminación de la misma Convención. Esto se debe, entre otras cosas, a que Francia adhiere al sistema monista, donde la Constitución y los Tratados internacionales están por encima de las normas locales. HERZOG, “Constitutional limits on choice of law”, pp. 324-325.

⁸⁹⁵ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 193.

⁸⁹⁶ *Idem* p. 197. Así, la CSJN, decidió que era incompatible con el derecho a la vida y la salud del consumidor en la relación de consumo, que una empresa de medicina prepa- gase rescindiera unilateralmente el contrato de un afiliado ante su contagio del virus del SIDA. Cfr. CSJN, “E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios”, 13/03/2001, Fallos 324:677, también publicado en LL 2001-B, 687 y LL 2001-E, 22, con nota de D'ARGENIO, Inés A., “Protección jurídica de un usuario sin servicio público”. En similar sentido, la CSJN resolvió que a los fines de interpretar una cláusula oscura, era determinante la debilidad de la parte no predisponente, junto con el resguardo a la vida y la salud, y la protección de los intereses económicos. Adicionalmente, sienta la doctrina de la distinción entre cláusulas

sito de estas normas: reducir la amplitud habitual de las normas iusfundamentales positivas, otorgando certeza y seguridad jurídica.

Luigi FERRAJOLI propone una «definición teórica, puramente formal o estructural de “derechos fundamentales”»:

«son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas»⁸⁹⁷.

Es una definición teórica porque no tiene en cuenta si los derechos en cuestión existen en éste o aquel ordenamiento o se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso prescinde del hecho de que esos derechos fundamentales aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo, de éste o aquel ordenamiento; por lo tanto la definición no es dogmática. Se fija sólo en el carácter universal de su imputación. Agrega FERRAJOLI:

«Entiendo “universal” en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos»⁸⁹⁸.

Desde este punto de vista, no importa el contenido de tal o cual derecho, ya que lo más importante es que esta definición permite identifi-

abusivas y ejercicio abusivo de cláusulas no abusivas *per se*. Se trataba del rechazo de una empresa de medicina prepaga al reclamo de una afiliada por el pago de prácticas neonatológicas, en razón de haberse efectuado la práctica dentro del período de carencia. El parto, normalmente, se hubiera realizado en el período de cobertura, pero debió adelantarse por contingencias imprevistas. CSJN, “R.V. de D.S., María c. Qualitas Médica S.A.”, 15/12/1998, Fallos 321:3493, también publicado en LL 1999-B, 118.

⁸⁹⁷ Cfr. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”, p. 19.

⁸⁹⁸ *Idem*, p. 20.

car la base de la igualdad jurídica⁸⁹⁹. Si estos derechos fundamentales son normativamente de “todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados⁹⁰⁰. Aquí se podría agregar que —en virtud de la igualdad jurídica— esos derechos protegerán tanto a nacionales como extranjeros, cualquiera sea la localización de determinada relación jurídica, ya sea que involucre a particulares o al mismo Estado.

Con el fin de realizar una tipología de estos derechos, FERRAJOLI distingue las ‘limitaciones’ y ‘discriminaciones’ al status de persona, que son la ‘ciudadanía’ y ‘capacidad de obrar’. Esto implica trazar una divisoria que define tanto la igualdad como la desigualdad de los derechos fundamentales. La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parámetros —el primero superable, el segundo insuperable— sobre los que se fundan las dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía. La otra divisoria es la existente entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Cruzando las dos distinciones se obtienen cuatro clases de derechos:

- a) Derechos humanos: son los derechos primarios (sustanciales) de las personas, y conciernen indistintamente a todos los seres humanos. También son llamados derechos de libertad. Son en sí mismos derechos-expectativa, y más concretamente una expectativa negativa, ya que generan prohi-

⁸⁹⁹ La “universalidad” tiene un sentido lógico-ontológico, constitutiva de los derechos de todos los humanos, debido a que el título de posesión es la dignidad humana. Se hace *a priori*, sin condicionamientos ni teniendo en cuenta atributos personales. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 42-43.

⁹⁰⁰ Cfr. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”, p. 21.

biciones de interferencia. Entre ellos encontramos el derecho a la vida, la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia, las garantías penales y procesales, etc. Son derechos inherentes a toda persona.

- b) Derechos públicos: son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos: a la residencia, circulación, reunión, derecho al trabajo, a la subsistencia, asistencia para incapaces. etc.
- c) Derechos civiles: son los derechos secundarios (instrumentales o de autonomía) adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, el derecho de accionar en juicio, etc. Sobre ellos se funda el mercado y permiten al sujeto actuar en la esfera privada, como por ejemplo la capacidad de obrar contractual. Son derechos-poder y su ejercicio consiste en tomar decisiones y celebrar actos jurídicos. Su titularidad, al presuponer la capacidad de obrar, corresponde a todas las personas.
- d) Los derechos políticos: son derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el sufragio pasivo, la posibilidad de acceder a cargos públicos. Sobre todos ellos se funda la democracia, y por lo tanto también son denominados derechos de ciudadanía⁹⁰¹.

Cabe preguntarse entonces, de acuerdo a esta clasificación, ¿dónde se colocan los derechos del consumidor? Cabe hacer algunas distinciones. Creemos que los presupuestos básicos de la defensa del consumidor, tal como se encuentran condensados por ejemplo en las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor son derechos humanos primarios y sustanciales. Corresponden a todas las personas,

⁹⁰¹ *Idem*, pp. 22 y 23.

sin discriminar territorio, nacionalidad, ciudadanía, etc., sin perjuicio de su efectivo ejercicio o aplicación por parte de las distintas autoridades nacionales⁹⁰².

Entre estos están el derecho al consumo sustentable y el acceso al consumo. También es el caso de algunas disposiciones de los arts. 41 y 42 de la CN, como el derecho a gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”. Esto sin perjuicio de que, por una parte, contengan normas de aplicación directa, y, por la otra, indicaciones a los poderes del Estado respecto a las políticas a implementar.

Sin embargo, como veremos, la mayoría de los derechos regulados para la defensa del consumidor por las distintas legislaciones, ya sean de fuente interna o internacional, serán derechos secundarios, instrumentales, configurados como potestades derivadas de la capacidad de obrar, sujetos a distintas limitaciones en su ejercicio⁹⁰³. Estas limitaciones —muchas de ellas patrimoniales— no podrán invalidar derechos

⁹⁰² Esto tiene su sustento en la tesis de FERRAJOLI, referente a las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos “consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”. Por el contrario, las *garantías primarias* son las obligaciones y prohibiciones, y las *garantías secundarias* son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero muchas veces cualquiera de las dos pueden no encontrarse positivizadas. Este autor sostiene la tesis de la distinción entre garantías y derechos, por lo cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, de lo que se deriva una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación o por la judicatura. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”, p. 26. La principal razón para distinguir entre derechos fundamentales y sus garantías no es esquivar el argumento de que quedarían reducidos a mera retórica. En efecto, si los derechos del constitucionalismo social y la internacionalización de los derechos fundamentales se identificaran con las garantías de su ejercicio, quedarían anuladas las principales conquistas. *Idem*, p. 45.

⁹⁰³ Aquí es de aplicación otra tesis de FERRAJOLI, derivada de la radical y diferente estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los derechos fundamentales corresponden a enteras clases de sujetos, mientras que los patrimoniales pertenecen a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás. Aunque a ambos se los llame derechos subjetivos, son heterogéneos y contrapuestos; unos son inclusivos y otros exclusivos, unos universales y otros singulares, unos indisponibles y otros disponibles. *Idem*, p. 25.

humanos primarios o derechos fundamentales, en la medida en que se vean involucrados.

Por tanto, de acuerdo a esta caracterización, los derechos del consumidor, en el marco de la relación de consumo, no pueden ser considerados derechos humanos, ni públicos, ni políticos. No derivan de su condición de persona ni de ciudadano, sino de su capacidad de obrar. Son derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, sin distinguir entre nacionales o extranjeros. La distinción no es meramente terminológica, porque tal como veremos al tratar el orden público nacional e internacional, cuando resulte que una norma concreta estatuye un derecho fundamental o un derecho secundario, se desprenderán consecuencias muy importantes en el plano internacional.

Se puede predicar de los derechos fundamentales del consumidor y como consecuencia de su estructura normativa y la efectividad que de allí se deriva que:

- a) Constituyen por sí mismos un mínimo inderogable, sin que la reglamentación o un contrato puedan ignorarlos.
- b) Tienen pretensiones de operatividad. Esto permitiría reclamar al Estado la puesta en ejecución en la medida de los recursos disponibles. También brindan pautas para su aplicación por los tribunales si están suficientemente especificados.
- c) Algunos de estos derechos pueden fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se les opone en un grado tal que implica su derogación.
- d) Su ejercicio puede implicar la ineficacia contractual, tal como la aplicación del principio *favor debilis* contenido en los arts. 3 y 37 de la LDC⁹⁰⁴.

⁹⁰⁴ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 116. También MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, "El consumo, el derecho del consumidor y la regla «favor debitoris»", p. 107 y ss.

Finalmente, para el ejercicio de estos derechos, habrá que considerar su titularidad y su contenido.

a) *Derechos personales y colectivos*

¿Cuándo los derechos del consumidor —fundamentales o particulares— corresponden a la persona o a la comunidad? Para que en una situación determinada se haga referencia a la “justicia” debe existir alteridad, es decir distinción de sujetos⁹⁰⁵. Respecto de los derechos del consumidor, algunos les son debidos a todos en razón de ser miembros de la comunidad, pero otros a un miembro individualmente, por formar parte de una relación jurídica determinada⁹⁰⁶.

¿Qué hay de común en el alimento, que da derecho a recibirlo, o que genera una deuda de la comunidad? O en el agua potable, o en los servicios médicos. Antes de repartirse no son del individuo, sino de la comunidad: se hace del individuo en el momento del reparto. Cualquiera de estos derechos, así entendido, es un trato a recibir en la distribución. Al individuo, que participa del ser total de la colectividad, debido a que la colectividad vive por él, le corresponden ciertos bienes por su condición de miembro. En estos casos la medida de lo justo estará dada por una cierta proporción.

Los sujetos de los derechos pueden ser tanto personas individuales como colectivas, aún cuando en definitiva el titular del derecho funda-

⁹⁰⁵ Se dice que algo que es justo en cuanto es una relación de la parte al todo; la parte tiene algo de incommunicable, ya que la parte y el todo no se confunden ni la parte es absorbida por el todo. En algunas facetas, la parte es enteramente otra frente al todo. La parte (el individuo y sus derechos) está fuera de la colectividad; incluso en aquello que la parte integra la colectividad, sigue siendo otra, en lo que tiene de incommunicable. Donde lo colectivo se desglosa entre sus miembros hay un derecho del individuo, y hay un paso de la esfera colectiva a la individual. Cfr. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 71 y 72.

⁹⁰⁶ En términos civilistas, hay que distinguir entre derechos políticos y derechos civiles; entre estos últimos, de la personalidad y patrimoniales (personales o reales). Cfr. SALVAT, Raymundo L., ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, 9ª Edición, TEA, Buenos Aires, 1950, Tomo I, pp. 46-49, y Tomo II, pp. 19 y 20.

mental será siempre el hombre, ya sea individualmente considerado o formando parte de cuerpos sociales. Esto se aplica tanto para los sujetos activos de los derechos fundamentales, como los pasivos. Los últimos pueden ser otras personas individuales o cuerpos sociales, a su vez particulares o el Estado mismo⁹⁰⁷. Así, el derecho a la igualdad y no discriminación, o la obligación de respetar la dignidad del consumidor mediante tratos equitativos, obliga tanto al Estado como a los proveedores.

Cuando el sujeto del derecho fundamental, tanto activo como pasivo, son personas colectivas, el ámbito de actividad está delimitado por el ordenamiento jurídico o su estatuto al momento de su creación o admisión. Habrá que ver entonces si un cuerpo social está habilitado para ser titular de un derecho fundamental. En el caso de Argentina, donde las personas jurídicas pueden llegar a ser consumidoras y formar parte de una relación de consumo, la posibilidad de ser titular de los derechos y prerrogativas tiene una limitación genética: la situación fáctica particular que le permite ejercer ese derecho, el tipo de vínculo que tenga con el proveedor, y el objeto de esa relación. Veremos esto en más detalle en el número V. D. 5, p. 501 y ss.

Resulta relevante, desde este punto de vista, verificar si las asociaciones de consumidores serán o no titulares de derechos fundamentales. Dependerá, entonces, de qué establezca el ordenamiento. En el caso de Argentina, son titulares de derechos en representación de personas físicas. ¿Podrá actuar en juicio una asociación de consumidores? ¿En conflictos multinacionales? ¿Será titular de la garantía de defensa en juicio? ¿Puede solicitar la nulidad de una cláusula de prórroga? No se puede dejar de considerar la distinción entre derecho subjetivo, interés simple e interés difuso, vinculados a la legitimación. Ya nos hemos referido a esto en el número III. C. 2.f), p. 281, en relación a las reglas locales procesales. Respecto del ejercicio colectivo de los derechos del consumidor, ver *infra* p. 446.

⁹⁰⁷ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 218.

b) *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales*

De acuerdo a la aplicación de la tesis de FERRAJOLI referida a la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, no se pueden yuxtaponer los derechos de libertad y propiedad. Por tanto, no es asimilable el derecho natural de defensa del consumidor con las potestades establecidas en su beneficio como derechos particulares⁹⁰⁸.

Los derechos fundamentales son universales en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares. En cambio, los derechos patrimoniales son singulares, en el sentido que existe un titular determinado. Los primeros son reconocidos a todos en igual forma y medida. Los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa. Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica. Los otros son exclusivos y constituyen la base de la desigualdad jurídica⁹⁰⁹. Desde esta perspectiva, los derechos del consumidor son iguales para todos, pero al momento de concretarse la operación de consumo pasan a ser singulares. Ya no estamos ante la consideración de la capacidad jurídica en general, sino sobre éste o aquel bien singular ya adquirido, o cualquier tipo de prestación a su favor. Son, entonces, los derechos especificados en la relación de consumo, y, más concretamente, en “esa relación de consumo”.

De aquí que los operadores jurídicos deban realizar una tarea de “disección” *ad intra* a las diferentes legislaciones de protección del consumidor, ya sean de fuente interna o internacional. Sin demasiadas preocupaciones analíticas se suelen entremezclar derechos fundamentales indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, con otros patrimoniales, que son disponibles, negociables y alienables por su naturaleza. Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política

⁹⁰⁸ Cfr. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”, p. 29. Por derecho de propiedad se entiende tanto derecho a ser propietario como disponer de los propios derechos de propiedad. El derecho a ser propietario es una capacidad jurídica, diferente al derecho sobre este o aquel bien en particular.

⁹⁰⁹ *Idem*, p.30.

como al mercado⁹¹⁰. Por el contrario, los derechos patrimoniales son disponibles. Pueden modificarse, extinguirse. “Su título son actos de tipo negocial, o en todo caso actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, etc.”

En este momento puede resultar útil la distinción que hace HART de las necesidades básicas de los hombres, basadas en la supervivencia. Tienen la función de hacer comprensibles y necesarios al derecho y a la moral como aspectos de la naturaleza humana⁹¹¹. HART enuncia lo que para él son cinco verdades elementales acerca del hombre, como base para la inferencia de las reglas básicas del derecho natural: a) la vulnerabilidad humana; b) la igualdad aproximada; c) el altruismo limitado; d) los recursos limitados; e) la comprensión y fuerzas de voluntad limitadas⁹¹².

HART no dice que de estas necesidades básicas se desprenden leyes civiles, tal vez por no caer en crítica de “la falacia naturalista”, de que del “ser” se siga el “deber ser”. Pero si resulta cierto que el derecho es la unión de normas primarias y secundarias, y que las primarias están dadas por las necesidades naturales, y las secundarias son las procedimen-

⁹¹⁰ “En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho al sufragio y menos aun mi autonomía contractual”. “Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado”. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales”, p. 32. En cambio los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido que son todos *ex lege*, o sea conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional”. “Los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas”. “Estas normas no adscriben ni imponen inmediatamente nada sino predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas.” Los derechos patrimoniales son horizontales y los fundamentales verticales. Unas son relaciones intersubjetivas de tipo civilista. Las segundas son del individuo frente al Estado. Los patrimoniales contienen la genérica prohibición de no lesión (reales) u obligación de deber (creditorios), mientras que los fundamentales son prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación determina la invalidez de las leyes y demás decisiones públicas. Esta última es la denominada “dimensión sustancial” de la democracia. *Idem*, pp. 33 y 34

⁹¹¹ Cfr. LISSKA, Anthony J., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 18.

⁹¹² Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 88-91.

tales, sin las cuales no hay sistema legal (reconocimiento, cambio, adjudicación), bien podríamos decir que el consumo es una necesidad de supervivencia, la que unida a normas secundarias, como la ley de defensa del consumidor, nos brinda un sistema jurídico completo⁹¹³.

IV. A. 6. Los derechos fundamentales del consumidor transfronterizo en las relaciones entre particulares

Los derechos que se fundan en la dignidad humana, y que se sitúan en la base de toda sociedad, no están limitados en su eficacia a las relaciones individuo-Estado, y alcanzan plena vigencia en las relaciones entre particulares⁹¹⁴. Como dije, esto se debe a que los derechos fundamentales, además de libertades frente al Estado, son un orden de principios para la vida social⁹¹⁵.

Así por ejemplo, se expresa en el primer considerando de la Declaración Presidencial de Florianópolis sobre derechos fundamentales de los consumidores del MERCOSUR:

⁹¹³ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, traducción de Genaro Carrió, p. 101 y 113-123. Ya aclaré desde mi punto de vista que los concretos derechos subjetivos regulados en protección del consumidor no son debidos en razón de la naturaleza humana, sino que la inteligencia y la voluntad intervienen para regular conmutativamente una relación creada por los hombres. No es el hecho físico de consumir lo que está regulado, ni el sustento alimenticio, ni la subsistencia mediante la ingesta de líquidos potables, ni el mantenimiento de la vida por el cuidado de la salud. Se reglamenta la relación de consumo en un marco de justicia. Aunque haya ciertos actos físicos de consumo que sean derechos naturales originarios, éstos no están regulados por el derecho del consumo, sino eventualmente por el derecho público. Serán en todo caso derechos fundamentales, garantías constitucionales, etc.

⁹¹⁴ “No hay en la constitución una norma expresa que genéricamente establezca cuál o cuáles son los sujetos pasivos de los derechos. Hay que inducir en cada caso y en cada derecho cuál es la naturaleza y el contenido de un derecho para situar debidamente a quien, frente al titular, debe cumplir como sujeto pasivo una obligación”. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 499.

⁹¹⁵ Cfr. DE DOMINGO, “El problema de la *drittwirkung*...”, p. 253 y 254. También SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 79. La constitución es una expresión de los valores fundamentales e informa las demás normas. En cuanto a la existencia de derechos fundamentales como salvaguarda para la aplicación del derecho extranjero, cfr. VISCHER, “General Course on Private International Law”, p. 95 y ss.

“[l]os regímenes democráticos se basan en el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos los derechos del consumidor (...)”.

Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son compatibles con la autonomía de la voluntad, ya que esta no es un obstáculo a que, en sus relaciones, respeten y reclamen su ejercicio. Por tanto estos derechos no se ejercen exclusivamente contra el Estado, o, lo que es lo mismo, el Estado no es el único obligado a respetar los derechos de la persona⁹¹⁶. La razón de ser estriba en que forman parte del ‘sistema de valores’ objetivo que aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política⁹¹⁷.

Un juez preocupado por la protección de los derechos fundamentales, cuando tenga ante sí un caso en el que uno o varios de estos derechos están en juego, sostendrá su decisión intentando conciliarlos con las normas aplicables al caso. Su sentencia deberá ser razonada, y ésta será objeto de crítica en función de los argumentos que esgrima⁹¹⁸. Al menos, de acuerdo al régimen jurídico argentino, los derechos fundamentales vinculan al juez por ser derecho directamente aplicable⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Cfr. DE DOMINGO, “El problema de la *drittwirkung*...”, p. 252. SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, pp. 100-102 y 279 y ss.

⁹¹⁷ Se objeta que, al admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, puede verse afectado el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del Derecho Privado, y, adicionalmente, convertir al juez ordinario en contralor de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo que, si bien en una contienda entre particulares el juez no puede hacer valer directamente entre ellos los derechos fundamentales, sí debe, en tanto representante de un poder público, llevar a cabo una interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso conforme a los derechos fundamentales. En el caso, el art. 826 del Código Civil alemán (BGB), que obliga a que se compense económicamente a aquella persona que ha sufrido un daño como consecuencia de un acto contrario a las buenas costumbres. Cfr. DE DOMINGO, “El problema de la *drittwirkung*...”, pp. 255-257.

⁹¹⁸ *Idem*, pp. 260.

⁹¹⁹ Como constancia de esta aplicación inmediata de los derechos fundamentales por parte de los tribunales, vale la pena citar un importante fallo, referido a la validez de una cláusula de prórroga de jurisdicción: “[c]onstituye una efectiva privación de la defensa en juicio la sola circunstancia de un desplazamiento lo suficientemente distante, según las circunstancias ponderadas por el juez, que tenga por efecto suprimirla, restringirla, obstaculizarla o simplemente hacerla dificultosa. *Será entonces, el poder juris-*

El magistrado deberá distinguir los derechos fundamentales reclamables ante el Estado, y aquellos otros exigibles entre particulares, en el marco de una relación de consumo⁹²⁰. Ambos tipos se desprenden por igual del art. 42 CN, o de otros derechos garantizados por la Constitución, como el derecho de propiedad, la libertad de comerciar, trato igualitario y no discriminatorio, etc. Pero será distinta la posibilidad de invocarlos en un litigio, aún cuando sean de naturaleza 'bifronte', como el "trato equitativo y digno". Unos serán programáticos, ya que obligan al dictado de la legislación respectiva, como el derecho a la educación del consumidor. Otros, serán operativos *ad casum*, como cuando se invalide, en un contrato transfronterizo, la cláusula de inversión de la carga de la prueba, por afectar la garantía de igualdad y no discriminación⁹²¹. En definitiva, interesará saber si un derecho fundamental también obliga a un grupo de particulares con una calificación especial: los proveedores extranjeros.

Un aspecto que resulta de interés es considerar si es posible la afectación de una garantía constitucional cuando su titular consiente en la lesión. Sería el caso, por ejemplo, si la fuente de la violación del derecho es un acto que depende de la manifestación de voluntad de la víctima. Cuando el damnificado participa del acto generador de la lesión de su derecho fundamental, está en juego —además de la propia—, la auto-

dicional, quien someta todo acuerdo procesal, en primer lugar, a una suerte de confrontación (test) con las garantías y derechos constitucionales. Si la cláusula sale airosa de dicho examen, recién entonces, deberá apreciársela con relación al derecho necesario y a las normas legales dispositivas...' (STIGLITZ, Rubén, 'Derecho de seguros', Bs. As., Abeledo Perrot, 1997, t. I n° 318/320)". SC Mendoza, Sala I, "Agüero, Pedro J c. Aseguradores de Cauciones, S.A. Cía. de Seguros", del voto de la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, 09/11/1997, publicado en ED 181-295, con comentario de NAJURIETA, María Susana, "Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión". El destacado me corresponde.

⁹²⁰ Respecto a los sujetos pasivos de los derechos humanos en Argentina, cfr. GORDO, Guillermo A., "Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos", en *Derechos Humanos*, GORDILLO, Agustín, (director), Capítulo V, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 1999, pp. 14-16.

⁹²¹ Indico que en el orden internacional es *ad casum*, mientras que en el orden interno lo es *per se*, debido a que la invalidez de esta cláusula en particular está regulada (art. 37 LDC), lo que implica que ya se ha reglamentado la garantía constitucional.

nomía privada de la otra parte de la relación jurídica. Resulta típico cuando se evalúan cláusulas contractuales. En la relación paritaria no se presume la falta de libertad real o un acto de renuncia al ejercicio del derecho fundamental. Sin embargo la ponderación de intereses debe ser mayor cuando una de las partes suele actuar en un contexto de debilidad⁹²². En estos casos, se podría decir que los derechos fundamentales también representan una protección de la persona contra si misma.

¿Es válida la renuncia a derechos fundamentales? El límite consiste en que la voluntad del titular del derecho fundamental tiene que ser auténticamente libre. La renuncia a un derecho tiene como límite la dignidad humana. El libre consentimiento de la persona no legitima lesiones al núcleo esencial de sus derechos fundamentales, ni tampoco a su dignidad como persona humana, que son considerados irrenunciables⁹²³.

En algunos casos los distintos ordenamientos presentan listados de derechos fundamentales del consumidor, y en otros se encuentran implícitos. Para facilitar nuestra posterior aplicación a la relación de consumo internacional, y educir de allí los derechos subjetivos, tomaremos una de las clasificaciones presentadas por la doctrina⁹²⁴:

- a) Derechos de acceso o pretensiones jurídicas de operatividad de los derechos fundamentales referidas a bienes primarios básicos. Entre otros, acceso al consumo, a la justicia, a las prestaciones de salud.
- b) Derechos a posiciones jurídicas mínimas que el legislador debe reconocer, como la protección de intereses económicos, la protección contractual, la reparación a los daños, derecho a la organización colectiva.

⁹²² Cfr. SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 311.

⁹²³ *Idem*, p. 312. Cfr. también Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 54, donde recuerda que la autonomía de la voluntad es además un principio del Derecho Internacional Privado.

⁹²⁴ LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 122-123.

- c) Derechos procedimentales, como facilitadores de la efectividad de los derechos sustanciales. Por ejemplo, el acceso a la jurisdicción⁹²⁵.
- d) Derechos de origen bilateral dentro de la relación jurídica de consumo. Estos se diferencian claramente de los supuestos enunciados en los acápites anteriores, que podían engendrar prerrogativas sin que hubiera una contraparte. Algunos de estos derechos son aplicables a las tratativas previas y otros implican deberes colaterales como la información o la seguridad.

Algunos de los derechos, a primera vista aparecen como declarativos o programáticos, como el “acceso al consumo”, en cuanto posibilidad de consumir; o la “no discriminación”, para colocar el consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población. Sin embargo, pueden coadyuvar a interpretar con más amplitud la existencia o no de una potestad reclamable entre particulares⁹²⁶. Lo mismo se puede decir del ejercicio de la “la libertad de elección”, en cuanto significa discernimiento y conciencia de derechos y obligaciones⁹²⁷. Así, un proveedor no podrá alegar que el consumidor está vinculado por la doctrina de los actos propios, al haberse obligado contractualmente, si no está al alcance de su capacidad cognoscitiva reconocer las prestaciones a cargo de la otra parte o sus propias obligaciones⁹²⁸. Sucede otro tanto si los medios de comunicación e intercambio de datos tienen un nivel técnico

⁹²⁵ De aquí se desprende la invalidación de las cláusulas de prórroga de jurisdicción, que eventualmente priven al consumidor de este derecho. *Idem*, p. 127.

⁹²⁶ Cfr. LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo”, p. 79.

⁹²⁷ *Idem*, p. 51.

⁹²⁸ Cfr. SC Mendoza, Sala I, “Agüero, Pedro J c. Aseguradores de Cauciones, S.A. Cía. de Seguros”, 09/11/1997, el ya citado voto de la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI. Se discutía la eficacia o ineficacia de una cláusula de prórroga de la competencia territorial contenida en un contrato de seguro obligatorio de vida colectivo frente al tercero beneficiario, que no había participado entre las negociaciones entre el sindicato y la aseguradora. La doctrina de los actos propios fue dejada de lado ante el principio relativo de los contratos, siendo la negociación inoponible al asegurado.

o de sofisticación que marginan al consumidor de la posibilidad de contratar libremente.

Otro derecho fundamental, el de la información veraz, puede ser reclamado ante los proveedores extranjeros, al igual que ante los nacionales⁹²⁹. Se manifestará en elecciones de consumo fundadas y racionales, junto con la posibilidad de una utilización adecuada del producto o servicio contratado. De este modo, una 'cláusula sorpresiva', que no formó parte de la información requerida para ejercer libremente la autoobligación, no estará amparada bajo esta manifestación del derecho fundamental de protección del consumidor⁹³⁰.

En cuanto al derecho a la protección de los intereses económicos, se refiere principalmente a la integridad patrimonial. Esto no significa que en virtud de este marco protectorio, todo interés económico del consumidor —incluyendo los especificados por la legislación nacional—, formen parte del ámbito formal del derecho fundamental del consumidor transfronterizo. O al menos, no siempre en la misma extensión.

IV. A. 7. Los derechos fundamentales del consumidor como integrantes del orden público

Interesa ahora evaluar con más detalle si las normas y competencias derivadas de derechos fundamentales son aplicables a casos multinacionales: si el consumidor cuenta con esas salvaguardas cuando las garantías constitucionales son afectadas en una relación transfronteriza.

⁹²⁹ LIMA MARQUES considera que el derecho a la información previa es, en la mayoría de los países americanos, o bien norma imperativa o bien de orden público internacional. LIMA MARQUES, "Las teorías...", p. 11. Por mi parte creo que la protección de los consumidores a partir del resguardo de las formas puede deducirse del derecho a la información veraz, en la medida que esa forma es un medio de transmisión del conocimiento de las características del producto, las obligaciones de las partes y demás elementos que permiten una decisión de consumo racional y contratar libremente.

⁹³⁰ Forma parte del ámbito formal del derecho aquella información necesaria, veraz (sin contenidos engañosos o falsos), detallado (discriminada en sus particularidades) y suficiente (apta para los fines previstos). TAMBUSI, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", p. 53.

Tanto para consumidores extranjeros que fueren desprotegidos por las autoridades nacionales, como aquellos afectados por conductas u omisiones de operadores locales, como para saber si ese mismo sistema puede proteger a consumidores argentinos transeúntes en el extranjero o que allí contratan o sufren daños⁹³¹.

De aquí que deba analizar esos derechos fundamentales o derechos-potestades secundarios bajo el prisma de su aplicabilidad extraterritorial⁹³². En términos ya clásicos, podemos plantear el problema desde la concepción del orden público del Estado del foro y las consecuencias que de allí resultan. Se trata de hacer operativos los derechos fundamentales a través del ejercicio del orden público internacional, que actuará como característica negativa de la consecuencia jurídica, válido también para las normas de jurisdicción⁹³³.

⁹³¹ Jayme señala como una tendencia creciente la argumentación en Derecho Internacional Privado a partir de los derechos humanos o fundamentales. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 49.

⁹³² Claudia LIMA MARQUES, en uno de sus últimos escritos, considera que la protección del consumidor es un derecho fundamental que se manifiesta como normas de policía, del orden público interno o del internacional. Remite al Código de Bustamante, art. 4, según el cual las reglas constitucionales son de orden público internacional. Cfr. LIMA MARQUES, "Brasil", pp. 51 y 52. En concreto, el Código de Bustamante indica: "Artículo 4º. Los preceptos constitucionales son de orden público internacional. Artículo 5º. Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el Derecho político y el administrativo son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario". Sin embargo, considero que se debe hilar más fino, al menos desde el sistema argentino. Que el principio de protección del consumidor, enunciado como derecho fundamental en el art. 42 CN, forme parte del orden público internacional, no signifique que todas las disposiciones de la LDC tengan ese carácter. Por el contrario, sí es seguro que son de orden público interno.

⁹³³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 151-152; SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 115 y ss. JAYME, Erik, "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, Nro. 82, 1991, pp. 216-270, en p. 230. Por su parte, DOLINGER considera al principio de orden público —de orden negativo—, como el más universal de todos los que integran el Derecho Internacional Privado. Cfr. DOLINGER, "Evolution of Principles...", Capítulo III, p. 275 y ss. "*Ordre public is unequivocally the strongest, best understood, most widely used and most effective of the classical principles of private international law*". *Idem*, p. 289.

No debe confundirse la operatividad del derecho fundamental mediante la excepción del orden público que a través de la aplicación directa de una norma imperativa en el orden interno⁹³⁴. El juez siempre estará obligado a la aplicación de sus normas imperativas, lo que no presenta inconvenientes cuando está expresamente indicado que determinada disposición es limitativa de la autonomía de la voluntad 'en la esfera internacional'. En este caso, lo que debe valorar el intérprete es bajo qué supuestos dicha norma imperativa que brinda una solución material o procesal pretende su aplicación, a pesar de una voluntad derogatoria de las partes o de la existencia de normas de otro sistema jurídico que contienen disposiciones en sentido contrario⁹³⁵.

Los autores distinguen dos aspectos del orden público. En primer lugar las normas directas imperativas de cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes y que revisten un carácter positivo. Luego, como aspecto negativo, el orden público actúa como correctivo de las normas de conflicto, en cuanto no se podrá aplicar un derecho extranjero que viole los valores esenciales del orden jurídico del foro. También se utiliza esta acepción cuando se trata de ejecutar una sentencia extranjera. En esta parte del trabajo me referiré al orden público en el último sentido⁹³⁶.

En las legislaciones de protección del consumidor es recurrente la referencia al orden público como característica de las normas regulato-

⁹³⁴ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 116.

⁹³⁵ "La cuestión de si existe tal voluntad imperativa constituye una de las más complejas del conflicto de leyes y tiene (casi) dimensión de creación jurídica". LEIBLE, "Comercio exterior y seguridad jurídica", pp. 402-403. Otro autor indica: "En Derecho Internacional Privado, la noción de orden público aparece como algo esencialmente problemático y enigmático, un tema en el que todo es discutible y discutido, un recurso desesperado en suma para intentar explicar lo que se ofrece como anormal". CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, p. 238. Se trata de que la incidencia del derecho extranjero no signifique un "salto al vacío", y se pueda mantener la homogeneidad del ordenamiento jurídico del foro. *Ibidem*, p. 242.

⁹³⁶ Para este último aspecto del orden público, y de modo general, cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 100 y ss. También MORENO RODRÍGUEZ, "La Convención de México...", pp. 137-142.

rias, en cuanto que las partes no pueden renunciar a ellas⁹³⁷. A modo de ejemplo, tomemos el texto del art. 1 de la Ley Modelo para la protección del consumidor en América Latina y Caribe de la *International Organization of Consumers Union*, (Ley Modelo de la IOCU):

“Las disposiciones de la presente ley son de orden público. Las mismas son irrenunciables por la partes y prevalecerán sobre cualquier norma legal, uso, costumbre, práctica comercial o estipulación en contrario”⁹³⁸.

Lamentablemente —lo que se puede observar de modo reiterado en otros ámbitos—, esta propuesta no aclara a qué tipo de orden público se refiere: nacional o internacional; tampoco contiene normas de Derecho Internacional Privado que permitan cualificarlo. De esta manera, una norma imperativa en el orden interno —como por ejemplo la exclusión de los profesionales liberales como proveedores—, de acuerdo a que se califique como de orden público internacional u orden público interno, puede significar la entrada o no para el extranjero en el régimen protectorio nacional⁹³⁹.

La confusión o aplicación indiscriminada respecto del orden público nacional y el internacional, es una permanente fuente de inseguridad jurídica⁹⁴⁰. En el proceso de clarificación, la doctrina y la jurisprudencia

⁹³⁷ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 63. Ya nos hemos referido a esto en distintas oportunidades a lo largo del texto. Ver p. 287 respecto de la exclusión del Protocolo de Buenos Aires o bien p. 141 para la exclusión de la Convención de Viena de 1980, y allí mismo nota 331.

⁹³⁸ Lo mismo se puede observar en las legislaciones nacionales. En Argentina, art 65 de la LDC.

⁹³⁹ Como indica Alicia PERUGINI, “En el problema del orden público —estimo— que tiene que considerarse como tal al principio de la protección del consumidor. En cambio, traerá problemas seguramente, la determinación específica de lo que en cada caso se entiende por protección. Habrá que distinguir cuándo se está en presencia del orden público en el ámbito internacional y cuándo se estará frente al ámbito interno. Posiblemente la respuesta pueda estar en la distinción entre los principios y la determinación de los principios. En la medida que el derecho extranjero comparte con el derecho propio los mismos principios podrá aceptarse un derecho diferente. Pero este dato no es suficiente”. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 37, Nro. 66. 8.

⁹⁴⁰ LEIBLE, “Comercio exterior y seguridad jurídica”, p. 406. “Algunos consideran a la distinción entre normas ‘imperativas de derecho interno’ e ‘internacionalmente impe-

formularon una noción más precisa, que requiere separar el derecho público de las leyes de orden público, al tratarse de una institución de derecho privado y para el derecho privado. También debe quedar claro que el orden público internacional siempre actúa *a posteriori*, a modo de excepción a lo que sería la normal aplicación del derecho extranjero o al reconocimiento de una jurisdicción extranjera. Otra característica es su relatividad temporal, territorial y material (en cuanto a la materia jurídica de que se trate), ya que tutela resultados y no normas jurídicas abstractas: siempre atiende a las más esenciales razones de justicia del foro⁹⁴¹.

Por tanto, surge la pregunta de si la relación entre derechos fundamentales y orden público internacional puede dar origen a derechos subjetivos a favor del consumidor⁹⁴². Ya reafirmamos esta idea respecto del principio de defensa en juicio, por cuanto integra el ‘espíritu de la le-

rativas’ incluso como prácticamente insostenible; una comprobación fatal para la seguridad jurídica, entendida como previsibilidad del derecho aplicable. Por ello la función de la ciencia debería ser ofrecer al intérprete del derecho criterios de delimitación por lo menos en cierta medida confiables”.

⁹⁴¹ Cfr. HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, “Nota preliminar” en JAYME, Erik, “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, Nro. 82, 1991, pp. 216-270, en 219.

⁹⁴² Como muestra del consenso doctrinario primero, y transposición legislativa y judicial después, transcribimos el art. 6 del EGBGB alemán (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) “Una norma jurídica de otro país no se aplicará cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con principios esenciales del derecho alemán. Especialmente ella no se aplicará cuando la aplicación sea incompatible con los derechos constitucionales fundamentales”. Cfr. JAYME, “Métodos para la concretización...”, p. 225. En un reciente fallo del Tribunal Supremo español, del 19/6/2008, se confirma la íntima relación entre orden público y derechos fundamentales. Se trataba de la denegación de la nacionalidad española a un natural de Senegal, casado en su país de origen con dos mujeres, porque su legislación le permite hacerlo hasta con cuatro. El Tribunal Supremo consideró que “[L]a poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incontestable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”.

gislación'. Podemos decir lo mismo del principio *favor debilis* o *in dubio pro consumptore* en el orden internacional (ver III. C. 2.g) p. 285 y ss.)⁹⁴³. El juez nunca podrá dictar una sentencia contraria a la Constitución, pero siempre queda pendiente la tarea interpretativa, como bien indica HERNÁNDEZ BRETÓN al referirse a las distintas fuentes convencionales que reflejan la adecuada concepción del orden público; no se puede soslayar la concretización del orden público⁹⁴⁴.

El problema se planteará en la conmutatividad propia de gran parte de las relaciones de consumo transfronterizas. Si bien en virtud de la autonomía de la voluntad se puede renunciar al ejercicio de algún derecho fundamental, si se trata de derechos inalienables, cabe plantearse la posibilidad de dejación de esos derechos cuando interviene una parte débil, como el consumidor. Por el contrario, sí sería admisible en una situación de igualdad, donde rige el *pacta sunt servanda*, incluida la abdicación al ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esto es así porque el principio de la libertad y autonomía también es un derecho fundamental⁹⁴⁵.

⁹⁴³ En la protección del consumidor transfronterizo puede suceder lo contrario que en el derecho patrimonial y comercial en general. En estos últimos se observa una tendencia a la excepcionalidad del orden público, lo que hace que resulte habitual la aplicación del derecho extranjero o el funcionamiento de la cooperación internacional en la ejecución de sentencias. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 71.

⁹⁴⁴ "El valor teórico de la expresa consagración legislativa de la cláusula de reserva, no obstante todas las ventajas que ella presenta, no debe sobrevalorarse. Permanece la interrogante —tal vez la más difícil presentada por el orden público—: ¿Cómo se particularizan en un supuesto dado los principios esenciales de un ordenamiento jurídico determinado? ¿Cómo se determina la incompatibilidad de resultado de la aplicación entre una norma nacional y una extranjera? En suma, ¿cómo se concretiza el orden público en el derecho internacional privado?". HERNÁNDEZ BRETÓN, en la "Nota Preliminar" a JAYME, "Métodos para la concretización...", p. 220.

⁹⁴⁵ El orden público es una barrera al derecho extranjero no sólo cuando se examinan las normas de conflicto del foro, sino cuando ese derecho puede ser contrario a los derechos fundamentales. En esos supuestos, cuando hay suficiente contacto con el foro, la norma extranjera no es inválida *per se*, como contraria al propio ordenamiento, sino que en el caso particular no puede ser aplicada. Cfr. HERZOG, "Constitutional Limits on Choice of Law", p. 313.

De todos modos, no hay que olvidar que la validez de los acuerdos debe ser acorde al cumplimiento de las leyes y al respeto de la moral, las buenas costumbres y el orden público. Existiendo cada vez mayor identidad entre orden público y derechos constitucionales, un contrato en el que se acuerde la lesión de un derecho fundamental, o en el que una de las partes se comprometa a no ejercer alguno de estos derechos, podría considerarse nulo; esto resulta coherente con la posición central que los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico⁹⁴⁶.

Los conceptos anteriores también son aplicables a otros derechos constitucionales. Por ejemplo, la garantía de defensa en juicio del consumidor extranjero puede actuar como limitación al *forum shopping*. El juez nacional del domicilio del proveedor, a fin de evitar la indefensión sustancial del consumidor demandado, podría no abrir la jurisdicción por considerarla exorbitante. Se trata de evitar la violación del art. 18 CN⁹⁴⁷. O, por el contrario, puede resultar oponible al consumidor local una sentencia obtenida en el extranjero en el marco de una acción colectiva en la que el consumidor no participó. No importa que la institución

⁹⁴⁶ Cfr. DE DOMINGO, "El problema de la *drittwirkung*...", p. 271-272. También JAYME, "Métodos para la concretización...", pp. 229-231. IUD opina que "[e]n la medida en que el derecho extranjero eventualmente aplicable contuviera reglas que en concreto trasuntaran una violación al derecho de defensa, siempre estaría a salvo la posibilidad de su inaplicación a mérito de la cláusula de reserva de orden público. He aquí entonces un primer mecanismo de defensa del que podría valerse un consumidor afectado por un acuerdo de prórroga de jurisdicción a favor de jueces que actúen en el extranjero que requiera la intervención de un tribunal argentino". IUD, Ana Carolina, "Mecanismos de Protección al Consumidor ante un Acuerdo de Prórroga de Jurisdicción", ponencia en el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, octubre de 2005. Publicado en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración.

⁹⁴⁷ "[c]uando el demandado no pudo prever que sería agredido ante un tribunal completamente ajeno a las previsiones razonables de las partes al momento de celebrar el negocio. No estaría aquí en cuestión tan sólo la garantía de defensa en juicio procesal del demandado, sino precisamente su garantía de defensa sustancial, esto es, la posibilidad de que le fuesen eficazmente tutelados sus derechos subjetivos materiales iusprivatistas. (...) Si el demandado fuera vulnerable en el país del juez, por tener bienes allí, aquél sufriría un menoscabo directo y concreto de su defensa material". BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 219-220.

acá no exista, si la aplicación de la institución en el marco de nuestro ordenamiento no afecta el orden público⁹⁴⁸.

IV. A. 8. El principio de “defensa en juicio” como contenido del orden público internacional

El orden público internacional, entendido éste como el principio de reserva por el cual una norma extranjera o convencional dejará de aplicarse si contraría nuestro “espíritu de la legislación”, se integra con la normativa positiva vigente y, para el caso de la validez de la prórroga de jurisdicción, en primer lugar con los principios constitucionales de la defensa en juicio. Uno de los componentes de esta garantía lo constituye el derecho a la jurisdicción. En este sentido, todo ciudadano tiene derecho a la jurisdicción, entendida como la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas, y hacer cumplir sus propias resoluciones. Es un derecho correlativo al deber del Estado de administrar justicia, que consiste en la facultad de pedir y provocar la administración de justicia; de reclamar la intervención de un órgano judicial en procura de justicia⁹⁴⁹. Esto implica que un ciudadano deberá ser juzgado por sus “jueces naturales”, y sustraerlos de ellos significa violar el derecho a la jurisdicción, ya se trate de órganos jurisdiccionales típicos, como el Poder Judicial, de organismos administrativos con funciones jurisdiccionales, o bien de tribunales privados, cuando el ordenamiento faculta para ello a las partes. En estos últimos casos, de todos modos deberá existir control judicial para otorgar validez constitucional al proce-

⁹⁴⁸ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 115-116. No estamos ante lo que SAVIGNY denominaba “instituciones desconocidas”, y que también constituirían una barrera para la aplicación del derecho extranjero. Cfr. DOLINGER, “Evolution of Principles...”, p. 279.

⁹⁴⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., “El derecho a la jurisdicción en Argentina”, ED 11-954. Respecto de la protección del consumidor, al menos en Brasil, el derecho fundamental, en cuanto mandato constitucional positivo, incluye el acceso a la jurisdicción y el debido proceso. Cfr. LIMA MARQUES, “Brésil”, p. 54.

dimiento, aunque más no sea a título de revisión o para otorgar ejecutoriedad a la decisión⁹⁵⁰.

La redacción del art. 42 CN establece un mandato positivo: “Las autoridades proveerán...”. Y en cuanto al contenido del derecho, el mismo artículo indica que el consumidor tiene derecho a un “trato digno y equitativo”. Si bien es una expresión muy genérica, de las circunstancias del caso habrá que verificar si se cumplen las condiciones de dignidad y equidad, las que tienen distintas manifestaciones cuando se trata de un proveedor. Este último también tiene su dignidad y merece trato equitativo, pero cualitativa y cuantitativamente diferente a la del consumidor. Adicionalmente, el tercer párrafo del art. 42 CN indica que “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...”. No considero que la falta de sanción legal de procedimientos eficaces para conflictos internacionales inhabilite al juez a buscar soluciones que amparen al consumidor en sus derechos.

El derecho a la jurisdicción, como parte integrante de la garantía de la defensa en juicio, consiste no sólo en cumplir con los pasos necesarios para que exista un tribunal competente, sino también de todos los estadios del proceso en debida forma, hasta llegar a la cosa juzgada. Así, por ejemplo, “el proceso debe ser eficaz (...), en el sentido de dirimir la controversia en tiempo oportuno. Si el Estado está obligado a satisfacer en el curso del proceso la pretensión que se ventila ante sus órganos competentes, ha de hacerlo en tal forma que la sentencia que emita llene su función resolutoria de la pretensión; o en otros términos, la sentencia ha de dictarse cuando resulta necesaria⁹⁵¹”.

En la misma línea de pensamiento, es tan lesiva al derecho a la jurisdicción la ausencia de vías procesales, como la existencia de vías no idóneas por insuficientes, tardías o inadecuadas para la índole de tales pretensiones. En este sentido, el consumidor puede padecer privación ilegítima de su facultad de recurrir ante el Estado reclamando que se le administre justicia, más aún si se considera que el ordenamiento consti-

⁹⁵⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, “El derecho a la jurisdicción en Argentina”, p. 956.

⁹⁵¹ *Idem*, p. 959.

tucional prevé para él un sistema de protección prevaleciente y específico. Según BIDART CAMPOS, el derecho a la jurisdicción se puede vulnerar en los siguientes supuestos: a) cuando la ley no prevé el remedio procesal, o sea, no arbitra el procedimiento; b) cuando el procedimiento está previsto, pero no es apto para dispensar oportuno y efectivo remedio en el momento en que el particular lo recaba y lo necesita; c) cuando, a pesar del ejercicio de la acción por parte del interesado, el órgano jurisdiccional no se pronuncia en el momento en que aquel requiere su protección⁹⁵².

En el caso que nos ocupa, para el consumidor esta garantía significa que no podrá ser privado de la propiedad sin la previa tramitación de un proceso desarrollado en la forma que establece la ley, y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario, aun cuando esta misma les haya permitido elegir el tribunal extranjero, estatal o privado. Ante ese tribunal el consumidor deberá estar protegido para poder realizar todos los actos razonablemente encaminados a una articulación de hechos y pruebas que permita al juez valorar la verdad objetiva. Y entre los principios procesales a considerar, tiene especial importancia la bilateralidad en el proceso contradictorio, que en su expresión fundamental requiere la audiencia de la otra parte. Por tanto, se deberá considerar si es razonable que un consumidor que reclama por un monto económicamente poco relevante, sea constreñido a defenderse o a demandar en otra jurisdicción distinta a la de su propio domicilio⁹⁵³.

Entre otros aspectos, se valorará —sin importar si la cláusula fue impuesta o negociada— si del caso resulta patente que litigar en otra jurisdicción le ocasiona graves e irreparables perjuicios, por la distancia y

⁹⁵² *Ibidem*. También se refiere a otras concreciones de estos principios de orden público internacional referentes al debido proceso, RADZYMSKI, Alejandro, “El régimen de las notificaciones provenientes del extranjero en el derecho procesal civil internacional argentino”, ED 141-549. Queda claro que se trata de “principios”, cuya operatividad se deberá valorar en la situación concreta, sin límites rígidos.

⁹⁵³ Estas garantías procesales también se encuentran latentes en la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto reconocimiento al derecho a un proceso justo como derecho fundamental. Así lo afirma DE MIGUEL ASENSIO respecto del art. 6.1. Cfr. “Pluralidad de jurisdicciones...”, p. 52.

el costo de la defensa con relación al reclamo; o si resulta onerosa en demasía la presentación de la prueba o el traslado de los testigos; si el tiempo que demandará la obtención de una sentencia es excesivo o perjudica la eficacia del resultado; si será factible la presentación de la prueba conducente a conocer la verdad objetiva; si resultará imposible compeler a los testigos a presentarse; si él mismo podrá presentarse útilmente para su participación en el proceso; si existe posibilidad en la jurisdicción en la que es demandado de proveerse los medios de defensa, como un patrocinio letrado acorde a su situación económica, así como el reconocimiento del beneficio de litigar sin gastos; si los plazos del proceso incoado permiten una adecuada defensa, etc. Puede resultar relevante el hecho de que el procedimiento se desarrolle en un idioma desconocido, inclusive siquiera el idioma de contratación.

JAYME, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, propone un método de concretización del orden público de cinco pasos, que, si bien lo aplica para analizar los conflictos de leyes, también puede ser útil en los demás aspectos de los casos iusprivatistas⁹⁵⁴. Esos pasos son:

- a) Cuál es el sentido y propósito del derecho extranjero. Hay que preguntarse por los resultados de la aplicación del derecho extranjero, desde un análisis finalista y funcional; en qué medida ese propósito resulta odioso con los fines de nuestro propio sistema jurídico.
- b) Cuál es el estado de coactividad de la política legislativa de la norma jurídica extranjera. Si ésta es cuestionada, en desuetudo o su aplicación es restringida, el tribunal local la puede interpretar restrictivamente y propender a su limitación.
- c) Estudio comparatista de la institución cuestionada. Se puede efectuar un análisis de normas similares en otros países: si la institución existe, cómo se aplica, si hay movimientos y tendencias de reforma. Esto llevará a la verificación de similitudes y

⁹⁵⁴ Cfr. JAYME, "Métodos para la concretización...", p. 248 y ss.

elaboración de estándares. No se trata de analizar la disparidad entre la norma local y la norma extranjera, sino de la norma extranjera respecto del estándar que representa la norma nacional⁹⁵⁵.

- d) Cuál es la relevancia de la norma jurídica nacional. Al estudiar el derecho patrio se debe pasar revista a los valores de la Constitución o del ordenamiento en su conjunto.
- e) Vinculación interior del caso, respecto de las partes o donde tendrá efecto la decisión extranjera. Si la relación del caso con el foro es importante, la excepción de orden público tiene más sentido.

Para nuestro estudio, son importantes las consideraciones respecto a los estándares comparativos. Ante la laguna jurídica de nuestro ordenamiento, y frente a la necesidad de decidir respecto de la jurisdicción competente, cuando se plantean cuestiones de orden público puede ser relevante “mirar alrededor”, cuál es el *sensus* jurídico de la comunidad internacional en un aspecto determinado. A tal fin, las normas jurídicas internacionalmente unificadas y otras reglas internacionales —aún sin ser parte de nuestro ordenamiento—, pueden brindar un efecto indicia-rio⁹⁵⁶.

En definitiva, a los fines de la determinación de la existencia o no de derechos subjetivos vinculados a la jurisdicción, cuando corresponda la aplicación de la excepción de orden público, habrá que considerar la flexibilidad de la institución. Podrá resultar entonces, que de no aceptarse la determinación de la jurisdicción de acuerdo a las normas foráneas, igual se procure primero su adaptación a las localizaciones nacionales. El descarte de la atribución jurisdiccional de acuerdo a normas fo-

⁹⁵⁵ “La no correspondencia de la norma jurídica extranjera con los patrones obtenidos comparativamente, los cuales, sin embargo, se encuentran en armonía con el derecho interno, sugiere la intervención del orden público”. *Idem*, p. 252.

⁹⁵⁶ *Idem*, pp. 255-258.

ráneas, deberá ser producto primero de una limitación o adaptación, antes que de una lisa y llana derogación⁹⁵⁷.

En el caso “Panasonic”, resuelto por el STJ de Brasil, y que será tratado luego con más detalle (ver p. 519), es posible observar un ejercicio de concretización de cómo un derecho fundamental puede derivar en derechos subjetivos para el consumidor transfronterizo. Aquí se resolvió que una norma imperativa en el orden interno, atribuyendo jurisdicción a los tribunales del domicilio del actor en los casos de daños por productos y servicios (art. 101 CDC brasileño), podía modificar una norma especial de competencia del Código de Procedimientos Civiles (CPC). La interpretación de la doctrina es que el CDC reglamenta un derecho fundamental, por lo cual está jerárquicamente por sobre el Código de Procedimientos, de allí que sea sustancialmente superior. Si bien el CPC permite a las partes sólo la prórroga territorial y no por materia, nada obsta a que una ley federal, como el CPC, establezca un foro de privilegio: el del domicilio del consumidor⁹⁵⁸.

En el caso no se hace mención de la expresión “orden público internacional”, aunque sí se ratifica que el CDC es una ley de orden público. El STJ no consideró expresamente la diferencia, pero hizo aplicación directa de un derecho fundamental en salvaguardia del consumidor afectado. Haciendo aplicación del esquema que plantea JAYME, creo no se tuvo en cuenta el quinto paso, en la medida que el caso no tenía vinculación con el foro, y por lo tanto no se debería haber abierto la jurisdicción, al menos por los motivos esgrimidos.

⁹⁵⁷ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 116-117.

⁹⁵⁸ Cfr. LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...”, pp. 272-275. Como veremos en una crítica más razonada del fallo, si bien podemos estar de acuerdo en la apertura de la jurisdicción, esto no significa que se aplique el derecho interno para resolver el fondo del asunto, cuando no hay contactos con el foro, más allá del domicilio de una de las partes.

IV. A. 9. Los derechos subjetivos resultantes de la solución de conflictos entre derechos fundamentales

Luego de verificar que un consumidor sostiene sus pretensiones en un derecho fundamental, queda por ver todavía si, cuando se trata de una relación de consumo, la otra parte también sostiene sus pretensiones en garantías iusfundamentales. De aquí puede surgir una aparente colisión, que hasta no se resuelva, dejará en suspenso la existencia de una efectiva potestad o derecho subjetivo⁹⁵⁹.

Todo conflicto jurídico, incluidos los de derechos fundamentales, representa una situación de desorden que requiere una solución. Dichos conflictos pueden ser reales o aparentes, pues es posible que pretensiones que en principio parecen incompatibles entre sí en realidad no lo sean⁹⁶⁰. Es posible que alguno de los derechos esté presente en el caso y el otro no, o que existan parcialmente uno u otro, o tal vez ninguno, si ambas partes carecen de razón⁹⁶¹.

Un ejemplo de conflicto de derechos fundamentales, no vinculado a la protección del consumidor pero sí a la jurisdicción internacional, es el planteado en el caso "Yahoo.com". A pedido de entidades antirracistas y miembros de la colectividad judía, la empresa fue condenada en la Corte de París a tomar todas las medidas tecnológicas necesarias para que los usuarios franceses de un servicio de subasta no tuvieran acceso a productos vinculados al nazismo⁹⁶². La apología del delito afectaba los derechos fundamentales de los ciudadanos reclamantes. La empresa se allanó al reclamo, pero luego solicitó ante la Corte de California que mediante una acción declarativa establezca que la sentencia del tribunal

⁹⁵⁹ En definitiva, seguimos girando alrededor del mismo problema: la falta de concreción de los derechos fundamentales (especialmente los de segunda y tercera generación) como verdaderos derechos subjetivos. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, p. 103.

⁹⁶⁰ Cfr. DE DOMINGO, "El problema de la *drittwirkung*...", p. 273.

⁹⁶¹ Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1244.

⁹⁶² Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, disponible en [HTTP://WWW.IURISCOM.NET/TXT/IURISFR/CTI/TGIPARIS2000522.HTM](http://www.iuriscom.net/txt/iurisfr/cti/tgiparis2000522.htm).

francés no podría ser reconocida ni ejecutada en los Estados Unidos⁹⁶³. En caso de que los demandantes pretendieran su extraterritorialidad, la solicitud de impedir el acceso a la información sería considerada una violación de la libertad de expresión, protegida constitucionalmente⁹⁶⁴.

Además, Yahoo alegó que sería tecnológicamente imposible evitar el acceso de internautas, ante la dificultad de ubicar a los usuarios de la Web. Se estaría imponiendo una carga irrazonable, agravada porque Yahoo no se encuentra sujeta a la Corte de París ni a las leyes penales francesas. La corte de California manifestó que sin duda debería resolver el caso a la luz de las valoraciones iusfundamentales norteamericanas; bajo este criterio, las medidas tecnológicas serían una restricción prohibida a la luz del derecho de libertad de expresión, más allá de la efectiva posibilidad técnica⁹⁶⁵. Debido a que este tipo de conflictos se pueden presentar en asuntos vinculados a consumidores, merecerán su tratamiento en los acápite siguientes.

a) El contenido esencial de los derechos del consumidor

Para arribar a la solución del conflicto de derechos, algunos autores proponen establecer una jerarquía entre ellos. De entrada aclaro que no concuerdo con esta posibilidad, debido a que la escala se suele efectuar en base a parámetros o ponderaciones *a priori*, a veces cargadas de algún elemento ideológico. Por ejemplo, al plantear la cuestión como una reivindicación de la lucha de la persona contra el mercado, o el contrato (la autonomía de la voluntad) como herramienta de opresión frente a la debilidad. En la jerarquización apriorística algunos derechos siempre quedarán diferidos si en la controversia judicial se topan con otro derecho que en abstracto es jerárquicamente superior. Desde esta perspecti-

⁹⁶³ Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001), disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0117424p.pdf>

⁹⁶⁴ Cfr. SCHIFF BERMAN, "The Globalization of Jurisdiction", pp. 336-341. Este autor cita otros casos de conflictos de derechos fundamentales y problemas jurisdiccionales.

⁹⁶⁵ Cfr. IEZZI, *El conflicto jurisdiccional en Internet*, pp. 28-30.

va, existirán entonces los “Derechos Príncipe” y los “Derechos Cenicienta”⁹⁶⁶.

La jerarquía se da entre los bienes jurídicos, no entre los derechos, que es el modo de tutelar esos bienes. En algunos casos el derecho se identifica con el bien humano, como en el derecho a la vida, la integridad física y moral, la intimidad, y todos aquellos donde de modo directo se implica la dignidad humana y el derecho resulta imprescindible y coadyuva a esa dignidad sin poner medida⁹⁶⁷. En otros casos, como el que nos toca, sólo colateralmente se afecta la dignidad de la persona, debido a que por lo general en la protección del consumidor están involucrados derechos patrimoniales. Esta diferencia de bienes jurídicos, no de derechos, se puede observar en el modo en que el sistema procura dotar de medios para conservar o promover esos bienes, dando lugar a diferentes respuestas para distintas acciones: derecho penal, administrativo, civil, comercial, y también, por supuesto, el derecho del consumo y el Derecho Internacional Privado⁹⁶⁸.

Tampoco resulta suficiente contrapesar los derechos, ponderarlos, a través del llamado *balancing test*. Por este medio se procura determinar si se opta por uno u otro, si resulta constitucionalmente aceptable o hay una razón suficiente que lleve a restringir o limitar un derecho en aras de intereses generales. Ahora ya no estamos ante preferencias inalterables, ni derechos o prioridades absolutas⁹⁶⁹. Se presupone que am-

⁹⁶⁶ Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1221. A esta conclusión se llega de todas maneras aplicando el *balancing test*.

⁹⁶⁷ *Idem*, p. 1210. La diferencia entre bienes humanos, individuales y colectivos, y su correlato con los bienes jurídicos, no implica jerarquía entre los derechos fundamentales que los protegen.

⁹⁶⁸ Por este motivo se debe hacer un uso limitado y austero del término “dignidad humana”, reservándolo para aquellos casos en que se hace referencia a la sustancia de la persona, a la condición ontológica que hace que un hombre sea lo que es. O, para concepciones más positivistas, a la dignidad en cuanto sustento de la persona: concepto prejurídico o prepolítico, presupuesto de la ética pública política y jurídica, fundante del deber ser. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 28-31.

⁹⁶⁹ Para identificar un derecho en su condición de universalidad, FINNIS dice que las declaraciones de derechos humanos de las Naciones Unidas emplean 2 formas principa-

bos derechos existen en el caso y que se evalúa el peso de los intereses en juego. La importancia de qué hizo o quiere hacer una de las partes, los daños que se derivaron o pueden derivarse para la otra; lo mismo en el otro sentido: su pretensión, lo que quiere realizarse o evitarse, qué daños pueden causarse a la otra parte si triunfa esta segunda perspectiva⁹⁷⁰.

El conflicto potencial se origina en el principio de igualdad y la premisa es que los derechos nacen en armonía, integrados al bien común de la comunidad política en que viven sus titulares. Nunca se debe sacrificar un derecho en desmedro del otro. Partiendo de la coexistencialidad y armonía de los derechos, el razonamiento es que al rechazarse una pretensión no hay afectación, debido a que el derecho no estaba en la contienda⁹⁷¹. En este sentido, tampoco deberían estar enfrentados los derechos cuando se trata de la comunidad internacional de consumidores y proveedores transfronterizos.

TOLLER distingue entre los ámbitos material y formal de un derecho, aplicando la teoría hilemórfica de ARISTÓTELES⁹⁷². Para él resulta un equívoco decir que cae dentro del objeto de un derecho toda la capacidad contenida en el sintagma que denomina ese derecho. Lo correcto sería decir que hay un ámbito o causa material del derecho, contenido

les: “toda persona tiene el derecho a...”, o bien “nadie será...”. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 239-240.

⁹⁷⁰ Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1216-1219.

⁹⁷¹ TOLLER cita el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”; el art. 53.1 de la Constitución española: “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio”; y nuestro art. 28 CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. *Idem*, p. 1249.

⁹⁷² Según ARISTÓTELES, las cosas materiales están compuestas de dos coprincipios: la causa material o materia, aquello de lo que una cosa está hecha, su materia prima; la causa formal, que actualiza en la materia una especificidad concreta en lo que antes era potencia. Así, una madera, puede ser árbol, si es conformada por el “modo de ser” árbol (*actus essendi*), y será —además de árbol— “éste árbol” (*modus essendi*). También puede ser “ésta mesa”, si recibe el acto de ser mesa. O bien será esta silla, o esa cama, si la potencialidad de la materia recibe alguna de esas formas sustanciales (la sustancia concreta con los accidentes que en ella inhieren). *Idem*, pp. 1262-1277.

en su *nomen iuris*. Así, la materia de un derecho es toda la potencialidad de posibilidades normativas que se desprenden de un tipo de relación jurídica, generalmente expresadas en el verbo que determina una categoría de actos⁹⁷³. Mientras que la forma, será la concreta situación jurídica que aportan las circunstancias, dando lugar a “ese derecho”. Las normas, sentencias y doctrinas jurídicas son el paso de la potencia al acto, precisando el adecuado ejercicio del derecho, su legítimo alcance y esfera de funcionamiento razonable.

Por ejemplo, en la protección del consumidor, el ámbito material es la totalidad de acciones, daciones y omisiones que relacionan al consumidor con los proveedores. Pero no todo ese contenido se encuentra en lo que denominamos el derecho fundamental del consumidor. El ámbito material, con propia fuerza expansiva, requiere ser concretado (reglamentado, regulado) por la doctrina, legislación y jurisprudencia, que le brindarán su ámbito formal o jurídico de ejercicio: su legítimo alcance o esfera de funcionamiento razonable. A las concreciones o determinaciones se llega a través del paso de una visión no-teleológica de la libertad en cuestión, a la contemplación del fin para el cual se reconoce dicha libertad y ajustándola con otros derechos y con el bien común⁹⁷⁴.

Por tanto, la igualdad de los derechos está dada en cuanto son mecanismos que aseguran el título de algo que es justo para el sujeto activo; mientras que la desigualdad está en los bienes que tutelan, por eso

⁹⁷³ De modo más elemental aún, se puede decir también que las necesidades básicas son la materia prima fundante de los derechos fundamentales, en cuanto esfera de interés prejurídica. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, pp. 32-33.

⁹⁷⁴ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 120-121, donde ejemplifica en casos de derechos patrimoniales. Cfr. también TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, pp. 1263 y 1261. “[E]n rigor, lo correcto es *regular, reglamentar, modalizar* o *formalizar* el derecho, pero nunca *restringirlo* o *limitarlo*. Una regulación o reglamentación es conformar el derecho a una *regula* o regla, es delimitarlo. Esto implica que lo que el derecho pierde en posibilidades difusas prelegales lo gana en ejercicio garantizado por la norma que concretó algunas de esas posibilidades. En cambio, siempre que pueda establecerse que existe una limitación o restricción legal o jurisprudencial a un derecho, que implicará naturalmente que se lo recorta o *altera*, ese tratamiento será inconstitucional. Quien regula actúa constitucionalmente, pero quien restringe o limita en verdad altera, viola el contenido esencial, infringe la propia Constitución”. *Ibidem*.

sólo de modo indirecto se puede hablar de cierta jerarquía entre los derechos fundamentales. Al pretenderse jerarquizar individuos e intereses, se lesiona el principio de igualdad y de dignidad de la persona⁹⁷⁵. Puede existir, por supuesto, una preferencia *prima facie*, que puede ser útil para analizar si los daños son reparables, ante la necesidad de dictar una medida cautelar, por ejemplo; pero luego, frente al caso, hay que ver la real presencia de derechos de las partes.

El conflicto siempre será entre pretensiones e intereses, y no entre derechos subjetivos; la ponderación también es de pretensiones, no de derechos. Por tanto, se requiere establecer el contenido esencial de un derecho, lo que obliga a determinar al menos los siguientes elementos:

- a. fin o fines para los cuales se lo reconoce;
- b. quién es su titular;
- c. quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquel;
- d. cuál es el sentido, alcance y condiciones de ejercicio del derecho, o, lo que es en parte lo mismo, cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos, sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación;
- e. cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquellas —si las hubiera— bajo las cuales puede renunciar a las facultades relevantes;
- f. qué facultades y poderes ostenta el titular en caso de incumplimiento del deber del sujeto pasivo;
- g. finalmente, pero no lo menos importante, qué libertades y facultades de obrar disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, y especialmente, el deber de no interferencia y de adecuación con los

⁹⁷⁵ *Idem*, pp. 1211-1212.

derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos⁹⁷⁶.

El contenido esencial del derecho indica su naturaleza, su finalidad; su ejercicio funcional procura atender a los contornos de cada derecho, buscando los modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de ellos, sin que ninguno se encuentre frustrado⁹⁷⁷. Por tanto, para determinar el *ius* de cada una de las partes, será necesario discernir los ámbitos material y formal de los derechos involucrados.

En nuestro caso, el contexto multinacional afecta todos los elementos de la relación jurídica que se establece entre el consumidor y el proveedor. Las partes no actúan “en el vacío”, y no pueden pretender las mismas soluciones que para operaciones meramente locales. Cuando una gran empresa se establece en un país, mediante sucursales, oficinas técnicas o representaciones, está asumiendo un modo local de operar, se inserta en un sistema jurídico⁹⁷⁸. Por este motivo las esferas material y formal del derecho son disímiles a las que se presentan en el plano interno. Tampoco será igual la solución si estamos ante consumidores activos o pasivos, o si el proveedor es responsable directo del incumplimiento o en virtud de la solidaridad, etc.⁹⁷⁹. De aquí que una parte puede tener un interés o pretensión, pero eso no indica que tenga un derecho.

⁹⁷⁶ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 246-247.

⁹⁷⁷ Así, mientras el contenido de las normas iusfundamentales es regulable, los derechos fundamentales son ilimitables. Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, pp. 252-254, y especialmente 257 y ss.

⁹⁷⁸ Por el contrario, si la empresa actuara en el mercado global, de nuevo habrá que analizar los ámbitos materiales y formales de sus derechos, de acuerdo con esas nuevas pautas. En estos términos —aunque es discutible la solución a que arribó—, se expresó el El Superior Tribunal de Brasil en el caso “Panasonic”, resuelto en fallo dividido. Allí se sentó el precedente de que, si una empresa obtiene beneficios en un mercado global, su responsabilidad y garantías también deben ser mundiales. SJT. REsp. 63.981-SP, 4 de mayo de 2000.

⁹⁷⁹ De este modo, sólo formalizada por el tamiz de la razonabilidad y la justicia, una acción está amparada por un derecho. El ámbito formal se ejerce sobre acciones materialmente cubiertas por el derecho: algunas están cubiertas, y por tanto legítimas, formalizables como tal derecho, y otras sólo materialmente se pueden considerar como parte del derecho, pero que en definitiva son ilegítimas y no tutelables.

b) *El análisis de razonabilidad*

El camino hacia la determinación de los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo requiere ahora del análisis de razonabilidad que verifique el efectivo *ius*, cuando su pretensión se enfrente a otra, en aparente conflicto. En realidad, aquí presentaré el esquema de cómo creo debería hacerse el test de razonabilidad ante pretensiones concretas, ya que no propugno una solución en abstracto. Este 'ejercicio' deberá repetirse ante cada caso en que aparezca el aparente 'conflicto'; la aplicación a la determinación jurisdiccional es por tanto inmediata.

Si bien los derechos fundamentales tienen plena eficacia en la esfera privada, la misma puede ser atenuada por la concurrencia de otros derechos y libertades, que se concretan en el principio básico de la autonomía de la voluntad. En suma, lo que se presenta como difícil articulación de los derechos fundamentales frente a los particulares será muchas veces un problema de conflicto de derechos⁹⁸⁰. De todos modos, la colisión, al menos en cuanto se refiere a la protección de los consumidores, no se resolverá siempre a favor de la autonomía de la voluntad, ya que durante la ponderación entrará en juego el *favor debilis*⁹⁸¹.

El análisis de razonabilidad en la colisión de derechos persigue una finalidad similar al proceso de concretización del orden público internacional visto anteriormente, cuando se pretende aplicar la excepción. Se puede poner en tela de juicio la validez de un derecho por su presunta colisión con otros, en diversas circunstancias: ante la denegación de la jurisdicción o al plantearse la excepción de incompetencia; al rechazar la admisibilidad de una cláusula de prórroga o compromisoria; al momento de ejecutarse una sentencia extranjera, etc. Son todas situaciones jurídicas que pueden resolverse por uno u otro expediente. Dependerá de las circunstancias a cuál deberá acudir, ya que ambos métodos comparten, en primer lugar, la característica de no actuar *a priori*, al menos desde la postura que adoptamos; y luego, que los derechos fun-

⁹⁸⁰ En este sentido, cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 246 y ss.

⁹⁸¹ Cfr. DE DOMINGO, "El problema de la *drittwirkung*...", p. 26 con cita de Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 209.

damentales suelen estar presentes (no siempre) en ambos razonamientos⁹⁸².

El conflicto entre derechos fundamentales se puede presentar cuando una parte considera que su facultad está siendo injustamente agredida por su contraparte, que también quiere hacer valer las propias. En este supuesto, tendremos dos normas hipotéticas enfrentadas: A tiene derecho a B, y A no tiene derecho a B. O bien, A tiene derecho a B contra C, y C no está obligado a B frente a A. En lenguaje de 'caso hipotético', Juan siempre tiene derecho a demandar en su domicilio habitual (donde consume) a ACME, cuando ACME entregó la cosa en el domicilio de su establecimiento comercial, distinto al correspondiente a Juan; y ACME, cuando entregó la cosa en su establecimiento comercial, nunca puede ser demandado en el domicilio de Juan, situado en otra jurisdicción⁹⁸³.

También puede suceder que el conflicto no sea entre dos particulares (consumidor y proveedor, por ejemplo), sino que un sujeto cuestione la validez de una norma en particular, debido a que en apariencia afecta sus derechos fundamentales. En ambos supuestos se requiere verificar si la reglamentación de un derecho —a través de normas legisla-

⁹⁸² En el análisis *a priori* siempre se olvidará que la realidad brinda múltiples excepciones. La cuestión no puede tratarse de modo abstracto, sino argumentando a través de los particulares hechos del caso Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", p. 1206-1207, a quien sigo de fundamental en este acápite. Por su parte, SOTO ejemplifica mediante la falta de identidad con los títulos de nobleza, que son inconstitucionales pero no contrarios al orden público internacional. Por el contrario, antes de la sanción de la ley de divorcio, esta institución era contraria al orden público pero no inconstitucional. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 36-37.

⁹⁸³ Cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, pp. 212-216. Escribimos el ejemplo en términos universales y absolutos, en definitiva juicios simples y sintéticos —siempre, nunca—, para hacer más sencillo el razonamiento. Nada impide que el supuesto se refiera a juicios analíticos, con predicados contingentes, que en definitiva se resuelve mediante la concatenación de juicios simples. Cfr. TOLLER, "Resolución de los conflictos...", pp. 1232 y 1236.

tivas o judiciales—, es acorde con el contenido esencial, ahora en su relación con los otros⁹⁸⁴.

La evaluación de la norma cuestionada —concreta o hipotética—, requiere responder a los siguientes interrogantes:

- a. ¿Tiene una finalidad constitucional y socialmente relevante?
- b. ¿Es adecuada en la relación de los medios respecto de la finalidad perseguida?;
- c. ¿Requiere necesariamente de esas prescripciones?;
- d. ¿Es proporcionada en cuanto lo que se obtiene con lo prescripto, y lo que impide por ello?;
- e. ¿Respeta el contenido esencial del derecho?
- f. ¿Es parte de la esfera de funcionamiento razonable de ese derecho?⁹⁸⁵

Al momento de efectuar el análisis, es importante tener en cuenta la debilidad de una de las partes, pero no apriorísticamente, sino como punto de referencia que brinde una orientación al momento de responder a las preguntas anteriores⁹⁸⁶.

⁹⁸⁴ Tradicionalmente, se ha recurrido al expediente del control de razonabilidad. Para el planteo general del “conflictivismo”, cfr. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, Capítulo I.

⁹⁸⁵ Cfr. TOLLER, “Resolución de los conflictos...”, p. 1271. Respecto de la razonabilidad y proporcionalidad, los límites son difusos. SPELLENBERG lo ejemplifica con la jurisprudencia alemana y los límites que tiene el legislador que reglamenta derechos fundamentales. “En mi opinión, de esto no se deriva un límite particularmente estrecho para la libertad de configuración del legislador. Pues él puede determinar en forma realmente libre el objetivo que pretende perseguir con su regulación de simple ley, por ejemplo, en el ámbito del derecho de locación o en la política social. La prohibición de exceso sólo significa que él debe preferir aquella regulación que menos afecta los derechos fundamentales del afectado, pero que todavía alcanza el fin propuesto”. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 240.

⁹⁸⁶ Así, la debilidad del consumidor, puede ser relevante en un caso particular cuando la fuente de aprovisionamiento es monopólica, o el prestador de servicio en un contrato de larga duración, ejerce un poder tal que no es posible no contratar. El tradicional “tómelo o déjelo”. En definitiva, la pauta de la debilidad es considerada en la ponderación de los intereses. Habrá que verificar en el caso si la parte fuerte, en la asimetría

c) Un ejemplo: el contenido esencial del derecho a la salud en la relación de consumo

La situación es la siguiente. Un viajero se accidenta gravemente en el extranjero y requiere atención médica de alta complejidad, incluyendo trasplante de órganos. Reclama la cobertura de la atención a la empresa de medicina prepaga y a la de servicios de asistencia al viajero. Si bien la empresa de medicina prepaga de la que es afiliado prevé la cobertura de esos infortunios en su cartilla, nada dice de prestaciones internacionales. El consumidor fundamenta su pretensión en la garantía constitucional de la protección de la vida y la salud en la relación de consumo (art. 42 CN).

Si hacemos lugar a la distinción entre el ámbito formal y material del derecho del consumidor a la salud “en la relación de consumo”, caen en el ámbito material, entre otros, los siguientes actos o prestaciones que realizan distintos proveedores en su beneficio, algunos de ellos empresas de medicina prepaga, como la de esta situación ficticia⁹⁸⁷:

- a. Fabricar productos o brindar servicios que no causen daño;
- b. Brindar tratamiento ambulatorio, internación y traslados sanitarios; en caso de urgencia, brindar atención primaria a cualquier persona necesitada de cuidados en emergencias;
- c. Efectuar todo tipo de estudios tendientes a verificar el actual estado de salud; prevenir situaciones de enfermedad;
- d. Cubrir patologías que requieren atención de alta complejidad, incluyendo el trasplante de órganos;
- e. Proveer de medicamentos, prótesis, etc.;

de la relación, pone en duda la autonomía de la voluntad de la parte débil, o si es lícito que esta renuncie a un derecho fundamental.

⁹⁸⁷ La mención a la “relación de consumo” no es casual o caprichosa, como veremos luego, en el Capítulo V. No entran en el análisis, por tanto, situaciones en las que el presunto proveedor o consumidor no forman parte de esa relación de consumo como sujetos activos o pasivos.

- f. Brindar tratamiento psiquiátrico o psicológico;
- g. Atender embarazos y nacimientos;
- h. De modo general, brindar todo tipo de prestaciones que resulten obligatorias en función de lo establecido por el Ministerio de Salud y Acción Social y la Superintendencia de Servicios de Salud, a través de la llamada Prestación Médica Obligatoria (PMO), tanto al consumidor como a su grupo familiar⁹⁸⁸;
- i. Brindar servicios, aún en situaciones fuera de cobertura, cuando el paciente comprometa y garantice su posterior pago, independientemente del pago de la cuota como asociado.

Por su parte, integran el ámbito formal del derecho,

- a. recibir, por parte de la empresa de asistencia al viajero servicios médicos de alta complejidad, incluyendo el trasplante de órganos, cuando el paciente se encuentre en el extranjero;
- b. costear traslados sanitarios hacia el país de origen;
- c. restituir los gastos incurridos por el consumidor, dentro del ámbito del contrato;
- d. prestar los servicios, aún en situaciones fuera de cobertura, cuando el paciente comprometa y garantice su posterior pago, de modo independiente a su cuota como asociado.

El hecho de que las prestaciones médicas que un asociado recibe en su país estén relacionadas con el derecho del consumidor y a la salud — lo cual justifica la intervención estatal para su salvaguarda mediante las reglamentaciones sanitarias—, no implican de por sí que deban prestarse en el extranjero. En el primer caso, el derecho a la salud se garantiza

⁹⁸⁸ Leyes 23.660 y 24.754, y sus reglamentaciones, entre otras Resolución MS 201/02.

mediante la intervención onerosa de un particular contratante: la empresa prestadora. En el segundo la empresa no está obligada, aunque el derecho permanece, pero ahora la obligación está en cabeza de su deudor originario: la comunidad a través del Estado⁹⁸⁹.

¿Por qué si la empresa está obligada a dar cobertura de una determinada patología en el país no la dará en el extranjero? Es la misma persona, debería atenderla como la atendería aquí si aquí estuviera enferma. Pero puede ocurrir que a causa de la distancia, por carecer de estructuras propias en ese país, los costos de brindar la atención resulten excesivos. Es posible que se produzca la ruptura del equilibrio contractual. De aquí que la situación merece un estudio más detenido.

Las prestaciones en el extranjero están fuera del ámbito formal del derecho del consumidor, aunque su pretensión pueda integrar el ámbito material del derecho a la salud. Las empresas, bajo estos supuestos, no son sujetos obligados por ese derecho, aunque sí lo es el Estado⁹⁹⁰. ¿El

⁹⁸⁹ Las Condiciones Generales de contratación previstas por una de las empresas que actúan en el mercado, y que se repite de modo similar en la mayoría, figura: "Este servicio sólo cubre accidentes o enfermedades ocurridos en el curso de un viaje en el exterior. La cobertura de Docthos Internacional tiene una vigencia de un año, y cada viaje no deberá superar los 90 días de duración, desde la fecha de salida del domicilio habitual y permanente. El alta o la renovación del servicio no es automática, por lo cual le solicitamos que lo gestione con un mínimo de 72 horas hábiles de anticipación al viaje". Y en cuanto a las prestaciones, "En caso de accidente o enfermedad ocurridos en un país no limítrofe, nuestros asociados estarán cubiertos hasta un máximo de U\$S 10.000- en asistencia médica, lo cual incluye la atención médica de urgencia, medicamentos, internaciones, intervenciones quirúrgicas, terapia intensiva, servicios y suministros varios de médicos y enfermeras. Quedan excluidas las prótesis de cualquier tipo y cirugías plásticas." A su vez, el ejercicio del derecho está limitado procedimentalmente: "Con excepción de los casos en que hubo imposibilidad inmediata de notificar a La Prestadora, los beneficiarios tendrán derecho a ser reembolsados por La Prestadora solamente cuando hubieran dado aviso a La Prestadora dentro de las 24 Hs. y hubieran recibido autorización de ésta".

⁹⁹⁰ La obligación a cargo del Estado por el cuidado de la salud de la población se desprende, primariamente, del Preámbulo de la CN: "afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, *promover el bienestar general*, y asegurar los beneficios de la libertad". También se desprende implícitamente del derecho a trabajar, del art. 14 CN, ya que el trabajo produce deterioro en la persona, a medida que pasa el tiempo, y también porque se requiere mantener a la fuerza de trabajo en condiciones de cumplir con su cometido y disfrutar de ese derecho. Lo mismo se puede decir de las ga-

de su domicilio o el del lugar de internación? Tratándose de un derecho básico, ambos, con la diferencia que el Estado extranjero lo regulará de acuerdo a su propio ordenamiento, sin que pueda restringirlo en su contenido esencial. De todas maneras, creo queda claro que no es parte del ámbito formal del derecho fundamental a la salud, que un viajero pueda recurrir a la empresa de medicina prepaga o a la de servicio al viajero para recibir prestaciones más allá de lo pactado.

La empresa de asistencia al viajero debe hacerse cargo de trasladarlo a su país de origen (siempre que sea médicamente posible), y la empresa de medicina prepaga soportará los gastos del transplante de órganos en su país de origen, donde está otorgada la cobertura, dentro de los términos de esa cobertura y de las reglamentaciones estatales. El derecho a la salud y la vida no es reclamable a las empresas en este supuesto, porque ellas se obligan a brindar servicios en los términos de sus contratos, que determinan el ámbito formal de sus derechos. El aparente conflicto entre el derecho a la propiedad de la empresa de servicio al viajero y el de protección del consumidor y la salud, se resuelve porque el derecho formal de la empresa es invadido por la esfera material del derecho del consumidor, que carece de una pretensión tutelable.

No estamos ante una obligación derivada de la relación de consumo que une al afiliado con su empresa prestadora. El derecho natural origi-

rantías implícitas del art. 33 CN. Luego, el art. 75 inc. 2, indica como obligación a cargo del Congreso, satisfacer el "bien general", y el inc. 18 proveer "lo conducente a la prosperidad del país". Para el caso de las funciones del Poder Ejecutivo Nacional, debe expedir reglamentos que permitan ejecutar las leyes (art. 99 inc. 2), designar los ministros, como el de Salud, recaudar las rentas y decretar su inversión, etc. Son indicaciones del compromiso con el cuerpo social. Más explícito aparece el art. 14 bis CN, cuando indica que "el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...". De aquí se desprende la obligación del Estado de sostener los hospitales públicos y gratuitos. A partir de 1994, el derecho a la salud aparece más claro en los arts. 41, 42, 75 inc. 23 (resguardo de la maternidad y del niño desde la concepción). Lo mismo se desprende de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "art. 12: Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental", incluida "la prevención y tratamiento de las enfermedades". Cfr. GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia, IPPOLITO, Silvia, *Contrato de medicina prepaga*, 2ª Ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

nario a la salud o la vida, adecuado a la dignidad, al contexto y al entorno, deberá estar a cargo de la comunidad en sus aspectos básicos, y así, el paciente-consumidor transeúnte podrá, por ejemplo, solicitar al gobierno de su país la repatriación para una mejor atención, si no cuenta con medios propios para hacerlo⁹⁹¹. Pero no sería esta —en principio— una obligación a cargo de la empresa de medicina prepaga, ya que sus compromisos obedecen a razones diferentes.

En la relación subsiguiente establecida contractualmente hay un equilibrio propio de la igualdad aritmética por la que se intercambian bienes. Pero la empresa privada no es deudora del derecho natural del ciudadano a recibir cobertura integral de salud, más allá de lo convenido. Cuál sea la medida de lo convenido, en cantidad, calidad, tiempo y relación, es indiferente a la condición de persona del asegurado: lo debido es en cuanto contratante. La especificidad viene dada por una relación (accidente) y no por una condición ontológica (la persona en cuanto sustancia). Distinto será el caso si la comunidad hubiera regulado ese deber jurídico a cargo de la empresa de medicina prepaga, como parte de una anterior justicia distributiva.

Aplicando al mismo caso el control de razonabilidad, nuestras normas hipotéticas, ante el conflicto, serían: a) El viajero que sufre un accidente en el extranjero debe ser atendido por la empresa de medicina prepaga, en las mismas condiciones que en su país de origen, sin importar lo que diga el contrato, en razón de su derecho a la protección de la salud en la relación de consumo; y b) La empresa de medicina prepaga no está obligada a dar cobertura en el extranjero cuando el contrato no lo prevé, ya que está amparada en su derecho de propiedad y la libertad en el ejercicio del comercio.

⁹⁹¹ Estamos ante uno de los derechos que BIDART CAMPOS denomina “derechos analogados” y con “obligación activamente universal”. “El sujeto pasivo es el *estado*, y su obligación de hacer consiste en *desarrollar políticas concretas de bienestar* en el vasto campo de la alimentación, de la vivienda, de la indumentaria, del trabajo, de la salud, de la educación, etc., para que a través de ellas los titulares de los derechos por analogado obtengan —mediante su participación en el bienestar común o general que aquellas políticas promuevan— la satisfacción de las necesidades vinculadas con los citados derechos por analogado”. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, p. 503.

El test de razonabilidad se enunciaría del siguiente modo:

	Norma hipotética A	Norma hipotética B
La pretensión,	El viajero que sufre un accidente en el extranjero debe ser atendido por la empresa de medicina prepaga, en las mismas condiciones que en su país de origen, sin importar lo que diga el contrato, en razón de su derecho a la protección de la salud en la relación de consumo.	La empresa de medicina prepaga no está obligada a dar cobertura en el extranjero cuando el contrato expresamente lo excluye, ya que está amparada en su derecho de propiedad y la libertad contractual y en el ejercicio del comercio.
¿Tiene una finalidad constitucional y socialmente relevante?	Sí, es socialmente relevante porque el Estado puede delegar y el consumidor contratar con un tercero la previsión de infortunios en su salud, en el marco protectorio que le brinda la CN, y en una situación tan incierta como un viaje al extranjero.	Sí, porque interesa al constituyente el ejercicio de la libertad de contratar de los particulares y el derecho de propiedad, en virtud de los cuales pueden autoobligarse a prestar servicios de salud, de acuerdo a los términos del análisis económico que resulte apropiado a su inversión y riesgo asumido.
¿Es adecuada la relación de los medios respecto de la finalidad perseguida?	Sí, el resguardo de la salud en el extranjero puede realizarse mediante las prestaciones directas de la empresa contratada o a través de la delegación de esta a terceros.	Sí, debido a que mediante la actividad empresarial prevé una localización geográfica de los eventos ante los cuales puede y debe dar cobertura con los costos asociados.

<p>¿Requiere necesariamente de esas prescripciones?</p>	<p>No, ya que el cuidado integral de la salud está a cargo primariamente de la comunidad a que pertenece el individuo, y sólo de modo delegado a otras organizaciones. Pueden obtenerse los resultados por otros medios, como la intervención del Estado, tanto el de origen como el de localización del paciente.</p>	<p>Sí, ya que sus obligaciones no pueden ser ilimitadas, en la medida que percibe ingresos específicos, de acuerdo a los costos que asumió. Es propio de su actividad evaluar la viabilidad empresarial, incluyendo una razonable rentabilidad. Cubrir obligaciones no asumidas puede acarrear incumplimientos de obligaciones sí contraídas con los demás asociados.</p>
<p>¿Es proporcionado lo que se obtiene con lo prescrito, y lo que se impide por ello? Se deberá tener en cuenta cuántos de los asociados viajan, costo de atención en el extranjero, frecuencia de viajes, capacidad de previsión.</p>	<p>No, ya que el resguardo de las contingencias sanitarias en el extranjero, fuera de la cobertura expresamente contratada a la empresa, podría acarrear la disminución de la atención de la masa de pacientes residentes en el país de origen. También sería una atención desproporcionada en relación a la cuota que paga, establecida en relación a residentes en el país.</p>	<p>Sí, ya que los límites de cobertura tienen relación con las posibilidades técnicas y económicas en que se establecieron los compromisos. ¿Habría que aumentar la cuota a todos los asociados para prevenir la cobertura de riesgos no contratados?</p>
<p>¿Respeto el contenido esencial del derecho regulado?</p>	<p>No, por cuanto el empresario no recibe contraprestación ninguna cuando se excede los límites de lo contratado.</p>	<p>Sí, porque no se niega la atención médica, sólo que se prestará en el país de origen. Quien se excede de los derechos de ciudadanía, debe asumir los costos de las</p>

		eventualidades médicas.
Conclusión: ¿es parte de la esfera de funcionamiento razonable de ese derecho?	No, debido a que nadie puede pretender recibir un servicio gratuito por parte de un particular, si este no percibe los ingresos — sea que provengan del asociado o de un tercero, como es el Estado— con los cuales afrontar los gastos de cobertura.	Sí, porque su obligación de atención médica es parcial y delegada, sin que exista identidad entre la empresa y las comunidades estatal o global que protege a los individuos que la integran.

d) Otro caso: la asignación de los tribunales domiciliarios del consumidor transfronterizo

El mismo análisis se puede hacer para, por ejemplo, evaluar si la asignación preponderante del *forum domicilii* a favor del consumidor, como parte de una aplicación del *favor debilis*, es respetuosa de los derechos fundamentales, tanto de los propios como aquellos correspondientes a los proveedores⁹⁹².

Ahora bien. La posibilidad de que el consumidor transfronterizo reclame ante los tribunales domiciliarios, está vinculada a una segunda razón, proveniente de otro enunciado. No se trata sólo de proteger a la parte débil, sino que ese derecho fundamental va de la mano del aseguramiento de la garantía de defensa en juicio. Ante la falta de legislación

⁹⁹² Como lo proponen las Conclusiones del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra. Berta Kaller de Orchansky”, Sección Derecho Internacional Privado, Rosario, 13 al 15 de octubre de 2005. “[...] siempre cabría reconocer la atribución de jurisdicción a favor de los tribunales de la residencia habitual del consumidor, como “*forum conveniens*” cuando presente conexiones suficientes con el fondo del asunto. Sin embargo, cabría resistir que se llevase al consumidor, como demandado, a litigar fuera de su lugar de domicilio o residencia habitual, sin su expreso consentimiento si de ello pudiera seguirse una grave infracción a las más elementales exigencias del debido proceso”.

específica, o cuando no tenemos un enunciado sobre protección, los dos derechos fundamentales actúan de modo conjunto en la elaboración de la nueva regla⁹⁹³. Pero atención: el proveedor extranjero también puede verse afectado en su derecho fundamental a la defensa en juicio, o al derecho a ejercer toda industria lícita, o a su derecho de propiedad.

De la relación entre los derechos fundamentales del consumidor con el enunciado protectorio del ejemplo, quedan sin responder, entre otras, las siguientes cuestiones: el reclamo ante el juez domiciliario, ¿corresponde ante cualquier tipo de incumplimiento del proveedor?, ¿en toda clase de relaciones de consumo?; si el incumplimiento se refiere a una compraventa ¿cualquiera sea el producto adquirido?; ¿también se aplica a compras *on line*, o de bienes intangibles, descargados desde un servidor en el extranjero? ¿Cuando compra acá o estando de viaje en el extranjero? ¿Cuando el precio es irrisorio? ¿Cuando se trata de un servicio gratuito en línea, prestado por una ONG? ¿Cuándo el producto corresponde a una marca reconocida o proviene de un fabricante ignoto? En palabras de CIANCIARDO,

“[...] la búsqueda del derecho fundamental *stricto sensu*, plena o completamente determinado, requiere, además del aporte de la norma iusfundamental (el derecho fundamental *prima facie*), entre otras cosas, la guía normativa que proporcionan las circunstancias del caso”⁹⁹⁴.

Queda patente que para el enunciado de la regla ausente, son requeridas las circunstancias del caso.

Como resultado de este proceso de razonamiento, llegamos a la conclusión, complementaria de aquella a que arribáramos a partir de la consideración de los ámbitos material y formal de los derechos. De esta

⁹⁹³ En la relación entre derecho fundamental y orden público internacional, tiene especial interés verificar que la regla constitucional indica que “los consumidores y usuarios (...) tienen derecho, en la relación de consumo (...) a la libertad de elección (...)” (art. 42 CN, primer párrafo). Esta disposición expresa puede tener importancia decisiva al momento de considerar la capacidad de negociación de la cláusula, o la habilitación del foro del consumidor demandante, que al plantear el caso ante los jueces de su domicilio está efectuando una elección.

⁹⁹⁴ CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, p. 216.

manera, se puede delimitar y proteger el contenido esencial de cada derecho sin afectar los otros. Es un modo útil de poner en práctica la recomendación realizada por LORENZETTI:

“Entendemos que los derechos fundamentales precisan de una fase de concretización. Esta tarea en el plano teórico importa establecer una correlación entre este piso de derechos mínimos y el funcionamiento de la economía de mercado, a fin de establecer unas reglas de coordinación que enlacen lo público con lo privado”⁹⁹⁵.

Y, aunque no sin tanto énfasis y de modo parcial, también nos hacemos eco de que

“[E]n el plano de la dogmática, es preciso establecer su rango, sus fuentes, las reglas de determinación, los sujetos, el objeto y los límites. Asimismo entendemos que es de gran trascendencia establecer algunos criterios para resolver las antinomias entre reglas y principios que son tan habituales en el Derecho actual”⁹⁹⁶.

IV. A. 10. Mutabilidad e historicidad del derecho del consumo como pauta para el orden público y para la determinación del ámbito formal del derecho

El cambio histórico en principio no afecta la sustancia del hombre y por ende tampoco sus derechos fundamentales⁹⁹⁷. Sin embargo, algunos de estos derechos han nacido como resguardo y respuesta a situaciones originadas en cambios sociales, técnicos o económicos. El derecho a la privacidad, por ejemplo, toma relevancia a partir de la omnipresencia de los medios de comunicación; el resguardo de los datos personales sensibles, tiene su origen en las casi infinitas capacidades de almacenamiento de información provista por la tecnología digital; el derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sustentable, nace a partir de los

⁹⁹⁵ LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 86.

⁹⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁹⁷ Cfr. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 99.

efectos tóxicos de los residuos provenientes de la industrialización o de los deshechos producidos por las grandes conglomeraciones urbanas⁹⁹⁸.

De allí que los derechos fundamentales estén sujetos al tiempo: el sustrato inmutable del ser humano es afectado por accidentes del entorno físico o social. En definitiva, no son derechos supra temporales o intemporales, porque la persona humana está inmersa en el tiempo⁹⁹⁹. El mismo concepto de “garantía de defensa en juicio” o la necesidad de que el foro donde alguien sea demandado sea “previsible”, están marcados por la situación histórica en que se ejerce el juicio de la razón práctica¹⁰⁰⁰.

Por tanto no cambiará el fundamento de los derechos, que es la condición de persona propia del hombre, origen de la necesidad de consumir. Sin embargo, la historia afecta el ejercicio y eficacia de ese derecho, al ritmo de las modalidades de consumo, la evolución de los objetos y las relaciones de aprovisionamiento. Ni las cosas ni las personas se encuentran en estado puro sino histórico, siendo afectadas por la dimensión tiempo, al igual que la cantidad, la cualidad y la relación. De este modo, los bienes pueden ser de mayor calidad y cantidad en distintos momentos y lugares¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Cfr. LORENZETTI, “El derecho privado como protección del individuo particular”, p. 72.

⁹⁹⁹ Cfr. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 118. El proceso de concreción o especificación de los derechos deberá tener en cuenta este componente temporal. Cfr. VICENTE GIMÉNEZ, *La exigibilidad de los derechos sociales*, p. 44.

¹⁰⁰⁰ Así, la posibilidad de que el demandado sufra daños irreparables al ser citado en extraña jurisdicción debe juzgarse en concreto, atento a los modernos sistemas de comunicación, la reducción de los costos de transporte, a las “salas de audiencias virtuales”, etc. Cfr. SCHIFF BERMAN, “The Globalization of Jurisdiction”, p. 489.

¹⁰⁰¹ Cfr. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 121 y 122. En cuanto a la historicidad del hombre y su relación con el derecho, Karl LARENZ nos recuerda que: «El Derecho se nos muestra de nuevo desde otro aspecto cuando lo consideramos como un fenómeno histórico (...). “El hombre es un ser histórico”; esto quiere decir: su pasado —el suyo personal, el de la comunidad social a la que pertenece, el de la cultura de la que participa— es una parte integrante de su ser actual; (...) El “mundo histórico”, que el hombre crea en torno suyo y en el cual vive su propia vida, es tanto continuable como variable; se mantiene a través del cambio de los tiempos, de las generaciones y se presenta continuamente nuevo». LARENZ, *Metodología...*, p. 178.

¿A qué vienen estas consideraciones? En primer lugar, será necesario considerar la mutabilidad del orden público internacional, vinculado al derecho derogado, o al nuevo derecho existente¹⁰⁰². Luego, porque las cambiantes circunstancias internacionales nos darán pautas sobre la condición variable y relativa de la debilidad del consumidor¹⁰⁰³. Así, si bien las cláusulas de arbitraje insertas en contratos predispuestos pueden presumirse abusivas, cuando los medios de comunicación permiten la resolución de conflictos *on line*, con árbitros que dominan el mismo idioma, o permiten producir la prueba a bajo costo, la situación de indefensión puede desaparecer. De aquí que pudiera llegar a ser válida la cláusula compromisoria, incluso bajo la modalidad *ante litem natam*¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Hay consenso entre los autores que el orden público internacional que aplicará el juez es el presente, sin hacer caso de la ultraactividad del pasado. Interesa la concepción vigente al momento de dictarse la sentencia. Si se quieren preservar los principios esenciales del ordenamiento de la comunidad, no tiene sentido resguardar una situación anterior que ya carece del interés superior pretérito. Si el legislador ha optado por una entre dos o más concepciones fundamentales, la reforma indica que el criterio actual es representativo de las pautas esenciales del ordenamiento y no tiene sentido mantener las anteriores valoraciones. En igual sentido, se puede afirmar que para aplicar la excepción de orden público el caso debe tener contacto procesal con el presente. Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 475. Cfr. JAYME, "Métodos para la concretización...", pp. 244-245. Asimismo DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 296.

¹⁰⁰³ En una sociedad de proveedores artesanales, no se justificaría un régimen de excepción como el previsto por nuestra LDC. Pero así como en el actual estadio histórico de los procesos productivos y de comercialización esta legislación se presenta como un adecuado remedio de ciertos desequilibrios, también se debe considerar que esos procesos productivos y de comercialización mutarán hacia formas más sofisticadas, que a su vez requerirán ajustes más novedosos e imaginativos. El derecho natural no es inmutable, por cuanto la naturaleza humana, en este orden de razón, es mudable. El derecho es la cosa o relación justa entre las cosas. Y así el derecho seguirá la naturaleza de las cosas: las inmutables, de modo estable y permanente. Las cambiantes, con los adecuados ajustes. Respecto a este concepto de naturaleza humana, con una dimensión temporal y otra intemporal, es recomendable la lectura de YEPES STORK, Ricardo, *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona, Eunsa, 1996, especialmente pp. 94-100.

¹⁰⁰⁴ Esto tiene relación con el comentario de BOGGIANO, en el sentido de que las conexiones flexibles pueden ser materialmente más justas, por cuanto los proveedores están en condiciones de brindar condiciones más beneficiosas que las imperativamente ordenadas. Un derecho extranjero puede ser más favorable al consumidor que el propio domiciliario. Sin duda la mutabilidad e historicidad será un elemento a considerar en la evaluación de esas conexiones materialmente orientadas, y la aparente injusticia de la

Otra situación: la violación del debido proceso puede estar dada por la insuficiencia de la notificación electrónica como “fehaciente” a los efectos procesales. Por tanto, ante la falta de regulación de los modos de notificación en el arbitraje electrónico, se podría enervar el orden público internacional¹⁰⁰⁵. Esta situación no será permanente, y la tecnología puede ir en ayuda de la eliminación de obstáculos jurídicos vinculados al cumplimiento de las garantías fundamentales.

Lo mismo ocurre si las asociaciones de consumidores han participado en la elaboración de directrices de buenas prácticas, acordadas con una industria determinada, o los formularios fueron previamente aprobados por la autoridad de contralor¹⁰⁰⁶. Es a partir de estas consideraciones que el juez llamado a resolver una colisión de derechos, o aplicar la excepción del orden público, no puede decidir apriorísticamente.

autonomía de la voluntad en operaciones con consumidores, puede resultar justa en el “aquí y ahora”. Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya*, pp. 37-38.

¹⁰⁰⁵ MEDINA, Flavia y BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera, “El ciberarbitraje, ¿mito o realidad?”, en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., (coordinadora) MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B., *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, Edición electrónica gratuita. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008. Texto completo disponible en www.eumed.net/libros/2008c/435/, pp. 249-250.

¹⁰⁰⁶ Las Recomendaciones de la OCDE para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, de 1999, ponen especial énfasis en el trabajo conjunto entre las asociaciones empresarias y los representantes de los consumidores. “Consumers should be provided meaningful access to fair and timely alternative dispute resolution and redress without undue cost or burden. Businesses, consumer representatives and governments should work together to continue to use and develop fair, effective and transparent self-regulatory and other policies and procedures, including alternative dispute resolution mechanisms, to address consumer complaints and to resolve consumer disputes arising from business-to-consumer electronic commerce, with special attention to crossborder transactions.” (...) “In implementing the above, businesses, consumer representatives and governments should employ information technologies innovatively and use them to enhance consumer awareness and freedom of choice”. OECD Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, 1999, Nros. 93 y 97.

IV. B. LAS NORMAS IMPERATIVAS EN EL ORDEN INTERNO COMO DERECHOS SUBJETIVOS DEL CONSUMIDOR INTERNACIONAL

Dice LORENZETTI que las normas de orden público nacionales son aplicables en forma inmediata a todas las relaciones de consumo, tanto por estar reconocidas en Tratados de Derechos Humanos, por su rango constitucional, como por ser leyes que habitualmente se califican de orden público, y cita la nota de Vélez Sársfield al art. 1206:

“Cada pueblo independiente debe juzgar por sí mismo hasta dónde la urbanidad y la consideración de otros pueblos le permiten dar ejecución a las leyes de un país extranjero”¹⁰⁰⁷.

Creo que la referencia debe ser entendida en toda su amplitud, sin limitar la aplicación del orden público a situaciones contractuales¹⁰⁰⁸. Adelanto mi objeción de que no todas las normas del ordenamiento interno —más bien por el contrario— instituyen derechos subjetivos en

¹⁰⁰⁷ «El derecho del consumidor hace al modo de vivir que una comunidad adopta. (...) Los efectos del orden público descriptos se aplican dentro del Estado nacional de que se trate. En el caso argentino, el Código Civil dispone su aplicación a los contratos realizados en el país (art. 1209), mientras que los realizados en el extranjero serán regidos por las normas del lugar de celebración, salvo que fueren inmorales o que su reconocimiento resultase “injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes”. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 34-35. Entiendo que esto es correcto siempre que por “realizado” se refiera a cumplimiento en el país, y los “realizados en el extranjero” es cumplimiento y celebración en el extranjero. En el caso de estos últimos, se trata de contratos sin contacto argentino.

¹⁰⁰⁸ Así, cualquiera fuera la causa que es presentada ante un juez argentino, éste no podrá dejar de aplicar las normas imperativas de su sistema, entre las que se encuentran las disposiciones de la CN y las de la LDC. Estimo que sería nula una cláusula que estableciera que “los principios de conflictos de leyes quedan excluidos”, porque no se puede derogar toda la normativa de Derecho Internacional Privado, considerada de orden público interno, y en algunos casos de orden público internacional. De todos modos, siempre hay que distinguir entre orden público interno e internacional, como asimismo las normas internacionalmente imperativas de aquellas que lo son puramente locales. Cfr. JAYME, Erik, “La Droit International Privé du nouveau Millénaire: La Protection de la Personne Humaine face á la Globalisation”, *Recueil des Cours*, La Haya, 2000, Vol. 282, pág. 26.

amparo del consumidor transnacional (ver infra nro. IV. E, p. 449 y ss.)¹⁰⁰⁹.

En este último sentido, debido a la claridad de la enunciación y por haberse constituido en un texto clásico, vale la pena transcribir la Declaración hecha por la República Oriental del Uruguay al ratificar la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II):

“La República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado. Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”.

¹⁰⁰⁹ “Así como la autonomía de la voluntad en el orden interno admite límites que se justifican intrínsecamente y, en cambio, en el orden internacional dichos límites obstaculizarían el comercio, es también cierto que si bien las leyes de defensa del consumidor son de orden público interno, no necesariamente deben ser concebidas así, *a priori*, en el orden internacional”. SOTO, “El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado”, p. 396. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, nro. IV. Una aplicación adecuada de esta distinción de conceptos puede verse en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que en su art. 3.3, 5.2 y 6.1 se refiere a normas imperativas en el orden interno, en los arts. 7.1, 7.2 y 9.6 a normas internacionalmente imperativas, y en el art. 16 al orden público internacional. Cfr. HARTLEY, Trevor C., “Mandatory rules in international contracts: the common law approach”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1998, Vol. 266, pp. 337-425, en 346-349. Esta distinción es luego asumida por la versión final de la Propuesta de CIDIP VII, en su art. 9.

IV. B. 1. El orden público interno y su aplicación a casos transfronterizos

La LDC establece en su art. 65 que es una norma de orden público, sin discriminar entre el orden público interno del internacional. La primera consideración que cabe hacer es que sus disposiciones no pueden ser derogadas por las partes, ya que al menos este es el punto definitivo de ambas categorías¹⁰¹⁰. Pero este análisis es insuficiente, ya que el orden público interno se aplica a casos nacionales, mientras que el internacional tiene vocación extraterritorial. Por mi parte considero que además —al menos en algunas de sus disposiciones— debe ser considerada preponderante para el orden público internacional porque hay un especial interés en el ordenamiento argentino en resguardar la defensa del consumidor¹⁰¹¹. Como ya hemos visto, desde su inclusión como una salvaguarda con rango constitucional puede muy bien ser vista como parte del “espíritu de la legislación” en toda la amplitud que le otorga el art. 14 inc. 2 del Código Civil, lo cual la convierte en una barrera para la aplicación del Derecho extranjero o como característica negativa que rechaza una jurisdicción inicialmente competente¹⁰¹².

Cuando las normas y principios, tanto de la LDC como las de otros contextos legales, pertenecen a lo que se denomina el “orden público internacional”, tal como es concebido por el art. 14 inc. 2 del Código Civil argentino, las leyes extranjeras no serán aplicables, cuando esto fuere

¹⁰¹⁰ Es la característica distintiva de esta categoría genérica de normas inderogables, tanto en el sistema romano germánico como en el *common law*. Cfr. HARTLEY, “Mandatory rules in international contracts...”, p. 345.

¹⁰¹¹ En este sentido, y dentro del ordenamiento interno, BOGGIANO distingue entre: 1) normas materiales dispositivas aplicables a casos internos; estas normas pueden ser sustituidas por las partes en casos internos; 2) normas materiales semicoactivas aplicables a casos internos; 3) normas materiales coactivas aplicables a casos internos. Estas normas, que no indican el ámbito de aplicación, no deben considerarse aplicables a todas las situaciones, cualquiera sea el lugar donde se generen. Normalmente están previstas para ser aplicadas a casos internos, puesto que no puede considerarse que un legislador dicte leyes para todo el mundo. Hay una presunción —aunque no irrefutable— de que esas normas se aplican a casos puramente internos. Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya...*, pp. 96-97.

¹⁰¹² Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 502 a 505.

incompatible con el espíritu de nuestra legislación. Inclusive otras normas, junto con los principios generales del derecho, aunque no se refieran de modo directo a la protección del consumidor, y tengan o no rango constitucional, pueden contrariar ese espíritu. La consecuencia es la misma: no serán aplicables ni las leyes extranjeras ni las normas privadas creadas por las partes, ya que lo harían en exceso de su autonomía¹⁰¹³.

Las disposiciones de la LDC pueden ser consideradas como de Derecho Público o normas del orden público interno o como normas coactivas, que si bien no pueden ser 'exportadas' y aplicadas a casos extranjeros, sí se deben aplicar internamente sin poder ser excluidas por las partes, porque mandan conductas determinadas y precisas de los operadores jurídicos. Genéricamente, forman parte de las contempladas en el art. 21 del Código Civil argentino en cuanto que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres". Son las denominadas normas coactivas, no confundibles con las "normas de policía", ya que estas sólo contemplan casos multinacionales típicos, específicos, que en nuestra LDC no existen¹⁰¹⁴. Si bien estas últimas pueden

¹⁰¹³ Lo mismo se puede decir del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En el art. 3, apartados 3 y 4, describe a las normas imperativas como aquellas "disposiciones de la ley (...) que no puedan excluirse mediante acuerdo", cualquiera haya sido el derecho elegido por las partes. En idénticos términos se refiere en el art. 6 apartado 2, en protección de los consumidores, y en el art. 8 apartado 1, referido a los contratos laborales.

¹⁰¹⁴ Este tipo de normas también ha recibido las siguientes denominaciones: *lois d'application immediate*, *norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *spacially conditioned rules*, *peremptory norms*, normas rígidas, *exclusivnormen*, *lois de police*. Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 525, donde reseña a los distintos autores que se han referido al tema. También MORENO RODRÍGUEZ, "La Convención de México...", pp. 138-142. En igual sentido, DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 305 y ss. También VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 153 y ss. Sí serían normas de policía si el ordenamiento hubiera captado en el tipo legal un caso iusprivatista multinacional y lo sometiera al Derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial. Cfr. BOGGIANO, "International Standard Contracts...", pp. 55 a 59. Allí se analiza la defensa internacional del consumidor en contratos predispuestos, como parte típicamente débil.

ofrecer una solución deseable, hasta este momento no existen en el ordenamiento¹⁰¹⁵.

También es posible que las normas coactivas de Derecho Privado interno puedan encarnar un principio general de este Derecho. Aunque aparentemente la LDC sólo es aplicable a casos internos, si de ellas pudieran extraerse principios, la preponderancia de éstos sobre la legislación extranjera o sobre la voluntad de las partes operaría como una barrera y los declararían inaplicables¹⁰¹⁶. Conviene entonces tener en

¹⁰¹⁵ Esta distinción, en su aplicación a las relaciones de consumo, es mencionada por NAJURIETA, aunque sin indicaciones respecto del derecho interno. La autora recomienda que cada Estado sancione sus propias normas, a fin de evitar que la presencia de elementos extranjeros permitan la violación del ordenamiento protectorio del consumidor. De este modo, favorece la creación de normas imperativas con vocación extraterritorial, "que conservan su voluntad de aplicación incluso en casos internacionales, sea cual fuere la ley normalmente aplicable al contrato según la regla general de conflicto". NAJURIETA, "Prórroga abusiva...", p. 308. Una definición normativa de normas de policía se encuentra en el art. 9 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. "Leyes de policía. 1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.

3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación".

¹⁰¹⁶ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid 2001, p. 31 y siguientes. Entre las disposiciones pertenecientes al orden público interno encontramos, por ejemplo, la prohibición de comercializar productos peligrosos o sin la correspondiente certificación bromatológica; la penalización de la pornografía infantil; la protección de la propiedad intelectual; el régimen tributario. En algunas disposiciones correspondientes al ordenamiento del comercio se encuentran las condiciones que debe tener la oferta, las constancias del documento de venta, la aprobación previa de formularios predispuestos, etcétera. VISCHER indica que se deben distinguir claramente las normas penales y las administrativas de aquellas propias del Derecho Internacional Privado. Sólo las segundas serían normas de aplicación inmediata. Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 157.

cuenta estos dos tipos de normas al analizar la LDC y todo el sistema protectorio del consumidor en general: los principios de orden público internacional y las normas coactivas. La distinción surgirá del análisis detallado de cada una de las disposiciones. Los primeros prevalecerán sobre la solución contraria del Derecho extranjero aplicable (o la jurisdicción designada), y las segundas sólo regirán para casos internos, no teniendo injerencia sobre casos internacionales¹⁰¹⁷.

Adicionalmente, no olvido que la aplicación del orden público —en cuanto excluyente de la aplicación de un derecho extranjero o la ejecución de una sentencia foránea—, requiere conexión del caso con el foro. Aún cuando se identifique que está en juego un valor o principio del ordenamiento, será requerida esa razonable vinculación¹⁰¹⁸.

También vale la pena considerar si, desde el punto de vista del juez del foro, se debería dar validez a cláusulas o conductas del proveedor que éste no podría sostener en su país de origen. La respuesta no es sencilla. Por ejemplo: el comerciante que vende en su propio domicilio o

¹⁰¹⁷ Estos últimos comentarios, referidos principalmente al derecho aplicable, se dirigen igualmente a los conflictos de jurisdicciones. Es una aplicación más del concepto de orden público internacional. Llegado el caso de que con motivo de la aplicación de la cláusula de reserva, cierto derecho fuera derogado, no lo sería en su totalidad sino sólo en aquello que ofende a nuestro orden público internacional, lo que exigiría una adaptación o integración de ese derecho. “Entonces, el principio general será límite a la aplicación del Derecho extranjero y a la autonomía de las partes como ‘cláusula de reserva’. Pero no se lo puede tomar como norma de policía”. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, Introducción, p. XX.

¹⁰¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 77. En igual sentido, JAYME cita al Tribunal Constitucional Federal alemán: “según su naturaleza un derecho constitucional fundamental (puede) exigir para su aplicación una determinada vinculación con el orden social imperante en el territorio donde tiene vigencia la Constitución, de tal manera que su aplicación a casos que presenta sólo o mayoritariamente elementos extranjeros contradeciría el sentido de la protección acordada por los derechos constitucionales fundamentales”. Y, en referencia al que en su momento indicamos como principio de independencia jurisdiccional (p. 271 y ss.), “[L]a medida apropiada resultaría de examinar si y en qué extensión el derecho constitucional fundamental que ha sido especialmente afectado según su texto, contenido y función, en atención al principio de igualdad de Estados y de independencia de sus ordenamientos jurídicos, exige aplicación en casos con elementos extranjeros”. JAYME, “Métodos para la concretización...”, p. 230.

que celebró el contrato por medios postales o electrónicos, está obligado a aceptar devoluciones de mercaderías o admitir el derecho al arrepentimiento dentro de cierto plazo. Esto no necesariamente será aplicable en operaciones transfronterizas; incluso parece inapropiado. ¿Pero es posible que el vendedor esté limitado de acuerdo a su ley domiciliaria, cuando vende en su territorio, pero no se le pueda aplicar esa legislación cuando comercia internacionalmente? Si está limitado en su país de origen, ¿no lo debería estar también en el país de destino? En principio no; creo que será necesario distinguir el régimen de derecho interno, del comunitario y del internacional¹⁰¹⁹.

IV. B. 2. Cómo evitar la desconsideración del elemento extranjero

Por tanto, ¿en qué medida los derechos del consumidor en el ámbito interno son también derechos subjetivos del consumidor internacional? Como dije, la respuesta no puede ser general. El principio será el respeto de la internacionalidad del caso. El uso de las normas sustanciales antes que las de conflicto, acudir indiscriminadamente a las normas de policía o al orden público interno, es una tendencia que debe ser revertida¹⁰²⁰.

La pretensión de los tribunales de aplicar sus normas imperativas tiene fundadas razones. Esas normas tienen en cuenta la debilidad propia de sus ciudadanos, que no será igual a la de otros países, espacios económicos o continentes. Su consumidor “es” de una determinada manera, la debilidad tiene grados y matices, vinculados al entorno socio económico, cultural, educativo. El sistema protectorio a su vez se integra mediante limitaciones a la actividad publicitaria, a las políticas de edu-

¹⁰¹⁹ El considerando (58) de la Directiva Europea sobre comercio electrónico muestra claramente cómo la regulación transfronteriza está ligada a la estructura del mercado al que se dirige. Así, puede ser necesario regular determinado aspecto del mercado interior, pero sería impropio hacerlo internacionalmente. “La presente Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país; habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico, conviene garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario con el marco internacional”.

¹⁰²⁰ Cfr. LIMA MARQUES, “Las teorías...”, p. 3.

cación para el consumidor, etc. Por tanto no es absurdo que se trate de aplicar las normas que *prima facie* son más acordes con el sujeto a quién están destinadas; además, esta es la concepción que está detrás de las excepciones a la elección del derecho aplicable o del tribunal competente¹⁰²¹. De todos modos, no debemos olvidar el principio general derivado del Derecho Internacional que impide la aplicación exclusiva de la *lex fori* a todos los casos, cualquiera sea su vinculación con derechos extranjeros (ver supra nro. III. B. 2, p. 220)¹⁰²².

Veamos tres supuestos que ejemplifican el tipo de análisis que considero correcto. Dos de ellos se refieren al derecho aplicable y otro a la jurisdicción competente.

a) *Limitaciones a la responsabilidad por daños*

Supongamos una cláusula predispuesta por un sitio Web que limitara la responsabilidad del proveedor de software por daños causados por el programa, al valor del software transferido o licenciado. Aquí parecería resultar de aplicación del art. 37 de la LDC: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; (...)”¹⁰²³. Esta norma se origina del principio de nuestro

¹⁰²¹ Reglamento de Roma, art. 6.2. “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.” En el mismo sentido la Propuesta de CIDIP VII: “Art. 9. - Normas internacionalmente imperativas. 1. (Normas imperativas del foro) No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter internacionalmente imperativo”.

¹⁰²² Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya...*, p. 88.

¹⁰²³ La Resolución 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, modificada por la Resolución 26/2003, Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía, en su Anexo, reglamenta este artículo de la LDC en los siguientes términos: “Son consideradas abusivas las cláusulas que: (...) g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor

sistema que establece la reparación integral del daño causado, con fundamento en los artículos 1068, 1069, 1077, 1079, 1109 y concordantes del CC¹⁰²⁴.

Sin embargo, considero que la cláusula es inválida no por ser directamente contraria a la LDC, sino por violentar el principio de la reparación integral del daño —que se puede considerar parte del “espíritu de la legislación”—, en conjunción con el omnipresente *favor debilis*. La diferencia radica en que la laguna sistémica a la que nos hemos referido en distintas ocasiones, no habilita a la aplicación directa de la LDC, salvo indicación expresa. Esto aún cuando la norma imperativa deriva de un principio general del ordenamiento. La limitación a la responsabilidad por daños en el plano internacional, mediante la vigencia del orden público internacional, será un valladar a la aplicación de la cláusula, inclusive cuando fuera válida en el domicilio del sitio del proveedor o en el lugar de celebración o en el de ejecución, o en el lugar de acaecimiento del hecho dañoso. De modo general, y con las limitaciones que implica emitir un juicio sin considerar los particulares hechos del caso, si el litigio tramita ante un juez argentino, esa cláusula será de ningún valor, como tampoco será reconocida una sentencia que la declare válida.

En definitiva, la limitación a la reparación por daños afecta a nuestro orden público internacional. De acuerdo a lo previsto, el resto del contrato seguirá vigente pero sin el límite impuesto por el proveedor. Ahora bien, supongamos que la cláusula previera, por ejemplo, una limitación a los daños, en un monto que resultaría similar a los que el consumidor obtendría en su domicilio u otro punto de contacto relevante a los fines del caso. De las circunstancias podría determinarse que no sería violatoria del orden público, al ser respetuosa del principio de la re-

por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible”.

¹⁰²⁴ Ver por todos, y la doctrina allí citada, CAZEAUX, Pedro, TRIGO REPRESAS, Felix, *Derecho de las Obligaciones*, 2ª Edición aumentada y actualizada, Librería Editora Platenese, La Plata, 1976, pp. 899-901.

paración integral: la cláusula lograría similares resultados a los previstos en la norma imperativa en el orden interno¹⁰²⁵.

b) Revocación de la aceptación

Más difícil resulta la aplicación del concepto de orden público internacional a la facultad que tiene el consumidor de revocar la aceptación dentro de los diez días de en que se le entrega la cosa o se celebre el contrato (art. 34 LDC)¹⁰²⁶. Puede resultar que ese derecho no esté previsto en el ordenamiento del lugar de celebración o haya sido expresamente excluida por los formularios predispuestos por un sitio Web, o bien que la legislación domiciliaria del proveedor o de ejecución del contrato regule la cuestión de otro modo.

Si fuera una venta por correspondencia de las incluidas en el art. 33 de la LDC, y debido a que la regla no diferencia si el lugar de celebración debe ser local o incluye el extranjero, a primera vista parece que debería extenderse la protección, máxime cuando de acuerdo con el principio *in dubio pro consumptore* del art. 3 de la LDC se establece que “[E]n caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Así el *favor debilis* se convertiría en un principio general de interpretación que soslayará una

¹⁰²⁵ Se cumpliría así con el máximo respeto del elemento extranjero: “La idea que subyace es la de que otros ordenamientos jurídicos tienen otras concepciones acerca de la justicia en el caso concreto, y que ello debe ser respetado cuando el derecho extranjero tiene una relación más estrecha con el caso, y que por ello puede resolverlo con mayor proximidad”. SPELLENBERG, “La influencia de la Constitución...”, p. 252.

¹⁰²⁶ No se trata de la rescisión contractual por vicios redhibitorios, o por incumplimiento contractual. LDC, ARTICULO 34. — “Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último”.

cláusula predispuesta, o bien determinará, ante la existencia de una laguna, la aplicación del sistema protectorio local.

De todos modos, se debe distinguir entre la inexistencia de la facultad revocatoria, de aquella que establezca un plazo menor, o regule su ejercicio de modo diferente; en cuanto medio para dilatar el consentimiento y evitar la contratación compulsiva puede ser considerada una institución universalmente aceptada¹⁰²⁷. El *favor debilis* justifica que el consumidor esté protegido frente a las técnicas agresivas de las ventas a domicilio, para lo cual se le otorga un plazo en el cual puede ejercer su derecho al arrepentimiento. La razonabilidad radica en que el plazo sea lo suficientemente amplio para aminorar la “emocionalidad” o impulsividad bajo la cual se celebró el contrato, pero no tan largo que afecte al proveedor y que permita el abuso por parte de consumidores desaprensivos¹⁰²⁸. Un plazo de un día sería irrelevante, y uno de un mes sería excesivo. Asimismo, no debería otorgarse la facultad para operaciones que involucran bienes digitales u otros bienes que se agotan en su primer uso, como los servicios de ejecución instantánea, o cuando el consumidor ya hizo uso de la cosa, o si existió un período de prueba o *free trial*¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ El art. 34 de la LDC indica diez días; el art. 49 CDC de Brasil, siete días; art. 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, siete días. En España, el plazo es de siete días hábiles, a contar desde que el consumidor comunica su decisión al proveedor. Se puede ver el estudio detallado de DE LORENZO, Miguel Federico, “Contrato de consumo y derecho del arrepentimiento”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÓTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 393-414. También ESBORRAZ, David, y FERNÁNDEZ, Carlos, “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997-III, pp. 662-671. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 834-848.

¹⁰²⁸ Cfr. ESBORRAZ Y HERNÁNDEZ, “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, p. 670.

¹⁰²⁹ Así, por ejemplo, la facultad a favor del consumidor de revocar el consentimiento deberá ser estatuida de diferente manera cuando el producto recibido -aun siendo un bien mueble- consista en un soporte de información digital, por la posibilidad de fraude en perjuicio del proveedor, de muy sencilla perpetración con el primer y único uso del bien o servicio. No se trata de un período de prueba ni una venta *ad gustum*, ni es una posibilidad de devolución por no cumplir los requerimientos especificados, que de-

La aplicación de esta facultad revocatoria a casos internacionales no me parece oportuna, y a falta expresa de reglamentación, el discernimiento sobre su uso debería ser limitado, retractándome así de lo que opiné en su momento¹⁰³⁰. Reitero, no es igual el tipo de bien adquirido, ni el medio de comunicación utilizado, ni el país de celebración o de cumplimiento, ni el modo de entrega. Consideremos, por ejemplo, un bien mueble que el vendedor despachó por correo aéreo, luego nacionalizado ante la aduana del país del domicilio del consumidor, abierto el paquete postal y el envoltorio comercial, y recién luego a la vista del consumidor¹⁰³¹. De acuerdo a la legislación argentina —que es relativamente similar a la de otros países—, para hacer efectiva la facultad re-

berían ser considerados incumplimientos contractuales. Cfr. DE LORENZO, “Contrato de Consumo y derecho al arrepentimiento”, pp. 396-399. Este autor considera que se aplica el régimen de la venta a satisfacción, a fin de salvar las lagunas que contiene la reglamentación de la LDC. En los códigos de conducta de las entidades de certificación de sitios Web, estas excepciones están claramente previstas como en el art. 8 del Código Ético de Confianza Online: “2. Este derecho de desistimiento y devolución no será de aplicación a: los bienes (...) que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; las grabaciones sonoras o de vídeo, discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados, así como ficheros informáticos suministrados por vía electrónica susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; el suministro de prensa diaria, ...” Disponible en <http://www.confianzaonline.es/>

¹⁰³⁰ En este sentido, modifiqué la opinión que en su momento asenté en “El consumidor en Internet”, en LORENZETTI y SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, pp. 443-486. Sin embargo, LIMA MARQUES considera que de acuerdo al derecho brasileño sería posible aplicar el derecho al arrepentimiento a operaciones del comercio internacional, tomando como ejemplo la Directiva Europea 2000/31 sobre comercio electrónico. Menciona la transposición alemana de dicha normativa, que conserva el derecho al arrepentimiento en las operaciones del comercio electrónico. Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, pp. 867-870. No opina así DE LORENZO, para quién el “factor sorpresa” no presenta en el entorno digital los mismos caracteres que en el entorno físico, más allá de que el consumidor no tenga la inmediatez sobre la cosa. Propone poner el acento en los aspectos formativos del contrato como medida de protección eficaz a favor del consumidor. Cfr. DE LORENZO, “Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento”, pp. 396-397.

¹⁰³¹ La importación para consumo suele hacerse mediante envíos postales o Couriers, ambos regulados en el Código Aduanero (arts. 550 y ss.). Sin perjuicio del pago de los derechos correspondientes, serán consideradas importaciones o exportaciones sin finalidad comercial aquéllas que tuvieren carácter ocasional y en las que, por la cantidad, calidad, variedad y valor de la mercadería, pudiere presumirse que son para uso o consumo personal del destinatario o de su familia.

vocatoria, “el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor”, siendo “los gastos de devolución por cuenta de este último”¹⁰³².

¿Cuál es el modo de hacer operativa esta facultad? El proveedor debería indicar a alguien en su nombre que retire el bien del domicilio del consumidor, prepare nuevamente el envío postal al país de origen y haga el despacho por aduana; a su vez, debe pagar el traslado y retirarlo de la aduana de su domicilio, sin olvidar que en muchas ocasiones el precio del bien es menor al del envío postal. Consideremos simplemente el hecho de que el ingreso al país de destino no se realizó en calidad de “importación temporaria”, ya que no está previsto en el Código Aduanero que el consumidor pague los derechos una vez caduque el plazo de ejercicio de la facultad revocatoria. ¿Puede el consumidor solicitar ante el organismo recaudador el reintegro de los impuestos erogados? O bien, cómo se instrumenta el despacho de exportación (re-exportación en este caso) hacia el país de origen. O cómo se instrumenta la nueva importación (re-importación en el domicilio del exportador)¹⁰³³.

¹⁰³² En España, de acuerdo al art. 73 de la LGDCU (actualizada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, se establece: “*Gastos vinculados al desistimiento*. El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará *lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación*”. Las dificultades que esto traería en un marco internacional de negocios son difíciles de imaginar.

¹⁰³³ El ingreso de la mercadería al territorio aduanero se efectuará mediante la “Destinación definitiva de importación para consumo”, del art. 233 y ss. del Código Aduanero. “ARTICULO 233. – La destinación de importación para consumo es aquella en virtud de la cual la mercadería importada puede permanecer por tiempo indeterminado dentro del territorio aduanero.” Suponiendo que el consumidor revocara su aceptación, no podrá recobrar los impuestos pagados: “ARTÍCULO 237. –La solicitud de destinación de importación para consumo no podrá desistirse una vez pagados o garantizado el pago de los tributos que gravaren la importación para consumo o cuando el interesado estuviere en mora respecto de dicho pago. En el supuesto de que la importación para consumo no estuviere gravada con tributo alguno, el desistimiento no podrá efectuarse una vez que se hubiere librado la mercancía de que se tratare”. Tampoco puede ingresar la mercadería bajo el título de una “Destinación suspensiva de importación temporaria”, del art. 250 del Código Aduanero. “ARTICULO 250. –La destinación de importación temporaria es aquella en virtud de la cual la mercadería importada puede permanecer con una finalidad y por un plazo determinado dentro del territorio aduanero, quedando sometida, desde el mismo momento de su libramiento, a la obligación de reexportarla para consumo con anterioridad al vencimiento del mencionado plazo”. Los otros títulos posi-

En fin: este es sólo un aspecto. Tengamos en cuenta también el reintegro del precio al comprador, ya que seguramente abonó el producto anticipadamente mediante algún sistema de pago electrónico. En cuanto a las formalidades que el proveedor debe cumplimentar de cara al ejercicio de la facultad, la LDC indica que la misma debe constar en el documento de venta. Se obliga a “informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación”, insertando una “comunicación clara y notoria” en “todo documento que con motivo de la venta le sea presentado al consumidor”¹⁰³⁴. ¿Puede el Estado argentino imponer esta reglamentación? ¿Las formalidades obligan sólo a los sitios WEB locales, o también a los extranjeros? ¿Es exigible la “comunicación clara y notoria” en las ofertas o en el documento de venta, respecto de las páginas diseñadas y alojadas en el extranjero?¹⁰³⁵ En el caso de no constar, ¿el consumidor argentino puede de todos modos exigir la facultad revocatoria? ¿Podrá ejercerla desde la entrega, la celebración, o lo que ocurra último?¹⁰³⁶ Por este motivo, es que algunas legislaciones prevén que en caso de tratarse de contratos celebrados a distancia, los gastos de devolución pueden ser a cargo del consumidor¹⁰³⁷.

bles por los que es factible ingresar mercadería al territorio aduanero tampoco permiten ejecutar la revocación de la aceptación: “Despacho directo a plaza”, “Destinación suspensiva de depósito de almacenamiento”, “Destinación suspensiva de tránsito de importación”.

¹⁰³⁴ La Secretaría de Comercio reglamentó incluso la tipografía a emplearse, a través de la Resolución 906/98, que si bien hace referencia al documento físico, no vemos inconveniente por el cual no debiera incluirse en un documento electrónico, aún cuando no pudiera imprimirse.

¹⁰³⁵ Esto reafirma la idea de que la autoridad de aplicación nacional podrá verificar el cumplimiento de la reglamentación sobre los sitios locales, aun cuando no mediare denuncia, no así sobre los extranjeros. Y aclaramos que será la autoridad nacional y no las provinciales o municipales, por cuanto el tráfico interjurisdiccional está reservado a la autoridad federal.

¹⁰³⁶ Debe aclararse que esta entrega es la disponibilidad física por parte del consumidor cuando efectivamente accede al bien adquirido, y no cuando es despachado o llega al depósito fiscal o del servicio de correos; el plazo debería correr desde que es retirado de allí o entregado en su domicilio. El resto es cuestión de prueba de esa entrega.

¹⁰³⁷ España, Real Decreto Legislativo 1/2007: “Artículo 101. Derecho de desistimiento.1. El consumidor y usuario que contrate a distancia tendrá derecho a desistir del contrato conforme a lo previsto en el capítulo II, del título I de este libro, si bien en este

De todas maneras, ante un conflicto, la jurisdicción argentina se abrirá si el consumidor cumplió aquí, aun a través de los medios electrónicos de pago, por cuanto cualquier cumplimiento (y el pago es uno de ellos) habilita la jurisdicción. Claramente, la plasticidad que significa la aplicación de los principios del orden público o la equidad es la única solución posible a estos problemas, mientras la cuestión no sea regulada expresamente, ya sea en el orden interno o en el internacional. Incluso más: si la regulación resulta insuficiente o arbitraria, de acuerdo a los hechos del caso, el mismo orden público y los principios generales pueden modificar la solución indicada por el derecho interno o internacional.

c) La cláusula de prórroga de jurisdicción

El análisis de la cláusula de prórroga de jurisdicción internacional a la luz de las normas imperativas de derecho interno requiere especial prudencia. Si bien en la LDC no está previsto de modo expreso que estas cláusulas predisuestas son inválidas, en las reglamentaciones de la Secretaría de Comercio se prevé que

“[S]on consideradas abusivas las cláusulas que (...) e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie”¹⁰³⁸.

La mencionada disposición administrativa ha sido cuestionada por exceder las facultades del órgano regulador, ya que reglamenta y delimi-

tipo de contratos el empresario podrá exigir al consumidor y usuario que se haga cargo del coste directo de devolución del bien o servicio”.

¹⁰³⁸ Anexo de la Resolución 26/2003, Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía, modificatoria de la Resolución 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.

ta una ley más allá de sus posibilidades, desnaturalizándola¹⁰³⁹. Las críticas se dirigen principalmente a que algunas de sus prescripciones amplían los derechos del consumidor, mientras otras restringen el campo de aplicación de la LDC o crean supuestos de abusividad no contemplados por el legislador¹⁰⁴⁰. Adicionalmente, el nuevo art. 36 de la LDC establece de modo expreso que “[S]erá competente, para entender en el conocimiento de *los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario*, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor”. Si esta indicación se limita a un tipo de contratos (financiación para el consumo), se debe entender que en los demás supuestos prima la anulabilidad relativa y los pactos pueden ser válidos; de lo contrario sería una norma supérflua.

¿Qué se entiende por abusividad en el orden interno? Los autores coinciden en que los incisos a) y b) del art. 37 LDC brindan las pautas fundamentales de interpretación. En este sentido, pueden ser considerados abusivos tanto la desnaturalización de las obligaciones del proveedor como la restricción de los derechos del consumidor o la ampliación de los derechos del comerciante sin justificación adecuada. La comparación debe realizarse con algún término, y para esto se toma en cuenta el derecho dispositivo o supletorio. Cuando el legislador ha ordenado una situación de determinada manera, pero con libertad para que las partes la modifiquen, estamos ante disposiciones no imperati-

¹⁰³⁹ Cfr. ARIAS CÁU, Esteban Javier y VERA MOHORADE, Guillermo M., “La potestad reglamentaria y la dudosa constitucionalidad de la Resolución (SCDDC) 53/03”, *Boletín MicroJuris* del 17 de septiembre de 2010, MJ-DOC-4890-AR | MJD4890. Estos autores analizan la mencionada disposición desde el derecho administrativo, destacando la impropiedad de utilizar un reglamento ejecutivo para ampliar o restringir los derechos establecidos por el legislador. Consideran que esta Resolución, y en concreto en la cláusula referida a la prohibición de prórroga de jurisdicción, es contraria al art. 99.inc. 1 de la CN.

¹⁰⁴⁰ Cfr. WAJNTRAUB, Javier, “Primeras reflexiones acerca del nuevo reglamento sobre cláusulas abusivas (Resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 53/2003)”, JA 2003-II, pp. 989-996, en 991. También se critica, en cuanto a la prohibición de la prórroga de jurisdicción, que un órgano administrativo nacional regule la cuestión por encima de lo que establezcan los códigos de procedimientos provinciales. Cfr. PAIVA, “Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos”, nota 22.

vas. Pero esto no significa que sean de ningún valor, sino que suelen trasuntar un adecuado equilibrio, sin bien las partes igualmente pueden negociar sobre ese aspecto de la relación. La abusividad estaría dada cuando ese derecho supletorio es modificado sin motivos razonables o suficientemente justificados¹⁰⁴¹.

La jurisprudencia, en casos sin contactos internacionales, con anterioridad a la sanción de esta Resolución, determinó en diversas circunstancias la invalidez de cláusulas de este tipo, por considerarlas abusivas con fundamento en el art. 37 de la LDC y por tanto contrarias al orden público protectorio¹⁰⁴². Posteriormente, otros tribunales mantuvieron la doctrina, y en algunos casos ya con fundamento en la misma Resolución.

La constitucionalidad de esta norma —en el punto particular de las cláusulas de prórroga de jurisdicción—, fue considerada marginalmente por la SCBA¹⁰⁴³. Para el Dr. Hitters, vocal preopinante pero en minoría, la

¹⁰⁴¹ Es un llamado a la justicia conmutativa. Cfr. PICASSO, Sebastián, “Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, LL 2004-B, 473-477, en 476.

¹⁰⁴² Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, “Martinelli J.A. c/ Banco del Buen Ayre”, 20/11/1997, LLBA, 1998-511; Cámara 1^a Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, “González, María E. C. Persa S.A.”, 1/4/97, en donde se resolvió que no se podía obligar al adherente a un plan de círculo cerrado para la adquisición de un automotor, con domicilio en Mar del Plata, firmado el contrato de adhesión en esa ciudad, a litigar en Bahía Blanca, donde estaba el domicilio de la concesionaria predisponente. En otros casos se aceptó la validez de la prórroga por considerar que se trata de materia disponible por las partes. Se trataba de un mutuo hipotecario que fijaba la jurisdicción en el domicilio del banco mutuante; CNCiv., sala K, “BankBoston National Association c. Koleff, Jorge A.”, 12/10/2003, publicado en LL 2004-B, p. 472, con nota de PICASSO, Sebastián, “Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor”. Un caso similar en los hechos, al tratarse de una cláusula de prórroga en un mutuo hipotecario, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville, Provincia de Córdoba, 18/10/2006, Banco de Galicia y Bs. As. C. Capello, Horacio L., publicado en La Ley Córdoba, febrero de 2007.

¹⁰⁴³ SCBA, “Choqui, Néstor Petronio c. Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi, Cumplimiento de contrato”, 17/9/2008. Es discutible la capacidad del órgano administrativo de ejercer la función preventiva en la determinación de cláusulas abusivas, incluso mediante la sanción de tenerlas por “no convenidas”, de modo general y en abstracto. Cfr. ARIAS CÁU y VERA MOHORADE, “La potestad reglamentaria...”, nro. II, donde comentan este fallo. Otros autores creen sería posible esta potestad reglamentaria. Cfr. STIGLITZ, Rubén, “Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”, JA 2005-II, pp. 1403-1416, en 140-6-1408. Además de los aspectos reglamentarios, desde mi punto de vista la mayor

“reglamentación implica transformar en taxativa la prohibición de las estipulaciones sobre prórroga de competencia territorial en el ámbito de las relaciones de consumo. Es decir, que de acuerdo al modo en que ha quedado regulado el tópico por la resolución aludida, el magistrado carece de los márgenes de apreciación propios del sistema general del art. 37 de la Ley de Defensa al Consumidor y su decreto reglamentario, relacionados con la ruptura del equilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocas de las partes. De este modo, para las cláusulas incluidas en la enunciación traída por la norma en cuestión (Res. 53/2003, Anexo), bastaría con cotejar si el contrato respectivo cuenta con una convención de este tipo, para tenerla por no escrita, sin otras consideraciones adicionales (por ejemplo, en relación al sub iudice, la gravedad de los perjuicios ocasionados por la distancia entre el domicilio del consumidor y la sede de los tribunales convenidos”. Por el contrario, el Dr. Soria, a cargo del voto de la mayoría, consideró que la Resolución 53/2003 no es violatoria de la CN; argumentó que en otra oportunidad la CSJN invalidó una cláusula semejante, sin cuestionarse el orden constitucional¹⁰⁴⁴.

Cuadra aquí ver si estas conclusiones jurisdiccionales o administrativas son aplicables a casos transfronterizos¹⁰⁴⁵. No se puede soslayar el

duda es si resulta posible emitir una declaración genérica y previa, cuando nuestra ley se refiere a que la abusividad dependerá de cada situación particular.

¹⁰⁴⁴ De todos modos, el Dr. Soria no entró en el fondo del asunto debido a que la parte demandada no alegó la inconstitucionalidad en el escrito de responde, con lo cual el eventual planteo resultaba inoportuno. En realidad, la CSJN no dijo “ni sí ni no”, con lo cual a mi entender la cuestión sigue abierta. En mi apoyo, puedo alegar que en otra causa la CSJN consideró que la mera argumentación de abusividad sin demostrar el perjuicio concreto, era insuficiente para invalidar la prórroga. CSJN, “Banco Río de la Plata S.A. c/ Industrias J.Matas S.C.A. y otro s/ ejecución especial ley 24.441”, 13/3/2007, Fallos 330:803, del dictámen del Procurador, seguido por la CSJN.

¹⁰⁴⁵ De acuerdo a PAIVA, “la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor es incompetente para dictar normas que reglamenten las relaciones con otras naciones (art. 75 inc. 22 CN) por lo que sólo puede ser considerada como una norma de competencia interna. (...) dicha reglamentación es válida a los fines del poder de policía administrativo del art. 38 de la ley 24.240. Es impotente para calificar un criterio atributivo de jurisdicción internacional”. PAIVA, “Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos”, nota 22, paginación provisoria, en prensa.

análisis de razonabilidad, declarando la invalidez *a priori*, cuando la misma LDC indica que “revestirá tal calidad la estipulación que desnaturalice las obligaciones, importe renuncia o restricción de los derechos del consumidor, o amplíe los de la otra parte” (art. 37). Supongamos que el consumidor se trasladó al domicilio del proveedor en el extranjero, allí recibió el servicio o compró la cosa; o bien suscribió títulos valores correspondientes a obligaciones pagaderas en el domicilio de la empresa deudora; o alquiló una casa para veraneo sita en otro país, a una empresa inmobiliaria allí domiciliada —todos supuestos en que intervienen los denominados “consumidores activos”. ¿Resulta irrazonable una cláusula predispuesta que fije la jurisdicción en el domicilio del proveedor?

Sin embargo, en el orden internacional se ha declarado que la cláusula debe tenerse por no convenida en los términos del art. 37 de la ley 24.240 si violenta la garantía de igualdad ante la ley. Se trataba de un contrato de depósito en el extranjero, que preveía que el banco podía demandar alternativamente en el domicilio de los depositantes o en el propio; por el contrario, los consumidores sólo estaban habilitados para hacerlo en el del banco en el extranjero.

La cláusula en cuestión operaba de modo desigual frente a idéntica contingencia. En un sentido, habilitaba a distintas jurisdicciones concurrentes, a elección del banco; por el contrario, establecía una jurisdicción exclusiva, limitando los derechos del consumidor. Si bien se hizo mención al art. 37 de la LDC, la interpretación de la abusividad se fundamentó en la violación de una garantía constitucional, al otorgar ventajas procesales a una sola de las partes, en este caso el proveedor predisponente¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ CNCom Sala B, “V., M. C. c. UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos)”, 22/06/2005, LL 2005-D, 836.

d) Corolario

Como corolario de estos tres ejemplos que acabamos de señalar se puede establecer que las partes gozan sin duda de la autonomía de la voluntad pero esta facultad no les permite violar los principios de orden público, entre las que creemos están los generales del ordenamiento y la misma LDC, como expresión de los principios constitucionales que la sustentan. La jurisprudencia es rica en la aplicación de estas ideas al establecer que el régimen protectorio goza de esta condición debido a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista y sensible a los hechos del orden económico y social, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal, de acuerdo con los requerimientos de cada caso, en orden a satisfacer la finalidad tuitiva de la norma¹⁰⁴⁷. Pero esto no significa que deban aplicarse sin más estos criterios locales a casos internacionales¹⁰⁴⁸.

Deberá quedar claro para el operador jurídico que, al menos desde la legislación protectoria actual en Argentina, no contamos con normas de policía, aquellas que captan en su tipo legal un caso jusprivatista multinacional y lo somete al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial. Si tuviéramos este tipo de normas, no hay posibilidad de aplicar derecho extranjero ni lugar a la autonomía de las partes.

Nada obsta —por el contrario— que una norma convencional indique que el sistema protectorio nacional sea la referencia interpretativa para actuar supletoriamente ante la falta de regulación internacional. Incluso, el derecho domiciliario puede actuar cumulativamente con las

¹⁰⁴⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, "Moriconi, Marcelo y otra c. Banco Argencoop Ltda.", 28/2/1997, LL 1999-B-273, con nota de Juan José CASIELLO. Ver también el fallo de la CSJN, "R.V. de D.S., Mdel R. C. Qualitas Médica S.A. s/ordinario", 15/12/1998, ya citado, y Cámara 1^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c. Alvarez, Elva B.", 15/5/1997, LLBA, 1997-1095 con nota de Juan M. FARINA.

¹⁰⁴⁸ Cfr. LIMA MARQUES, "Las teorías...", p. 3.

normas del país del foro o del derecho que resulte aplicable, cuando así se establezca expresamente¹⁰⁴⁹.

En cambio, sí podemos asegurar que nuestra LDC, siendo una norma imperativa o de orden público, no capta un tipo legal con elemento multinacional, de allí que su coactividad no tenga —en principio— efectos transfronterizos¹⁰⁵⁰. Sin embargo, de las normas imperativas pueden desprenderse principios, y así se podrá dejar de aplicar derecho extranjero en virtud de la cláusula de reserva¹⁰⁵¹. Esta parece ser la orientación de la doctrina brasileña, al postular que se puede declarar inválida una cláusula de prórroga de jurisdicción contraria a los intereses del consumidor, debido a la ofensa que significa para el orden público internacional y los derechos fundamentales¹⁰⁵².

Por el contrario, la pretensión de aplicar extraterritorialmente el orden público interno, o las reglamentaciones administrativas o de política económica, chocará con la soberanía de las otras jurisdicciones estatales, cayendo bajo el rigor de la ineficacia¹⁰⁵³. La misma LDC, cuando en

¹⁰⁴⁹ La Propuesta de CIDIP VII en su versión final establece: “art. 9. Normas internacionalmente imperativas. 2. (Normas imperativas del país de domicilio del consumidor) En el caso en que la contratación hubiera sido precedida en el país del domicilio del consumidor por cualquier negociación o actividad de mercadeseo (marketing), por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones a ofertar, y demás actividades semejantes dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela, *se aplicarán necesariamente las normas internacionalmente imperativas de ese país para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y del derecho aplicable al contrato de consumo*”.

¹⁰⁵⁰ Cfr. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, p. 112. Habrá que considerar, en el marco de la negociación de una Convención internacional, como el caso de la CIDIP VII, que la referencia a las “normas imperativas” o “leyes obligatorias” debe ser acotada o explicitada, atento a la tendencia general a considerar que todas las normas nacionales en el ámbito de consumidor impiden la aplicación de cualquier otra legislación. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, nro IV.

¹⁰⁵¹ Para la distinción entre uno y otro tipo de normas, ver por todos BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 464-467.

¹⁰⁵² Cfr. LIMA MARQUES, “O novo direito internacional privado...”, pp. 280-281.

¹⁰⁵³ MANN, “The Doctrine of International Jurisdiction...”, p. 44, citando jurisprudencia inglesa y la Convención de Bruselas. En sentido similar, DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 201.

el art. 65 dice que “esta ley es de orden público”, agrega que “rige en todo el territorio nacional”. Si bien esta indicación se refiere principalmente a que ninguna jurisdicción provincial o municipal está exceptuada de su aplicación, también puede entenderse —por la exclusión que implica el silencio— que no tiene eficacia fuera de nuestro país, siendo que “sólo” rige en el territorio nacional.

La conclusión precedente cambia sustancialmente si las normas de conflicto indicaran aplicable el derecho de un país, el que incluirá sus normas imperativas. Lo mismo puede decirse cuando una convención internacional establece que la elección del derecho que hagan las partes no puede ir en desmedro de las normas protectivas del país de residencia del consumidor. En este sentido se expresan, entre otros, el Reglamento de Roma, la Convención de La Haya de ventas a consumidores y el Proyecto de la CIDIP VII¹⁰⁵⁴. Veamos algunas de estas disposiciones:

Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 6.2; “(...) las partes podrán elegir la ley aplicable (...). Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.”

Y, para que quede claro la distinción entre las normas imperativas, que las partes no pueden dejar de lado, de aquellas normas protectivas que siempre serán de aplicación aunque las partes hubieren pactado lo

¹⁰⁵⁴ En el caso particular de un acuerdo internacional que otorgue virtualidad a normas del orden interno para situaciones transfronterizas, VON MEHREN refiere que en la discusión de la Convención de La Haya de ventas a consumidores no se distinguió entre normas imperativas en el orden internacional e interno. “Los delegados de la Decimocuarta Sesión claramente entendieron, sin embargo, abarcaba todas las reglas consideradas obligatorias en la residencia habitual del consumidor, salvo que, por supuesto, ya sea por provisión legal o decisión judicial, la aplicación de la regla en cuestión haya sido limitada exclusivamente a situaciones internas”. VON MEHREN, Arthur Taylor, “La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren”, traducción de Adriana SÁNCHEZ MUSSI del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Miscellaneous matters / Consumer sales, Report*, Vol. II, p. 179; en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, CEDEP-LA LEY, Asunción, 2007, pp. 39-55, en 52.

contrario, de aquellos principios que conforman la cláusula de reserva del orden público internacional, el mismo Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, indica:

“Artículo 21. Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

IV. C. LOS DERECHOS SUBJETIVOS NACIDOS DEL *SOFT LAW* Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

A lo largo del trabajo me he referido —no sin hesitaciones— a la utilidad de la costumbre como elemento del sistema jurídico protectorio del consumidor transfronterizo. Hice referencia, en primer término, a la costumbre como fuente del Derecho Internacional y a la posibilidad de que se hubiera consolidado una obligación exigible, primeramente entre los Estados, y de modo secundario a favor de los particulares de dichos Estados (cfr. III. B. 3, p. 228 y ss). Luego, al pasar revista a la costumbre mercantil, en cuanto parte principal de la *lex mercatoria*, también introduje la posibilidad de que los consumidores se beneficiaran de los usos y prácticas del comercio internacional (cfr. III. D. 2, p. 304 y ss.). Quedamos luego en suspenso, esperando encontrar los supuestos que sostuvieran el pretendido valor normativo. En definitiva, interesa saber si el consumidor puede o no considerarse titular de un derecho subjetivo, originado en esas reglas consuetudinarias, que podrán estar conformadas por costumbres propiamente dichas, códigos de conducta, leyes modelo, directrices o contratos tipo¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁵ A favor de esta posibilidad, cfr. CALLIES, “Transnational Consumer Law...”, p. 3. El *soft law* adquiere especial relevancia y ha tenido un gran desarrollo en los negocios *on line*, ante la gran dificultad que supone que un ciudadano de cualquier país del mundo que tenga conexión a Internet pueda ser un potencial consumidor. Ante esta realidad, se pone de manifiesto la dificultad que tiene el Derecho Internacional Privado clásico de brindar soluciones a los conflictos que se originan en el cyberspacio. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 57 y ss. El mismo autor, más adelante, al analizar la Propuesta de Ley Modelo Interamericana, deja manifiesto que una de las

IV. C. 1. Origen y naturaleza del *soft law*

Las cámaras empresarias y las asociaciones de consumidores hacen un gran aporte en el diseño del marco protectorio. La actividad “legifera” —por decirlo con una expresión atribuible a lo estatal— de estas entidades es tan importante, que las reglas producidas han sido bautizadas con el nombre de “*soft law*” por oposición al “*hard law*”¹⁰⁵⁶. Es decir, que mientras que este último es el derecho sancionado por los gobiernos de los Estados o de las organizaciones llamadas “supranacionales”, el *soft law* comprende un ámbito de reglamentación privada —o mayormente privado— más allá de los procedimientos tradicionales de elaboración y sanción de normas. Las organizaciones que elaboran este ‘derecho débil’ pueden ser intergubernamentales o supragubernamentales. Por tanto no tendrá la misma virtualidad jurídica el *soft law* proveniente de organismos internacionales como interestatales, y los provenientes de organizaciones no gubernamentales¹⁰⁵⁷. De acuerdo a los especialistas, la tendencia es parte del inexorable movimiento desde un mercado local a uno global, que incluye la elaboración de la legislación. En este sentido existen distintas organizaciones internacionales que brindan cooperación en la tarea de armonizar reglas¹⁰⁵⁸.

características del *soft law* es su carencia de carácter obligatorio, o al menos con menor carácter vinculante que el *hard law*. De aquí que dude de su eficacia para establecer un régimen protectorio, concretamente mediante la asignación de tribunales competentes. *Idem*, pp. 329-333. Sin embargo, coincido en que el *soft law* será una fuente del derecho para completar el sistema de Derecho Internacional Privado del consumidor. Cfr. JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 87.

¹⁰⁵⁶ Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP “Le ‘soft law’ et l’interet du consommateur” en *Revue Europeenne de Droit de la Consommation*, 2001 – 113 y ss. También REICH, “Transnational Consumer Law...”, pp. 863-864.

¹⁰⁵⁷ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, nro. 10. Ya nos hemos referido en el Capítulo anterior a la definición de *soft law* en el comercio internacional. Aquí trataremos sólo los aspectos particulares del comercio transfronterizo en que intervienen consumidores. En cuanto a la necesidad de adaptación continua del marco regulatorio y la mayor adaptabilidad de los métodos informales de creación de normas, Cfr. DELI, Armanda, “International norms and *lex mercatoria*: a perspective on consumer protection in information technology”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 41, New Deli, 2001, pp. 257-274, en 263.

¹⁰⁵⁸ Cfr. ASHER, “Going Global...”, pp 197 y 198.

La dificultad que se presenta para la verificación de la existencia de la costumbre en el ámbito del consumo transfronterizo —a diferencia de lo que ocurre en el derecho del comercio internacional— es la falta de exposición ordenada y escrita de estos usos. El desarrollo de las costumbres en este ámbito es mucho más reciente y las actividades empresariales más dispersas. Tan es así, que en caso de existir, estos usos deberían limitarse a aspectos muy concretos del tráfico¹⁰⁵⁹.

La necesidad de regulaciones *sui generis* se debe a que muchos de los negocios dirigidos a consumidores tienen un dinamismo que hace difícil, cuando no imposible, someterlos a regulaciones detalladas y precisas. Los proveedores utilizan técnicas comerciales flexibles. El comercio electrónico, las licencias de bienes intangibles, las prestaciones turísticas, los servicios financieros, son todas actividades que se desarrollan en un entorno muy competitivo. De este modo, el marco auto regulatorio, en la medida que sea transparente y predecible, resulta más adecuado que la dispersión de las políticas nacionales, que pueden actuar como limitantes del comercio internacional. Los instrumentos no legislativos y por definición de naturaleza transnacional, son, por tanto, una solución asequible¹⁰⁶⁰.

La regulación informal se fundamenta en la estructura misma del mercado, en interés mutuo de los consumidores y los proveedores. Sin embargo, debido a que pretende elevar el bienestar del consumidor, tanto la autorregulación como las costumbres deberán permanecer sujetas a la preponderancia del *favor debilis*. A diferencia de lo que sucede en el comercio internacional, la transferencia del poder normativo y el proceso de creación de organismos supra y para-estatales, al margen de

¹⁰⁵⁹ En términos análogos, estamos ante la especificidad requerida por el art. 9 de la Convención de Viena de 1980, “Art. 9. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

¹⁰⁶⁰ Cfr. NOVOA BOLÍVAR, Lorena Catalina, “Comercio electrónico B2C: la protección de los consumidores en Colombia”, *REVISTA e - Mercatoria*, Volumen 1, Número 1. (2002), p. 2.

las soberanías nacionales, deberá conservar un carácter sustancialista¹⁰⁶¹.

El sistema se diferencia de aquellos sancionados mediante el proceso legislativo tradicional y que habitualmente son efectivos mediante los recursos civiles, penales o administrativos. Se configura mediante los siguientes elementos: a) posee sus propias reglas de creación de normas; b) permite la observación por parte de los participantes del grado de obligatoriedad o aquiescencia de sus disposiciones; c) provee los medios para obtener reparación a favor de los afectados, dentro del sistema o mediante el auxilio de los organismos estatales o sus propios tribunales arbitrales¹⁰⁶².

La práctica es habitual en áreas donde una organización del comercio gestiona un sistema y los miembros adhieren a un código de conducta o catálogo de principios, proponiendo estándares más altos que lo requerido por la legislación estatal¹⁰⁶³. De esta manera, el *soft law* es de mayor utilidad en actividades que implican comercio transfronterizo, cuando los actores del mercado realizan negocios globales y están preparados para brindar confianza en el cumplimiento de pautas más exigentes que las legalmente obligatorias. Al mismo tiempo, es considerado un sistema de control más económico, especialmente cuando los costos regulatorios en algunos países son muy altos o bien ineficientes. Y, en lo que se refiere al acceso a la justicia, los métodos alternativos propuestos por la autorregulación son más beneficiosos para los sujetos económicamente débiles que no cuentan con medios para acudir a los tribunales¹⁰⁶⁴.

A continuación analizaré el valor de la costumbre desde el Derecho Internacional Privado y su fuerza obligatoria en relaciones de consumo, atento a que los usos empresariales sólo serían de aplicación directa si fueran en beneficio del consumidor. En este sentido, exploraré primero

¹⁰⁶¹ Cfr. BERGER, "Transnacional Commercial Law...", p. 6.

¹⁰⁶² Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, "Soft law and the consumer interest", p. 2.

¹⁰⁶³ *Idem*, p. 3.

¹⁰⁶⁴ *Idem*, p. 4.

el valor de la costumbre desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado y cuándo resultará obligatoria, tomando como ejemplo algunas prácticas usuales en el comercio con consumidores. Luego, estudiaré los llamados “códigos de conducta” que autorregulan las prácticas de determinadas industrias y su valor normativo.

IV. C. 2. Los usos y costumbres y los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo

Muchas de las consideraciones efectuadas respecto al valor de la costumbre en el Derecho Internacional y en el comercio internacional son válidas en el sistema protectorio¹⁰⁶⁵. Cuando el juez deba resolver un caso, verificará si esa costumbre, alegada por alguna de las partes, cumple con los requisitos que requiere el derecho aplicable para determinar su vigencia. Los elementos a considerar son: a) componente material, que consiste en la serie de actos repetidos de manera constante y uniforme; aunque no es indispensable el largo uso, sí es necesario que sea general, observado por gran parte de las personas vinculadas a la actividad donde se pretende verificar el uso¹⁰⁶⁶; b) elemento psicológico, en cuanto convicción de que se trata de una práctica obligatoria, de la

¹⁰⁶⁵ “El surgimiento y reconocimiento de reglas consuetudinarias (por medio de considerar cierto grado de concurrencia o aquiescencia respecto de una práctica y la *opinio iuris* correspondiente como suficientes para crear tal norma y para hacerla acreedora de reconocimiento incluso por los estados ajenos a la práctica o a la *opinio iuris*) es un método deseable o conveniente para resolver los problemas de interacción o coordinación en la comunidad internacional”. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 271.

¹⁰⁶⁶ Una costumbre comercial en el orden local, y que puede ser exigible en sede judicial, es la habitualidad con que los comerciantes minoristas permiten el reemplazo de productos, no necesariamente defectuosos, por parte de consumidores que no presentan alguno de los documentos probatorios de la operación, es decir la factura de compra o eventualmente el remito o cupón de tarjeta de crédito. Hoy día es usual que se habilite el reemplazo de efectos por la presentación de envases, stickers, etc. Es lo que sucede con los regalos u obsequios, donde el agasajado puede cambiar el regalo sin presentar los comprobantes.

cual surgen derechos y deberes. No entrarán aquí los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico¹⁰⁶⁷.

De acuerdo a nuestro regimen de fuente interna,

“[E]n las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes” (Art. II del Título Preliminar del CCom).

Cuando el legislador se refiere a las costumbres que pueden ‘derogar la ley’, por mi parte creo que también incluye aquellas que brindan derechos más amplios a los consumidores, o que están establecidas en su beneficio¹⁰⁶⁸. Es decir, costumbres que implican un *plus* sobre la legislación, que resulta así ‘derogada’ mediante la modificación prevista por las partes, o al menos por una de ellas. Si en el sistema protectorio del consumidor transfronterizo tenemos lagunas, nada impide —por el contrario—, que las mismas sean llenadas con las prácticas de los comerciantes de la actividad. Sabemos que los usos y costumbres no pueden prevalecer sobre leyes o principios de orden público¹⁰⁶⁹. Y si el *favor de-*

¹⁰⁶⁷ FONTANARROSA, en criterio que refleja la mayoría de la doctrina, considera que deben darse los siguientes caracteres para que la costumbre obligue por sí misma con la fuerza del derecho escrito: a) uniformes, es decir una práctica unívoca compuesta de elementos homogéneos; b) frecuentes o repetidas; c) generales, en cuanto cumplidas por un amplio número de los integrantes de la sociedad (o de los miembros que participan de esa actividad); e) constantes, que perduran en el tiempo; f) cumplidos con convicción de obligatoriedad. Cfr. FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Tomo I, Parte General, Zavallá, Buenos Aires, 4ª Edición, 1986, p. 55. En el orden internacional, cfr. GIMÉNEZ CORTE, Cristián, “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el MERCOSUR”, RDCO, 2002, pp. 75-109, en 101.

¹⁰⁶⁸ Parecería que se puede reconocer una práctica extendida en el comercio de libros y películas por Internet, a la disposición que tienen los comerciantes a efectuar un nuevo reenvío del objeto vendido, cuando el consumidor informa que el envío postal no ha llegado a su domicilio, y aparentemente la empresa de correos no puede justificar la falta de entrega. Esta es una apreciación empírica del autor, sin pretensiones de constatación científica.

¹⁰⁶⁹ Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes complementarias*, Depalma, 1964, Vol. I, p. 13. FONTANARROSA, *Derecho Comercial Argentino*, p. 58.

bilis y los demás principios son tenidos en cuenta, bien puede considerarse que éstos se concretan a través de la práctica consuetudinaria¹⁰⁷⁰.

Complementariamente,

“Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles” (Art. V del Título Preliminar del CCom).

Esta referencia a “las palabras o frases técnicas” puede ser muy útil para comprender la jerga comercial de algunas industrias nacientes o en expansión, como la informática. Términos como *browsing*, *click-wrap*, *download*, y otros neologismos, requieren ser calificados. La significación jurídica que les corresponda, son determinantes para, por ejemplo, establecer el lugar de consumo, o de celebración o de entrega¹⁰⁷¹. Por otra parte, si bien lo normal será que la interpretación de la costumbre o su peso recaiga a favor de lo que pretende quién emite la oferta (por lo general el proveedor), en caso de tratarse de consumidores, debe considerarse lo que éste puede haber interpretado, de acuerdo al principio *in dubio pro consumptore*. Si el proveedor quiere dejar claro el contenido de sus obligaciones, debe preocuparse que el profano entienda lo que él quiere dar a entender¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ También resulta totalmente coherente con el régimen general del derecho civil, por el cual “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente” (Art. 17 del CC). En el mismo sentido el Art. 4º del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado “Costumbres y usos. Las costumbres crean derechos cuando las leyes se refieren a ellas y en situaciones no regladas legalmente. En materia contractual, son aplicables los principios y los usos de general aceptación cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos”. Es interesante considerar que en el Proyecto de reformas del Código Civil, en Libro Octavo, “Del Derecho Internacional Privado”, en el art. 2613, relativo a los contratos de consumo, establece que no se aplican los artículos 2605 a 2607, que regulan la libertad de elección del derecho aplicable. Sin embargo nada dice de la incompatibilidad con el 2608, referido a los principios generales y usos de los contratos internacionales: “Son también aplicables los principios y los usos contractuales de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos”.

¹⁰⁷¹ Cfr. DELI, “International norms and *lex mercatoria*...”, pp. 257-274.

¹⁰⁷² El razonamiento es inverso a lo establecido en el derecho comercial. Igualmente resulta de aplicación el art. 218 inc. 6 del CCom. “Siendo necesario interpretar la cláusula

Las costumbres también son autoritativas en el plano internacional, por su fundamento en la justicia y la ética: no se deben defraudar injustamente expectativas razonables, o desperdiciar recursos y esfuerzos, o perjudicar estructuras sociales edificadas en virtud de las expectativas. De todos modos, lo esencial para la verificación de su carácter autoritativo es que haya sido adoptada en la comunidad internacional como un método conveniente de creación de reglas¹⁰⁷³.

Cuánto tiempo debe llevar el uso como práctica corriente; en qué sector económico se desarrolla; cuál es el ámbito territorial (internacional, comunitario, nacional); si ha nacido espontáneamente; si han sido recopilados; si los tribunales arbitrales los aplican; si los jueces los han reconocido; si se puede verificar la aquiescencia de los operadores como de obligatorio uso; son todas cuestiones que deberán resolverse ante el caso concreto, siendo aplicables los criterios generales por los cuales se reconoce a la costumbre como fuente del derecho¹⁰⁷⁴.

Queda por tratar la existencia de una costumbre *contra legem* más beneficiosa para el consumidor. ¿Es exigible? Creo que en Argentina estaría permitida si realizamos una interpretación histórica. Al haberse derogado la prohibición anterior del art 17 CC, si comparamos la nueva redacción con la anterior, esta sería la conclusión respecto de la vigencia de una costumbre *contra legem*. Supongamos una garantía mayor a la establecida legalmente. Si la LDC indica 6 meses como plazo mínimo y un comerciante suele otorgar un plazo mayor, no cabe duda que será legítimamente requerida si lo indicó en el contrato o la publicidad.

Supongamos que fuera un “uso” habitual que cada vez que un consumidor se presenta con un desperfecto, el proveedor procede a la reparación, sin hacer observaciones respecto del momento de adquisición. En determinada circunstancia, el proveedor rechaza la solicitud por

sula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: (...) 6° El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras; (...)."

¹⁰⁷³ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 272.

¹⁰⁷⁴ Cfr. GIMÉNEZ CORTE, “Los usos comerciales...”, p. 101.

haber transcurrido un plazo mayor a la garantía legal, cuando el tampoco indicó nada en el documento de venta o los prospectos. ¿Se puede exigir que cumpla con su práctica habitual? Creemos que sí, mientras haya publicidad o manifestación pública y notoria, como integrante de la oferta, de la mayor flexibilidad en el modo de contar el plazo de garantía.

IV. C. 3. Los derechos subjetivos provenientes de los códigos de conducta

Las buenas prácticas suelen estar relacionadas con la responsabilidad social empresaria (RSE), que bien pueden resumirse en el principio de “no causar daño” mediante la actividad: al medio ambiente, a los trabajadores y a los consumidores en general. Las buenas prácticas son indicadores de empresas confiables, que respetan las normas y cumplen con sus obligaciones¹⁰⁷⁵. Mediante las buenas prácticas, las empresas asumen ciertos principios básicos, tales como el ejercicio y respeto de los derechos humanos, la observancia y promoción de los estándares laborales, el cumplimiento de los estándares y las prácticas de protección ambiental y el respeto por los derechos de los consumidores. Estas buenas prácticas no reemplazan la obligación que tiene el Estado y la legitimidad que posee la ciudadanía para regular y fiscalizar las prácticas que la afectan en el ámbito de las relaciones de consumo¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁵ Cfr. TRIMBOLI, Juan, “Derechos de los Consumidores y Responsabilidad Social de la Empresa”, *Consumers International*, Oficina para América Latina y el Caribe, p. 3. Disponible en www.ceda.org.ec, última visualización 15/04/09. También SCHIFF BERMAN, “The Globalization of Jurisdiction”, p. 471.

¹⁰⁷⁶ Al decir de la CCI, los “[c]ódigos auto-reguladores ampliamente reconocidos de conducta, son una expresión del reconocimiento de las obligaciones sociales de la comunidad empresarial. El valor fundamental de la auto-regulación yace en su habilidad de crear, incrementar y preservar la confianza del consumidor en las comunidades empresariales, y por ende, en el mercado mismo. La auto-regulación activa es también un instrumento para la protección del prestigio y reputación de las empresas individualmente consideradas. Los códigos de auto-regulación se encuentran en continuo desarrollo y revisión para responder a los cambios sociales, tecnológicos y económicos.” ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE), *Código Consolidado CCI en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia*, París, 2007, p. 8.

Entre las buenas prácticas más relevantes para nuestro estudio, se encuentran: a) el desarrollo de conductas comerciales transparentes que no abusen de la falta de conocimientos y experiencia de los consumidores; b) el respeto por las normas nacionales e internacionales que hagan que los productos y servicios distribuidos a los consumidores sean seguros, amigables con el medio ambiente, que se puedan usar para los fines a los que están destinados y que sean regularmente controlados por las empresas; c) la necesidad de proporcionar información veraz, clara y oportuna, cuidando que el nivel de información sea el mismo en todos los países en que opera la empresa; d) la entrega de garantías efectivas a los consumidores por los bienes defectuosos y hacerlo más allá de cualquier obligación legal; e) la homogeneidad o uniformidad de los servicios prestados o productos desarrollados, a fin de evitar dependencia por la inexistencia de estándares de compatibilidad¹⁰⁷⁷.

El gran riesgo del *soft law* es que muchas veces pueda parecer un agregado meramente 'cosmético' pero carente de verdadera aplicación a esa categoría de negocios¹⁰⁷⁸. Sin embargo, por parte del empresario, el hecho de que integre una entidad, nacional o internacional, que autoregula la actividad de los miembros bajo un conjunto de principios, y que manifieste esa pertenencia, implicaría en términos jurídicos una información vinculante. Se asemeja a la emisión de una oferta o términos contractuales de referencia, de los que no puede desistir sin una comunicación equivalente en sentido contrario¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁷ Cfr. TRIMBOLI, Juan, "Derechos de los Consumidores y Responsabilidad Social de la Empresa", pp. 5-6. Respecto de las ventajas de las marcas de confianza en el e-commerce, ver de modo general CALLIES, "Transnational Consumer Law...", p. 6 y ss.

¹⁰⁷⁸ Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, "Soft law and the consumer interest", p. 6.

¹⁰⁷⁹ Sin embargo, no todos los códigos o regulaciones privadas tienen efectos obligatorios. Así, las Normas ISO 26000 sobre Responsabilidad Social Empresarial, advierten que a diferencia de otras normas ISO, no establecen obligaciones: "Esta Norma Internacional pretende proporcionar orientación a las organizaciones sobre responsabilidad social y puede usarse como parte de las actividades de la política pública. Sin embargo, para los propósitos del Acuerdo de Marrakesh, que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), no se pretende que sea interpretada como una "norma técnica internacional", "directriz" o "recomendación". Adicionalmente, no pretende sentar bases para acciones legales, quejas, defensas u otras demandas en ningún proceso nacional o inter-

La información publicitada cumple con todos los requisitos de una manifestación unilateral de voluntad, autosuficiente para generar un vínculo obligacional, que tendrá el contenido correspondiente al catálogo de principios o elementos del código de conducta promocionado. Sin duda alguna la indicación de pertenencia a la entidad autoregulada, en la medida que pretende generar confianza en el consumidor, no puede quedar en una mera estrategia de marketing o publicitaria¹⁰⁸⁰. Respecto al nivel de vinculación y obligatoriedad de la publicidad, habrá que estudiar este aspecto en cada jurisdicción¹⁰⁸¹.

Existen organizaciones internacionales que tienen una dilatada experiencia en la materia, como el *OECD Consumer Policy Committee*. Sus recomendaciones, muchas veces dirigidas a las autoridades, no forman parte de la costumbre internacional, y por tanto no obligan a las empresas. Sin embargo pueden ser útiles al momento de verificar cuáles son las conductas esperables, o como parámetro de la buena fe, al modo de las “reglas del arte” o el estándar del “buen hombre de negocios”. Allí se aconseja, por ejemplo:

nacional, ni pretende ser citada como evidencia de la evolución del derecho internacional consuetudinario”. ISO/DIS 26000, GUIA SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL, Documento ISO TMB WG SR STTF pNT 51, de 14 de septiembre de 2009; Nro. 1, “Objeto y Campo de Aplicación”, inédito, proporcionado la Dirección de Normalización del IRAM, Instituto Argentino de Normalización y Certificación.

¹⁰⁸⁰ Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, “Soft law and the consumer interest”, p. 12. La publicidad de condiciones jurídicas seguras puede ser legítimamente utilizada como herramienta de marketing, y los proveedores pueden competir entre sí ofreciendo mejores condiciones. CALLIES indica al respecto: “*In order to attract turnover, it is not only necessary to provide efficient technical infrastructure, but also to establish a ‘safe-harbour’ policy, which strengthens the trust of potential customers into the fairness of transactions handled at the market place*”. CALLIES, “Transnational Consumer Law...”, p. 20.

¹⁰⁸¹ En el Reino Unido, se consideró vinculante el *Banking Code*, formando parte del contrato entre el banco y sus clientes, debido a que publicitaba su adhesión al sistema, aun cuando no participaba del mismo; se consideró que se trataba de una infracción a la ley de lealtad comercial (*The Trade Description Act 1974*). En los países escandinavos, los códigos desarrollados bajo la *Marketings Act* son obligatorios para todas las organizaciones, ya sean o no adherentes. Pero en Francia, la Corte de Casación consideró que las previsiones del código de conducta para comidas elaboradas no creaba obligaciones legales y, por tanto, su incumplimiento no estaba sujeto a ninguna sanción por parte de los tribunales. *Idem*, p. 13.

“III. Disputas transfronterizas de consumidores. En especial, los Países miembros deberían trabajar por: (...) 2. Participar, cuando sea posible, en redes internacionales y regionales de quejas, recomendaciones y referencia de consumidores. (...) 4. Alentar el mayor uso de la tecnología, cuando sea posible, para facilitar la disseminación de información y la presentación y manejo de disputas de consumidores, en especial de disputas transfronterizas. 5. Tomar pasos para minimizar, cuando sea necesario y conveniente, las barreras jurídicas para los solicitantes de otros países que recurran a mecanismos nacionales de resolución de disputas y de resarcimiento al consumidor. (...)”¹⁰⁸².

También las organizaciones de estandarización de controles de calidad, con gran experiencia en los aspectos técnicos y de seguridad, tienen mucho que aportar. La *International Organization for Standardization* (ISO), o las confederaciones de organizaciones nacionales, producen cuerpos normativos adoptados por consenso. Por ejemplo, en su seno existen iniciativas para lograr un estándar relativo a *complaints handling* o procedimiento de reclamos. Otros organismos, como la *International Chamber of Commerce* (ICC), tienen iniciativas respecto de la publicidad y la información a los consumidores, publicando códigos de buenas prácticas relativos a la actividad publicitaria¹⁰⁸³.

En algunos países, como Canadá, Australia, Gran Bretaña y Estados Unidos, los códigos de conducta son homologados por los países, lo que permite la intervención de los consumidores en el proceso de aprobación. Mayormente se refieren a la estandarización de procesos o productos, para lograr eliminar barreras en las comunicaciones o los modos de celebración de los contratos. En todos los casos, los especialistas coinciden en que la mejor solución es una buena interrelación entre asociaciones, empresas y gobierno¹⁰⁸⁴.

En algunos supuestos el *soft law* puede ser un aditamento a la regulación tradicional, cuando una organización o empresa promete ir más

¹⁰⁸² OCDE, “Recomendación de la OCDE sobre Resolución de disputas y resarcimiento a consumidores”, París, 2007. Disponible en www.oecd.org/document/.

¹⁰⁸³ ICC, *Código Consolidado CCI en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia*, París, 2007, disponible en <http://www.iccwbo.org/>

¹⁰⁸⁴ DELI, “International norms and *lex mercatoria*...”, p. 270-271.

lejos de lo requerido por la ley, con la finalidad de mostrar una ventaja competitiva¹⁰⁸⁵. En ese caso la preocupación del consumidor consistirá en cómo controlar el funcionamiento de esos compromisos, o bien si existen mecanismos para obligar a reparar si el código de conducta es incumplido¹⁰⁸⁶.

Creo también que los códigos de conducta adoptados por asociaciones empresarias pueden ser equiparados a costumbres sectoriales, y, por tanto, obligatorios para los proveedores de esa industria. Por ejemplo, al brindar experiencias de cómo deben redactarse ciertas cláusulas, o de cuál es el procedimiento de solución de controversias a seguir, acudiendo a árbitros, etc.¹⁰⁸⁷. De todos modos, el ámbito de aplicación de estas costumbres es limitado. Aunque el nivel de desarrollo y detalle es mayor, incluyendo minuciosas reglamentaciones, si el caso no es totalmente subsumible, sólo podrían servir como pauta interpretativa analógica. Pero difícilmente puedan ser exigibles, salvo que signifiquen la expresión de un principio general del derecho. Distinto es el caso si las asociaciones de consumidores han participado en la redacción de las pautas de aprovisionamiento, que quedan así legitimadas¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ La resolución de conflictos se convierte en una herramienta de marketing. Las empresas optan por una visión de más largo plazo, sabiendo que lo más importante es la repetición del consumo y la retención del cliente. Cada posible incumplimiento o atención defectuosa, es utilizada para mejorar la calidad de los productos y la prestación de los servicios; evitar los errores en el futuro y las pérdidas de tiempo en actividades poco rentables, como es la conflictividad con el cliente; la satisfacción del consumidor ante la resolución satisfactoria se transforma en publicidad de 'boca en boca'; conservar un cliente es más económico que dedicar recursos a conseguir nuevos; etc. Cfr. ICC, *Putting it right. Best practices for customer redress in online Business*, Paris, 2003, pp. 5-9. De todos modos, como bien indica la ICC, "the processes should not deprive the customer of any right he would otherwise have". *Idem*, p. 9.

¹⁰⁸⁶ Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, "Soft law and the consumer interest", p. 5.

¹⁰⁸⁷ Cfr. ASHER, "Going Global...", p. 186.

¹⁰⁸⁸ Cfr. DELI, "International norms and *lex mercatoria*...", p. 260. Por ejemplo XPLOR International, una entidad de usuarios que comparten información y experiencias en servicios de documentación, para luego lograr estándares técnicos mediante la negociación con los proveedores, de tal manera que los productos resulten compatibles. Cfr. www.xplor.org.

Por el contrario, cuando los códigos asumen la forma de “recomendaciones”, su eficacia es discutida. No contiene pautas de seguimiento o control por las autoridades estatales, y por tanto es de difícil ejecución¹⁰⁸⁹. Hasta el momento no está claro qué sistema de autorregulación es el más apropiado, o cuál debería ser la mejor interacción con la legislación nacional e internacional, y qué grado de intervención se requiere por parte de las autoridades públicas para hacerlo eficiente y confiable¹⁰⁹⁰.

IV. C. 4. Las “leyes modelo”

Otra propuesta de prácticas uniformes es la adopción de leyes modelo, como la Ley Modelo de UNCITRAL para el Comercio Electrónico. Presentan la dificultad de su falta de imperio, ya que en la medida que un Estado no la adopte, no es norma obligatoria¹⁰⁹¹. Pero los criterios allí recogidos, por ser fruto de la experiencia de distintos regímenes jurídicos, tanto del *common law* como del derecho civil, pueden contener pautas interpretativas ante las lagunas que se le presenten al magistrado¹⁰⁹². Así, la Ley Modelo citada no fue considerada suficiente para reglamentar los contratos internacionales de comercio en general, y debió ser reemplazada por la Convención sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, aprobada en el

¹⁰⁸⁹ Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, “Soft law and the consumer interest”, p. 9. Por ejemplo, en la UE existían recomendaciones para los sistemas de pago transfronterizos (90/109), pero luego debió ser introducida una Directiva para lograr mayor eficacia (97/5)

¹⁰⁹⁰ *Idem*, p. 10.

¹⁰⁹¹ Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, “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”. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm.

¹⁰⁹² Si bien la Ley Modelo no contempla específicamente los problemas de los consumidores, se podrá aplicar si sus disposiciones son compatibles con la legislación imperativa de cada Estado. Cfr. DELI, “International norms and *lex mercatoria*...”, p. 265.

seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 23 de noviembre de 2005¹⁰⁹³.

Las naturaleza, finalidad y objetivos perseguidos por las leyes modelo requirieron especial atención en el Foro de Expertos convocados por la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, reunidos para discutir distintas propuestas para la CIDIP VII, o Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo (de ahora en más CIDIP VII). Tanto Estados Unidos como Canadá presentaron sendos proyectos de leyes modelo¹⁰⁹⁴.

El primero, se denomina “Propuesta de Ley Modelo Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de Solución de Controversias y Reparación a favor de los Consumidores”¹⁰⁹⁵; contempla una adaptación de la “Recomendación de la OCDE sobre Resolución de disputas y resarcimiento a consumidores”. Prevé algunas disposiciones que pueden ser utilizadas a modo de texto normativo, y otros principios o lineamientos que los miembros de la OEA podrían adaptar a sus legislaciones internas. La finalidad es complementar la normativa civil, administrativa y penal existente, como otras que regulan las operaciones comerciales entre empresas y consumidores. Como su nombre lo indica, no se propone regular las controversias de modo directo, sino que tiende a crear las condiciones para que las partes puedan resolver sus disputas de modo directo e informal; sólo de modo subsidiario se prevé el auxilio de los sistemas contenciosos o administrativos de resolución de controversias.

En el caso de la Propuesta canadiense, se prefiere esta opción en lugar de una Convención ante la disparidad de las legislaciones e instrumentos protectorios existentes en los distintos Estados. Consideran muy difícil lograr uniformidad o consenso a nivel americano, por lo cual la flexibilidad de una ley modelo aparece como un objetivo más asequible. A diferencia del Proyecto de CIDIP VII, esta ley modelo se refiere de mo-

¹⁰⁹³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, aprobada por la Resolución 60/21 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

¹⁰⁹⁴ Cfr. DENNIS, “Diseño de una agenda práctica...”, p. 222.

¹⁰⁹⁵ Disponible en www.oea.org

do especial a los aspectos jurisdiccionales. A tal fin, considera esencial que la determinación de competencia se resuelva de modo exclusivo por la ley modelo, sin que se recurra a los otros criterios que pudieren existir en el orden interno de cada uno de los Estados.

La falta de imperatividad de estas Propuestas hace dudar seriamente de su efectividad¹⁰⁹⁶.

IV. C. 5. El *soft law* integra el sistema protectorio

Debido a que ni las directrices, ni los códigos de buenas prácticas, ni las recomendaciones o las leyes modelo, suplen las legislaciones estatales, estas continúan actuando como una red mínima de protección¹⁰⁹⁷. El sistema legal, al constreñir al cumplimiento, facilita que quienes tienen alta propensión al riesgo y no se adaptan a estos mecanismos de autorregulación del mercado, puedan ser obligados a las conductas éticas a favor de los consumidores y de los competidores leales. Por tanto, siempre será necesario mantener un fuerte sistema de sanciones para incentivar la práctica de la buena fe¹⁰⁹⁸. Esto resulta más importante en el

¹⁰⁹⁶ Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, p. 334, con especiales referencias a la Propuesta de Ley Modelo Interamericana y la falta de imperatividad (y por tanto de valor unificador o uniformizador) para las reglas de jurisdicción. “Resulta ingenuo pensar que en una cuestión —los criterios de determinación de la competencia judicial internacional— donde la soberanía estatal se manifiesta con más rotundidad y donde los intereses estatales —Estados de consumidores y Estados de proveedores— se ponen más de manifiesto, no se haya hecho un esfuerzo por establecer unos mínimos criterios comunes de distribución competencial”.

¹⁰⁹⁷ Cfr. REICH, “Transnational Consumer Law...”, p. 868. De todos modos, ya se encuentran experiencias de países que han incorporado indicaciones de las leyes modelos al ordenamiento interno, como México con los Lineamientos de la OCDE para la protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico. Cfr. VELASCO SAN MARTÍN, “Observaciones y Consideraciones...”, p. 6.

¹⁰⁹⁸ Respecto de los procedimientos adecuados en conflictos extra judiciales, la Comisión de la UE emitió la Recomendación 98/257, que si bien no es exigible —por eso se trata de una Recomendación—, indica que es recomendable la adhesión a los principios de independencia, transparencia, *adversarial procedure*, efectividad, legalidad y libertad. Estos principios fueron propuestos como parte del EEJnet (*the online dispute resolution scheme*) y pueden ser utilizados por los Estados Miembros en la implementación

mercado global, debido a que los consumidores afectados tienen menos posibilidad de ser resarcidos de modo efectivo y a bajo costo¹⁰⁹⁹. Aquí es donde la legislación domiciliaria o una conexión jurisdiccional valorativamente orientada pueden ayudar a elevar los estándares de cumplimiento¹¹⁰⁰.

De lo visto hasta aquí, el punto álgido es la obligatoriedad de estas normas, y qué recursos quedan al consumidor ante su incumplimiento. Estamos siempre dentro del campo de la auto obligación¹¹⁰¹. En definitiva, es el mismo problema que plantea la *lex mercatoria*: ¿cuál es su relación con los derechos internos?, ¿son obligaciones “de honor” o civilmente reclamables?¹¹⁰² Incluso cuando podamos confiar en la segunda de las posibilidades, el problema para el consumidor no termina, ya que justamente de lo que se trata es evitar un costoso litigio, desproporcionado la mayoría de las veces respecto del monto del reclamo.

de la Directiva sobre Ventas a Distancia. Cfr. EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, “Soft law and the consumer interest”, p. 11.

¹⁰⁹⁹ Cfr. ASHER, “Going Global...”, p. 192.

¹¹⁰⁰ Un sistema protectorio tenderá a aplicar una ley o remitirá a un tribunal estatal, como por ejemplo la Propuesta de CIDIP VII, que en su art. 7.4 establece que, siendo el principio la autonomía de la voluntad, “[E]n todos los casos, las partes pueden elegir solamente una ley estatal o derecho de un Estado”. Esto no significa que el *soft law* sea de ningún valor, por cuanto el derecho del Estado designado puede avalar la utilización de sistemas privados de solución de controversias o bien la vigencia de un código de conducta.

¹¹⁰¹ Estas mismas normas prevén el problema de su acatamiento. Por ejemplo, el art. 26. Código de autorregulación publicitaria de la ICC: “Respeto a las resoluciones de auto-regulación. Ningún anunciante, profesional de la comunicación, agencia de publicidad, editor, propietario o contratista de medios debe ser parte en la publicación o distribución de un anuncio u otra comunicación comercial que haya sido declarada inaceptable por el órgano de auto-regulación competente. Se exhorta a todas las partes para incluir en sus contratos y otros convenios relacionados con la publicidad y otras comunicaciones comerciales una declaración en la que los firmantes se comprometan a adherirse a las reglas aplicables de auto-regulación y a respetar las resoluciones emitidas por el órgano de autoregulación competente. ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE), *Código Consolidado CCI en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia*, p. 22.

¹¹⁰² El problema del reconocimiento es similar, mientras se trate de una cuestión internacional. Cfr. BOGGIANO, Antonio, “*Lex mercatoria non est lex*”, RDCO, Depalma, Buenos Aires, Vol. 2007-B, pp. 373-427, p. 385.

Distinto es el caso si los proveedores asociados anuncian y manifiestan adhesión a los principios propuestos por entidades de certificación o arbitrales. Si los principios o la mera pertenencia son publicitados, resultan obligatorios en la medida que integran la oferta, como parte del derecho a una información íntegra y veraz¹¹⁰³. Considero que la mención de pertenencia a una organización, entidad reguladora o de certificación, así sea en las páginas Web, publicidad o cualquier tipo de comunicaciones al público, generan responsabilidad. Obligan igualmente al proveedor internacional, en la misma medida que para el interno, con sustento en el principio de buena fe, o bien en las normas de las legislaciones internas o internacionales, si fuera el caso.

Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el sello de garantía “CONFIANZA ON LINE y el “Código Ético de CONFIANZA ONLINE”. Los miembros asociados, al adherir, deben insertar en sus páginas Web y publicidades el sello, a partir de lo cual quedan obligados por el reglamento y el Código. Este, entre otros aspectos, al referirse al cumplimiento de pautas vinculadas a solución de controversias, indica la obligación de someterse al Código, de facilitar la presentación de reclamos por parte de los usuarios, de aceptar sus métodos de solución de diferendos y a cumplir los laudos¹¹⁰⁴.

¹¹⁰³ El derecho a una información íntegra y veraz, con asiento en el principio de la buena fe, y receptado en el art. 42 CN, se concreta en la LDC en los siguientes términos: “ARTICULO 8º — Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”.

Si bien esta norma es de aplicación local, por ser expresión del principio de buena fe, resultará de aplicación a los casos transfronterizos. Lo mismo se puede decir del art 5 de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial:

“Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”.

¹¹⁰⁴ “TÍTULO VII. NORMAS DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO. Artículo 35.- Vinculación al Código.

1. Las entidades que manifiesten su adhesión al presente Código Ético, por el solo hecho de su adhesión se comprometen a respetar en sus actividades de publicidad, co-

Además de estos argumentos, considero que las afirmaciones de las empresas respecto a las buenas prácticas, o su adhesión a códigos de conducta, reglamentos, etc., son exigibles de acuerdo a lo normado como principio general en el derecho de obligaciones: el valor vinculante de la manifestación unilateral de voluntad (art. 917 y concordantes del CC). Nunca podrá dejarse de lado la doctrina de los actos propios o *estoppel* (*nemo contra factum proprium venire potest*), que no habilita a crear una expectativa sobre las propias declaraciones para luego no satisfacerlas. La doctrina de la apariencia también coadyuvará a la operatividad de los actos propios, agravada por la calidad de profesional que reviste el proveedor¹¹⁰⁵. Será de aplicación a este respecto el art. 902 del CC, en cuan-

mercio electrónico, protección de datos, protección de menores y accesibilidad y usabilidad, las normas en él recogidas". (...)

"Por su parte, las entidades adheridas que realicen transacciones contractuales de comercio electrónico con consumidores reguladas en el Título III se someten, para la resolución de las controversias que surjan por presunta infracción de las normas del presente Código relativas a la contratación con consumidores, así como por las controversias derivadas de la protección de datos cuando estén relacionadas con este ámbito, y para el caso de que no hubieran podido ser resueltas por el Comité de mediación de AECM, al arbitraje de la Junta Arbitral Nacional de Consumo o de las Juntas Arbitrales de ámbito autonómico con las que el sistema de autorregulación haya formalizado acuerdo, constituidas de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 231/2008" (...).

"4. En consecuencia, las entidades que manifiesten su adhesión a este sistema de autorregulación se comprometen a acatar y cumplir escrupulosamente y con carácter inmediato el contenido de los acuerdos de mediación adoptados, así como las resoluciones que el Jurado de la Publicidad, la Junta Arbitral Nacional de Consumo o cualquier otro órgano de resolución extrajudicial de controversias que se determine, puedan emitir para la resolución de las reclamaciones que les sean presentadas en relación a este Código". (...)

"El Sello así insertado en la Web de una entidad adherida deberá enlazar con la página Web de este sistema de autorregulación, con el fin de ofrecer a los usuarios un fácil acceso a los contenidos del Código y a los listados de miembros adheridos, y deberá facilitarles la posibilidad de formular una queja o presentar una reclamación. La obtención y utilización del Sello de Confianza Online se regirá por lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interior". Disponible en <http://www.confianzaonline.es/>

¹¹⁰⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", LL 2000-D, 1160; también SCHÖTZ, "Los titulares de marcas...", p. 990.

to será mayor la responsabilidad de aquellos que tienen pleno conocimiento de los hechos y las cosas¹¹⁰⁶.

La responsabilidad del proveedor que actúa bajo un reglamento o código de buenas prácticas también le puede ser imputada en función de la creación del riesgo que pone en marcha con su actividad. En su condición de experto, ha previsto y acepta riesgos evitables mientras que los consumidores ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, evitarlos o asegurarse contra ellos¹¹⁰⁷. Queda así determinada la distribución en los costos y las pérdidas de la empresa común, en este caso el negocio bilateral. Cada vez que un profesional pone en marcha un sistema de provisión, un servicio, o introduce un producto nuevo en el mercado, asume algún grado de riesgo en el que el inexperto no interviene. Parece claro que al proveedor debe atribuirse una mayor carga de esos costos derivados, aunque las directrices o reglamentos no resulten legalmente obligatorios¹¹⁰⁸.

IV. C. 6. Corolario

En el corto y mediano plazo, el *soft law* y la autorregulación convivirán con las normas estatales de Derecho Internacional Privado, ya sean estas normas directas o indirectas, de fuente interna o convencional¹¹⁰⁹. En beneficio del consumidor, y haciendo aplicación del principio *in dubio pro consumptore*, las declaraciones, manifestaciones, reglamentos, códigos de conducta y políticas de los proveedores, podrán ser considerados fuentes de derechos subjetivos. Tendrán especial relevancia aquellas referidas a la garantía de defensa en juicio y a la solución gratuita y ágil de las controversias. Sería conveniente que las normas estatales admitan esta autorregulación y le den fuerza jurígena y obligatoria. Las distintas fuentes de las normas, voluntad estatal en un caso y autonomía

¹¹⁰⁶ Cfr. QUAGLIA, "La relación de consumo...", p. 905.

¹¹⁰⁷ Cfr. LORENZETTI, "La oferta como apariencia...", p. 1165.

¹¹⁰⁸ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 204.

¹¹⁰⁹ Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 63-64.

privada mediante autorregulación por la otra, deben confluir en el mismo objetivo: la protección de la parte débil. En este sentido, parece oportuno que la designación de tribunales competentes complemente la validez de la asignación de mecanismos privados de solución de controversias¹¹¹⁰.

IV. D. DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES COLECTIVOS

IV. D. 1. Los derechos de incidencia colectiva del consumidor transfronterizo

Las modernas Constituciones prevén que los ciudadanos puedan accionar de modo conjunto cuando están en juego derechos de incidencia colectiva. Para que esto sea posible, es necesario verificar: a) cuál es la naturaleza jurídica del derecho en juego; b) quiénes son los sujetos habilitados a reclamar protección; c) bajo qué condiciones puede resultar admisible una acción; y d) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte¹¹¹¹. Si bien la mayoría de los estudios se refieren a derechos de los ciudadanos hacia el interior de su Estado, el mismo análisis se puede verificar en las relaciones transfronterizas. Es más: pareciera que sin la herramienta de los procesos colectivos, en cuanto facilitadora de la justicia procesal, difícilmente se pueda lograr la justicia sustancial¹¹¹².

¹¹¹⁰ *Idem*, p. 70.

¹¹¹¹ Cfr. DENNIS, "Diseño de una agenda práctica...", pp. 228-230.

¹¹¹² Cfr. PAREDES PÉREZ, José Ignacio, "La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro", *Estudios sobre Consumo*, Vol. 79, Madrid, 2006, pp. 75-87, en la Introducción. Si bien este autor se refiere a los procesos colectivos en el marco intracomunitario, sus conclusiones son perfectamente aplicables a este estudio. La razón de ser de las acciones colectivas es tratar de equilibrar la desigualdad procesal en que se hallan los consumidores frente a los profesionales, lo que se agrava en procesos de escasa cuantía en el ámbito transfronterizo. Critica la ausencia de este tipo de acciones en el Reglamento 44/2001 y la falta de previsión en la legislación interna en muchos de los países de la UE.

Tradicionalmente, en cuanto a las posibilidades de acceso a la justicia —legitimación procesal—, la doctrina distinguía entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples o difusos¹¹¹³. Los derechos subjetivos o individuales son aquellos exclusivos y excluyentes de un sujeto dotado de acción, individualmente considerado; aún cuando litigue conjuntamente con otros, la reparación siempre será individual. Por su parte, los intereses legítimos son derechos en expectativa, no reconocidos por la autoridad estatal, y que permiten reclamar administrativamente, aunque sin acción judicial. Los titulares son los afectados por un acto administrativo, ya sea por su falta de mérito o conveniencia. Finalmente, el interés simple corresponde a toda la colectividad¹¹¹⁴. Finalmente, los intereses difusos son aquellos que no pertenecen a una persona en particular ni a un grupo claramente diferenciado de personas, sino a una colectividad de muy difícil determinación, y cuyos miembros tampoco tienen entre sí una relación jurídica. Se refieren a bienes indivisibles, sin asignación individual, como muchos de los que pueden corresponder a los consumidores y usuarios¹¹¹⁵.

Hoy día es preferible hablar de intereses individuales, plurindividuales y colectivos. A su vez, estos últimos, de acuerdo a quien sea el titular, se clasifican en colectivos, difusos y públicos¹¹¹⁶. Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, los derechos de incidencia colectiva no eran fácilmente ubicables en ninguna de las tres categorías mencionadas. Ahora, la expresión “derechos de incidencia colectiva” puede comprender tanto los intereses subjetivos o individuales como los in-

¹¹¹³ Cfr. PALACIO, Lino Enrique, “El ‘apagón’ de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo”, LL 2000-C, pp. 395 a 400, en 396.

¹¹¹⁴ Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 2ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998. Cap. II pp. 1-3, y IV pp. 1-2.

¹¹¹⁵ PALACIO, “El ‘apagón’ de febrero de 1999...”, p. 396. Sin embargo, para la CSJN en esta categoría entran también los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”. Cfr. CSJN “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, Fallos 332:111.

¹¹¹⁶ Cfr. AZAR, María José, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 125-162, en 133-135. La CSJN asumió esta clasificación en el Fallo “Halabi”, ya citado. Cfr. considerandos 9 a 12.

tereses difusos y los colectivos. De estos últimos, los primeros son supraindividuales e indivisibles, y sus titulares son personas indeterminadas pero ligadas por situaciones de hecho. Por su parte, los intereses colectivos son aquellos, también de naturaleza supraindividual e indivisibles, pero cuya titularidad pertenece a un grupo de sujetos ligados por una base fáctica entre sí, frente a otra parte (sujeto pasivo), existiendo de por medio una relación jurídica que las une¹¹¹⁷.

Los legitimados para la defensa de los derechos de incidencia colectiva son, además de los propios afectados, las entidades que los representan —asociaciones reconocidas— y el Defensor del Pueblo. De acuerdo al Art. 43 CN,

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y *al consumidor*, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y *las asociaciones que propendan a esos fines*, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Las acciones para reclamar la protección de los derechos de incidencia colectiva pueden incoarse mediante reclamaciones particulares, acciones de amparo, declarativas, o también denuncias. Las garantías procesales para el resguardo de los intereses proceden ante cualquier acto u omisión de las autoridades o de los particulares, en la medida que afecten derechos y garantías constitucionales. Como indica la CSJN en el considerando 13 de la causa “Halabi”, es necesario a) verificar una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado¹¹¹⁸. Ahora bien, ¿cuándo un conflicto transfronterizo que involucra a consumidores puede considerarse de incidencia colectiva? ¿Se requiere de modo imprescindible la existencia de relación de consumo? ¿Pueden ser parte los extranjeros

¹¹¹⁷ Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 47.

¹¹¹⁸ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (el armado de un sistema)”, LL 2009-D, pp. 740-761, en 750.

que reclaman frente a proveedores argentinos? ¿Es posible solicitar un amparo colectivo contra proveedores extranjeros? ¿Puede un consumidor argentino presentarse en un proceso colectivo abierto en el extranjero?¹¹¹⁹.

Debido a que un particular afectado puede exigir a la autoridad o a particulares el respeto de intereses colectivos, hoy día no hace falta preguntarse por su naturaleza subjetiva o difusa¹¹²⁰. La afectación grupal no obsta al perjuicio individual ni viceversa, en virtud de la suerte común del sujeto y la comunidad a la que pertenece. De todos modos, creo que para la aplicación directa de estas disposiciones a la protección del consumidor transfronterizo, debemos establecer con claridad si estamos ante un derecho patrimonial individual del sujeto afectado o ante un bien colectivo indivisible. La respuesta tendrá relación con la personería y legitimidad de quien reclama.

Desde ya que la categoría del derecho implicará un límite para su protección. Para su ejercicio se debe verificar la existencia de una relación de causalidad, donde se manifieste la universalidad del interés en la afectación personal y directa del sujeto. La apreciación objetiva atiende a las condiciones personales o situación individual, y no a un mero interés abstracto y general. Es decir que, en lo que nos interesa, ya sea de modo indirecto o reflejo, el accionante deberá estar vinculado a una re-

¹¹¹⁹ La cuestión es relevante, porque podría tratarse de una posible solución a la paradoja de la nimiedad, entendiendo por esta la escasa cuantía de los reclamos y la difícil sustanciación de un proceso cuando los costos procesales son inaccesibles. Como indica PAIVA, "Sólo con tener que notificar la demanda en un país extranjero quedan descartados la mayoría de los casos relacionados con consumidores y, por más que muchos tratados garanticen la gratuidad de los actos procesales transfronterizos, la sola necesidad de contar con un corresponsal hacen de esa gratuidad una quimera. Difícilmente puedan superarse estos escollos mediante los *punitory damages* o las *action class*: la ecuación económica de un caso transfronterizo generalmente no cierra". PAIVA, "Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos", nota 3. La respuesta en Brasil parece ser positiva, en cuanto que las asociaciones de consumidores pueden invocar las garantías constitucionales e incoar acciones clase, también en el orden internacional. Cfr. LIMA MARQUES, "Brésil", p. 56.

¹¹²⁰ Cfr. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, II-4.

lación de consumo, sea esta actual, eventual o prospectiva¹¹²¹. La jurisprudencia y la doctrina se han referido en distintas ocasiones a la operatividad directa de las garantías comprendidas en el mencionado artículo de la CN, sin que se requiera reglamentación del mismo, atento a su naturaleza y a la vía judicial que se prevé expresamente en el art. 43 CN¹¹²².

Según algunos autores, como Laura PÉREZ BUSTAMANTE, el art. 42 CN debe interpretarse intra-sistemáticamente, atendiendo por un lado a que se encuentra dentro del Capítulo Segundo de la Primera Parte, denominado “Nuevos Derechos y Garantías”¹¹²³. Esta ubicación dentro del contexto implica un propósito, que se integra con el concepto de desa-

¹¹²¹ Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 6ª Edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 796. También GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, IV-9 a18. Se trata de cuestiones de personería y representación. Cfr. AZAR, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, pp. 136-139

¹¹²² CNFed. Civil y Com., Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR”16/3/2000, LL 2000-C, 401. Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 46. ALTERINI, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo...”, p. 744. Más recientemente, en “Halabi”, la CSJN indicó que “Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados” (considerando 12). Si bien en muchos casos puede tratarse de derechos individuales enteramente divisibles y no bienes colectivos, igualmente existe un hecho, único o continuado, “que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (ibidem). La CSJN reconoce que si bien no existe una ley que reglamente el ejercicio de las acciones de clase, igualmente la norma constitucional es claramente operativa y por tanto obligación de los jueces darle eficacia. “[las] garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”. *Ibidem*.

¹¹²³ Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 49 y ss.

rrollo sustentable del art. 41¹¹²⁴ y con la legitimación indicada por el art. 43 para accionar en resguardo de intereses de incidencia colectiva. De aquí concluye que los derechos y garantías establecidos en la Constitución en defensa del consumidor crean una relación jurídica que excede el marco privado y compromete al Estado, siendo directamente operativo¹¹²⁵. Creo que esta opinión debe matizarse.

El art. 42 CN otorga a los consumidores y usuarios, “en la relación de consumo”, el derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses, el derecho a una información adecuada y veraz, una libertad de elección, etc. (primer párrafo); a su vez obliga a las autoridades a proveer a la protección de esos derechos, a educar para el consumo, a controlar los monopolios naturales y legales, etc. (segundo párrafo); completa estos propósitos con la obligación de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, con la sanción de marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, etc. (tercer párrafo). La mencionada autora se pregunta en primer lugar si los habitantes tienen derecho a exigir del Estado los comportamientos señalados en la norma, y luego, en caso de responderse afirmativamente, cuál es la extensión de ese derecho.

No coincido en otorgar una respuesta afirmativa general para todos los derechos enunciados en el art. 42 CN. Para que esta norma establezca un derecho exigible, debe a su vez indicar el deber correlativo y el sujeto a cargo de ese deber. Como se indica en el párrafo segundo, los derechos del consumidor que el Estado debe proteger son los que se enuncian en el párrafo primero pero “en la relación de consumo”. La relación

¹¹²⁴ Artículo 41 CN en su párrafo pertinente: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.”

¹¹²⁵ Una opinión semejante tiene GARDELLA, “La equidad...”, p. 831, respecto a la inmediata aplicación por los jueces del trato equitativo y digno. CESCATO, Paola, “Acerca del artículo 42 de la Constitución Nacional”, LL 1999-E-211, también considera de aplicación inmediata el art. 42 en cuanto se puede ordenar la convocatoria de las audiencias públicas como vía expedita para los usuarios puedan ejercer el derecho de participación en los términos del último párrafo del artículo citado, antes de una decisión trascendente.

de consumo mencionada supone que existe un vínculo entre un consumidor y quien le provee esos bienes o servicios de consumo, con lo cual el obligado respecto de los deberes enunciados (información veraz, protección de la salud, etc.) es el proveedor o profesional co-contratante del consumidor. El Estado proveerá a la protección de esos derechos cuando exista una relación de consumo, pero no es el obligado inmediato en esa relación. El deber directo en la relación de consumo corresponde al proveedor y el Estado eventualmente tiene un deber indirecto, ya sea sancionando las normas que impongan esos derechos, libertades, inmunidades o poderes a favor del consumidor, o bien estableciendo los órganos y procedimientos que permitan el ejercicio de esos poderes, libertades, inmunidades o potestades.

Las otras obligaciones establecidas a continuación en el segundo párrafo sí competen al Estado y le imponen un deber correlativo. Éste es el obligado a proveer educación para el consumo, la defensa de la competencia, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc. Lo mismo podemos afirmar respecto del párrafo tercero del art. 42. Por lo tanto estamos ante dos tipos de derechos. Los del primer párrafo implican un derecho-deber a cargo del proveedor, y aún cuando el Estado a través de los poderes Legislativo y Ejecutivo incumpliera sus tareas de implementación, los magistrados de todas maneras pueden hacerlos efectivos frente a inconductas de los proveedores ya que operan como principios informadores del sistema, con lo cual resultarían de aplicación inmediata y directa. La afirmación de que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos” (comienzo del 2º párrafo) incluye a los jueces, que también son autoridades de uno de los poderes del Estado. Como ya dije, un deber importante será abrir la jurisdicción en caso de que no se hayan establecido procedimientos adecuados para casos transfronterizos.

Por el contrario, los deberes de las autoridades de los párrafos segundo y tercero no son operativos por sí mismos, sino que de acuerdo a la división de poderes establecida por nuestra Constitución, la reglamentación o las eventuales obligaciones de hacer que de allí se derivan corresponden a los poderes Legislativo y Ejecutivo. La falta de regula-

ción previa de esos aspectos, convertiría a la decisión judicial en arbitraria, ya que falta el contenido mínimo para que alguien pueda reclamar sus derechos, excepto la posibilidad establecida en el art. 39 CN¹¹²⁶. Como bien dice LORENZETTI, “no se puede obtener el bien materialmente determinado como objeto del derecho” como la educación para el consumo, la protección de los mercados, etc., de modo inmediato “porque su ejecución individual afecta a terceros y requiere del proceso legislativo previo y de la decisión consensuada”¹¹²⁷.

En definitiva, para el ejercicio de acciones colectivas contra proveedores en casos transfronterizos de protección del consumidor, deberemos estar ante una relación de consumo que implique la existencia de un interés plurindividual homogéneo o transindividual. Éste se manifestará en la existencia de múltiples relaciones de consumo. Los bienes podrán ser homogéneos, cuantificables individualmente, tal el caso de un grupo de afectados por prácticas bancarias fraudulentas o pasajeros de una misma línea aérea. Asimismo, puede tratarse de un bien indivisible y no fraccionable por cuotas adjudicables a cada uno de los titulares; tal sería el caso de un organismo administrativo o judicial que se negase de modo sistemático a recibir denuncias de consumidores por hechos sucedidos en el extranjero.

IV. D. 2. Un caso: el derecho a la información veraz

A modo de ejemplo, vale la pena cuestionarse si el deber de información veraz establecido en el art. 42 CN es una garantía para los consumidores transnacionales, de tal manera que esta disposición y los principios que de allí se siguen representan un umbral mínimo de aplicación obligatoria para todos los involucrados y eventualmente para los magistrados y autoridades intervinientes. También interesa saber si el

¹¹²⁶ “Cualquier ciudadano tiene el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, los que deberán ser tratados expresamente por el Congreso dentro del plazo de un año”.

¹¹²⁷ LORENZETTI, *Consumidores*, p. 46.

consumidor argentino estará amparado frente una distorsión del mercado, que en este supuesto será el mercado global.

La obligación de brindar información veraz corresponde a los “derechos de origen bilateral”, mientras que la transparencia de los mercados se ubica dentro de los “derechos a posiciones jurídicas”, que implican una garantía para el consumidor pero en la medida que el Estado actúe. En todo caso, luego de la descripción y sanción de una conducta como abusiva, podrá el consumidor denunciar esa conducta. En el orden interno, la CSJN tuvo que resolver respecto de qué legitimación es requerida para poder ejercer esos derechos.

En el caso “Monner Sans c/ Fuerza Aérea Argentina”, el máximo tribunal concluyó que para poder ejercer los derechos del consumidor a una información cierta y veraz, debe existir una relación propiamente de consumo, y no un mero interés difuso, que en el caso tampoco existía¹¹²⁸. El caso se refiere a un abogado que intimó a la Fuerza Aérea Argentina mediante un amparo para que en un plazo determinado los usuarios y las asociaciones de consumidores puedan consultar el informe sobre el estado de los aviones de las distintas empresas aéreas. La Corte, siguiendo el dictamen del Procurador, indicó que la condición de ciudadano no autoriza por si misma la intervención de los jueces: se debe acreditar el carácter de usuario. Además, manifestó que la relación de consumo se consolida con la línea aérea y no con el órgano de control.

En doctrina de la CSJN, la extensión del derecho a una información veraz (art.42 CN) no debe confundirse con su ejercicio a través de una norma procesal (art.43 CN) La obligación establecida en el primer artículo está en cabeza de las empresas de aviación con las que contratan los usuarios; es decir, que la condición de ‘usuario’ se configura con el uso del servicio (derecho de información) y la de ‘administrado’ está conectada con los poderes públicos (derecho de peticionar ante las autoridades).

¹¹²⁸ CSJN, “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo ley 16.986”, 14/4/2004, Fallos 329:4066.

También se cuestionó la legitimación del actor, ya que, si no lo fuera, no habría “caso” o “causa”, por lo que no podría intervenir la Justicia; el principio de división de poderes obliga a la existencia de “controversia judicial”. La existencia de “causa” presupone la de “parte”. A su vez, ésta es quien debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial. La Corte concluye que el pretendido usuario no posee legitimación procesal para reclamar la defensa de su derecho a la información veraz, ya que no demostró tener un interés concreto que lo beneficie, o un posible perjuicio de orden personal, susceptible de tratamiento judicial. Por más que el art. 43 CN proteja los intereses de incidencia colectiva, no quita que el afectado deba demostrar en qué medida su interés concreto, inmediato y sustancial se ve lesionado por un acto presuntamente ilegítimo. La categoría de ciudadano es un concepto muy general, y no es suficiente para arrogarse los derechos de todos los usuarios y, menos aún, de todos los habitantes.

En la disidencia, la Ministra Carmen ARGIBAY consideró que una concreta denegación de información relevante para la decisión de consumo, en este supuesto realizar viajes aéreos, es, por sí mismo, un daño o perjuicio que puede servir de base para la configuración de una “causa” judicial, más allá del resultado final del proceso, es decir, de la procedencia o no de otorgar esa información. El derecho a una información completa y veraz puede ser afectado por la falta de suficiente conocimiento, y es por sí mismo relevante para la decisión de consumo¹¹²⁹. De allí que asiste a un usuario legitimación procesal activa, ante la denegación u ocultamiento de tal información por quien, en principio, debería asegurar o proteger el acceso a ella. Si el reclamante invoca verosímil-

¹¹²⁹ «En cuanto a cómo debe operar el derecho a una información “adecuada y veraz”, establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, he de señalar que, a mi entender, es el inverso al propuesto por la parte demandada. En efecto, mientras ésta supone que no está obligada a proporcionar la información solicitada por el usuario a menos que haya una norma expresa que la obligue a ello, la cláusula constitucional genera el deber de proporcionar toda información relevante para la decisión de consumo, a menos que se invoque una razón normativa o fáctica que justifique mantener dicha información en reserva» (del voto en disidencia de la Ministra Argibay).

mente la condición de usuario o consumidor, se puede considerar “afectado”, en los términos del artículo 43 CN.

Volviendo al objeto de estudio de esta tesis, en supuestos de consumo transfronterizo los jueces podrán amparar al consumidor internacional frente a la información mendaz o incompleta del proveedor extranjero, siempre que los magistrados requeridos a su vez sean competentes. Lo mismo sucederá cuando se pretenda ejecutar en el país una sentencia extranjera que violente este derecho-exigencia. Pero no podrán amparar el consumidor, aún cuando se trate de una relación de consumo internacional, frente a imperfecciones del mercado internacional o abusos de posición dominante provenientes de proveedores extranjeros, ya que el Estado no está facultado para sancionar normas e imponer conductas con efecto extraterritorial a terceros fuera de sus fronteras.

De aquí que —considerando los matices expuestos— es posible concluir que los derechos y garantías del primer párrafo del art. 42 CN son derechos subjetivos también para el consumidor internacional. Establecen un marco de protección mínimo a resguardar por las autoridades argentinas, incluyendo obviamente a los magistrados.

IV. D. 3. Las asociaciones de consumidores y los derechos del consumidor transfronterizo

En nuestro derecho, la habilitación de las entidades representativas de consumidores para iniciar reclamos colectivos está garantizada por el art. 43 CN¹¹³⁰. En este sentido, la reglamentación de la LDC, art. 56 y ss., es la concreción de una garantía constitucional, ligada al acceso a la jurisdicción¹¹³¹.

La Propuesta de Ley Modelo Interamericana prevé procedimientos para la solución de controversias y reparación colectiva y/o representa-

¹¹³⁰ Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 44-45.

¹¹³¹ *Idem*, p. 65. CNFed. Civil y Com., Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR”, 16/3/2000, LL 2000-C, 405-406.

tiva en caso de perjuicios comunes a los consumidores. Es una solución adecuada, ya que atiende a la realidad de que en ciertas circunstancias los perjuicios son causados a los consumidores de forma similar por la misma empresa o por empresas vinculadas. Puede tratarse de procedimientos y organismos judiciales o administrativos que permitan la reparación, tanto monetaria como sustitutiva.

La mencionada propuesta, al referirse a quiénes son los sujetos legitimados para efectuar los reclamos, establece:

“4.4 Las siguientes partes estarán legitimadas para iniciar un procedimiento según se describe en este artículo:

4.4 (1) Un consumidor individual en nombre propio y en representación de otros consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (2) Una parte o partes representativas, incluyendo una asociación de consumidores, actuando en representación de un grupo de consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (3) Una autoridad ejecutora gubernamental, incluyendo cualquier autoridad ejecutora de protección al consumidor o cualquier otra autoridad competente...”.

Es importante, en estos procesos colectivos, verificar que los derechos subjetivos no pierdan su virtualidad por agotarse la vía al no haber participado el consumidor —no estar incluido en el grupo— o por no haber podido ejercer su opción de excluirse de la clase o de la acción colectiva. En este sentido, resultan por demás relevantes las disposiciones referidas a las notificaciones a los consumidores, ya que estos pueden estar desperdigados por distintos países¹¹³². En el marco internacional,

¹¹³² Cfr. nros. 4.6 y 4.7 de la Propuesta de Ley Modelo Interamericana. La cuestión es tenida en cuenta en el orden interno por el art. 54 de la LDC, al referirse a las acciones de incidencia colectiva: “[L]a homologación del acuerdo requerirá de auto fundado, que deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales se

las cuestiones de litispendencia, cosa juzgada y excepción de incompetencia, requieren un tratamiento diferenciado¹¹³³. Trataré estos aspectos con más detalle en el capítulo VI.

Antes de la apertura del proceso colectivo, la autoridad administrativa o judicial debe verificar que las cuestiones de hecho o derecho son comunes y preponderantes por sobre las que afectan a los consumidores de manera individual. Las acciones colectivas tienen sentido y resultan eficaces cuando la cantidad de perjudicados por la misma conducta empresaria es lo suficientemente amplia como para justificar la impropiedad de repetir procedimientos esencialmente similares. Los consumidores perjudicados pueden conformar la clase mediante mecanismos de inclusión (*opt in*), es decir que los consumidores mismos dan los pasos apropiados para hacerse incorporarse al procedimiento colectivo, o sobre una base de exclusión (*opt-out*), es decir que los consumidores quedan incluidos al procedimiento colectivo, a menos que tomen medidas para ser excluidos¹¹³⁴.

Como se puede observar, la amplitud de los mecanismos y la representación facilitan el acceso a la justicia de consumidores afectados, en busca de la reparación de daños o perjuicios económicos tal vez de poca monta, que individualmente considerados harían irrelevante su reclamo. Los aspectos jurisdiccionales de estos procesos, así como algunas consideraciones de análisis económico, serán tratados en el capítulo VI.

aparten de la solución adoptada". A su vez, "La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (*ibidem*)."

¹¹³³ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 66 y 119.

¹¹³⁴ Cfr. nros. 4.6 y 4.7 de la Propuesta de Ley Modelo Interamericana. Cfr. ALTERINI, "Las acciones colectivas en las relaciones de consumo...", nro. 12 y ss.

IV. E. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO COMO DERECHOS SUBJETIVOS

IV. E. 1. El concepto de derecho subjetivo

Los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo en la relación de consumo, consisten en las facultades de exigir una determinada conducta, con sustento en un interés jurídicamente protegido. Tendrán origen en algunas de las fuentes estudiadas hasta el momento: los derechos fundamentales, los principios generales o sectoriales del ordenamiento, las normas de fuente interna o internacional, la autonomía de la voluntad, la costumbre internacional. Al hacer referencia a la relación de consumo, manifesté la necesidad de que “alguien” esté compelido al deber jurídico (dar, hacer o no hacer). Puede tratarse del proveedor obligado como sujeto pasivo, o bien la comunidad en general y cada individuo en particular a cargo de deberes genéricos frente a todos los consumidores transfronterizos. El Estado también puede estar obligado a prestaciones específicas, como brindar servicios de justicia o ejercer el poder de policía en resguardo de los consumidores.

Como puede observarse, para determinar los derechos subjetivos —facultades, prerrogativas y atribuciones—, habrá que establecer los términos de la relación jurídica: consumidor, obligado, objeto adecuado y vínculo (causa eficiente) relevante en el orden internacional. De esto me ocuparé en el capítulo V.

Todo sistema jurídico de relaciones humanas implica una estructura de derechos y deberes. Desde la perspectiva del legislador —nacional, internacional o comunitario— que dispone el derecho positivo, le corresponde establecer las prerrogativas a favor del consumidor. El juez, por su parte, que debe resolver acerca de la justicia del caso concreto, dirá si es ajustada a derecho (y no sólo legal) una situación determinada. Ellos serán quienes tengan a cargo la especificación de los derechos del consumidor transnacional. El planteo implica que la mayor parte de las afirmaciones de derechos que se hacen en el discurso político o en directrices o Cartas, deberán ser sometidas a un proceso racio-

nal de especificación, valoración y reserva, con el fin de establecer las obligaciones correlativas a la siguiente enunciación: “el consumidor, en la relación de consumo transfronteriza, tiene un derecho a...”¹¹³⁵.

IV. E. 2. El contenido propio y diferenciado de los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo

En la constelación de derechos del consumidor aparecen las distintas facultades que el ordenamiento le brinda a su favor de tal manera de restablecer esa relación desequilibrada. Así, las potestades establecidas en su favor son atribuciones que le son otorgadas. La juridicidad, entonces, no está dada por la persona sino por las atribuciones que el consumidor adquiere. No significa esto que no importe su dignidad y su status, sino que su posición en la relación jurídica será en última instancia lo que resultará relevante para lograr un efectivo marco de protección¹¹³⁶.

Las potestades del consumidor transfronterizo tienen un límite objetivo. El reparto de las cosas propio de una determinada relación de consumo da lugar a una potestad a que esa relación se efectivice en equilibrio, tanto (i) por la el respeto de la dignidad del consumidor como persona; (ii) por la finalidad del acto de consumo en tanto instrumental de los bienes humanos básicos; (iii) y por la juridicidad objetiva de la relación de consumo como acto de justicia.

¹¹³⁵ En la elaboración progresiva de un derecho internacional del consumo resulta de especial interés para la etapa inicial de su desarrollo —que seguramente transitará por la judicatura—, pasar de las pretensiones (afirmaciones) de relaciones de dos términos entre una persona o clase de personas y una materia o clase de materia, a relaciones de tres términos. “Antes de otorgar razonablemente verdadera fuerza concluyente a estas afirmaciones, deben ser traducidas a relaciones específicas de tres términos”. Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 246-248.

¹¹³⁶ Respecto de la noción de derecho subjetivo, Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990, pp. 481-482. Si bien el derecho es la misma cosa justa, se puede hablar de derecho subjetivo sin caer en un individualismo a ultranza que se transforme en un voluntarismo sin límites a favor del consumidor. Coincidimos en que así como la autonomía de la voluntad es una ficción que lleva a notables abusos, el individualismo del consumidor puede llevar a otros.

La determinación no es subjetiva sino que surgirá de la naturaleza de las cosas, de la ley, o de un contrato. Cada una de estas concreciones en la atribución de “lo suyo” del consumidor tendrá un mayor grado de cercanía con lo natural o será indiferente en su determinación, pero siempre bajo los principios de la razonabilidad. Esas leyes, contratos, derechos humanos o derechos fundamentales, imponen deberes, y se denominan “derecho” por metonimia¹¹³⁷. El contexto económico y social será determinante de esta pauta de razonabilidad, y por lo tanto no serán iguales las formalizaciones de estos derechos en relaciones internacionales de consumo correspondientes a países integrantes de un mercado común interior, o que forman parte de una unión aduanera, o que están totalmente desvinculados entre si.

La ley puede otorgar un derecho subjetivo en la medida que establece con un mínimo de precisión una facultad o poder en beneficio del consumidor transnacional, la cual supone el deber o contraprestación del profesional. La ley, en tanto determina la cosa justa debida a otro, lleva ínsita la *facultas exigendi*¹¹³⁸. La alteridad que la relación de consumo internacional implica, lleva de suyo que la *facultas exigendi* sea un aspecto connatural al concepto de derecho aquí aludido, porque éste supone necesariamente un “otro” al que le es debido, cuanto menos, lo “suyo” que su propio “ser personal” entraña. Es connatural a la noción de derecho, que implica la posibilidad jurídica de cumplir con una acción.

¹¹³⁷ Cfr. KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As., p. 19 y ss. Dice este autor que “así es como, por medio de la ley, causa del derecho, su causa instrumental, el legislador, Dios o el hombre, según el caso, determina el derecho”. *Ibidem*, p. 21. Y agrega que “nadie puede pronunciarse sobre lo justo o lo injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho. Esta regla es siempre exterior porque emana de un legislador. Ella es también en la mayoría de los casos, general, en tanto que lo justo es concreto. Es necesario, entonces, que la prudencia de todo hombre enuncie para sus necesidades del momento la regla interior y concreta de lo justo por hacer. A fin de encontrarla es necesario tener en cuenta las circunstancias de tiempo y de lugar, porque es *hic et nunc* que se debe obrar de una manera justa”. *Ibidem*, p. 23.

¹¹³⁸ Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, p. 484.

Si el derecho del consumidor transnacional es la misma cosa justa, y el acto de justicia es dar a cada uno lo suyo, primero se debe determinar qué pertenece a ese consumidor, como por ejemplo una garantía, un documento, un plazo, una información veraz, una cláusula equitativa, etc. La atribución o apropiación originaria —naturaleza de las cosas, ley o contrato— será luego el objeto de la justicia, sin que pueda confundirse con la justicia misma. Como expresa TOMÁS DE AQUINO con prístina claridad,

“Dado que el acto de la justicia es dar a cada uno lo que es suyo, al acto de justicia precede el acto por el cual algo se hace de alguien, como se ve en las cosas humanas; pues alguno trabajando merece que se hace suyo aquello que el retribuidor por un acto de justicia le da; por lo tanto aquel acto por el cual por primera vez algo es hecho de alguien, no puede ser acto de justicia”¹¹³⁹.

Esa atribución, en el caso de la LDC o de otras legislaciones extranjeras o internacionales involucradas, será en muchos casos legal y se constituirá como potestad, como poder de reclamar el consumidor frente al profesional. La atribución positiva obedece a una razón natural: el equilibrio en las prestaciones, la finalidad del acto de consumir, etc. Ese suyo de cada uno estará constituido por las potestades admitidas por el derecho del consumo transnacional, o cada conducta ordenada a los profesionales-proveedores. Podrán ser expresamente establecidas, o bien resultar de la aplicación inmediata de derechos fundamentales oponibles *erga omnes* o de principios generales del sistema, en muchos casos similares en todas las culturas jurídicas. Cualquiera sea el origen de las atribuciones resultantes, ya sean impuestas legislativa o judicialmente, tendrán su fuente última en los principios permanentes de la razón práctica a que nos hemos referido *supra* en I. D. 5¹¹⁴⁰.

¹¹³⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los gentiles*, Lib. II, C. XXVIII, traducción a cargo de María Mercedes BERGADÁ, Club de Lectores, Buenos Aires, 1951.

¹¹⁴⁰ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 308-317.

IV. E. 3. La especificación de los derechos del consumidor transfronterizo definidos en “tres términos”

Verificar el cumplimiento del valor justicia mediante la vigencia de un marco protectorio del consumidor transfronterizo implicará, por tanto, tener clara noticia de los derechos subjetivos existentes en el caso concreto. O, tomando como guía la pregunta de FINNIS, ¿hay alguna explicación general sobre qué será tener un derecho?¹¹⁴¹ Desde el punto de vista del objeto de estudio, responder a esta cuestión será útil para determinar si un consumidor transnacional está o no protegido por determinada prerrogativa o si razonablemente se puede predecir su situación jurídica frente a un proveedor extranjero en un negocio determinado.

La aplicación de las ideas de los acápites anteriores a los derechos subjetivos del consumidor en el ámbito internacional, reviste particular importancia. Por lo general los autores ven los derechos como dos relaciones entre una persona y una cosa: por ejemplo el derecho a cobrar cierta suma por un contrato. Esto es así a fin de simplificar el análisis, ya que el derecho en general es una combinación demasiado compleja de derechos de tres términos o “hohfeldianos”¹¹⁴². La relación que atribuye una potestad sobre una cosa (dos términos) confiere unidad inteligible a una serie temporal de los muchos y variados conjuntos de derechos que un mismo y único conjunto de reglas proporcionan en momentos distintos para asegurar y dar contenido a un objetivo subsistente único.

FINNIS, siguiendo a HOHFELD, dice que toda proposición sobre qué es un derecho se reduce a una de las siguientes formas de “derechos hohfeldianos”, o a una combinación de ellos¹¹⁴³. Estas son:

- a. derecho exigencia;

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 232.

¹¹⁴² *Idem*, pp. 230-231. Este autor los denomina “derechos hohfeldianos” debido a la enunciación que hiciera W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1919. Existe traducción castellana, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

¹¹⁴³ Cfr. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 227 y ss.

- b. libertad (o privilegio);
- c. poder;
- d. inmunidad.

Afirmar un derecho es establecer una relación entre tres términos:

- a. una persona determinada,
- b. una descripción de un tipo de acto,
- c. y otra persona determinada¹¹⁴⁴.

En algunas relaciones el acto se refiere a los actos jurídicos (comprar, vender, dar en arrendamiento, prestar o reclamar un servicio, etc.); estos últimos corresponden a los denominados “poderes” o “inmunidades”. En cambio en los derechos “exigencias” y las “libertades” el acto puede ser tanto un acto jurídico como un acto humano, aunque pueda ser objeto de una definición jurídica (caminar, golpear, viajar en avión, brindar trato digno, dar información veraz y suficiente, etc.)¹¹⁴⁵.

La distinción más importante es entre derecho-exigencia y libertad. El primero implica positivamente recibir algo de otro o no ser obstaculizado. En el caso de la libertad jurídica la materia de la pretensión jurídica son los propios actos, restricciones u omisiones; esa propia libertad puede ser realzada o protegida por un derecho o conjunto de derechos adicionales, que estarán a cargo de distintos sujetos; esto último implica una conjunción de dos derechos: una libertad, y una serie de derechos-exigencias, A con B, A con C, A con D, A con N...

La cuestión que se plantea es si el deber de B requiere que por medio de una regla se establezca un correlativo derecho-exigencia frente a un determinado consumidor A. Ejemplificaré con dos casos. En primer lugar, tomemos el deber de información veraz, al que ya me referí. En este supuesto la respuesta alternativa es que habrá un consumidor A con un derecho-exigencia correlativo al deber de información veraz del proveedor del extranjero B si y sólo si hay algún consumidor A que tiene

¹¹⁴⁴ *Idem*, p. 228.

¹¹⁴⁵ *Idem*, p. 229.

el poder de entablar una apropiada acción legal de reparación en el caso de que B deje de cumplir su deber de brindar adecuada información¹¹⁴⁶.

En segundo lugar, consideremos “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”. Aquí el consumidor argentino tendría un derecho-exigencia en el caso de que alguien debiera repararlo por haber faltado al deber de transparencia o libertad de los mercados, y eventualmente a que un gobierno —el de su propio Estado, de un tercer país o un tribunal supranacional— indique deberes de conducta a particulares dentro de los deberes de policía del mercado.

Hay que aclarar que el derecho del consumidor Pedro contra el proveedor ACME implica que ACME tiene un deber de actuar de determinada manera, y Pedro es el destinatario de la ventaja, por que es titular de un derecho-exigencia correlativo al deber ACME. La otra posibilidad es que sólo habrá deber de ACME si hay un consumidor Pedro que puede entablar una apropiada acción legal de reparación si ACME no cumple con su deber.

Puede suceder, como cuando hice referencia a las normas declarativas o programáticas, que no esté determinado el sujeto que tiene a cargo la prestación correspondiente al derecho fundamental, o bien que no se ha definido la extensión de ese derecho. Debe quedar claro que todo deber o derecho tienen un destinatario, un “alguien” obligado o titular¹¹⁴⁷. De allí la necesidad imperiosa de establecer los derechos del sistema protectorio en formulaciones de “tres términos”¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ *Idem*, p. 231.

¹¹⁴⁷ Cfr. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, III-1.

¹¹⁴⁸ Laura PÉREZ BUSTAMANTE presenta una interesante aplicación práctica de estos conceptos, aunque limitada al ámbito interno, y respecto de normas relacionadas a prestaciones nucleares y deberes colaterales indicadas en la LDC. Cuando se refiere al acceso al consumo “¿tienen los habitantes derecho a exigir del Estado los comportamientos señalados por la norma? Y, en caso afirmativo, ¿en qué extensión?”, la autora, a mi parecer, queda a mitad de camino y se contradice con la doctrina de HOHFELD a quien dice seguir. Ya que si bien “la adopción del modelo de desarrollo sustentable tiene por objeto el desarrollo humano, que conlleva la satisfacción de las necesidades humanas y supone, por ende, el acceso a bienes y servicios”, al indicar luego que “la medida de tal acceso estará marcada por las particularidades de cada momento histórico (nivel de evolución del desarrollo, valoraciones sociales, etc.)”, está faltando justamente el “acto” o acciones con-

Como afirma FINNIS,

“[p]odemos hablar de derecho siempre que una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo, *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo”¹¹⁴⁹.

Los sistemas jurídicos que en lo sustancial comparten el mismo concepto de cierto derecho del consumidor, como por ejemplo la obligación de brindar información clara y veraz, pueden tener no obstante diferentes *concepciones* de ese derecho. Sus especificaciones difieren, en parte porque tienen en mente deferentes circunstancias y en parte porque especificar implica normalmente elegir, mediante algún proceso autoritativo, entre alternativas que son más o menos igualmente razonables. Este proceso, mediado por la transformación de las relaciones de “dos términos” en otras de “tres términos”, es el que arriba a particularidades disímiles, que en nuestro caso podemos denominar “falta de uniformidad” y eventualmente “falta de eficacia”¹¹⁵⁰.

El concepto de ‘deber’ asociado al ‘derecho’, es requerido, más que por una cuestión lógica, por una razón de la concepción del bien común.

cretas (dar, hacer, no hacer, o conductas obligadas, prohibidas o permitidas). Si el juez debe determinar el objeto para obligar al Estado como sujeto pasivo del acceso al consumo, se convierte así en repartidor de los bienes comunes, tarea propia de la justicia distributiva, asignadas a los otros poderes del Estado. Esto no implica que en un caso particular —por ejemplo ante una situación personal de carencia extrema o daño a la salud—, obligue a atender ese caso particular mediante la satisfacción de necesidades humanitarias. También, probablemente, se puedan mandar conductas ante “incumplimiento de los deberes de funcionario público”, pero incluso aquí deben estar determinados “esos deberes” de “tal funcionario”. Por tanto, para definir el derecho subjetivo de acceso al consumo, se requiere una concreción en derechos de tres términos, o eventualmente, definición *ad casum* por parte del juez. Ese es nuestro disenso con la autora. Cfr. PÉREZ BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales del consumidor*, p. 51.

¹¹⁴⁹ FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p.234.

¹¹⁵⁰ *Idem*, p. 247.

Explicar las exigencias de la justicia, implica hacer referencia a las necesidades del bien común en sus distintos niveles. Hay razones para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia desempeña un rol más explicativo y estratégico que el concepto de derechos¹¹⁵¹. No pierde importancia o dignidad el concepto de derechos, pues el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo *beneficio*, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye su *derecho* porque les es *exigido* a esos otros en justicia. Esto debe entenderse en referencia al bien común de la comunidad internacional; por este motivo resulta totalmente razonable, por ejemplo, imponer códigos de conducta a los proveedores en su trato con consumidores u otorgar valor universal a ciertos principios como el *favor debilis*.

IV. E. 4. Inventario conceptual de los derechos subjetivos que integran el sistema protectorio del consumidor transfronterizo

Ante la evidente falta de armonía en los conflictos de derechos del consumidor transnacional —salvadas las excepciones de los espacios económicos jurídicamente organizados que han resuelto esta cuestión—, y hasta tanto no se cuente con una completa serie de derechos enunciados en “tres términos”, debemos mínimamente contar con una “hoja de ruta” para poder reconocerlos. Recién luego podremos analizar cómo hacerlos efectivos.

De acuerdo a lo desarrollado hasta aquí, el entramado de derechos subjetivos del consumidor transnacional en la relación de consumo, ya sea que se trate de obligaciones nucleares o deberes colaterales a cargo del proveedor, se conforma por:

- a) Las soluciones judiciales a la que se arriba mediante la aplicación de principios generales del derecho, o de principios del Derecho Internacional, del Derecho Internacional Privado, o la aplicación directa del *favor debilis* o *in dubio pro consumptore*;

¹¹⁵¹ *Idem*, p. 238.

- b) Los derechos fundamentales del consumidor, cuando resultan de aplicación inmediata por los tribunales;
- c) La preponderancia de los derechos fundamentales, cuando el juez del foro determina que son parte del orden público internacional, y por tanto pueden actuar como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto;
- d) en el mismo caso, cuando ante un conflicto de jurisdicciones, el juez se arroga jurisdicción, o rechaza la atribución anteriormente determinada, o no da lugar a la ejecución de una sentencia extranjera;
- e) Cuando las normas imperativas en el orden interno, resulten de la aplicación de principios jurídicos en el orden internacional o derechos fundamentales;
- f) Cuando, ante una colisión de sus pretensiones e intereses con los del proveedor, se determina que el derecho corresponde al consumidor, luego de aplicar sistemáticamente todo el ordenamiento;
- g) Cuando las normas de jurisdicción y las de conflicto brindan una solución material o jurisdiccional dentro del marco de un ordenamiento jurídico determinado, estableciendo derechos-potestades secundarios, que no contrarían los principios generales o sectoriales, ni afectan un derecho fundamental;
- h) Cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia disponible, establecen derechos subjetivos;
- i) Cuando la costumbre internacional o disposiciones del *soft law*, conforman o permiten integrar la relación jurídica;
- j) Cuando en virtud de la existencia de derechos colectivos, el consumidor puede reclamarlos por sí o por terceros.

SEGUNDA PARTE

LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CONFLICTOS VINCULADOS A CONSUMIDORES TRANSFRONTERIZOS

CAPÍTULO V.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

DEL SISTEMA PROTECTORIO:

LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

V. A. LA RELACIÓN DE CONSUMO: UN PROBLEMA DE CALIFICACIONES

En Argentina y otros países el marco de protección del consumidor está dado por la relación de consumo. A ella hace referencia el art. 42

CN, la que se concreta luego en los artículos 1 a 3 de la LDC¹¹⁵². De estos artículos se desprende que la disciplina de la defensa del consumidor — de acuerdo a la que sería nuestra *lex fori*—, se estructura y fundamenta sobre la relación de consumo y no sobre el consumidor en sí mismo considerado, aún cuando éste sea el sujeto de derecho tenido en cuenta por el microsistema¹¹⁵³. De aquí que sea importante considerar que, al igual que en toda relación de justicia, está implícita la alteridad.

Dado que el ordenamiento argentino establece como determinante para la aplicación del régimen protectorio que exista una relación de consumo, cabe preguntarse si, para la aplicación de un régimen particular de Derecho Internacional Privado, es necesario establecer la existencia de una relación de consumo internacional, con características distintivas. Así se deduce, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, cuando establece en su art. 2 que

“no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”.

El mismo principio se desprende del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, que en su art. 2 parágrafo 6 excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de ventas al consumidor.

Yendo más lejos, si nos proponemos establecer un régimen que otorgue uniformidad a los criterios o conexiones relevantes que deter-

¹¹⁵² María Angélica GELLI considera que la mención a la “relación de consumo” del art. 42 CN es un límite a la amplitud de los derechos reconocidos. “Aún cuando la expresión es ambigua, la relación de consumo supone un convenio celebrado del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes aunque, desde luego y en otros supuestos, podría corresponder la responsabilidad extracontractual prevista en el Código Civil”. Cfr. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 461,

¹¹⁵³ Cfr. LORENZETTI, “La relación de consumo”, en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, p. 64.

minen la próxima y eficaz jurisdicción competente, ¿hasta qué nivel de detalle es necesario definir la relación de consumo?¹¹⁵⁴ Si se pretende establecer de manera indubitable la jurisdicción protectoria del consumidor, ¿esto depende necesariamente de una relación de consumo internacional, con características diferenciales? Además, ¿esta relación de consumo debe ser admitida de modo uniforme en todas las jurisdicciones? La relación de consumo tendría así criterios distintivos diferentes a la sola determinación del sujeto consumidor¹¹⁵⁵. Adelanto que personalmente soy partidario de establecer como definitorio del régimen protectorio la relación de consumo, y no la mera presencia de un consumidor, en la acepción económica del término.

Estamos ante un característico problema de calificaciones, al que me abocaré analizando cada uno de los elementos que componen la relación jurídica de consumo transfronterizo. Aunque puede parecer extraño, también habrá problemas de ‘cuestión previa’ en los aspectos jurisdiccionales. Por lo general este último concepto sólo se utiliza cuando la asignación del tribunal depende del derecho aplicable (doctrina del paralelismo) o cuando se trata de verificar la validez de la cláusula de prórroga. Pero algunos elementos de la relación de consumo podrían requerir prueba previa a la designación del tribunal. Así, en ocasiones se debe determinar si existe “uso final”, o si la persona jurídica puede ser sujeto activo de una relación de consumo, o si el reclamante es o no una persona vinculada al consumidor principal (familiar, por ejemplo). Por tanto, la cuestión previa será relevante si de la existencia de un elemento depende que haya relación de consumo, atento a que el *forum domicilii* constituiría una jurisdicción anómala, dependiente de la materia.

De aquí que el concepto basal de “relación de consumo transfronteriza” o internacional deba ser analizado desde el punto ius-privatista de

¹¹⁵⁴ Entiendo ‘proximidad’ como la vinculación axiológica entre el caso y el foro, y por ‘eficacia’, aquel que pueda hacer justicia a las partes.

¹¹⁵⁵ Por este motivo han sido criticadas la Propuesta de Ley Modelo Interamericana y la Propuesta canadiense de CIDIP VII, al no definir de modo preciso la relación de consumo. Así, ha quedado un tanto indefinido el ámbito de aplicación material de ambas propuestas. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 338-339.

las calificaciones, es decir cómo se encuadra una cuestión o concepto dentro de una categoría¹¹⁵⁶. El aspecto metodológico se impone, ya que de alguna manera la relación de consumo calificada actuará como supuesto de hecho para que se pueda aplicar la consecuencia jurídica, es decir alguno de los particulares componentes del sistema protectorio de defensa del consumidor internacional. En concreto, normas específicas de atribución de jurisdicción¹¹⁵⁷. El juez ante el cual se presenta la demanda, si se trata de un caso multinacional, al momento de establecer su competencia deberá verificar la existencia de una relación de consumo transfronteriza; lo mismo sucederá si se trata de habilitar un régimen de excepción, incluyendo la jurisdicción más favorable¹¹⁵⁸. Por otra parte, si se requiriera la existencia de una relación de consumo especialmente calificada como internacional, ante su ausencia, no tendríamos un caso multinacional y se aplicará el régimen local¹¹⁵⁹. Así, por ejemplo, en la Propuesta inicial de CIDIP VII presentada por la Delegación de Brasil, existían calificaciones especiales de consumidores, de-

¹¹⁵⁶ Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 8.

¹¹⁵⁷ Como aclara FERNÁNDEZ ARROYO, "[D]ebe distinguirse el concepto coloquial y los que pueden utilizar los distintos autores para caracterizar al consumidor, del que brindan los diferentes textos legales autónomos o convencionales. Puede suceder que un contrato sea a todas luces catalogable como de consumo, pero sin embargo no entrar en el marco concreto de la tipología prevista en la normativa aplicable. En ese caso, legalmente no hay consumidor y por lo tanto se trata de un contrato sin protección especial". FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 1029.

¹¹⁵⁸ Del mismo modo que algunas legislaciones indican cuándo un contrato es internacional. Así, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina: "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". De modo más amplio, la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, "[u]na situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado".

¹¹⁵⁹ Cfr. TONIOLLO, "La protección internacional del consumidor", pp. 98-99. VEIRAS PAZ, Jorge, "Consideraciones preliminares sobre diversos aspectos vinculados a la normativa sobre Protección Internacional del Consumidor", Documento presentado al Foro de Expertos convocado para la CIDIP VII, p. 1. Disponible en www.oea.org.

terminantes de la aplicación del sistema protectorio, como era el caso de los turistas¹¹⁶⁰.

Resolver los problemas de definición de los términos de la norma, implica interpretarla, descubriendo la voluntad real del legislador sobre el exacto alcance del tipo legal y la consecuencia jurídica¹¹⁶¹. Las proposiciones que integran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica pueden estar integradas por otras proposiciones o normas incompletas, algunas materiales, otras de policía, a fin de completar la premisa mayor del silogismo¹¹⁶². En nuestro caso, dada una relación de consumo internacional, se aplicará el sistema protectorio del consumidor transfronterizo.

El problema de las definiciones legales en su relación con la técnica legislativa siempre ha sido objeto de discusiones. La definición parece impropia de los textos legales, ya que al encasillar los conceptos en estrechos moldes, se corre el riesgo de acotar demasiado o —por el contrario— dejar abierto los conceptos de modo vago o impreciso. Nuestro VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota al art. 495 CC, citando a FREITAS, indica que

¹¹⁶⁰ Propuesta inicial de CIDIP VII, Art. 1.3. "Para el caso de los contratos de viaje y de tiempo compartido, se considerarán consumidores: a) el contratante principal o la persona física que compra o se compromete a contratar un viaje combinado o no, o un tiempo compartido para su uso propio; 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 del viaje o del 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".

¹¹⁶¹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, p. 409. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 83-84.

¹¹⁶² Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 410. LIMA MARQUES recomienda la integración de términos de la norma conflicto de acuerdo a calificaciones existentes en el mismo sistema jurídico. En razón de esto, en la Propuesta de CIDIP VII no sería necesario definir el domicilio del consumidor, ya que la referencia obligada es la CIDIP II sobre domicilio de las personas físicas: art. "Artículo 2: El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare". LIMA MARQUES, "Las teorías...", p. 8.

en los textos legales sólo se las debe admitir cuando las definiciones contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de los vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. Por el contrario, se justifica definir cuando se trata de restringir el término para que lo definido cumpla con todos los requisitos de la legislación¹¹⁶³.

Pues de eso se trata. En nuestro problema de calificaciones, desde el punto de vista doctrinario, necesitamos definir ante qué tipo de cuestión estamos, si se trata de subsumir el problema en el régimen de protección del consumidor o por el contrario el supuesto no será ajeno al régimen general de los contratos internacionales u otra disciplina del comercio transfronterizo; o bien porque puede resultar aplicable de modo exclusivo el ordenamiento interno. Esto es válido tanto para interpretar los términos de las normas de conflicto como las de jurisdicción, directa o indirecta¹¹⁶⁴. Al tratarse de un régimen de excepción, que aún ante la existencia del *favor debilis* se interpreta de modo restrictivo, la definición debe ser clara.

A modo de ejemplo, podemos traer a colación dos casos prácticamente idénticos, litigados ante tribunales norteamericanos. El primero es *Britt A. Shaw et al. V. Marriott International, Inc.*¹¹⁶⁵ y el segundo *Britt A. Shaw c. Hyatt International Corporation*¹¹⁶⁶. Dejaremos de lado por el momento los criterios de atribución de jurisdicción y el rechazo de la

¹¹⁶³ Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, "La CIDIP VII y el tema de protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual", p. 1. Documento presentado al Foro de Expertos de la OEA, 6/05/2006, disponible en www.oea.org

¹¹⁶⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 411. De acuerdo a SOTO, ante la ausencia de calificación autárquica, las cuestiones de calificaciones en las normas de jurisdicción se resuelven por la *lex civilis fori*. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 84. Como luego indicaré, en la protección del consumidor excepcionalmente se puede calificar al consumidor según la *lex civilis causae*, a fin de poder aplicar un régimen más protector.

¹¹⁶⁵ United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 05-1138 (GK)

¹¹⁶⁶ United States Court of Appeals, Seventh Circuit (Chicago, Illinois), 29 de agosto de 2006.

excepción del *forum non conveniens* interpuesta por las demandadas, que resultaron ser cadenas hoteleras en ambas causas.

En ambos casos se pretendió la apertura de una acción de clase. Veamos sucintamente los hechos, que podemos calificar como “mellizos”. Los demandantes, el señor Shaw y otros, domiciliados o radicados en distintos países y estados dentro de los EE.UU., contrataron vía Internet sendas reservas en los hoteles Marriot y Hyatt, de Moscú, con una diferencia de seis meses entre una estadía y otra. Al hacer la reserva, ambos hoteles anunciaban en su página Web el precio en dólares americanos, advirtiendo que el pago final sería conforme a la cotización oficial del rublo anunciado por el Banco Central de Rusia, correspondiente al día de cierre de la cuenta. En la misma página existía un convertor que indicaba el precio aproximado en dólares americanos. En el momento del *check out*, se facturó la estadía en rublos y se pagó por tarjeta de crédito en dólares. El precio efectivo al momento del pago del resumen de la tarjeta de crédito, implicó un aumento real de las tarifas de cada hotel, de entre el 14 y el 18%; las diferencias de cambio se produjeron por el pase de una moneda a otra, por la utilización de una cotización distinta a la oficial, y por un aumento del tipo de cambio, ocurrido entre la firma del débito y la fecha de emisión del resumen de la tarjeta.

En el primer caso, el tribunal de Columbia (domicilio de Marriot) entendió que se trataba de una violación a la ley de protección del consumidor del Estado de Columbia, por cuanto los hechos configuraban prácticas comerciales engañosas y enriquecimiento sin causa. Por el contrario, el tribunal de Illinois (domicilio de Hyatt) entendió que se trataba de un incumplimiento contractual, y por lo tanto no era posible abrir la acción de clase, al no aplicarse la *Consumer Fraud Act*.

Como puede verse, ya sea que se trate de un ilícito civil o un incumplimiento contractual, dependerá que se abra o no la jurisdicción, tanto para los aspectos territoriales (¿tiene o no jurisdicción?) como procesales (¿habilita una acción de clase?). La calificación del conflicto resultó determinante. En términos más afines a nuestro derecho, ¿estamos ante responsabilidad contractual o extracontractual? ¿Es un supuesto de violación del deber de buena fe y derecho a la información veraz, y por tan-

to se trata de responsabilidad extracontractual, o bien se trata de un incumplimiento del contrato? En el primer caso, la relación jurídica se localiza directamente en el Estado de Columbia, por ser el lugar donde ocurre la conducta ilícita. Si fuera un problema contractual, el incumplimiento se resolverá de acuerdo a la cláusula de elección de foro y derecho aplicable, o bien los otros criterios que resulten pertinentes¹¹⁶⁷.

La calificación a los fines jurisdiccionales deberá efectuarse de acuerdo al sistema jurídico a que la norma pertenece; por lo general esta será la *lex fori*, salvo que existiera una calificación autárquica, proveniente de un tratado internacional o de fuente interna¹¹⁶⁸. Si bien la calificación será normativa, nada impide que alguno de sus términos pueda ser calificado consuetudinariamente, cuando se trata de situaciones no regladas y donde existen carencias históricas. Sin embargo, si resultara dudoso que de acuerdo a la calificación según la ley del tribunal, estamos o no ante una relación de consumo o de un consumidor, deberá optarse por el régimen protectorio, aplicando, por ejemplo, una calificación de consumidor según *lex civilis causae*¹¹⁶⁹. Resulta lógico en virtud de la aplicación del *favor debilis* o del *in dubio pro consumptore*.

El asunto es importante, ya que ante un caso ius-privatista internacional, el juez nacional podría aplicar de modo directo las calificaciones *lex civilis fori* contenidas en los arts. 1 de la LDC y 1 del Decreto

¹¹⁶⁷ En ambos casos, las compañías determinaban como condiciones predispuestas el sometimiento a los tribunales de los respectivos Estados, y sus correspondientes derechos aplicables.

¹¹⁶⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 86. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 66.

¹¹⁶⁹ Propuesta de CIDIP VII, art. 1. 4. "Si la ley indicada como aplicable por esta convención definiese de forma más amplia o beneficiosa 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". Cfr. TONIOLLO, "La protección internacional del consumidor", p. 97. En igual sentido, UZAL, María Elsa, "La protección al consumidor en el derecho internacional privado", RDCO, Nro. 139-141, pp. 239-258, en 242. Sin embargo, como luego veremos, en la UE el criterio es diferente, ya que por tratarse de un régimen de excepción, ante la duda no se hará lugar a los beneficios del sistema protectorio.

1798/94¹¹⁷⁰. Pero esta consideración indiscriminada puede ser defectuosa, ya que al no haberse previsto el ámbito de aplicación extraterritorial de la LDC, mal podría hacérselo a partir de conceptos que no fueron elaborados a esos fines¹¹⁷¹. Por este motivo, sería tan apresurado afirmar que el consumidor debe estar protegido en los términos de su ámbito domiciliario como que el proveedor está limitado en su responsabilidad a la legislación de su establecimiento¹¹⁷².

De todas maneras, resultará relevante cuál es el sistema jurídico donde la relación de consumo se desarrolla, cuál es su 'hábitat' natural¹¹⁷³. La debilidad del consumidor no puede deslocalizar una relación

¹¹⁷⁰ Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 11.

¹¹⁷¹ Las calificaciones autárquicas evitan problemas de desasimetrías jurídicas, como que algunas conductas sean lícitas en un país e ilícitas en otro. Este es el motivo que tuvieron en cuenta, por ejemplo, en la UE, al reglamentar el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, Reglamento Roma II. Allí se lee, en el considerando 11: "El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el presente Reglamento deben aplicarse también a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva".

¹¹⁷² En palabras de TONIOLLO, que resumen el propósito de este Capítulo: "De todos modos, la idea que debe gravitar a los fines de establecer un concepto, es la amplitud; y el principio que debe guiar la tarea del intérprete, es la finalidad tuitiva. La necesidad de protección de la parte débil de la relación de consumo, y por su condición de inferioridad frente a la otra, es que justifica la utilización de términos amplios, que faciliten la posterior tarea de aplicación de derecho tuitivo. Que un eventual problema de calificaciones, no entorpezca, ni dificulte la protección. La propuesta de construcción de un concepto de Derecho Internacional Privado a partir de la consideración de los sistemas jurídicos con que el caso presenta conexión, nos conduce siempre a la posibilidad de utilizar como punto de partida el que tenga mayor amplitud, para luego pasar a adoptar, naturalmente, el que más favorezca a sus intereses". TONIOLLO, "La protección internacional del consumidor", pp. 96-97.

¹¹⁷³ GOLDSCHMIDT ejemplifica la cuestión trayendo a colación la calificación autárquica del art. 2 del Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889, por el cual la condición de comerciante es dependiente del lugar donde la persona tiene el centro de sus negocios. Podría darse el caso de que un comerciante lo fuera en su domicilio, pero no en los lugares donde desarrolla sus negocios. *Derecho Internacional Privado*, p. 88. SOTO llama a esto 'calificación autárquica indirecta', ya que remite a otro ordenamiento, en este caso para indicar cuál es el centro de los negocios. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 83-84.

jurídica, de manera que una situación en la que no hay contacto razonable entre el juez y el foro, en virtud de la *lex fori* quede desvinculada de la realidad. Si por el lugar de celebración, de cumplimiento o cualquier otro contacto relevante la relación era de derecho común, sería abusivo aplicar un régimen protectorio por el solo hecho de abrir la jurisdicción en un país no relacionado con el caso.

V. B. LA RELACIÓN DE CONSUMO COMO BASE DEL SISTEMA PROTECTORIO INTERNACIONAL

Desde el punto de vista del sistema interno, parto del supuesto por el cual el sistema de protección del consumidor queda habilitado ante una “relación de consumo”¹¹⁷⁴. Esta es una especie dentro del género “relaciones jurídicas” y específicamente, de las relaciones jurídicas patrimoniales. DIEZ PICAZO las define como

“toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas como un cauce idóneo para la realización de unos fines o intereses que son dignos y merecedores de tutela, cauce que es disciplinado y organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico”¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁴ Entre otros, LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 73-75. Allí critica que se siga fundando el sistema sobre la noción de consumidor. “El consumidor es un sujeto de derechos pero no es el fundamento de la disciplina. El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo”, *idem*, p. 73. “La relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que la ley asigne a los elementos que la componen: sujetos, objeto, fuentes”, *idem*, p. 74. “El elemento activante del principio protectorio no es el acto de contratar (acto jurídico bilateral) sino el acto de consumir (hecho jurídico)”, *idem*, p.87.

¹¹⁷⁵ DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Vol. I, p. 55. De modo semejante se expresa Santos CIFUENTES, al decir que el fin inmediato del negocio jurídico es producir efectos jurídicos, secundado por el ordenamiento legal. Estos efectos son la formación o destrucción de relaciones jurídicas. El art. 944 del CC recoge esta idea: “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 156.

La patrimonialidad está dada por los bienes o intereses, que son susceptibles de valoración económica, quedando fuera por tanto las relaciones jurídicas familiares y las personales¹¹⁷⁶. Las relaciones jurídicas están conformadas por elementos estructurales y situaciones que dan lugar al contenido de la relación. Los primeros son los sujetos y el objeto, y las segundas son las situaciones de poder y de deber en que los sujetos se colocan entre sí y respecto del objeto, que se denomina 'vínculo'¹¹⁷⁷.

Las relaciones jurídicas patrimoniales, a su vez, nacen generalmente de negocios jurídicos patrimoniales, que son aquellos que tienen como efecto inmediato —justamente— la constitución, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, estableciendo la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los derechos y obligaciones recíprocos que recaen sobre las partes¹¹⁷⁸.

El negocio jurídico que origina una relación de consumo tiene la particularidad de que la regla que emana de la voluntad de los sujetos —en cuanto causa eficiente—, tiene limitaciones a su autonomía. Estas provienen de normas imperativas y dispositivas de la legislación protectora, que dan a esa relación una coloración específica. Pero esa mayor injerencia no llega a tener el contenido de las relaciones impuestas y nacidas directamente de la ley. En lo que nos interesa, se debe constatar en las relaciones de consumo transfronterizas si existe o no alguna injerencia de preceptos legales imperativos que limiten la reglamentación de la voluntad de los particulares en el negocio jurídico por ellos celebrado. En caso de existir, la reglamentación establecida en la declaración de voluntad será insuficiente para su interpretación, debiendo preguntarnos luego si es contraria a, o debe complementarse con, el orden público¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁶ DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil*, pp. 56 y 74.

¹¹⁷⁷ *Idem*, p. 56.

¹¹⁷⁸ *Idem*, p. 73.

¹¹⁷⁹ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, reimpresión de la edición original, Civitas, Madrid, 2002, p. 35.

En gran medida estos negocios jurídicos serán contratos, pero también están incluidas en el concepto de relación las etapas previas, los supuestos de responsabilidad extracontractual, y cualquier otra situación en las que de modo individual o formando parte de su grupo de interés, el consumidor es afectado por las prácticas del mercado¹¹⁸⁰. En este sentido, las Convenciones y Tratados que sólo se refieren a situaciones contractuales, como el Protocolo de Santa María o el Proyecto de CIDIP VII, resultan insuficientes para abarcar todas las circunstancias en que un consumidor puede requerir la aplicación del régimen protectorio.

Para dar lugar a una relación de consumo, por lo tanto, se requiere la presencia de particulares sujetos, junto con un objeto con especiales calificaciones, o ciertas situaciones ajenas a la tipicidad propia de las puras y simples relaciones patrimoniales. Así, por ejemplo, un contrato de compraventa da lugar a una relación jurídica, pero para que se trate de una relación de consumo, alguno de los sujetos debe revestir la particularidad de ser consumidor; además, el objeto tiene que poseer ciertas características, como su destino final, o ser nuevo (sin usar), o bien construido *ex profeso* para la venta como vivienda (art. 1 LDC).

La relación de consumo amplía el ámbito de protección, excediendo el vínculo contractual, en cuanto a su causa fuente: actos jurídicos unilaterales, hechos jurídicos, prácticas comerciales previas al contrato, hechos ilícitos y declaraciones unilaterales de voluntad. La relación de consumo está “más allá” y “más acá” que el contrato de consumo; en primer lugar porque extiende sus efectos a quien no es contratante; y más acá, porque puede existir aun en ausencia del referido contrato¹¹⁸¹. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, si nos limitáramos a las relaciones nacidas de negocios jurídicos bilaterales, los puntos de contacto generalmente admisibles serían, en primer término, el lugar de cumplimiento, y en algunas ocasiones, el de celebración. Ambos resultarían demasiado rígidos, en perjuicio del consumidor. De todas

¹¹⁸⁰ TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, p. 97.

¹¹⁸¹ Cfr. PITA y MOGGIA DE SAMITIER, “Ley de Defensa del Consumidor”, p. 1098.

maneras hay que estar advertido de los abusos a que podrían conducir la discrecionalidad judicial o administrativa que pretendieran ampliar la relación de consumo transfronteriza; en nuestra materia resultarían, probablemente, en excesos de “forismo”¹¹⁸².

Así y todo, es razonable sostener un criterio amplio, lo que lleva a admitir que la relación de consumo también puede originarse en las llamadas “relaciones contractuales de hecho”, las que no se establecen a través de las normales declaraciones de voluntad requeridas para la formación de un contrato¹¹⁸³. Pese a que se discute la existencia de esta categoría, son obligatorias las prestaciones del tráfico en masa derivadas de un comportamiento que carece de una previa declaración de voluntad. Aún cuando puedan ser englobadas dentro del consentimiento tácito, cabe diferenciarlas, porque suelen ser muy relevantes para dar origen a relaciones de consumo cuando las conductas sociales típicas son fuentes de obligaciones¹¹⁸⁴. Por tanto, también deberemos verificar cuáles de esas conductas o usos habituales del comercio transfronterizo son relevantes para dar origen a una relación de consumo internacional.

También se originan relaciones de consumo en las llamadas responsabilidades precontractuales, como las derivadas de la publicidad a persona indeterminada, contemplada en los arts. 7 y 8 de la LDC, de acuerdo con la tendencia de casi todas las legislaciones protectivas del consumidor¹¹⁸⁵. Pero, si de un determinado aviso publicitario puede

¹¹⁸² Así, por ejemplo, si un producto es elaborado en etapas, en diferentes Estados, no sería razonable acudir a conexiones acumulativas de los derechos de todos los lugares de fabricación aparentemente involucrados, o determinar jurisdicciones concurrentes de todos ellos. La tutela no puede excluir parámetros de razonabilidad, y se deben evitar soluciones exorbitantes y conexiones arbitrarias. MENICOCCHI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, p 1262

¹¹⁸³ Cfr. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil*, p. 134.

¹¹⁸⁴ Cfr. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil*, p. 135. Por nuestra parte, creemos que son relaciones contractuales, aun sin declaración de voluntad por parte del consumidor, los “free trials” o “períodos de prueba” en el contexto digital, asimilables a las “muestras gratis” de bienes muebles consumibles.

¹¹⁸⁵ Por ejemplo, art. 30 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: “Toda información o publicidad, suficientemente precisa transmitida por cualquier forma o medio de comunicación, con relación a productos o servicios ofrecidos o presentados, obli-

surgir un deber general de conducta que implica una relación de consumo y por tanto un potencial derecho subjetivo en beneficio del consumidor en el orden interno, esto no significa de por sí que estemos ante una relación de consumo internacional cuando se trata de acciones de marketing dirigidas al mercado global, por ejemplo a través de una página Web.

Otra fuente de las relaciones de consumo son las obligaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial derivada de hechos ilícitos o culposos, o por el incumplimiento de deberes de conducta, seguridad o custodia. Aquí también es preciso determinar cuáles de las situaciones de hecho son relevantes para que estemos ante una relación de consumo transfronteriza.

En definitiva, la definición de la relación de consumo —o la presencia de un consumidor, en su caso— establecerá el marco objetivo y subjetivo para la aplicación del régimen protectorio internacional. Es preciso delimitar quiénes y en qué situaciones serán protegidos, lo que en el caso de nuestro país —como ya dijimos— está plasmado en los arts. 1 y 2 de la LDC, pero sin que resulte claro si sólo resulta aplicable de modo directo a relaciones locales o también incluye a las transfronterizas.

V. C. RELEVANCIA DE LOS ELEMENTOS EXTRANJEROS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO TRANSFRONTERIZAS

El derecho del consumidor inicialmente abarcó los problemas derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual, y muy especialmente el régimen de la contratación predispuesta, poniendo el acento en el sujeto “consumidor”¹¹⁸⁶. Sin embargo, como ya dije, existe una

ga al proveedor que la hizo transmitir o la utilice, e integra el contrato que resulte ser celebrado”

¹¹⁸⁶ Entre otros, se puede mencionar el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma, 19 de junio de 1980 (80/934/CEE) (Convenio de Roma de 1980, ahora reemplazado por el Reglamento de Roma). En su art. 5 establecía: “Contratos celebrados por los consumidores: 1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a

clara tendencia doctrinaria a preferir el concepto “relación de consumo”. Esto permite una protección más amplia, ya que no sólo se puede reclamar ante el comerciante co-contratante, sino también frente a otros empresarios vinculados con quienes tal vez no tuvo ninguna relación inmediata, como el distribuidor, el importador y el fabricante¹¹⁸⁷.

La relación de consumo procura abarcar —y al mismo tiempo limitar— todos los supuestos en que el sujeto recibe protección. Por el contrario, la referencia a ciertas situaciones particulares —como el contrato—, acota el campo de aplicación del sistema protectorio¹¹⁸⁸. De todas maneras, aún cuando es posible establecer un marco común a partir de la existencia de una relación de consumo transfronteriza, esto no implica que la solución sea unitaria, porque bien podrían establecerse distintos elementos de acuerdo a la especificidad de cada supuesto. Por ejemplo, la Propuesta de CIDIP VII respecto de los consumidores de servicios turísticos, ya mencionados, o las exclusiones que hacen algunas legislaciones de los contratos de transporte o seguros¹¹⁸⁹.

Así, en el limitado ámbito comunitario, la UE ha establecido distintas normativas: la Directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1977, relativa a la protección de los consumido-

una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional.”

¹¹⁸⁷ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 8. Para el régimen español, en el mismo sentido se expresa DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, p. 136. “La primera línea posible era limitar la especial protección de este estatuto a los ciudadanos particulares en la adquisición de los estrictamente denominados bienes de consumo. La ley española ha seguido sin embargo una línea de mayor amplitud”, haciendo referencia a la inclusión de las personas jurídicas, a los bienes y servicios pasibles de integrar el marco de protección y, principalmente, por la consideración del destino final del bien y su exclusión de todo proceso productivo o comercial.

¹¹⁸⁸ Así, por ejemplo, el Reglamento de Roma, o la Conferencia Internacional de La Haya, referida a la ley aplicable a ciertas ventas de consumidores. Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, nro. 66-1. También LORENZETTI, “La relación de consumo”, en LORENZETTI - SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, p. 27. JUNYENT BAS y DEL CERRO, “Aspectos procesales...”, p. 1282.

¹¹⁸⁹ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 31, nro. 66-1. Entre otros, Propuesta de CIDIP VII, art. 5, Reglamento 44/2001, art. 15.3.

res en materia de contratos a distancia; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 mayo 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; la Directiva 87/102/CEE del 22 de diciembre de 1986, orientada a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (Directiva Europea sobre crédito al Consumo), entre otras.

En el caso de las legislaciones nacionales e internacionales que no hacen mención literal de la expresión “relación de consumo”, de todos modos la presuponen¹¹⁹⁰. Suelen referirse a la noción de consumidor sin más, pero como el sujeto se determina en referencia a su actuación contractual, esto implica necesariamente una relación bilateral, definida por los elementos que la componen: consumidor, proveedor y existencia de un vínculo¹¹⁹¹.

Particularmente en nuestro caso, la atribución de competencia de los jueces argentinos, en virtud de supuestas normas de jurisdicción exclusiva o de policía, también requiere primero calificar la relación de consumo, ya sea como contractual, extracontractual o real¹¹⁹². La con-

¹¹⁹⁰ LIMA MARQUES hace notar que la definición de consumidor en algunos casos es “relacional”, en cuanto que participa un profesional en la relación puntual y efímera. Ser consumidor no es una condición personal sino una situación puntual, una relación profesional-lego, y nunca lego-lego, o profesional-profesional. Cfr. LIMA MARQUES, “La insuficiente protección...”, p. 20.

¹¹⁹¹ De no ser así, el concepto de consumidor se identificaría con el de persona física. En el orden interno de los EE.UU., el *Uniform Commercial Code* indica: «§ 2-103. (c) “Consumer” means an individual who buys or contracts to buy goods that, at the time of contracting, are intended by the individual to be used primarily for personal, family, or household purposes». En el orden internacional, Convención de La Haya sobre derecho aplicable a los acuerdos de prórroga, art. 2.1. “This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements – a) to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party; (...)”. Cfr. SCHÖTZ, “El consumidor en Internet”, en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, pp. 457-460.

¹¹⁹² Cfr. SOTO, “El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado”, p. 390. JUNYENT BAS y DEL CERRO, “Aspectos procesales...”, p. 1281.

ceptualización será *rationae materiae*, lo que implica para el juez considerar los supuestos del caso, una vez que reciba el reclamo. En un segundo momento, determinará o no su competencia.

Si en determinado conflicto estamos ante una relación de consumo, esto podría habilitar al consumidor a accionar ante los tribunales de su propio domicilio y a ser protegido por normas imperativas de su derecho domiciliario. Pero si el caso es transfronterizo, el sistema no tiene prevista una solución normativa específica. El ámbito de aplicación espacial de la LDC no ha sido establecido explícitamente en la misma ley, ni conocemos que hasta ahora se haya expedido ningún tribunal argentino, ni en sede judicial ni administrativa. Si bien la LDC no discrimina su ámbito de aplicación ante contratos celebrados sólo con proveedores o comerciantes o fabricantes locales y los extranjeros, ya que no distingue entre ellos, esto no habilita la nacionalización del caso. Determinar que aún cuando el caso sea multinacional, el régimen protectorio será de plena aplicación debido a que la ley no discrimina entre casos nacionales y multinacionales, puede resultar al menos apresurado¹¹⁹³.

Antes que nada, entonces, se debe establecer cuándo hay relación de consumo, prestando atención a sus elementos internacionales, y dentro de éstos cuáles son relevantes para aplicar un régimen de Derecho Internacional Privado, incluyendo las normas de jurisdicción internacional. Así lo prevé, entre otros, el Protocolo de Santa María, que a su vez es tomado como modelo en la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII, elaborada por el Prof. Eduardo TELLECHEA BERGMAN¹¹⁹⁴.

Por eso en este trabajo sería insuficiente considerar los supuestos normativos de la legislación nacional, sino que interesa saber si esa cali-

¹¹⁹³ BOGGIANO considera que las normas imperativas de la residencia habitual del consumidor establecen un mínimo estándar de protección, pero no indica cuáles de esas normas imperativas serán aplicables a casos internacionales. Cfr. BOGGIANO, "International Standard Contracts...", p. 56. En el mismo sentido se expresan POCAR, "La Protección...", p. 362, y NAJURIETA, "Conflicto de jurisdicciones en casos que involucran a consumidores", RDCO, Vol. 141, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 207 y ss.

¹¹⁹⁴ Esta propuesta define, a lo largo de su Capítulo I, "consumidor", "proveedor", "relación de consumo", "producto" (pero no servicio), "domicilio" e "internacionalidad" de la relación (a efectos de la aplicabilidad de la Convención).

ficación será admitida por otros sistemas jurídicos, ya que la nacionalización del caso no significa la eficacia de la solución a que se arribe. Habrá que intentar a una calificación comparatista, ya sea mediante la verificación empírica de cierta uniformidad en todas las legislaciones, o bien a partir de la construcción de una calificación autárquica, que tenga chances de ser globalmente admitida.

No basta la presencia de algún elemento extranjero en una relación de consumo para determinar la aplicación de un régimen propio del Derecho Internacional Privado, sino que además es necesario verificar cuáles de estos elementos son relevantes o qué combinación de ellos en una relación jurídica pueden establecer la internacionalidad de la relación de consumo¹¹⁹⁵. La internacionalidad podrá estar dada, por ejemplo, por el domicilio de las partes, o el lugar de situación de los bienes, o donde se realiza la prestación o se emite la publicidad o se celebra el contrato¹¹⁹⁶.

Como indica Alicia PERUGINI, “puede estimarse que el caso es nacional cuando el consumidor y el proveedor-productor tienen su domicilio o sede y desarrollan sus actividades enteramente en el ámbito de un solo país. Asimismo, servicios y productos se prestan y provienen de un mismo Estado”¹¹⁹⁷. En esos supuestos los regímenes locales determinan las soluciones —más o menos apropiadas— a los conflictos.

Pero ya sabemos que no siempre será tan sencillo, ya que aún tratándose de un caso aparentemente nacional, la cosa objeto de la prestación puede ser de fabricación extranjera, o el lugar de entrega o de prestación del servicio técnico estar ubicado fuera del territorio nacional, entre otros muchos supuestos. Por tanto hay que determinar cuáles son los elementos de extranjería de esa relación de consumo que determi-

¹¹⁹⁵ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 29

¹¹⁹⁶ Son los elementos considerados por el Protocolo de Santa María, art. 2. Cfr. VEIRAS PAZ, “Consideraciones preliminares...”, p. 8. Se aplica la tradicional distinción de los elementos extranjeros: personales, reales o conductistas. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, nro. 4.

¹¹⁹⁷ PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 29.

nan la aplicación de un régimen jurídico internacionalista protectorio y particular.

En el orden económico internacional todos estos elementos merecen ser revisados antes aplicar sin más un régimen territorialista. Así ha sucedido en otro tipo de relaciones jurídicas, donde la característica de la internacionalidad en un negocio típico ha recibido un tratamiento diferenciado. Así, la compraventa en operaciones de comercio exterior es susceptible de ser reglamentada mediante la llamada *lex mercatoria*, lo que no ocurre si se trata de una relación de consumo. Como ya hemos visto, sería criticable mantener la amplia autonomía de la voluntad de que en otro caso gozarían las partes, así como la libertad de elección de los tribunales competentes.

Existe también una dificultad real para distinguir algunos casos límites, donde puede resultar dudoso que cierto contrato caiga en la órbita de los contratos de consumo o en el régimen general. Sin negar el desafío que significa establecer con claridad las características distintivas, esto no constituye un argumento decisivo para soslayar las diferencias y establecer un régimen único. Plantear una política regulatoria sobre los casos límites no es una buena técnica legislativa. Pautas lo suficientemente claras son una buena razón para establecer dos regímenes separados, como hacen los Principios UNIDROIT, por una parte, y descartan los Principios europeos de los contratos, por la otra. De todos modos, esto no es definitivo para abogar por la unidad o fragmentación del sistema internacional de las relaciones de consumo transfronterizas, porque la divisoria también puede servir para establecer las excepciones propias de un régimen protectorio dentro de un sistema general¹¹⁹⁸.

V. D. EL CONSUMIDOR EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

El primer sujeto que conforma la relación de consumo es el consumidor, y es en virtud de su existencia que tiene razón de ser el régimen

¹¹⁹⁸ Cfr. WILHELMSSON, "International *Lex mercatoria*...", p. 145.

protectorio establecido en su favor¹¹⁹⁹. La categoría de consumidor hace referencia como mínimo a una persona física, sin perjuicio de los ordenamientos jurídicos que asignan esta condición a ciertos grupos sociales propios de las relaciones familiares, sociales o de convivencia, y en algunos casos inclusive a las personas jurídicas¹²⁰⁰.

De allí que resulta preciso definir esa categoría en las relaciones transfronterizas, de manera de brindar seguridad jurídica a quienes contratan con ese grupo en el comercio internacional, que no deben sorprenderse por la aplicación arbitraria del marco protectorio diseñado, siendo obligados a presentarse ante tribunales no previstos en esa esfera de actividad¹²⁰¹. La coherencia valorativa de la protección del consumidor, como manifestación de la tendencia generalizadora de la justicia —tratar a todos por igual—, evita la arbitrariedad propia de particulares valoraciones inconexas¹²⁰². Esa misma coherencia valorativa requiere la consolidación de otro valor: la seguridad jurídica. Esta

¹¹⁹⁹ Como indiqué anteriormente en referencia al orden interno, primero tuvo lugar la percepción de la disparidad entre el consumidor y el proveedor; las primeras resoluciones judiciales tomaron nota de esta realidad; posteriormente llegaron los embrionarios regímenes jurídicos nacionales nacidos como consecuencia de esta percepción; finalmente, se desarrolló el sistema protectorio, como concreción de los principios generales de igualdad y de protección de la parte débil. Cfr. ANAYA, Jaime Luis, "Meditaciones sobre los derechos del consumidor", ED 177-230.

¹²⁰⁰ La legislación nacional, luego de la reforma de la LDC mediante la Ley 26.361 del 7/04/2008, adopta un criterio amplio, que incluye a quienes sin ser parte de una relación de consumo desde el punto de vista contractual, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quienes están expuestos a una relación de consumo.

¹²⁰¹ En la UE, las distintas Directivas que se refieren al consumidor, no son coincidentes en las calificaciones utilizadas, siendo algunas finalistas, otras atendiendo a la materialidad del acto de consumir, otras en relación a la posición en el contrato, y también en referencia a la situación de desequilibrio. Cfr. ALL y DREYZIN DE KLOR, "Consideraciones generales sobre el art. 1...", pp. 7-11.

¹²⁰² La seguridad jurídica puede ser entendida como: a) cognoscibilidad y previsibilidad del derecho; b) como estabilidad y continuidad de la legislación y la jurisprudencia; c) simplemente como practicabilidad de la aplicación del derecho. En todos los casos la 'seguridad jurídica', como valor, hace referencia al sistema como derecho ordenado y dominado por pocos principios abarcables y requiere de un derecho orientado al sistema. Cfr. CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, pp. 24-26.

puede entenderse como la previsibilidad que produce el orden de los repartos, en cuanto contrario a la anarquía¹²⁰³.

Al mismo tiempo, los protegidos saben que en su favor existen reglas que suplen imperativamente las conductas de quienes predominan en el mercado, por mayor experiencia, conocimiento de las condiciones de negociación y situaciones de posición económica más fuerte. Los principios que determinan este status son requeridos por el Derecho Internacional Privado. Debería, entonces, obtenerse una categoría diferenciada de consumidor en el comercio internacional que habilite la aplicación de un régimen de excepción.

Así, el concepto de consumidor que utiliza el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es el mismo que utilizan cada uno de los Estados Miembros. En el caso de la UE, el consumidor es visto como capaz de analizar críticamente la información, por lo tanto lo esencial del sistema, para esta concepción, es la transparencia informativa. Prevalence la imagen de un consumidor preparado que tiene capacidad para decidir en su propio interés y como tomador de riesgo; los requerimientos para la publicidad y el etiquetado, así como la caracterización del concepto de prácticas engañosas no serán iguales que si se considera al consumidor como un sujeto pasivo, automatizado y acrítico, que no lee las prescripciones. En este último sentido se orienta la legislación de los países nórdicos o de Alemania¹²⁰⁴.

El concepto de consumidor está ligado al acto de consumo: la causa fin del acto celebrado por el consumidor, quien consume para sí o para su grupo familiar o social¹²⁰⁵. El derecho europeo, por su parte, se atiene

¹²⁰³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Justicia y Verdad*, p. 515 y ss.

¹²⁰⁴ Estas diferentes concepciones, en el orden comunitario o en el interno, son manifestación de distintas culturas, y tendrán incidencia sobre, por ejemplo, el rol de las asociaciones de consumidores o de las oficinas públicas de protección: en el orden interno deberán necesariamente ser mucho más activas. HOWELLS, "European Consumer Law...", pp. 73-80.

¹²⁰⁵ Así, por ejemplo, el art. 2 de la Convención de La Haya de ventas a los consumidores: "A los efectos de esta Convención, una persona que compra mercaderías principalmente para su uso personal, familiar o doméstico, será referida en adelante como consumidor".

a la actuación no profesional de la persona física y, a partir de esa conceptualización negativa, se prescinde de la comprobación del consumo final¹²⁰⁶. Otra importante limitación del derecho europeo viene dada por la distinción entre consumidor ‘activo’ y ‘pasivo’. Estos últimos son los atacados por la ofensiva publicitaria y contractual del empresario. La protección está prevista para la última, no así para el activo, que es quien se traslada o toma cualquier otra iniciativa frente a la contratación¹²⁰⁷. Se puede ver con claridad la importancia que tiene la calificación para delimitar el marco protectorio.

Esta calificación, ¿corresponde a la *lex civilis fori* o *lex civilis causae*? A los fines de la jurisdicción, el juez que sea requerido utilizará la propia. De acuerdo a la LDC, interesa la calificación de la relación de consumo y el consumidor sólo en cuanto uno de los elementos de esa relación. Parecería ser un criterio restrictivo.

Pero cabe una postura más amplia, si hacemos incidir el *in dubio pro consumptore* al momento analizar los supuestos que hacen lugar a la apertura de la jurisdicción. El hecho jurídico de consumir podría entonces ser lo definitorio de la categoría, permitiendo la suficiente amplitud para la aplicación del régimen protectorio y hacer lugar a la jurisdicción¹²⁰⁸. Es lo que indica la Propuesta de CIDIP VII, al permitir la aplicación de la Convención si el derecho conectado con el caso definiera al

¹²⁰⁶ Cfr. PITA y MOGGIA DE SAMITIER, “Ley de Defensa del Consumidor”, p. 1099.

¹²⁰⁷ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Contratos con ‘parte débil’, en FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 1029. La cuestión fue igualmente considerada en la Convención de La Haya sobre ventas a consumidores, art. 5, en términos casi idénticos a los de la Convención de Roma de 1980. Cfr. VON MEHREN, “La Conferencia de La Haya...”, pp. 50-51. En el marco de la Propuesta de CIDIP VII se establece un marco diferenciado para el derecho aplicable, si el consumidor contrató en su domicilio (en cuanto lugar de celebración) o si se trasladó para consumir, típico caso del turista. En ambos casos se los denomina consumidores activos y pasivos. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, p. 184

¹²⁰⁸ Cfr. LIMA MARQUES, “Las teorías...”, p. 8. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, p. 95.

consumidor de modo más amplio y esto fuere favorable a los intereses del consumidor¹²⁰⁹.

Hay casos de calificaciones autárquicas, en que la norma jusprivatista internacional califica al consumidor: el aún no vigente Protocolo de Santa María, el Protocolo de Buenos Aires, la Convención de Viena de 1980, entre otras. En todos por lo general se hace referencia a la finalidad: hay un propósito ajeno a la actividad profesional. En las normas relativas al comercio internacional, no se trata sólo de excluir un conjunto de relaciones en virtud de facilitar la aplicación de un sistema imperativo, sino también proteger a los mismos comerciantes. Si el proveedor habitualmente, por el giro de sus negocios, no está limitado por el régimen protectorio, la sorpresiva aplicación le causará perjuicios, siempre que haya actuado de buena fe.

Sin embargo, al momento de resolverse el fondo de la cuestión, el juez deberá remitirse a la *lex civilis causae*, a fin de determinar si corresponde o no aplicar el régimen protectorio o uno de derecho común. Si debiera aplicarse derecho extranjero, y allí fuera suficiente advertir la presencia de un consumidor para aplicar el régimen protectorio, no hará falta indagar en la relación de consumo. La teoría del uso jurídico indicará cuál será la amplitud del régimen protectorio en el país del juez cuya sentencia habrá que imitar: a quiénes alcanza, circunstancias, etc. Ese resultado es el que debe ser tenido en cuenta por el juez del foro, una vez abierta la causa.

Otra posibilidad es que la norma jusprivatista internacional remita al derecho declarado aplicable, para que este último califique al consumidor¹²¹⁰. La tutela puede estar dada a favor de los sujetos cuya residen-

¹²⁰⁹ Propuesta de CIDIP VII, Art. 1, párr. 3. "(Extensión excepcional) Si el derecho indicado como aplicable por esta Convención u otro derecho estrechamente conectado con el caso definiese de forma más amplia quien debe ser considerado consumidor o equiparase a otros agentes como consumidores, el juez competente podrá tener en cuenta esta extensión del ámbito de aplicación de la Convención, si fuese más favorable a los intereses del consumidor".

¹²¹⁰ Es un modo de calificar *lex causae*. Cfr. MENICOCCHI, "Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...", p. 1252. Este autor trae a colación el ejemplo de la derogada legislación austríaca, para la cual era consumidor sujeto a un régimen protectorio aquel que lo sea

cia habitual concede una protección específica en función de su calidad de consumidor. Entonces, la ley de la residencia calificará al consumidor, y así el derecho que califica es el que regula. En conclusión, un extranjero debería reclamar de acuerdo a lo que establece su residencia habitual.

Vale la pena aclarar que siempre se deberá considerar la “movilidad”, tanto del consumidor como del proveedor, de donde surge la distinción entre consumidores activos y pasivos. No será indiferente en orden a la localización el hecho de que el proveedor se dirija al domicilio del consumidor mediante publicidad u otro acto tendiente a la celebración y cumplimiento del acto de consumo, o bien que el consumidor se traslade al domicilio del proveedor, para allí celebrar el contrato o recibir las prestaciones. Esta localización deberá ser contemplada en la calificación, como lo prevé, por ejemplo, el Protocolo de Santa María¹²¹¹. También es tenida en cuenta por el Proyecto uruguayo de Ley general de Derecho Internacional Privado, en su art. 49.2, por el cual los contratos que se celebren y cumplan en la República, se regirán por las leyes uruguayas, siendo competentes los propios tribunales¹²¹².

de acuerdo a su residencia habitual, y no ya el del lugar donde reclama protección. Si bien MENICOCCI promueve una calificación de consumidor *lex causae*, considero que esta opción podría ser adecuada en cuanto se refiere a la protección sustancial, pero no resulta útil a los efectos de la asignación de jurisdicción, que seguirá requiriendo una calificación *lex fori*.

¹²¹¹ Protocolo de Santa María, art. I.1.c) “[...] Esta disposición se aplicará siempre que la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado, en ese Estado, los actos necesarios para la conclusión del contrato”. De todos modos, como indica LIMA MARQUES, hoy día, mediante la utilización de los medios de comunicación, tanto el consumidor como el proveedor pueden ser “activos” sin moverse de su casa. LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...”, pp. 262-263.

¹²¹² La proyectada norma uruguaya tiene importancia para un país que recibe turistas de modo habitual. Si los comerciantes estuvieran expuestos a que los visitantes los pudieran demandar en el domicilio del consumidor, sería una fuente de inseguridad permanente. Esta norma se complementa con el art. 55 d), que establece la jurisdicción uruguaya (aparentemente exclusiva) si el contrato de consumo se celebró en Uruguay, y el cumplimiento se produjo o debió producirse en la República.

V. D. 1. La calificación legal del derecho interno

El art. 1 de la LDC establece que es consumidor o usuario toda persona física o jurídica que “que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. La calificación del individuo consumidor responde a tres elementos: a) se trata de toda persona física o jurídica; b) que adquiere o utiliza productos o servicios; c) en la que el sujeto es destinatario final.

El último aspecto permite separar el acto de consumo de los supuestos referidos a la intermediación industrial o comercial. La faz negativa de este requisito facilita la interpretación en los casos ambiguos, ya que se trata de que la relación jurídica no pertenezca a la actividad comercial o profesional del sujeto, sin importar que en el caso concreto se trate de un acto aislado o habitual¹²¹³. Veremos cómo esta característica se complementa con la definición de “proveedor”, quien en la relación tendrá como rasgo distintivo el modo de vida o la profesionalidad de su actividad. En definitiva, a los efectos de la aplicación de la LDC, la noción de consumidor es siempre relacional; se es consumidor porque hay un proveedor-profesional, y se es proveedor en la medida que se le provea a un consumidor. De allí que si el presunto consumidor contrata con otro consumidor, no hay relación de consumo en los términos de la ley; y viceversa, si quien es un presunto proveedor en definitiva está contratando con otro comerciante en el marco de una relación comercial.

La ley sustantiva argentina referida constituye la calificación *lex fori*. Considero que, principalmente, sólo será útil para supuestos con contacto jurisdiccional local, pero no si la relación más estrecha del caso con el foro corresponde a otro país, ya que interesa si el sujeto es efecti-

¹²¹³ Considero que la redacción original del segundo párrafo del art. 2 de la LDC, que indicaba quienes no debían ser considerados consumidores, era más clara a los fines de solucionar los casos mixtos. La norma derogada decía “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

vamente consumidor en el Estado donde consume. Esa calificación *lex fori* no es exportable, como tampoco la de “relación de consumo” o su naturaleza precontractual, contractual, extracontractual o real. Esto a salvo de situaciones inicuas, que den lugar al ejercicio del orden público internacional¹²¹⁴.

A los fines de de la jurisdicción, la calificación *lex fori* permite el acceso a la justicia, y será suficiente para la apertura de la causa. El problema se presentará si, al aplicar el derecho extranjero, ese consumidor “argentino”, puede no serlo de acuerdo al derecho aplicable, o no existir relación de consumo. Si la calificación fuera según *lex causae*, el derecho definidor y el reglamentario se identifican, obviándose posteriores dificultades, al armonizarse la categoría¹²¹⁵.

La calificación *lex civilis fori* puede traer aparejada algunas complicaciones. El carácter de cosa mueble o inmueble estará subordinada a la *lex rei sitae*, útil para los contratos relativos a la adquisición de inmuebles, o los contratos de tiempo compartido. En el caso de aplicarse la ley argentina, estará sujeto al derecho protectorio, pero en el país de ubicación del inmueble puede ser un derecho real no afectado por la legislación proteccionista. Lo mismo para los profesionales liberales, que no revistan en la categoría de proveedores. Se requiere calificar el título universitario y la necesidad o no de matriculación, ya que la excepción es para aquellos servicios brindados por profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales públicos¹²¹⁶.

En algunos supuestos el objeto mismo de la transacción indicará de modo indubitable un uso final, ya sea porque la cosa tiene ese destino por naturaleza o porque se trata de un servicio de características personales. En los casos más dudosos, la observación deberá distinguir entre la actividad profesional habitual y un acto impropio de esa actividad por

¹²¹⁴ Cfr. MENICOCCHI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, p. 1254.

¹²¹⁵ De modo general, para el problema de las calificaciones, cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, parágrafos 98 a 110.

¹²¹⁶ *Idem*, p. 1253. También PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 32.

parte del sujeto potencialmente consumidor. Así, un comerciante textil puede comprar prendas para uso personal. La calidad de consumidor se desprenderá, por ejemplo, del tipo de efectos adquiridos, en caso de que sean diferentes a los comercializados habitualmente por él, o por el lugar de la adquisición, por la posibilidad de interpretar que no está aprovisionando su propio comercio, etc.

La cantidad de efectos comparados no sería suficiente por sí misma para determinar o no la calidad de consumidor, ya que nada impide que un negociante se aprovisione de una unidad por vez, si fuera compatible con el tipo de actividad. Por el contrario, si el mismo comerciante textil viaja al exterior para comprar prendas como muestras, de a una por vez y en distintos comercios extranjeros, sería un supuesto de actuación profesional.

Un aspecto importante, y que tendrá decisiva influencia en el establecimiento del marco protectorio, es la distinción entre consumidores activos y pasivos. El ámbito de la protección está dado por el lugar donde consumió: quién consume en otro estado no puede esperar la tutela de su derecho nacional, sino que corresponderá aplicar el derecho del mercado en el que actúe. De allí que la mayoría de los sistemas, en cuanto al alcance de la tutela, prevén la del consumidor pasivo, que es quién recibe una oferta, o es sujeto de actividades publicitarias, etc.¹²¹⁷. En este

¹²¹⁷ Esto es lo previsto en el Art. 15 del Reglamento 44/2001: "(...) cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades". El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, en su art. 79, contiene términos muy similares al Convenio de Roma de 1980. El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, en su art. 55.d), considera consumidores pasivos a aquellos que celebraron el contrato en su domicilio o bien allí se cumplió o debió cumplirse la prestación. Por su parte, el Protocolo de Santa María, en su art. 1.c) indica como definitorio del consumidor pasivo que "la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado, en ese Estado, los actos necesarios para la conclusión del contrato". Finalmente, la Propuesta de CIDIP VII, arts. 6 y 3, determinan que es consumidor pasivo aquel que contrata en su domicilio, presumiéndose que se trata del lugar de celebración, inclusive en los contratos *on line*. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 220 y ss.

sentido el art. 15 del Reglamento 44/2001, el proyecto argentino de Código de Derecho Internacional Privado, o el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado para el caso de la jurisdicción, si en Uruguay es el lugar de cumplimiento o de celebración.

Creo sin embargo que el derecho interno nos puede brindar una calificación adicional a la LDC, en los casos de consumidores que contratan la compra de bienes. La Convención de Viena de 1980 sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías es parte del derecho interno y por tanto de aplicación obligatoria por los magistrados. En el art. 2 establece que se excluye el ámbito de aplicación material cuando se trate de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico. Ahora bien: esta calificación está pensada para excluir las relaciones de consumo; por tanto no resultarán aplicables las disposiciones materiales de la Convención y sí el derecho tuitivo. Es decir que si es mercadería para uso personal familiar o doméstico, estamos fuera del derecho del comercio internacional y dentro del Derecho Internacional Privado del consumo. Lo que resulta patente es que esta calificación no es útil para todo un sistema protectorio, y menos para la determinación de la jurisdicción competente, si esta es considerada extraordinaria. No podríamos apelar a la analogía de esta calificación, ya que los fundamentos son bien diferentes. Así y todo, pese al reducido ámbito de aplicación, no habrá que olvidar esta noción de consumidor que brinda la Convención de Viena, cuando estemos ante la situación que pretende regular, o mejor dicho, excluir de su regulación¹²¹⁸.

V. D. 2. La nacionalidad, domicilio y residencia del consumidor internacional y el ámbito de aplicación de la LDC

En Argentina, A los fines de determinar si un sujeto es merecedor de la protección prevista en la LDC, no resulta relevante *prima facie* su

¹²¹⁸ Se trata de un caso inverso al *in dubio pro consumptore*, ya que si el comerciante no sabía ni debía saber que contrataba con un consumidor, se verá beneficiado por la aprobación de la Convención, y la relación no caerá bajo el régimen tuitivo del derecho interno con vocación para regular el caso.

nacionalidad, ya que la discriminación entre habitantes nacionales y extranjeros está vedada de modo general por el art. 16 de la CN y por los tratados internacionales de derechos humanos¹²¹⁹. Esto ha sido reconocido de modo expreso por el art. 8 bis de la LDC, introducido por la Ley 26.361:

“Los proveedores [...] No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas”.

En el orden interno, el lugar de celebración o de cumplimiento será coincidente con el domicilio o residencia habitual del consumidor. Por el contrario, en las relaciones de consumo transfronterizas esto no será así en muchos de los supuestos. En cuanto a la residencia habitual del sujeto activo de la relación de consumo, ni la LDC ni la CN en su art. 42 hacen distinciones, sino que simplemente se refieren a “consumidor”. Y como consumir es una noción universal propia de la condición de persona, las exclusiones en razón del domicilio o residencia habitual no se justifican si la relación de consumo está localizada en Argentina. De todos modos, para resolver el problema de si un consumidor domiciliado o con residencia habitual en el extranjero puede recibir protección en el

¹²¹⁹ Estamos ante un principio universal de la comunidad internacional. Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. También el Art. 1º del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889: “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicables en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeros las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate”. Eduardo TELLECHEA BERGMAN, al hablar de la condición procesal del foráneo, recuerda la postura del representante argentino en el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, Dr. Manuel QUINTANA. “Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos los derechos civiles, ¿qué derechos civiles serían esos que cualquiera podría violar impunemente? La administración no es una prerrogativa del soberano ni un privilegio del nacional: es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo”. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Condición procesal y asistencia judicial internacional”, en KLEINHEISTERKAMP y LORENZO IDIARTE, *Avances del Derecho Internacional Privado...*, p. 521.

país, será necesario que algún otro elemento de la relación de consumo tenga contacto local¹²²⁰.

La localización de la relación puede estar determinada por otros elementos, como el lugar de celebración, o el lugar de entrega, o donde se produzca el daño. Por lo tanto la LDC protegerá a un extranjero transeúnte en nuestro territorio, que celebró el contrato aquí, aunque alguna de las prestaciones deba ejecutarse fuera del territorio nacional, si el responsable del cumplimiento es un proveedor con domicilio en Argentina. Por el contrario, no parece razonable aplicar el régimen de la LDC a un contrato celebrado en una jurisdicción extranjera por un consumidor argentino transeúnte, y cuyas prestaciones no tuvieran ninguna conexión con nuestro país. La mera residencia habitual del consumidor en Argentina no sería suficiente para habilitar la aplicación de la LDC o bien abrir la jurisdicción local.

La razón de esto radica en dos principios que se conjugan armónicamente: a) la LDC es una norma de orden público interno, que no puede ser “exportada” hacia otras jurisdicciones que tienen sus propias normas de orden público protectorio; y b) las normas de orden público no están destinadas a proteger a ciudadanos de un país, sino que implican una valoración positiva de principios fundamentales del ordenamiento, sin importar la residencia o nacionalidad de los involucrados. Esto no significa que el derecho aplicable al contrato deba ser exclusivamente el nacional, pero sí que los aspectos protectorios de la LDC — en cuanto garantía constitucional del consumidor— prevalecerán sobre normas privadas o extranjeras.

¹²²⁰ Distinto es el caso de la protección de los consumidores en una economía integrada, como la UE, donde, en principio, existe un régimen protectorio propio del espacio comunitario aplicable a sus residentes, pero no necesariamente a los consumidores extranjeros. Así, la normativa de derecho internacional privado interna española, la LOPJ art. 22.4, determina que los jueces españoles serán competentes si la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato.

Debido a que la nacionalidad o domicilio del consumidor no son de por sí determinantes del ámbito de aplicación, queda pasar revista luego a otros elementos de la relación de consumo.

V. D. 3. El “uso personal” como actividad típica desplegada por el sujeto consumidor

Si bien la nacionalidad o el domicilio del sujeto consumidor no determinan por sí mismas la internacionalidad de la relación, la actividad que éste desarrolla merece otras consideraciones. Si el fin del acto es el uso personal, familiar o doméstico, o un uso final fuera de toda actividad productiva, ese acto podrá ser un elemento de una relación de consumo. A esto habrá que agregar la particular internacionalidad del objeto o del vínculo propio de la relación, dando lugar al elemento de extranjería que tipifique la relación de consumo transfronterizo.

a) El régimen de la Unión Europea

En la UE la calificación del “uso final” ha recibido especial tratamiento, vinculado a la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 o a la Convención de Roma de 1980. Desde un principio la interpretación de esta expresión resultó conflictiva¹²²¹. DICEY y MORRIS citan los casos de la

¹²²¹ De acuerdo a MORSE —al referirse a la interpretación que debería darse al término consumidor en la Convención de Roma sobre derecho aplicable a la obligaciones contractuales—, en caso de conflicto, se debe atender a la finalidad del artículo, que es proteger a la parte débil. Cfr. MORSE, “Consumer Contracts...”, pp. 3-5. En igual sentido, AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union”, (2003) *Oxford U Comparative L Forum 1*, disponible en www.ouclf.iuscomp.org. Última visualización 11/05/2009. Para esta autora, el Reglamento 44/2001, en cuanto a la definición de consumidor, no se diferencia del Convenio de Bruselas de 1968, con lo cual la jurisprudencia e informes que se elaboraran para esta, serán aplicables a la nueva regulación. Citando al reporte de GIULIANO y LAGARDE referido de la Convención de Roma, el ámbito de aplicación debe ser el mismo que se pretende para el Convenio de Bruselas. Ver también ALL y DREYZIN DE KLOR, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 1...” p. 4.

Corte Europea que precisan los límites del contrato de consumo¹²²². Si un médico o un abogado compran como parte de su negocio o profesión, no estamos ante un contrato de consumo. ¿Pero qué sucede cuando una parte es para consumo y otra para el ejercicio de la profesión? Sólo será un contrato de consumo si principalmente no pertenece del ejercicio de la profesión. Por ejemplo, si la computadora no está en la casa sino en la oficina, será un contrato entre profesionales, y viceversa. Y, si un agricultor compra tejas, parte para su casa y parte para su depósito, manifestando su profesión al comerciante, el contrato será comercial. Queda claro que el privilegio jurisdiccional sólo existe a favor de los compradores privados, no comprometidos por la compra de productos adquiridos a plazos en actividades comerciales o profesionales.

Posteriormente, se especificó esta doctrina en el caso Benincasa, donde se resolvió que no resulta consumidor quien celebró un contrato de compraventa de efectos a plazo para un uso relacionado con una actividad profesional ya ejercida; pero tampoco lo es si trata de un uso relacionado con una actividad profesional que debía iniciarse en el futuro (en este caso, un acuerdo de franquicia para la apertura de un establecimiento comercial propio)¹²²³. Más en concreto, “para determinar si una

¹²²² Cfr. DICEY, MORRIS y COLLINS, *The Conflict of Laws*, nota 12 en p. 1636. En el mismo sentido AÑOVEROS TERRADAS, “Restrictions on Jurisdiction Clauses...”. Los casos son: Asunto C 150/77 *Société Bertrand v Paul Ott KG* [1978] ECR 1431; Asunto C-89/91 *Shearson Lehman Hutton v TVB* [1993] ECR I-139; Asunto C-269/95 *Benincasa v Dentalkit Srl* [1997] ECR I-3767. El caso Benincasa también fue publicado en LL 1998-C, p. 519.

¹²²³ Cfr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, Rec. I-3767, también publicado en LL 1998-C-519, con comentario de RIVERA, Julio César, “Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo”, LL 1998-C, pp. 518-522. Se trataba de un contrato de franquicia celebrado en Florencia entre una empresa italiana (Dentalkit) y un ciudadano italiano, a fin de explotar un comercio franquiciado en München. Benincasa pagó el *fee* inicial y recibió mercadería, sin pagar estas últimas. Reclama ante los tribunales alemanes por nulidad de contrato, el que incluía una cláusula atributiva de competencia de los tribunales de Florencia. El núcleo de la argumentación era que la nulidad del contrato implicaba la de la cláusula de jurisdicción. Además, si el contrato era nulo, Benincasa nunca contrató como comerciante, permaneciendo en su calidad de consumidor, al no haberse iniciado las actividades propias de la franquicia. En estas condiciones, el demandante consideró que el Convenio de Bruselas, en sus arts. 13 y 14, lo habilitaba

persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. [...] una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras”¹²²⁴.

A tal fin se suele distinguir entre: a) integración inmediata; b) integración mediata; c) integración parcial; d) no es integrado al proceso productivo¹²²⁵. El primer supuesto prevé que los bienes o servicios sean destinados exclusivamente al proceso productivo, ya sea que sean comercializados o utilizados como insumos; parece claro que no estamos ante una relación de consumo. La segunda posibilidad, implica que el bien o servicio termina su recorrido económico en la entidad, pero de todos modos su utilización es parte de la actividad corriente. Así, el software, no se incorpora al producto pero claramente se vincula al servicio prestado¹²²⁶. Son supuestos ajenos al sistema protectorio. Los tercero y cuarto casos, en cuanto lo adquirido se utiliza tanto para fines comerciales como particulares, o exclusivos fines personales, ya han sido tratados. Queda claro, entonces, que el límite de la relación de consumo es la finalidad empresaria o profesional¹²²⁷.

a iniciar las acciones en su domicilio de München, por tratarse de una compraventa que no implicaba un uso comercial. El Tribunal rechazó esta presentación.

¹²²⁴ Caso Benincasa, citado, parágrafo 16.

¹²²⁵ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 92.

¹²²⁶ Es lo resuelto en la jurisprudencia argentina, en un caso de provisión de software a una entidad educativa. C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1^a, 08/05/2008, Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester v. Ditada, Nicolás M. y otro, publicado en Lexis N^o 70046380, 12/ 08/ 2008.

¹²²⁷ En Brasil los tribunales determinaron que es válida la cláusula de prórroga inserta en un contrato de importación de equipamiento médico. También se consideró oportuno homologar una sentencia extranjera, declarando válida la cláusula de sometimiento a tribunales extranjeros, si el caso se refería a la importación de materias primas. En ambos asuntos, además de las referencias al objeto del contrato, los demandantes eran personas jurídicas, y por tanto se desechó la aplicación del CDC. Citados por LIMA MARQUES “O novo direito internacional privado...”, p. 293.

El criterio europeo entonces parecería ser que si una persona celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional, actual o futura, no puede, en principio, ampararse en las disposiciones protectoras de los consumidores¹²²⁸. El destino sólo parcialmente privado indica que el contratante no necesita el beneficio procesal de la jurisdicción internacional. Por el contrario, si el vínculo con la actividad profesional fuera marginal e insignificante, en ese caso podría considerarse un consumidor; la prueba en contrario corresponde a quién reclama la protección¹²²⁹. En resumidas cuentas, la calificación será restrictiva.

En cuanto al criterio para determinar la calidad de consumidor en relación a la actividad desarrollada, el Tribunal de la Comunidad Europea resolvió que, para garantizar la aplicación uniforme del Convenio de Bruselas en todos los Estados contratantes, los conceptos utilizados por éste deben interpretarse de forma autónoma, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos perseguidos por el Convenio. Estos criterios pueden tener un contenido diferente según el Derecho interno de los Estados contratantes. Así debe ser, en particular, en lo que atañe al concepto de “consumidor”, en el sentido de los artículos 13 y siguientes del Convenio, puesto que preside las reglas de determinación de la competencia judicial¹²³⁰.

b) La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

En otro plano normativo, la Convención de Viena de 1980 sigue el mismo criterio y excluye formalmente de su aplicación las ventas a con-

¹²²⁸ Cfr. ALL y DREYZIN DE KLOR, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 1...”, pp. 4-7.

¹²²⁹ STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/2001 «*Johann Gruber v. Bay Wa AG*», caso citado por HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, “La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, *Estudios sobre Consumo* 79 (2006) (Monográfico), pp. 17-34, en p. 22.

¹²³⁰ Asunto Shearson Lehman Hutton, C-89/91, Rec. p. I-139, apartado 13).

sumidores que de acuerdo a su art. 2 considera extrañas a su ámbito de aplicación. Estas son las compraventas de mercaderías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico. Se ha interpretado que se trata de compraventas sin fines comerciales, sin intención de revender; no importa el carácter civil o comercial de las partes, sino la finalidad de la compraventa¹²³¹.

Si el vendedor no sabía que se trataba de consumo personal, cuando por el tipo de operación suele ser un contrato empresarial —el lugar donde se realiza, el tipo de cosa o servicio, la cantidad o volumen—, no será entonces aplicable el derecho del consumo, careciendo el consumidor de protección¹²³². En sentido inverso, si el consumidor trata con un comerciante, pero sin saber que es un empresario, el consumidor resulta perjudicado por no poder ampararse en el régimen protectorio.

Ante esta calificación de la Convención de Viena, ¿se puede decir que la apariencia de la relación comercial beneficia al comerciante, a quién no se le aplicará el régimen protectorio si de buena fe creyó contratar con un profesional? Y por otra parte, ¿se puede afirmar que el consumidor que cree de buena fe contratar con otro consumidor, cuando en realidad es un comerciante, resulta perjudicado en beneficio del proveedor? Daría la impresión que la realidad del negocio cede ante la apariencia, en beneficio de la buena fe del comerciante, que no se verá gravado con un régimen de excepción¹²³³. No se verá perjudicado tam-

¹²³¹ LACASSE, "Le champ d'application de la Convention des Nations Unies...", p. 27.

¹²³² El art. 5 de la Convención de Roma no hacía referencia al profesional, a diferencia del actual art. 6 del Reglamento Roma I. Art. 5 Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales: "[u]na persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional...". Art. 6 Reglamento Roma I: [e]l contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional... Como puede observarse, la nueva fórmula hace referencia al otro sujeto de la relación, con lo cual la calificación se acerca notablemente a nuestra "relación de consumo".

¹²³³ El tema ya había sido discutido con ocasión de la Convención de La Haya sobre ventas a consumidores, en su art. 3: "Es a cargo del vendedor probar que no conocía o no podría haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico". Cfr. VON MEHREN, Arthur Taylor, "La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren", traducción de Adriana

poco el consumidor que creyó era un contrato del derecho común, y no supuso estar amparado por el régimen de protección.

Como podemos ver, estamos ante una calificación finalista negativa, que considera la no profesionalidad del consumidor. La vinculación de la operación en particular con la actividad profesional del consumidor y la prueba de esta actividad, está a cargo del proveedor: debe probar que el supuesto consumidor es profesional a fin de no quedar él mismo sujeto al régimen especial, lo que le será más gravoso¹²³⁴.

V. D. 4. ¿Actividad con finalidad típica o situación subjetiva?

De lo dicho hasta aquí pareciera que la definición de consumidor existente en el derecho comparado es esencialmente coincidente con la del derecho interno y que estamos ante un criterio universal: el uso final, personal, no profesional. Aunque se suele distinguir entre la “no profesionalidad” y el “uso final”, creemos que son conceptos complementarios y en realidad uno supone al otro. La no profesionalidad se refiere a la ausencia del ánimo de lucro, al modo de vida del consumidor (o del proveedor); el uso final es un concepto técnico dentro del sistema productivo, que indica que se trata del último eslabón del proceso económico¹²³⁵. Estando una o la otra, sería suficiente para lograr igual obje-

SÁNCHEZ MUSSI del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Miscellaneous matters / Consumer sales, Report*, Vol. II, p. 179; en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, CEDEP-LA LEY, Asunción, 2007, pp. 39-55, en 49.

¹²³⁴ LORENZETTI, *Consumidores*, p. 86. Para otros autores, es el comprador quien debe informar al vendedor cuál es la finalidad específica que busca con el contrato ya que, si no lo hace, cabe aplicar la normativa de la Convención, salvo que el vendedor supiera o debiera saber que se trataba de un fin privado. Quién invoca la aplicación de la Convención, debe probar el carácter comercial de la operación. Y si el consumidor se quiere sustraer a la Convención, debe probar que el proveedor sabía que se trataba de una operación con una finalidad familiar o doméstica. Cfr. ALL y DREYZIN DE KLOR, “Consideraciones generales sobre el art. 1...”, p. 3.

¹²³⁵ En economía se distingue entre el valor de uso y el valor de cambio. El primero se identifica con el uso final, de acuerdo a su posición en el mercado. Por el contrario, el valor de cambio tiene relación con el costo, cuando la cosa o servicio forma parte del

tivo, es decir establecer un elemento negativo: quienes “no” son consumidores¹²³⁶.

De todas maneras, puede ser conveniente que en la calificación de la relación de consumo se incluyan ambas expresiones, con el fin de evitar dudas. La calificación referida al modo de vida fue incluida en la Propuesta de CIDIP VII, y la del uso económico en la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII. En definitiva, consumidor será quien mediante la operación económica satisfaga sus inmediatos intereses¹²³⁷.

Nos quedaría por analizar el carácter de esta finalidad, si debe considerarse una finalidad típica o la subjetiva tenida en mira por el consumidor. Dentro de estas distinciones, se suele considerar el consumidor material o de hecho y el consumidor jurídico, es decir aquel que contrata¹²³⁸.

proceso de producción, integrándose al producto final. Este luego es intercambiado, y la diferencia entre el precio del bien con los costos, da lugar a la renta o ganancia. Cfr. VEIRAS PAZ, Jorge, “Consideraciones preliminares sobre diversos aspectos vinculados a la normativa sobre Protección Internacional del Consumidor”, Documento presentado al Foro de Expertos convocado para la CIDIP VII, p. 2. Disponible en www.oea.org.

¹²³⁶ En la Propuesta de CIDIP VII, el primer párrafo del art. 1 se refiere a quien “actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. Por su parte la Propuesta uruguaya de CIDIP VII, art 1, define al consumidor como “Toda persona física o jurídica que *adquiera o utilice productos o servicios como destinatario final* de una relación de consumo. Equipáranse a consumidores, las demás personas expuestas a las relaciones de consumo. *No se considerará consumidor* o usuario a aquella persona que *sin constituirse en destinatario final*, adquiera, almacene o utilice productos o servicios *con el fin de integrarlos a procesos de producción*, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

¹²³⁷ Más claro es el art. 79 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina: “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, (...)”. Aunque podrían presentarse dudas si se consideran dos requisitos diferentes y acumulativos: debe tratarse de un uso personal de cosas ajenas a su actividad profesional. ¿Qué deberíamos decir de un empresario gastronómico que adquiere alimentos para su familia en un supermercado? Es un uso personal, pero no son cosas ajenas a su profesión. ¿Por tratarse de un experto en la compra de insumos para su restaurant, deja de ser consumidor si hace la compra para su hogar?

¹²³⁸ Como indica Alicia PERUGINI, “el consumidor material es el que utiliza la cosa o usa del servicio sin haberlo contratado, por ejemplo, un familiar, un tercero, el cesiona-

Algunas particularidades de la actividad del consumidor tal vez no encajen tan fácilmente en el concepto de “relación de consumo” previsto en los sistemas hasta aquí considerados. Por ejemplo, habrá que estudiar si existe algún uso privado relacionado con la característica de “no profesional” del consumidor, que sin embargo no haga aplicable el régimen protectorio. Tal sería el caso de un individuo que adquiere software para uso personal y que, si bien no lo revenderá, posee conocimientos técnicos y comerciales sofisticados que no justifican una protección tradicional: no podría ser considerado un “débil jurídico” en el sentido de inexperto.

Parecería ser que las condiciones subjetivas y personales del sujeto consumidor, en la medida que no estén ligadas a la finalidad del acto (no ser parte de un proceso productivo), no deben ser tenidas en cuenta. En el mismo ejemplo, si el sujeto adquirente del software lo aplica de modo remunerado para brindar un servicio a un tercero, aún cuando no esté constituido formalmente como comerciante, no podrá ser considerado consumidor.

En este sentido, requiere una mayor aclaración la expresión “uso privado”: “¿es lo mismo que personal e individual? ¿Se extiende al uso familiar o a otras formas de uso colectivo? El uso, por ser privado, ¿debe conservar un carácter no especulativo y estar desprovisto de todo espíritu de lucro?”¹²³⁹. Así, por ejemplo, el hecho de que un abogado adquiriera un software genérico que también es útil en su oficina, aunque la finalidad de su actividad jurídica sea lucrativa, no le quita el carácter de uso privado, porque no se puede decir que lo vuelque a su proceso productivo como si se tratara de un insumo: el consumo final es indubitable.

rio, y se lo equipara al consumidor jurídico. También hay que considerar equiparables al consumidor —aunque no hayan contratado— al afectado o expuesto por las prácticas comerciales, una publicidad ilícita, por ejemplo, y a los consumidores organizados como legitimados para la defensa de los intereses colectivos. Se discute si en el caso de los terceros beneficiarios a raíz de contratos a favor de terceros en los que la persona tiene acciones directas basadas en el beneficio aceptado, la persona es o no consumidor o si se lo equipara a él, habida cuenta de que se trata de un acto accesorio a una relación de consumo. El consumidor jurídico es el contratante”. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 12.

¹²³⁹ BOURGOIGNE, *Elementos...*, p. 13.

Ahora bien, si se tratara de un software diseñado de modo exclusivo para el uso de abogados, ese sujeto no sería un consumidor. Consumidor será, entonces, quien en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de este, no actúa profesionalmente. No interesa la calidad subjetiva de la persona sino la funcional¹²⁴⁰.

Otro aspecto que ha merecido la atención de los especialistas es el consumo —en cuanto hecho jurídico— realizado por otras personas distintas al consumidor directamente contratante. Se trata de los familiares o integrantes del grupo social. Esta diferenciación inclusiva está presente en los ordenamientos internos¹²⁴¹.

En este sentido se orienta, por ejemplo, la Propuesta de CIDIP VII:

“Art. 1. [...] 2. Se consideran también consumidores a los terceros pertenecientes a la familia del consumidor principal u otros acompañantes, que usufructúan directamente los servicios y productos contratados, en los contratos comprendidos por esta Convención, como destinatarios finales”.

De todas maneras, la doctrina no es pacífica en cuanto a la mención de estos consumidores *by stander*, debido a las dificultades interpretativas y operativas que puede traer la categoría. VELASCO SAN MARTÍN, por ejemplo, observando la Propuesta CIDIP VII, refiere la hipótesis de un supuesto ejercicio de la facultad revocatoria por parte de quién ha recibido el obsequio, o peor aún, de un familiar de alguien que encargó a otro la compra en el extranjero¹²⁴². Si la práctica de la facultad revocatoria en el ámbito internacional es de difícil ejecución (cfr. *supra* IV. B.

¹²⁴⁰ Cfr. ALL y DREYZIN DE KLOR, “Consideraciones generales sobre el art. 1...”, p. 6.

¹²⁴¹ La LDC dice que “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Por su parte, la Propuesta de CIDIP VII, en su art. 1 párr. 2, indica que “se consideran también consumidores a los terceros que usufructúan directamente, como destinatarios finales, los servicios y productos contratados”.

¹²⁴² Cfr. VELASCO SAN MARTÍN, “Observaciones y consideraciones...”, pp. 2-3.

2.b), peor es la situación cuando quién la ejerce es alguien distinto al contratante principal.

De todos modos considero que la inclusión es útil y necesaria. En contratos donde el bien o servicio es de utilización familiar o grupal, causaría un perjuicio al consumidor “fáctico” que la relación se limitara sólo a quién contrató. Si el equipo de computación está en el hogar, o del viaje turístico participan varios familiares, cualquiera de ellos puede iniciar el reclamo, y no sólo la persona que celebró el contrato. Más relevante aún resulta la inclusión de estas personas en casos de que sufran daños vinculados a la situación de consumo¹²⁴³.

Finalmente, cabe mencionar también la inclusión de los cesionarios de consumidores, ¿integran la relación de consumo? Es el caso de terceros beneficiarios de contratos de seguro, o familiares a quienes el contratante turístico transfiere los derechos sobre el viaje o el uso de un tiempo compartido, ¿pueden subrogarse en los derechos del consumidor? En cuanto a la materialidad de las prestaciones, no caben dudas de que sí. El problema se plantea respecto de privilegios procesales o sustanciales vinculados a la debilidad del consumidor. Se trata, por ejemplo, del *forum domicilii* o la *lex domicilii*. Si se permite a la parte débil traer al demandado a su jurisdicción, cuando el demandante es un cesionario que también reviste la calidad de consumidor, no vemos inconveniente en considerar la posición procesal como si se tratara de un accesorio al crédito¹²⁴⁴. Vale la pena distinguir si el cesionario puede demandar en su propio domicilio, o solamente en el domicilio del consumidor cedente.

ARENAS GARCÍA, en el ámbito de la UE, y durante la vigencia del Convenio de Bruselas, rechaza la posibilidad de que el proveedor sea de-

¹²⁴³ Cfr. RINESI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, p. 4.

¹²⁴⁴ Así, en la UE, no se consideró consumidor a la entidad financiera cesionaria de los derechos de consumidores. La calificación se aplica a todo supuesto en que se manifieste la debilidad, por tratarse de actividades relacionadas con el uso final y contrarias a la profesionalidad del sujeto. De esta manera, la calidad de “consumidor” no se transmite si el cesionario es una sociedad comercial. Cfr. ARENAS GARCÍA, “Tratamiento jurisprudencial...”, pp. 48-49.

mandado ante tribunales distintos a los del consumidor original, ya que esa situación no la podría haber previsto al momento de contratar¹²⁴⁵. El criterio a tener en cuenta para establecer si la cesión implica transmitir la calidad de “consumidor” y por tanto hacer extensiva al cesionario la relación de consumo, es la aplicación del *favor debilis*.

V. D. 5. El supuesto de las personas jurídicas como consumidoras

Un importante asunto a considerar en los regímenes comparados es el tratamiento que se hace de las personas jurídicas como consumidores. En los países del MERCOSUR y en otros varios de Latinoamérica se admite que las personas jurídicas puedan ser consumidoras, pero no sucede lo mismo en el marco de otras legislaciones internacionales¹²⁴⁶. En la UE, en el marco de la legislación comunitaria, el Reglamento de Roma I prevé que sólo las personas físicas son consumidoras (art. 6), al igual que las convenciones de La Haya, Convención de Arbitraje de Nueva York de 1958, Convención de Viena de 1980. Lo mismo se prevé en el art. 1 de la Propuesta de CIDIP VII; no así en la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII ni en el Protocolo de Santa María, que consideran consumidoras a las personas jurídicas¹²⁴⁷. Se puede advertir, entonces, una

¹²⁴⁵ Cfr. ARENAS GARCÍA, “Tratamiento jurisprudencial...”, pp. 50-53.

¹²⁴⁶ Cfr. LORENZETTI, “La relación de consumo”, p. 73. “Las personas jurídicas consumidores pueden ser privadas con fines de lucro, o sin ellos, y públicas”. Resulta una solución original la correspondiente a la Ley Federal de Protección al Consumidor de México, que en su art. 2 admite la calidad de consumidores a las microempresas y microindustrias que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción o de servicios a terceros, que acrediten su condición mediante la inscripción como tales ante la autoridad administrativa. Las reclamaciones o el arbitraje público serán procedentes siempre que el monto de la operación motivo de la reclamación no exceda de un monto máximo de aprox. U\$S 28.000 (tipo de cambio al 20/5/2009). Cfr. VELASCO SAN MARTÍN, “Observaciones y Consideraciones...”, p. 2. Otros autores apoyan la idea de proteger también a las pequeñas empresas mediante la legislación protectora, al menos en el entorno digital. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 99-101.

¹²⁴⁷ Propuesta de CIDIP VII “Art. 1 - Definición de Consumidor 1. A los efectos de esta Convención se entiende por Consumidor cualquier persona física que, frente a un profesional y en las transacciones, contratos y situaciones comprendidas por esta Convención, actúe con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional. Pro-

tendencia a preservar la calidad de consumidor a las personas jurídicas en las legislaciones internas —incluyendo los países de la UE—, pero no en los regímenes internacionales. La razón está en la discordancia existente en la delimitación de quienes pueden considerarse personas jurídicas a los fines de la protección¹²⁴⁸.

Desde el punto de vista conceptual, hay que tener presente que la debilidad que se predica del consumidor no es equiparable sin más a las personas jurídicas. Uno de los principales problemas que reviste su inclusión en la categoría es la combinación con otro de los requisitos, cual es el uso final, o la necesidad de que los productos o servicios no sean parte de la actividad productiva o de servicios que desarrolla la persona jurídica. El hecho de que no se trate de una actividad lucrativa no es suficiente, ni tampoco el tipo de actividad por sí sola, ya que incluso una empresa podría ser consumidora, si la relación jurídica no tiene vinculación con su giro comercial¹²⁴⁹.

La actividad empresaria supone la organización de los factores productivos, los que son adquiridos por el empresario. Algunos se in-

puesta del Uruguay para CIDIP VII: “Art. 1. Consumidor. Toda persona física o jurídica que adquiera o utilice productos o servicios como destinatario final de una relación de consumo”.

¹²⁴⁸ Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “La CIDIP VII y el tema de protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual”, p. 1. Documento presentado al Foro de Expertos de la OEA, 6/05/2006, disponible en www.oea.org. En la doctrina, están de acuerdo con la protección de las personas jurídicas en el derecho internacional, entre otros, ALL y DREYZIN DE KLOR, “Consideraciones generales sobre el art. 1...”, p. 26; UZAL, “La protección al consumidor...”, p. 243; TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor...”, p. 97; FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, nro I. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 98.

¹²⁴⁹ La jurisprudencia consideró que el hecho de tratarse de una entidad sin fines de lucro no era suficiente para que se pueda considerar consumidor. En el caso se verificó que el producto adquirido —en este caso un software— estaba destinado a la actividad que habitualmente desarrolla la entidad. El software en cuestión estaba destinado a la administración académica: calificaciones de los alumnos, asistencia, emisión de certificados y documentación ante las autoridades, etc. La entidad era una institución académica. Tampoco fue relevante su condición impositiva, en cuanto manifestación estatal del reconocimiento de la falta de lucro, C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1ª, 08/05/2008, Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester v. Ditada, Nicolás M. y otro, publicado en Lexis N° 70046380, 12/ 08/ 2008.

corporarán físicamente al proceso, mientras que otros lo hacen sólo económicamente, integrando la estructura productiva o comercial. Ambos revisten un costo para el empresario y son necesarios para lograr el producto final¹²⁵⁰. Desde este punto de vista, siempre que un producto o servicio tiene incidencia en los bienes comercializados, estamos ante un uso profesional, aplicable tanto a personas físicas o jurídicas. La diferencia es que en el caso de las personas jurídicas que se dedican a actividades empresarias la presunción estaría a favor del fin de lucro. Mayores dificultades se presentan respecto de las denominadas Organizaciones sin fines de lucro (ONG). En estas últimas, por el contrario, se presumirá el consumo final.

A fin de lograr cierta claridad al momento de redactar la calificación, ya sea de fuente interna o internacional, se debería excluir del sistema protectorio al consumidor que “sin constituirse en destinatario final, adquiera, almacene o utilice productos o servicios con el fin de integrarlos económicamente a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Esto incluye tanto la incorporación física o material como la organizativa¹²⁵¹.

Habría que considerar si son operaciones habituales o esporádicas, cómo influye la publicidad, el marketing masivo, la afectación de la confidencialidad de los datos personales, etc¹²⁵². Por tanto, el mero hecho de que una empresa haga compras destinadas para un uso no vinculado a su actividad profesional habitual, no implica que deba aplicarse un régimen protectorio. El criterio de aplicación estaría dado si una persona jurídica toma parte en una relación de consumo con el propósito de destinar los bienes adquiridos a la satisfacción de necesidades de carácter privado de personas físicas vinculadas a ellas, mediante una relación ajena al mercado¹²⁵³.

¹²⁵⁰ Cfr. VEIRAS PAZ, “Consideraciones preliminares...”, pp. 3-4. Disponible en www.oea.org.

¹²⁵¹ *Idem*, pp. 4-5.

¹²⁵² Cfr. LIMA MARQUES, “Observaciones y Propuestas...”, nro. 1. c.

¹²⁵³ Cfr. RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, p. 41.

Así, si una compañía adquiere en el extranjero regalos para sus empleados o familiares de éstos, no debería aplicarse la protección del consumidor; de todos modos, nada obsta que ante defectos de la cosa cada empleado pueda reclamar, ya que estaríamos ante una situación catalogada como “en ocasión de”, o “expuesta a” una relación de consumo (art. 1 segundo párrafo de la LDC o art. 1.2 de la Propuesta de CIDIP VII). De este modo, la limitación existente para las personas jurídicas puede ampliarse si, por ejemplo, los empleados son los destinatarios finales. Propongo entonces que la inclusión del consumidor “en función de” evite la conflictiva consideración de las personas jurídicas. Si una empresa contrata servicios de comidas para sus empleados de la planta fabril, no cabrían dudas de que se trata de una situación ajena a la relación de consumo. Pero si los alimentos están en mal estado y producen daños a los obreros, estos pueden reclamar como consumidores. No dejamos de considerar la dificultad que significa que cada uno de los afectados deba iniciar los reclamos por sí mismo; de todas maneras, esto plantea otro problema, cual es el de las acciones colectivas.

La calificación se convierte aquí en una cuestión previa a los fines jurisdiccionales, por encontrarse en la característica positiva del antecedente¹²⁵⁴. Si la empresa contrata bienes o servicios y los destina al proceso productivo de manera integral, ya sea redistribuyéndolos o transformándolos en aquello que será su producto final, el régimen protectorio es inaplicable. También quedan excluidos algunos bienes, como muebles, útiles y equipamiento. En sentido inverso a cuando analicé el destino final del consumidor persona física, habrá que ver si los bienes que se adquieren o los servicios que se contratan, sirven, en parte, a la finalidad empresarial y en parte para uso personal. El uso que se le asigna o el destino principal del bien o del servicio para la persona física o jurídica pueden marcar una diferencia entre quien es consumidor y quien no¹²⁵⁵. Reitero una vez más: el ánimo de lucro siempre excluye la relación de consumo¹²⁵⁶.

¹²⁵⁴ Cfr. Soto, *Temas estructurales...*, p. 66.

¹²⁵⁵ Una persona jurídica que adquirió a título oneroso un automotor para traslado de sus miembros y empleados fue calificada como consumidora pues se consideró que la

Ante la posibilidad de establecer un régimen protectorio a favor del consumidor transfronterizo, la consideración de la personalidad jurídica de los entes morales o grupos sociales se deberá analizar como cuestión previa, ya que de la resolución respecto a este punto depende la aplicación del régimen especial o del derecho común. En cuanto a las soluciones materiales, es natural que el asunto presente grandes dificultades de concreción y acuerdo, ante la falta de unificación de criterios¹²⁵⁷. Al mismo tiempo será un elemento a tener en cuenta si se pretende una calificación autárquica para la relación de consumo transfronteriza¹²⁵⁸.

En resumen, si existen dudas en cuanto a la caracterización de una operación determinada como de consumo, por ejemplo, si hubiera dudas en cuanto a la interpretación del destino final que el sujeto hace de los bienes, la calificación deberá ser establecida de acuerdo a la *lex fori*. Lo mismo puede decirse respecto de la posibilidad de otorgar protección a las personas jurídicas. Hasta aquí, si bien resulta satisfactoria ante la comunidad internacional la calificación del consumidor como aquél ajeno a la finalidad profesional, esto no implica que se pueda llegar a una calificación autónoma de relación de consumo, teniendo en cuenta los otros elementos, como el objeto o vínculo típico¹²⁵⁹. En una pretensión maximalista, el régimen protectorio debería estar disponible de acuerdo a la concreta posición que una de las partes ocupa en el contrato, y no en función de la calidad o identidad de la persona que asume ese rol¹²⁶⁰.

persona jurídica era destinataria final del bien (CNCom. , Sala A, 21/11/2000, Artemis Construcciones SA v. Diyón SA y otro”, LL, 2001-B, p. 839, DJ, 2001, 2 – 345).

¹²⁵⁶ Cfr. PITA y MOGGIA DE SAMITIER, “Ley de Defensa del Consumidor”, p. 1103.

¹²⁵⁷ Cfr. LORENZETTI, “La relación de consumo”, pp. 78-83.

¹²⁵⁸ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 14 nro.31.

¹²⁵⁹ Cfr. LORENZETTI, “La relación de consumo”, p. 75.

¹²⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, nro. I.

V. E. EL PROVEEDOR EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

El otro sujeto de la relación de consumo siempre deberá ser un proveedor. Tanto si tomamos en cuenta la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como el Reglamento de Roma, o el Reglamento 44/2001 la calificación de “consumidor” se establece internacionalmente en contraposición a la de “profesional”. En el orden local se expide en el mismo sentido el art. 2 de la LDC, ya que proveedor

“es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

Se pueden distinguir aquí tres elementos:

La actividad desarrollada profesionalmente o con fin de lucro, sin importar la habitualidad.

El tipo de actividades que constituyen al sujeto en proveedor. A diferencia del elemento anterior, que dota a la definición de gran amplitud, aquí aparentemente se restringe. No todo emprendimiento empresarial implica ser proveedor en una relación de consumo, aunque, bien mirado, es difícil imaginar algún tipo de actividad que quede fuera de la definición. Sin embargo, la última modificación de la LDC incluyó al concedente de marca, ensanchando así la categoría. Nos referiremos especialmente a este punto.

La actividad se dirige a consumidores, ya sea por el tipo o cantidad de los productos, la publicidad, etc. Los servicios de consultoría, por ejemplo, difícilmente se puedan prestar a consumidores.

La razón de ser del marco protectorio está dada por las características de los modernos sistemas de producción y distribución, altamente especializados y concentrados. El dominio de las técnicas crea una brecha respecto del sujeto consumidor, por cuanto el profesional tiene mayor capacidad de previsión de los resultados de sus acciones. Ese sujeto será, entre otros supuestos: a) oferente de bienes y servicios; b) quién

realiza acciones publicitarias o lleva adelante prácticas precontractuales frente a consumidores; c) el responsable del daño en los casos de responsabilidad objetiva o a cargo de un deber de seguridad; d) el publicista en los conflictos resultantes de brindar información insuficiente o falaz; e) quién entrega los bienes o presta los servicios¹²⁶¹.

Las aclaraciones hechas respecto al consumidor transfronterizo pueden repetirse en igual sentido para el proveedor internacional, de modo perfectamente especular. No cualquier proveedor será sujeto de una relación de consumo transfronteriza. Sólo formarán parte de esta categoría aquellos que provean bienes o servicios fuera de sus fronteras o bien que lleven a cabo cualquiera de los pasos necesarios para que el consumidor de otro Estado realice el acto jurídico comprendido en la acción de consumir, o bien que el acto de consumir o sus efectos tengan lugar en otro territorio, y por ejemplo, causen un perjuicio al consumidor allende las fronteras.

En algunos casos, el proveedor actúa internacionalmente en todos o gran parte de los tramos de la relación de consumo. Así, los vendedores o prestadores de servicios a través de Internet, o los transportistas o *couriers* con servicios mundiales, los servicios de información internacionales, las líneas aéreas, etc. Se puede decir que la prestación tiene vocación internacional. En otros casos, el proveedor desarrollará actividades internacionales y nacionales de modo simultáneo, como las tiendas en línea o los servicios turísticos. Finalmente, habrá proveedores que desarrollan sus negocios íntegramente en los límites de un Estado (o sistema jurídico). Veamos algunos supuestos que presentan especiales dificultades.

¹²⁶¹ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 97.

V. E. 1. Proveedores que son parte de una red de comercialización o actúan en conexidad contractual

Un supuesto interesante es el de los prestadores o proveedores unidos por una red o en el marco de la conexidad contractual¹²⁶². Es frecuente que en una relación de consumo transfronteriza el prestador no sea el contratante sino un tercero a su servicio o subcontratado, con actividades exclusivamente locales¹²⁶³. En los contratos de turismo de viaje combinado, contratos de tiempo compartido o *time sharing*, servicios médicos al viajero, sistemas de tarjeta de crédito, compañías de alquileres de automóviles, etc., lo normal será que exista conexidad. Son actividades donde la colaboración empresaria, la atipicidad de los contratos, la subcontratación, el fin negocial superior y la realidad de los grupos empresarios, obligan a establecer afiatados mecanismos jurídicos de asunción de riesgos y responsabilidades¹²⁶⁴. Estos diferentes contratos tienen entre ellos una vinculación funcional y genética, más importante que la identidad de sujetos, objeto o causa. Puede deberse a que un contrato nace y existe en razón de otro, o bien que el desarrollo de uno está en relación de dependencia recíproca, en distintos grados de subordinación¹²⁶⁵.

¹²⁶² El fenómeno del agrupamiento de contratos y en particular la conexidad contractual no es indiferente para la doctrina civilista y comercialista. El asunto es complejo y me limitaré a introducir el tema, a los fines de advertir sobre su existencia y eventual utilidad a los fines de establecer las amplias alternativas que brinda esta particular relación de consumo. Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, La Ley, Madrid, 2009.

¹²⁶³ La Directiva Europea sobre ventas a distancia, en su considerando (10), ya advierte que una misma operación puede implicar la realización de prestaciones sucesivas o escalonadas, y por tanto dar lugar a calificaciones jurídicas diferentes según el Derecho aplicable en cada Estado miembro. A tal fin, propende que las disposiciones de la Directiva sean respetadas en todos los escalones o etapas, ya sea que se consideren como un todo y un solo contrato, o bien si lo constituye como una serie de contratos sucesivos distintos.

¹²⁶⁴ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Conexos – Grupos y redes de contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 16-22.

¹²⁶⁵ La pluralidad de contratos es un presupuesto a desentrañar en cada relación, para luego poder verificar las consecuencias que esa multiplicidad de relaciones tendrá sobre la responsabilidad de cada uno de los intervinientes. En algunas situaciones puede

El problema, desde el punto de vista del proveedor, es que puede estar involucrado en un negocio internacional, incluso inconscientemente, cuando confiaba estar sujeto a las leyes o tribunales domiciliarios. Y, desde la óptica del consumidor, encuentra horizontes más extendidos; creía que su relación contractual era exclusivamente local, y por tanto sólo podría reclamar al proveedor directo —ya sea de su domicilio o del extranjero—. Ahora, ante un incumplimiento, puede también reclamar a terceros con quienes no contrató directamente o que son ajenos a los hechos más inmediatos¹²⁶⁶.

Esto tiene impacto, por ejemplo, en los procesos productivos. Es usual que distintos componentes del producto final estén a cargo de diferentes sujetos, efectuando cada uno aportes materiales e inmateriales desde distintas jurisdicciones. Las tareas que requieren mano de obra intensiva pueden desarrollarse en un territorio con menores cargas fiscales; la atención del cliente y la prestación del servicio de soporte técnico pueden realizarse desde un territorio con ventajas comparativas en capital humano; parte de los componentes proceden de distintos proveedores, etc. Las mismas etiquetas del lugar de fabricación y las marcas empresarias pueden inducir a error, siendo difícil determinar el porcentaje de componente nacional de un producto o servicio¹²⁶⁷.

La conexidad contractual se caracteriza por una serie de vínculos entrelazados en un conjunto económico, con la finalidad de brindar una misma prestación esencial: se trata de un único y mismo negocio¹²⁶⁸. No todas las legislaciones tienen en cuenta esta particular característica de

resultar complicado. Habrá que atenerse al criterio subjetivo, de unidad de manifestación de voluntad de los contratantes (prestadores) o bien objetivo: si hay dependencia o subordinación de las prestaciones, ya sea funcional o típica. Cfr. ÁLVAREZ, *Los grupos de contratos...*, p. 164 y ss.

¹²⁶⁶ Entre los supuestos dudosos y que deberán ser resueltos por la *lex fori*, encontramos los contratos preliminares y los definitivos, las prestaciones accesorias, las condiciones, los contratos simultáneos y los mixtos. Cfr. ÁLVAREZ, *Los grupos de contratos...*, p. 177 y ss.

¹²⁶⁷ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional...", p. 234.

¹²⁶⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Contratos Conexos*, del Prólogo.

las nuevas formas de contratación¹²⁶⁹. En nuestro país, por ejemplo, el reconocimiento jurisprudencial llegó luego de que la doctrina abriera el camino. Aunque no tenemos un sustento legislativo expreso de la institución jurídica en sí misma, está prevista en algunos regímenes concretos, como por ejemplo las disposiciones de tarjeta de crédito¹²⁷⁰, o viaje combinado¹²⁷¹ o financiación para el consumo¹²⁷².

Los principios básicos de esta construcción doctrinal no son de sencilla aplicación en un contexto internacional, más allá de la expresa responsabilidad del contratante principal. Es posible que cada ordenamiento otorgue distinto alcance a la responsabilidad conexas de los demás miembros de la red, vinculados al consumidor sólo de modo indirecto. La interrelación de los contratos plantea dificultades que conectan distintos ordenamientos jurídicos, junto con un régimen particular para cada contrato, de acuerdo a las obligaciones que haya engendrado; a esto se suma el problema jurisdiccional y de efectividad de las decisiones¹²⁷³. Es un terreno fértil para la aplicación de los métodos analítico y sintético-judicial, con frecuencia recurrentes a la *grand-coupure*.

¹²⁶⁹ Cfr. MOSSET ITURRASPE, *Contratos Conexos*, pp. 22-35. El autor repasa los antecedentes italianos, franceses, alemanes, españoles, del common law y de la UE. Aclaramos, una vez más, que las disposiciones existentes en la UE, propias de un proceso de integración, no son de aplicación analógica a situaciones absolutamente internacionales, aunque sí sirven como antecedentes para estudiar el problema.

¹²⁷⁰ Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito "Art. 1° — Se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al *conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales* cuya finalidad es:..."

¹²⁷¹ Ley 19.918 Convención Internacional sobre Contratos de Viaje de Bruselas de 1970: "Campo de aplicación Art. 1°.- A los fines de la presente Convención se entiende por: (...) 2. Contrato de organización de viaje: cualquier contrato por el cual una persona se compromete en su nombre a procurar a otra, *mediante un precio global, un conjunto de prestaciones combinadas* de transporte, de estadía distintas del transporte o de otros servicios que se relacionan con él;"

¹²⁷² Art. 36 LDC "La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituirse las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado".

¹²⁷³ Como experiencia internacional, pero limitada a un espacio económico integrado, se puede mencionar la Directiva del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa

Incluso, no parece sencillo distinguir entre contratos principales y accesorios, o entre prestaciones nucleares y colaterales¹²⁷⁴. Lo mismo se puede decir de la calificación del vínculo de la relación de consumo, ya que no será lo mismo establecer la conexidad sobre la responsabilidad contractual o la extracontractual. Podemos afirmar, en líneas generales, que la internacionalidad se intensifica¹²⁷⁵.

Las soluciones territoriales al problema van por el lado de la aplicación de normas de policía o imperativas, en las que reina el derecho propio, mientras que la extraterritorialidad limitada buscará relacionar cada contrato con su vínculo más estrecho. Por su parte, la extraterritorialidad ilimitada, aplicará el derecho extranjero sin ambages. Además, se deberá tener en cuenta que las partes —mejor dicho el organizador de la red o negocio— establecerán el esquema normativo que consideren más apropiado¹²⁷⁶. Al intérprete se le presentan todas estas alternativas, desde el momento que la laguna sistémica —más aún en este aspecto— es evidente.

El Derecho Internacional Privado clásico intentará relacionar cada contrato con los Estados en que tiene asiento, determinando puntos de conexión o de contacto conductistas, personales o reales. Lo normal será que el organizador del sistema indique qué derecho será aplicable y qué

a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (87/102/CEE) (DO L 42 de 12.2.1987, p. 48); modificada por Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22 de febrero de 1990 (L 61 14 10.3.1990) y Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998.

¹²⁷⁴ Este aspecto es relevante a los fines de determinar qué derecho rige para un contrato accesorio. Así, hay que considerar si en relaciones de consumo corresponde la aplicación del art. 41 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, por el cual “Los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal”.

¹²⁷⁵ En palabras de CIURO CALDANI: «Con frecuencia las conexiones de contratos desbordan los límites de los Estados, incluso poniendo en cuestión la “puntualidad” de la “extranjería” de los elementos que el Derecho Internacional Privado tiene como referencia principal. Según las diversas distancias culturales entre los contratos conexos, hay conexiones nacionales, internacionales, integradas y globalizadas». CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Los contratos conexos en la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1999, pp. 71-72.

¹²⁷⁶ Cfr. CIURO CALDANI, *Los contratos conexos*, p. 73.

jurisdicción competente, además de regular la situación del modo más detallado posible. Aunque ya sabemos que cuando estamos ante un conflicto que involucra a consumidores, los sistemas jurídicos son reacios a una amplia autonomía material o conflictual¹²⁷⁷.

Las cuestiones a resolver, por tanto, requerirán verificar distintos derechos aplicables y sortear las dificultades que traen aparejadas las posibles jurisdicciones concurrentes. Está claro que estos aspectos no pueden caer en cabeza del consumidor; si en el funcionamiento del negocio jurídico complejo los distintos prestadores actúan en red o coligados, será de ellos la responsabilidad de aclarar las condiciones jurídicas que rigen esas relaciones. Al igual que en el derecho interno, no parece una buena solución mantener la independencia de los contratos¹²⁷⁸. Por tanto, una vez verificado que los prestadores forman parte de un sistema de distribución en red y existe conexidad contractual entre ellos, se determinará que las relaciones jurídicas internas al conglomerado no son oponibles al consumidor y, por el contrario, puede esgrimir las a su favor¹²⁷⁹.

Sin embargo, desde el punto de vista del empresario, la situación es observada de modo totalmente opuesto. Nos puede ser útil una consideración de VELÉZ SÁRSFIELD. En la nota al art. 1205 del CC, sobre una cita de STORY, trae a colación el supuesto de contratos que pueden establecer obligaciones *in solidum* o simplemente mancomunadas: si una parte debe responder por el total o sólo de acuerdo a su porción. Indica que a este problema se aplica la ley de celebración, salvo disposición expresa en contrario¹²⁸⁰.

¹²⁷⁷ *Idem*, p. 74.

¹²⁷⁸ Cfr. CIURO CALDANI, *Contratos Conexos*, pp. 75-76.

¹²⁷⁹ En Brasil, los tribunales condenaron a la empresa de telefonía local por los cobros indebidos que realizaba una empresa nórdica que ofrecía a consumidores brasileños vía telefónica “servicos sexuais” no solicitados. Los cargos aparecían en la factura de la empresa telefónica brasileña (Telebras). Ésta fue considerada proveedora aparente. Decisión del 1ro TACivSP, 24/11/1998, Juiz Antonio de Pádua Ferraz. Citado por LIMA MARQUES, “O novo direito internacional privado...”, p. 271.

¹²⁸⁰ Nota del CC al art. 1205: “Por la naturaleza del contrato se entiende aquellas cualidades que propiamente le corresponden, y que por la ley o costumbre siempre lo

Los otros ejemplos que allí incluye también están vinculados a un eventual elemento como parte de una relación de conexidad. Si un garante, de acuerdo al lugar de celebración, sólo puede ser reclamado una vez excutidos los bienes del deudor, no corresponde que en el lugar de cumplimiento del contrato se convierta en solidario. Y, si en el lugar de celebración la obligación es accesoria, no podría en otro país ser considerada principal. El principio general subyacente es que no se puede obligar a una parte —salvo que lo haya previsto de modo material o haya elegido ese derecho—, a una obligación que, de acuerdo a su domicilio, no lo obliga; no se puede reputar conocido un derecho extranjero que le resulta aplicable de modo anómalo.

El problema se nos presenta cuando se trata de un proveedor que no es el contratante principal sino formando parte de una red o vinculado de modo indirecto con el consumidor. No habría problema que entre los miembros de la conexidad pacten sus derechos y obligaciones, pero esto no debería ser oponible al consumidor: es una excepción al *res inter alios acta*. Parece claro que la pretensión de regular cada prestación o relación jurídica de modo independiente, mediante el sometimiento al derecho más vinculado, puede resultar sumamente perjudicial para el consumidor. CIURO CALDANI advierte que esto inclusive puede implicar un fraude a la ley, cuando el recorte de un contrato y su desvinculación de otro, se convierte en un medio para dejar de aplicar el derecho que normalmente correspondería¹²⁸¹. Lo mismo se puede decir cuando se intenta sustraer al consumidor de una cierta jurisdicción (fraude a la jurisdicción o *forum shopping*).

Es por este motivo que la regulación de ciertas situaciones naturalmente conexas requiere una definición más amplia de proveedor, o

acompañan, o son inherentes al contrato. Si un contrato es o no condicional, o absoluto, si es contrato principal o accesorio; si es limitado o general en sus efectos, todo esto pertenece a la naturaleza del contrato, y depende de la ley o costumbre del lugar en que se ha hecho". Agrego que esta disposición sólo será aplicable cuando se remita al derecho argentino a través del ejercicio de la autonomía conflictual, o bien por una regulación material específica prevista por las partes, o cuando la relación jurídica no tenga contacto argentino.

¹²⁸¹ CIURO CALDANI, *Filosofía de la Jurisdicción...*, p. 88.

bien una calificación autárquica de la relación de consumo. La Propuesta de CIDIP VII, en sus arts. 12 y 13, referida a contratos de turismo o tiempo compartido, creo que en este aspecto es insuficiente cuando determina el derecho aplicable. Obliga a establecer la calidad o no de proveedor de acuerdo a un régimen territorial en particular, que puede liberar de responsabilidad a algunos proveedores en perjuicio tanto del consumidor como de los otros coligados.

Tampoco parece adecuado dejar la solución a merced de criterios amplios, como los de la CIDIP V: adaptar la conexión para realizar la justicia y la equidad en el caso concreto¹²⁸². Lo mismo respecto del Reglamento de Roma I, cuando ante múltiples obligaciones y conexiones, resulta relevante la prestación más característica, o bien la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4). Sin olvidar, además, que estas conexiones están referidas a contratos en que no intervienen consumidores.

Los problemas de la conexidad contractual y de las obligaciones solidarias o concurrentes frente a un consumidor y la relación entre los distintos proveedores, ha sido estudiada en el derecho argentino a través de los conflictos que genera la aplicación del art. 40 de la LDC, referido a la responsabilidad por daños causados por productos o servicios defectuosos¹²⁸³. El problema puede ser relevante en los conflictos internacionales y deberá ser resuelto por las normas de responsabilidad civil del derecho conectado. De todos modos, también habrá que resolver la cuestión previa que condiciona la misma admisión de la competencia del juez requerido: si el presunto proveedor demandado no es parte de la relación de consumo, el reclamo deberá dirigirse a los otros coligados.

¹²⁸² CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, Artículo 3 “Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional”. Artículo 10 “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, 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”.

¹²⁸³ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 381 y ss.

Por otra parte, verificada la falta de relación de consumo, al demandado se le aplicarán las reglas de derecho común sin remisión al régimen protectorio, evitando así su solidaridad agravada o la presentación ante tribunales foráneos.

Pero si resulta explícita la conexidad de acuerdo al art. 40 de la LDC, serán responsables solidariamente el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, siempre que el daño al consumidor resultara del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio. También responderá el transportista por los daños ocasionados con motivo o en ocasión del servicio. Se puede apreciar la multiplicidad de relaciones de consumo que se generan en un mismo hecho; lo natural será que cada uno de los miembros de la red de prestadores o proveedores quiera demostrar su falta de participación.

El juez deberá considerar ciertos problemas procesales y de calificaciones. El hecho de que los demandados sean responsables, ¿es una cuestión procesal o sustancial? Si es procesal, lo determina el juez del foro de acuerdo a su propio derecho, y por tanto deberá decidir si convoca a todos o algunos de los eventuales prestadores extranjeros que también pueden actuar en conjunto con los nacionales que actúan en conexión. Si fuera un tema sustancial, planteada la litis y definido el objeto de la pretensión de acuerdo al derecho aplicable, recién allí se resolverá sobre la responsabilidad de los otros prestadores. De todos modos, este aspecto normalmente aparecerá apenas incoada la demanda, siendo ese el momento en que se puede oponer la excepción de falta de legitimación pasiva. Los aspectos procesales vinculados a los terceros citados, y cómo rigen los plazos para que un extranjero la pueda oponer, dependerán del sistema procesal de juez del foro¹²⁸⁴.

En definitiva, creo que la categoría de proveedor, cuando se trata de la conexidad de su prestación a otra principal, debería ser definida de

¹²⁸⁴ En este sentido, el Protocolo de Santa María, en su art. 7, y la Propuesta uruguaya de CIDIP VII indican que “Si hubieren varios demandados en una misma acción referida al mismo objeto, tendrán jurisdicción internacional los tribunales del Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos”.

modo abstracto, para facilitar la apertura interpretativa en beneficio del consumidor¹²⁸⁵. Una expresión posible puede ser: “Revestirán igualmente la calidad de proveedores quienes, sin haber celebrado el contrato con el consumidor o sin ser los directos obligados, han participado de un negocio jurídico complejo, en el cual sus obligaciones respecto del contratante principal han sido determinantes del cumplimiento de la prestación”. Esta calificación será útil tanto a los fines sustanciales como procesales.

V. E. 2. Subsidiarias, sucursales o representaciones de empresas globales

Las situaciones que se presentan entre el proveedor multinacional y sus sucursales o filiales están conceptualmente relacionadas con el punto anterior. De acuerdo a LIMA MARQUES, si las grandes empresas tienen filiales en todos los países (se refiere a las Américas), se aplicaría la ley del domicilio del consumidor en todos los casos, por ser la ley común a las partes. La autora se refiere aquí a los consumidores pasivos, o a los contratantes a distancia en el comercio electrónico, o a los supuestos de celebración del contrato de turismo en el domicilio de la persona física¹²⁸⁶. Creemos que estos comentarios también pueden aplicarse a la determinación del tribunal competente.

Sin embargo, puede suceder que las subsidiarias estén localizadas en el domicilio del consumidor, pero no hayan tomado parte del contrato ni exista ninguna otra situación entre la filial y el consumidor que pueda dar lugar a una relación de consumo. Hay dos alternativas:

¹²⁸⁵ Se expide en sentido diferente la Convención de La Haya de ventas a consumidores, en cuanto al efecto del contrato respecto de terceros, dejando librado al derecho del juez la determinación del carácter del “tercero” involucrado. De acuerdo al art. 9.b. no se aplicará el derecho de la residencia habitual del consumidor, sino el elegido por las partes o el del juez para establecer los efectos del contrato con relación a terceros. Cfr. VON MEHREN, “La Conferencia de La Haya...”, p. 55.

¹²⁸⁶ LIMA MARQUES, “Las teorías...”, p. 7.

Si, por ejemplo, el consumidor contrató fuera del país, y el lugar de cumplimiento es en el extranjero, los elementos relevantes pueden determinar que el juez competente no sea el domiciliario del consumidor, y por tanto la sucursal es ajena a un contrato celebrado con otra filial o con la misma matriz.

La sucursal es responsable si otros elementos de la relación jurídica vinculan el caso con el foro o con el derecho aplicable; tal sería el supuesto de haberse otorgado garantía global. El caso podrá considerarse local y obligar a la subsidiaria o sucursal del domicilio del consumidor.

También deberá calificarse qué se entiende por “filial”, ya que es un término genérico que requiere ser precisado. El derecho societario o contractual del domicilio de la sucursal o agente deberán acudir en auxilio del juez para determinar qué tipo de vinculación las une con la matriz¹²⁸⁷. En todos los casos, no creemos que deba adoptarse una solución como la propuesta en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que vincularía al consumidor con el establecimiento del lugar donde se debe cumplir la prestación más característica; esto significaría una limitación genérica e inapropiada¹²⁸⁸. Pero, para no dejar la cuestión indeterminada, habrá que verificar si las subsidiarias locales han participado en la publicidad, oferta, prestación de servicios, gestiones administrativas, etc. La representación puede ser muy débil, y a los solos efectos administrativos o judiciales, sin intervención en la negociación con el consumidor.

¹²⁸⁷ El Reglamento de Roma I considera la situación, referida al derecho aplicable, y a contratos entre empresarios, al no regular los aspectos de representación y societarios: Artículo 1 Ámbito de aplicación material “2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) g) la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica; (...)”

¹²⁸⁸ Proyecto de Ley de Código de Derecho Internacional Privado, Trámite Parlamentario 2016-D-04, art. 72, segundo párrafo: “Si no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento, se presume que estos vínculos existen con el Estado donde la parte que debe cumplir la prestación característica tiene establecimiento o residencia habitual. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, se tomará en cuenta aquel que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”.

Creemos que la situación es clara si la contraparte del consumidor es un agente del proveedor extranjero, regido por las normas del mandato¹²⁸⁹. Aún cuando el caso pueda considerarse nacional debido a que el contrato ha sido celebrado y cumplido en este territorio, de todas maneras existe un elemento objetivamente extranjero: el domicilio del obligado¹²⁹⁰. La matriz será responsable por los actos de su agente, y el consumidor tendrá abierta la posibilidad de reclamar en el domicilio del principal o del representante, si le resultara más conveniente, en la medida que éste no actúa en nombre propio.

El caso será resuelto de modo inverso si el proveedor local es un franquiciado del franquiciante extranjero. Si el consumidor contrató en el extranjero, allí se encontraba el lugar de cumplimiento, y no existen puntos de contacto locales salvo el domicilio o residencia habitual del consumidor, no vemos por qué puede reclamar ante el franquiciado. En la medida que éste no haya tenido relación con el acto de consumo, es una persona jurídica distinta y por tanto no puede ser responsable por hechos ocurridos en el extranjero. El consumidor deberá probar la calidad de proveedor del franquiciado: si efectuó publicidad vinculada a esa relación internacional, si actuó como agente cobrador, etc.

El problema se ha presentado en dos casos jurisprudenciales. El primero, al que ya nos hemos referido, es el V.M.C c. USB AG (ex Unión de Bancos Suizos)¹²⁹¹. Allí, dos consumidores presentaron una demanda contra la casa matriz del banco suizo, ante su representación en la República. Esta última no actuaba en su carácter de entidad financiera, no

¹²⁸⁹ CCom “Art. 221. El mandato comercial, en general, es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda”.

¹²⁹⁰ PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 30.

¹²⁹¹ El caso es más complejo, y nos referiremos a él en otras circunstancias, al tratar la validez de las cláusulas de prórroga. Un aspecto que no fue mencionado por el tribunal, pero que se da por supuesto, es la doctrina de la CSJN en el caso Exportadora Buenos Aires c. Holliday Inn, por cuanto cualquier lugar de cumplimiento hubiera bastado para determinar la competencia de los tribunales nacionales. CNCom Sala B, 2005/06/22, V.M.C. y M.W. c. UBS AG (Ex Unión de Bancos Suizos), publicada en LL 2005-D, 836 y ss.

realizaba operaciones bancarias, ni había tenido participación en la celebración ni cumplimiento de los contratos de depósito. Incluso —al menos así lo alega en la contestación de demanda—, la representación constituida en la República existía a los solos fines de cumplir con las reglamentaciones del Banco Central. El estatuto social o los poderes otorgados tampoco habilitaban a la representación en juicio. Sin embargo, la aparentemente tenue ligazón se consideró suficiente como para habilitar la jurisdicción, ya que de lo contrario los consumidores hubieran debido plantear la demanda ante la casa matriz en Zürich.

El otro caso es “Panasonic”¹²⁹². Fue planteado en Brasil, y el Superior Tribunal de Justicia le dio la razón a un consumidor que solicitó en su país la reparación de una filmadora adquirida en EE.UU. durante un viaje de turismo. Los argumentos y hechos probados por parte de la demandada, son los siguientes:

Se trataba de empresas distintas —Panasonic Co. de Osaka, Japón, como fabricante y Panasonic do Brasil en cuanto demandada—;

Panasonic do Brasil no es fabricante, vendedora ni importadora de ese producto;

el producto era de reciente lanzamiento al mercado y todavía no estaba disponible en Brasil;

la venta fue en el extranjero, el contrato estaba redactado en otro idioma y no hay ningún punto de contacto con Brasil;

no pudo existir publicidad engañosa ya que nunca se hizo oferta de ese producto;

la garantía no era global, ya que expresamente se indicaba su otorgamiento restringido al territorio de USA;

existe una regla expresa en el Código de Defensa del Consumidor brasileña, por la cual “O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar que não colocou o

¹²⁹² SJT. REsp. 63.981-SP, 4 de mayo de 2000, con voto vencedor del Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

produto no mercado” (Lei nº 8.078/90, parágrafo 3º, artigo 12)¹²⁹³; por tanto, no se le puede imputar la generación de un riesgo, al no haber colocado el producto en el mercado;

no se pagaron los impuestos de importación;

el servicio de reparaciones no estaba capacitado para atender equipos que no estaba comercializando¹²⁹⁴.

En definitiva, la relación de consumo se estableció en Miami, y el reclamo debería plantearse a Panasonic Company, de Osaka, Japón, o bien al comerciante vendedor. Sin embargo, la mayoría del tribunal consideró que en el marco de la teoría de la apariencia, un consumidor — inexperto por definición— puede razonablemente creer que Panasonic do Brasil es la detentadora exclusiva de los derechos (y deberes) sobre cualquier elemento o conducta vinculados al nombre “Panasonic”¹²⁹⁵. Por este motivo, los argumentos referidos a la falta de identidad entre la subsidiaria y la matriz, vinculados a la independencia de la personalidad jurídica de ambas empresas, no fueron considerados como eximentes de la responsabilidad de la subsidiaria local.

El CDC contiene una disposición que permite el “corrimiento del velo societario” cuando la independencia de la persona jurídica puede afectar al consumidor. Esta norma, que el Ministro Aldir PASSARINHO JUNIOR indicó expresamente no ser aplicable a la cuestión, fue dejada de lado en el voto de la mayoría:

¹²⁹³ En realidad el artículo citado se refiere a los supuestos de daños al consumidor por productos defectuosos.

¹²⁹⁴ El Ministro Cesar ASFOR ROCHA, preopinante y contrario a la extensión de responsabilidad, llevó el caso al absurdo: ¿será también responsable Panasonic por la reparación de todos los productos contrabandeados con su marca? ¿deberá también reparar otras líneas de productos, que aunque propios, no ha decidido fabricar ni importar? Por ejemplo, si importa sólo televisores, reparar también agendas electrónicas.

¹²⁹⁵ En palabras del Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, en la exposición del voto de la mayoría, “estamos vivendo em uma nova realidade, imposta por uma economia globalizada. O mercado consumidor, não se pode negar, vê-se hoje, 'bombardeado' por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos levando em linha de conta diversos fatores, entre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida 'Panasonic do Brasil Ltda.' da marca mundialmente conhecida 'Panasonic'”.

“Sección V. De la privación de personalidad jurídica. Art. 28. El juez podrá privar de personalidad jurídica a las sociedades cuando, en detrimento del consumidor, hubiera abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación de los estatutos o contrato social. La privación también será realizada cuando hubiera quiebra, estado de insolvencia, clausura o inactividad de la persona jurídica, provocados por mala administración. § 2. Las sociedades integrantes de grupos societarios y las sociedades controladas son subsidiariamente responsables por las obligaciones derivadas de este Código. § 3. Las sociedades en consorcio son solidariamente responsables por las obligaciones derivadas de este Código. § 4. Las sociedades coligadas sólo responderán por culpa. § 5. *También podrá ser privada de personalidad la persona jurídica, siempre que esa personalidad fuera, de alguna forma, obstáculo al resarcimiento de perjuicios causados a los consumidores*” (cursiva me pertenece).

En consecuencia, prevaleció la tesis contraria por cuanto:

la marca dejó de ser local y ahora es universal;

si alguien se beneficia de su prestigio mundial por la calidad de sus productos, no deben existir fronteras que impidan mantener indemne esa confianza;

aunque las empresas por razones fiscales o políticas tengan la sede en un país determinado y personalidad jurídica independiente en cada uno donde desarrollen actividades, las utilidades se obtienen en un mercado mundial;

ninguna de las sedes sociales está aislada del resto;

la credibilidad que logra el posicionamiento internacional de la marca, obliga a ser responsable en los términos de la expectativa creada;

el equipo en cuestión es original y no falsificado;

las cuestiones fiscales o aduaneras no se deben confundir con las derivadas de una relación de consumo.

Si bien en el referido caso “Panasonic” se esgrimieron argumentos de derecho societario y de marcas, en el fondo estaba latente la teoría de la apariencia, mediante la cual se pretende subsanar la desasimetría in-

formativa, especialmente cuando el tipo de conocimientos requeridos — en este caso ‘tecnicismos jurídicos’— puede inducir al consumidor a tomar decisiones erróneas.

Por mi parte no estoy de acuerdo con la solución del fallo. Queda manifiesto el riesgo que implica para cualquier empresa global intentar lícitamente poner límites a su responsabilidad. Por otra parte, si las normas internas rigen casos multinacionales cuando no hay suficiente contacto con el foro, en un pretendido carácter de normas de aplicación inmediata, ¿para qué tanto esfuerzo?¹²⁹⁶ ¿Qué queda del Derecho Internacional Privado? ¿Dónde está el respeto al elemento extranjero? LIMA MARQUES considera como interpretación plausible de este fallo que se hizo aplicación del CDC art. 101 (“*Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (...) pode ser proposta no domicílio do autor*”) como norma de aplicación inmediata, debido a que constituye la reglamentación de los derechos fundamentales del consumidor contenidos en la Constitución, especialmente en cuanto al acceso a la justicia¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ Digo “pretendido” porque no hay elemento extranjero en la norma. Vale la pena recordar una vez más que no toda norma imperativa es necesariamente “internacionalmente imperativa”, al igual que ocurre con el orden público. La aclaración está bien receptada en la versión final de la Propuesta de CIDIP VII, que distingue entre las normas del país del foro que tengan carácter internacionalmente imperativo, las normas internacionalmente imperativas del país del domicilio del consumidor (aplicables para casos de consumidores pasivos) y el orden público internacional del foro (art. 9, numerales 1, 2 y 3 respectivamente).

¹²⁹⁷ También parece criticar el fallo Nadia de ARAUJO, comentando la tesis de maestría de Daniela JACQUES, *Direito Internacional Privado e Direito do Consumidor. Adequacao dos métodos de Direito Internacional Privado para a protecao do consumidor*, 2004, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Allí se refiere al uso excesivo del método que pretende ampliar el ámbito de aplicación de la ley del foro. El método conflictual, si bien resulta insuficiente, tampoco habilita para utilizar las normas internas como de aplicación inmediata. Esto llevaría a un territorialismo exacerbado, desconsiderando el elemento extranjero. Cfr. ARAUJO, Nadia de, “Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII”, em *Direito Internacional Privado – União Européia e Mercosul*, Luiz Otavio PIMENTEL, Carlos ESPLUGUES MOTA, Welber BARRAL (Organizadores), Fundação Boiteaux, Florianópolis, 2007, pp. 129-155, en 151. Por mi parte, considero que en el peor de los casos se podría haber abierto la jurisdicción ante un su-

En una primera instancia es posible entender que cuando el Estado brasileño debe “promover” la protección del consumidor, esto implica asegurar la posibilidad de reclamos. Pero luego, ¿cómo pretender aplicar el derecho local sin que exista contacto con el foro? Creo que lo razonable hubiera sido aplicar el derecho del lugar de cumplimiento, o de ejecución de la garantía, o de fabricación, pero no el domiciliario; al menos en este supuesto particular. La apertura de la jurisdicción ante un eventual *forum necessitatis* no significa aplicar derecho local, más aún cuando se trata de un punto de contacto muy débil y absolutamente extraordinario.

Si la doctrina de este fallo fuera admitida de modo amplio, de ahora en más, en la medida que los beneficios de las empresas son mundiales, las barreras regulatorias de los Estados quedan deshechas. Si la empresa decidiera no exportar a un determinado país, esto no sería óbice para que la legislación le resulte igualmente aplicable. Es un problema particularmente grave para las marcas globales o mundialmente notorias. Éstas suelen realizar publicidad transfronteriza y son reconocidas de modo indistinto por un universo de consumidores heterogéneo y disperso geográficamente, que identifica las particularidades o atributos comunes a los productos o servicios que utilizan el signo.

La solución correcta, a mi entender, estaría dada por la universalización del criterio del art. 5.3 de la Convención de La Haya de ventas a consumidores (luego seguido por la Convención de Roma de 1980), por el cual se requiere que la publicidad y otras operaciones de marketing hayan sido dirigidas o proyectadas al país de residencia habitual del consumidor. Si la publicidad fuera global, habrá que distinguir la publicidad institucional de aquella referida a un producto o servicio en particular. Si un consumidor recibe en su domicilio, ya sea por televisión, transmisión de espectáculos deportivos, etc., publicidad referida a una cámara de video en particular, la relación entre el acto de consumo fuera de su domicilio y la marca o empresa global resultaría así más estre-

puesto de *forum necessitatis*, pero luego la solución debería tener en cuenta la relación del caso con el derecho aplicable.

cha. El art. 5.3 de la Convención de La Haya de ventas a consumidores reza:

“La Convención deberá aplicarse solo a los siguientes casos: (...) 3. “Cuando el pedido fue precedido de una invitación específica dirigida al consumidor en el país de su residencia habitual, o mediante publicidad o alguna otra actividad de marketing proyectadas o dirigidas a aquel país donde el consumidor cumplió con los pasos necesarios, que son a su cargo, para la conclusión del contrato”.

Este fenómeno, aunque global, presenta la dificultad propia de la atención de clientes locales, con el necesario cumplimiento de normativas regulatorias. Aunque los productos pueden ser iguales en todos los países, las reglamentaciones locales impiden la uniformidad. No siempre será sencillo para las empresas internacionales realizar las necesarias adecuaciones al medio: normas técnicas y de compatibilidad, medidas de seguridad, estándares no homogéneos, etc. Incluso tratándose de productos puestos lícitamente en el comercio en otro país, pueden no ser aptos para el uso en el domicilio del consumidor. Los bienes requieren adaptaciones por disposiciones de seguridad, control sanitario, etiquetado o manuales de uso y mantenimiento. De este modo se le impide a la empresa tomar una decisión legítima, cuando decide no realizar negocios en determinado país, o prefiere segmentar su oferta por mercados. Por tanto, si la jurisprudencia del caso Panasonic se extiende, la condición jurídica de la filial, en cuanto persona independiente de la matriz, no será una barrera para los reclamos de los particulares.

Es corriente que se señale como una dificultad para el crecimiento del comercio internacional, el hecho de que una empresa que opera en mercados globales pueda ser demandada en cualquier territorio. Los mayores costos que esto puede engendrar, significaría un desincentivo en perjuicio de los mismos consumidores¹²⁹⁸. Y se sugiere que la misma empresa puede decidir en qué mercados operar, tomando medidas conducentes a no dirigir sus negocios a determinados países. Incluso sería una eficaz manera para distinguir entre proveedores activos y pasivos.

¹²⁹⁸ FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, Segunda parte, nro. V.

Ahora bien: ¿qué queda de estos argumentos luego de la sentencia que comentamos? Cuando una empresa quiere limitar sus negocios al país donde desarrolla la actividad, ¿deberá pedir pasaporte a los adquirentes?

La Directiva Europea sobre el comercio electrónico, en el considerando (19) se preocupa por la determinación del lugar de establecimiento del prestador de servicios. Este es aquel lugar de “realización efectiva de la actividad económica”. En cuanto a los servicios brindados mediante Internet, el lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica. Y en caso de que un prestador tenga distintas sedes, será el lugar en que tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular. Si esto es así en el contexto digital, con más razón en el entorno físico o analógico. Si el empresario no desarrolla actividades en un país, ¿a título de qué reclamarle?

Un argumento más: a la luz de los hechos del fallo que estamos criticando, nunca se podría haber aplicado el Protocolo de Santa María, una norma diseñada especialmente para la protección del consumidor. En este sentido, creemos sienta un principio sumamente razonable, ya que el Protocolo será aplicado sólo cuando “la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de *una propuesta específica* o de *una publicidad suficientemente precisa* y que éste *hubiere realizado*, en ese Estado, *los actos necesarios para la conclusión del contrato*” (art. 1.C). Más aún: el consumidor podrá demandar a cualquiera de las filiales, sucursales, agencias o representaciones del proveedor en otros Estados Parte, *siempre que en cualquiera de ellas se hubieren realizado las operaciones que generaron el conflicto* (art. 6).

En el hipotético caso de que estuviera vigente el Protocolo, se llegaría al absurdo resultado de que si el consumidor se relaciona con un proveedor de la zona económica, tiene menos protección que si contratara en cualquier lugar del mundo. De acuerdo al fallo que criticamos, el consumidor puede reclamar “siempre” en su país, al aplicarse —creemos que arbitrariamente— el CDC como norma de policía. Mientras

que si el contrato fuera con proveedores de otro Estado Parte del MERCOSUR, sus posibilidades de reclamo son menores, al existir requisitos precisos, no cumplidos en el caso. Y ratificamos que es una arbitraria aplicación del CDC, ya que toda norma de policía o de aplicación inmediata, debe contener una referencia a las situaciones de extranjería.

Adicionalmente, se puede agregar que la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII, en el art. 5 cuando califica el domicilio de las personas jurídicas indica primeramente la sede principal de su administración, y luego, "si la persona jurídica tuviere sucursales, agencias, establecimientos o cualquier otra especie de representación, se considerará domiciliada en el lugar donde éstas estén situadas *en lo concerniente a las relaciones de consumo en que intervengan*". Sin duda esta también es una solución razonable, que hace responsables a las personas jurídicas en la medida que hayan intervenido en esa particular relación de consumo.

En Argentina, la situación de las subsidiarias o filiales fue contemplada para los bancos que actúan como filiales de empresas extranjeras. La Ley 25.738 prevé que las entidades financieras locales de capital extranjero y sucursales de entidades extranjeras autorizadas a operar en la República Argentina, están obligadas a informar al público sobre el respaldo de las casas matrices o grupos accionarios mayoritarios por las operaciones bancarias realizadas en el país. Deberán indicar bajo qué supuestos responden por las operaciones de la filial local, y cuál es el alcance de dicha garantía. En caso de no ser responsables, deberán informar esa situación mediante avisos publicitarios.

Los presupuestos son complementarios a los que nos planteamos en nuestro interrogante y contempla las dificultades de la situación. Acá deja de ser responsable la matriz por los actos de la subsidiaria; el problema inicial se refería a cuándo es responsable la filial por los actos de la principal, ocurridos en el país o en el extranjero. En resumidas cuentas, el juez que entienda en la causa verificará provisionalmente si alguna de las personas jurídicas o comerciantes que intervienen en el negocio es proveedor, a los fines de establecer la relación de consumo. Luego, en virtud de la *lex civilis causae*, se resolverá respecto del grado de vin-

culación o responsabilidad de esa contraparte. Creo que este es el razonamiento correcto.

V. E. 3. Los titulares de derechos de propiedad intelectual en su condición de proveedores internacionales

Uno de los aspectos más característicos de la globalización lo constituye la vigencia prácticamente universal de los derechos de propiedad intelectual (DPI). Estos se refieren a marcas, obras autorales, patentes, denominaciones de origen, software, nombres de dominio y cualquier otro bien intangible, casi todos ellos incluidos en los ADPIC (Acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual vinculados al Comercio, TRIPS en inglés), y los Convenios de Berna o de París¹²⁹⁹.

La divulgación sin fronteras proviene de la misma naturaleza del conocimiento: su inmaterialidad. Particularmente las marcas y demás signos distintivos, son otorgados como derechos exclusivos debido a que la *ratio legis* que fundamenta su protección es la importancia del signo como protector de la buena fe del consumidor¹³⁰⁰. Esta característica a su vez se constituye en el motivo que resguarda la protección de la leal competencia entre empresarios. El poder de mercado que implica la diferenciación tiene dos caras, y, mientras más se fortalece una, más crece la otra. Pareciera que a mayores y mejores derechos que los titulares tienen frente a la competencia, más obligaciones se generan frente a

¹²⁹⁹ Todos los países miembros de la OMC, surgida a partir de la Ronda Uruguay del Acuerdo de Marrakech, que dio origen a la OMC, son a su vez parte de los ADPIC.

¹³⁰⁰ La Propuesta de CIDIP VII, en su art. 5, indica: "Temas excluidos, 1. quedan excluidos del campo de aplicación de esta Convención: (...) h) las cuestiones de derecho de sociedades, de seguridad social, de tributos, laborales, sobre nombres de dominio y propiedad intelectual". Entiendo que la exclusión se refiere a que no es del ámbito de la Convención un litigio sobre titularidad de nombre de dominio, o sobre infracción marcario, o plagio, por ejemplo. Pero nada impide que un titular marcario o de derecho de autor pueda ser considerado proveedor en ese carácter. De aquí que la exclusión pueda ser compatible con el art. 1.3, que permite la extensión excepcional de la protección cuando el derecho aplicable, conectado de modo relevante con el caso, resulta más favorable a los intereses del consumidor. La redacción del art. 5.1.j) ha sido criticada por VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 130-131.

los consumidores. Las marcas reconocidas y de prestigio tienen la capacidad de crear barreras de entrada a segundas o terceras marcas, debido a que generan una mayor 'esperanza'. Por tanto es razonable se les pueda imputar un deber de obrar con diligencia frente al público, de hacer buen uso del nombre y sostener esa merecida confianza, respaldando el cumplimiento de la expectativa que está detrás del signo¹³⁰¹.

La LDC, en su última reforma, incluye como proveedores a "los concedentes de marca". Es una expresión extraña, pero en resumidas cuentas, el texto legal indicaría que 'quién concede el uso de su marca es responsable por el cumplimiento de la LDC'. En una interpretación restrictiva, serían proveedores aquellos titulares marcarios que ostenten la propiedad de una marca concedida por la autoridad administrativa, y luego la aplican a productos y servicios relacionados con consumidores. Pero parece más acorde con la finalidad de la ley otorgar el mismo grado de responsabilidad a los demás signos que cumplen con semejantes funciones distintivas. Estas son: a) indicadora del origen o procedencia, a fin de brindar cierta garantía de estabilidad y confianza, al indicar el origen permanente; b) distintiva o diferenciadora, de manera de distinguir productos de una empresa de los de otras; esto facilita al empresario acceder al consumidor y a este tomar la mejor decisión; c) indicadora de la calidad, en cuanto sostenimiento constante de los atributos que esperan los consumidores, en muchos casos sinónimo de prestigio, reputación, también vinculada al precio del bien o servicio; d) publicitaria, mediante la asociación que el productor proyecta como 'puente' entre el signo y el público a través de la información que brinda la marca¹³⁰².

¹³⁰¹ Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Alberto José BUERES y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (directores), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 379. También ALTERINI, Atilio Anfbal, "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza", en *Derecho de Daños, Segunda Parte, Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas*, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, directora, y Carlos A. PARELLADA, coordinador, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 547.

¹³⁰² Cfr. OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), *El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores*, Ginebra, 1983, pp. 13-16.

Estas funciones connaturales de las marcas, en la medida que sean verificadas en otros signos distintivos, ¿darán lugar a semejantes consecuencias jurídicas? La norma obedece a un principio que la sustenta, el correspondiente a la confianza generada por la apariencia¹³⁰³. Y debido a que, “[E]n caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” (art. 3), resulta plausible extender la aplicación del concepto de marca a otros signos distintivos que resulten determinantes del acto de consumo, aún cuando luego se descarte la relación causal entre ese signo y el incumplimiento o daño. Por eso se ha dicho que

“Las marcas, nombres comerciales e indicaciones geográficas que funcionan con eficacia y se utilizan debidamente, benefician al consumidor ofreciéndole una fuente de información sencilla pero digna de crédito que le ayuda en sus decisiones frente a la variedad cada vez mayor de los productos y servicios que ofrecen los mercados [...]. La represión de las indicaciones, aseveraciones y demás actos que son contrarios a las prácticas honestas protege al consumidor contra las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas”¹³⁰⁴.

De acuerdo al art. 40 LDC el titular de marca puede ser considerado un proveedor en la medida que haya puesto su signo en el producto o servicio que causa un daño al consumidor. Se trata de un caso de responsabilidad objetiva, porque aún sin ser contratante, ha generado la apariencia de fabricante¹³⁰⁵. Es una excepción al efecto relativo de los

¹³⁰³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza” en LORENZETTI, Ricardo, LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 37-77.

¹³⁰⁴ Cfr. OMPI, *El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores*, p. 11.

¹³⁰⁵ En la UE “se entiende por «productor» la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto”. Art. 3.1 Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, publicada en Diario Oficial n° L 210 de 07/08/1985 p. 0029 – 0033.

contratos, por el cual las convenciones privadas son ley para las partes pero no pueden perjudicar a terceros (cfr. arts. 1197 y 1195 CC)¹³⁰⁶.

Cuando el art. 40 LDC menciona a “quien haya puesto su marca”, se refiere a aquellos que en el supuesto concreto no son a su vez productores ni fabricantes, importadores, distribuidores o vendedores, ya que de lo contrario estarían involucrados por pertenecer a alguna de esas categorías¹³⁰⁷. En realidad el consumidor contrató —compró, recibió servicios, etc. —de algún fabricante o distribuidor o importador que no será necesariamente aquel a quién pertenece el signo distintivo: he aquí el efecto expansivo de la categoría. Y, como suele suceder en la práctica, es muy probable que este “tercero” sea más fácil de ser atacado por parte de un consumidor damnificado, ya que en los sistemas actuales de producción y comercialización, las funciones de fabricación, distribución, reparación, etc., pueden resultar fungibles. Hoy día, gran parte del valor agregado de la cadena económica —en porcentaje del precio del producto— está en el diseño, la innovación y la diferenciación, tarea que corresponde a quienes generan o detentan los bienes intangibles¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ La relatividad de los efectos del contrato se refiere a los derechos y obligaciones que se derivan del acuerdo, los que no conciernen a terceros. Pero a su vez el contrato es un hecho, y su existencia vincula a las partes con terceros, que pueden sufrir o aprovecharse del mismo. Y si bien los contratos pueden ser opuestos a todos los terceros que deben reconocer sus efectos, esto cede ante derechos preferentes del mismo causante, de otra persona o de la ley. Una reseña del principio del efecto relativo de los contratos o *res inter alios acta tercio neque nocet neque prodest* puede consultarse en REZZÓNICO, *Principios...*, pp. 238-246.

¹³⁰⁷ “Art. 40 LDC. — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y *quien haya puesto su marca en la cosa o servicio*. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

¹³⁰⁸ Cfr. RIVERA, “Globalización y derecho...”, p. 1009. Así, por ejemplo, los productos fabricados por terceros en beneficio de los grandes supermercadistas bajo la modalidad de *façon* o maquila, que utilizan sus propias marcas, no son reconocidos en razón del nombre del fabricante que no figura en el envase, sino por la confianza que genera la marca de la cadena comercial. Obviamente, en este caso es el mismo supermercado quién vende, con lo cual la mención de la marca no suma un nuevo proveedor a la rela-

Ahora bien, esta disposición de derecho interno no será aplicada sin más a los conflictos transfronterizos, y lo que nos interesa es saber en qué medida un titular de marca, que ha concedido una licencia, integra una relación de consumo internacional. Aclaro —una vez más— que ese titular, en la situación que estamos considerando, no actúa como fabricante, distribuidor, importador, etc. De lo contrario, integraría la relación de consumo de acuerdo a esas calidades.

Conviene profundizar en estas ideas, distinguiendo el tipo de signo distintivo que tengamos delante. La concesión de la marca es territorial, y ese es el límite del derecho exclusivo. De todas maneras, la extensión de su influencia es variable. Tenemos marcas locales, que entran en colisión con las registradas en otro país, por otros sujetos, y para los mismos o diferentes productos o servicios. También existen marcas internacionales, con múltiples registros, o bien marcas notorias y mundialmente conocidas. Por tanto, se trata de saber cuándo la asociación del signo a un determinado bien, puede involucrar al titular como proveedor.

a) Las marcas notorias, las célebres y las mundialmente notorias

Las marcas notorias gozan de distinto nivel de protección de acuerdo a los países, con el consiguiente derecho de excluir a otros del uso de ese signo; se benefician así de mayor o menor poder de mercado, por lo que se le puede aplicar el mismo principio de responsabilidad por la confianza generada en el consumidor. Pueden no estar registradas en el país, o bien estar registradas sólo en determinadas clases y dadas las excepciones que la marca notoria implica respecto a los criterios de especialidad y territorialidad, el consumidor puede fácilmente presumir la originalidad del producto¹³⁰⁹. Frente a quién es notoria, qué consumo-

ción de consumo, pero el ejemplo es útil para verificar la capacidad atractiva del signo distintivo por sobre las características del producto o las capacidades técnicas del fabricante.

¹³⁰⁹ Respecto del concepto de marca notoria, cfr. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés “Comentario a la ley 22.362”, en *Código de comercio, Comentado y Anotado*, Adolfo A. N. ROUILLON (director), Daniel F. ALONSO (coordinador), Bs. As., La Ley, 2006, tomo V, p. 1294. De

res pueden reconocerla y valorarla de tal manera que haya sido determinante en la relación de consumo, dependerá del tipo de productos, de público y de las prácticas habituales de esos consumidores o 'selectores'¹³¹⁰. Estas situaciones de hecho serán consideradas a los fines de establecer si resulta razonable que un consumidor haya podido de buena fe creer que estaba contratando con el titular de la marca notoria.

A fin de eximirse de responsabilidad resultará relevante, por ejemplo, que el titular de la marca notoria opere usualmente en otro contexto, que no resulta razonable que esa marca esté aplicada a ese producto en particular, si es o no habitual el uso extensivo de esa marca a distintos productos, etc.¹³¹¹. Por el contrario, será responsable un titular de marca notoria si su signo es utilizado en productos que no tienen relación con su uso original, pero mediante la práctica del merchandising se comercializan implementos, utensilios, vestimenta y todo tipo de productos donde la renombrada marca dota de un prestigio simbólico a dichos productos.

En cuanto a qué criterios permiten delimitar la categoría, puede ser relevante dónde ha sido comprada la vestimenta o el equipo de audio, porque junto a las representaciones exclusivas, distribuidores y franquicias de aeropuertos internacionales, existen también despachos en ferias, venta callejera, etc. Todas estas serán pautas para evaluar si el consumidor puede presumir que ha existido 'concesión' de una marca notoria aplicada al producto, o bien que ha sido negligente en la selec-

acuerdo a los ADPIC, artículo 16.2, "al determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, los Miembros tomarán en cuenta la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público..."

¹³¹⁰ Cfr. "Oltex S.A. v. Bentley Motor", Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 3ª, 16/05/2004, en *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2005-I, pp. 355-360, con nota de Jorge OTAMENDI, "Nuevamente la protección de la marca notoria". Cfr. BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Heliasta, 2003, pp. 35-45.

¹³¹¹ Cfr. Ernesto ARACAMA ZORRAQUÍN, "El 'Merchandising'", LL 1997-B, 1331. Será determinante, ya en una etapa probatoria, la existencia de una licencia, usualmente onerosa.

ción de los otros proveedores, como el comerciante o distribuidor¹³¹². LORENZETTI considera que debe existir un nexo causal entre la expectativa creada y el acto realizado por el tercero, es decir entre el titular de marca y el consumidor afectado. Entre los elementos imprescindibles para que pueda existir apariencia suficiente señala que la confianza debe haberse generado por circunstancias objetivas, generalizables, y considera aplicables los parámetros del error de hecho y de la persona que obra de buena fe (arts. 929 y 1051 del CC). A consecuencia de esto, si el consumidor compra en tiendas en línea, sin tratarse de la misma página Web del concedente, ni de un distribuidor autorizado, debería hacerse cargo del riesgo que ha asumido voluntariamente.

b) Marcas de certificación y sellos de calidad

Las marcas de certificación son signos que para su utilización requieren autorizaciones de autoridades gubernamentales, aunque en muchos casos su gestión está a cargo de entidades privadas. Ya me he referido parcialmente al tema al hablar del *soft law* (ver IV. C, p. 416 y ss.). A fin de otorgar mayor seguridad jurídica, es posible incluir en la definición de relación de consumo transfronteriza a los proveedores que utilizan o gestionan estos signos.

Como ejemplo de funcionamiento de estas marcas de certificación y el impacto que pueden tener en el comercio internacional, podemos traer a colación el sello de calidad “ALIMENTOS ARGENTINOS UNA ELECCION NATURAL”, y su versión en idioma inglés “ARGENTINE FOOD A NATURAL CHOICE”. Fue creado por medio de la Resolución 392/2005

¹³¹² En los mercados internacionales, para verificar la eventual responsabilidad del titular marcario, será muy importante considerar qué tipo de consumidor está involucrado, no siendo igual el caso de un producto reservado a un selecto grupo de clientes de élite que un servicio masivo. El consumidor informado y especializado no puede alegar ignorancia o error en la contratación al momento de pretender extender la responsabilidad al concedente de marca como proveedor aparente. El concepto de ‘consumidor medio’ a los fines de la confundibilidad debe matizarse, considerando el tipo de producto, precio, lugares corrientes de comercialización, etc. Cfr. CHIJANE DAPKEVICIUS, Diego, *Derecho de Marcas*, Reus, Madrid, 2007, p. 362-365.

de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA). En esta norma, tanto en los considerandos como en su articulado, contamos con un resumen privilegiado de la función de estos sellos frente a los consumidores, y, por tanto, de la capacidad del titular de ser proveedor aparente, en este caso el mismo Estado Nacional. De acuerdo al art. 3 de la Resolución sus objetivos son:

“a) Promover y resguardar la autenticidad y originalidad de los alimentos argentinos, en virtud de las circunstancias sociales, culturales y naturales de producción, elaboración y transformación. [...] c) Promover la diferenciación de los productos que voluntariamente ingresen al sistema, en los canales de comercialización y en los puntos de venta; y el reconocimiento inmediato por parte del consumidor de una calidad que satisface una expectativa o gusto determinado por sobre los estándares que fija el Código Alimentario Argentino. d) Brindar a clientes y consumidores garantía de que los productos, que voluntariamente ingresen al sistema, han sido elaborados en conformidad a características específicas y/o condiciones especialmente establecidas en los respectivos protocolos. e) Otorgar un distintivo especial a los alimentos argentinos que presenten atributos de valor característicos y constantes, y que respondan a criterios de valoración significativos, objetivos, mensurables y rastreables. [...]”

En este supuesto, el titular del sello asume una responsabilidad directa sobre el cumplimiento de las expectativas prometidas, junto con el productor que a su vez colocó su propia marca en el producto. Si el daño es por productos defectuosos, en los términos del art. 40 de la LDC, la responsabilidad del Estado Nacional será solidaria. Esto es así porque el sello de calidad goza de gran prestigio y el valor simbólico agregado es superior al propio de la marca comercial del fabricante. La publicidad que acompaña al sello —genérica para todos los productos que lo incorporan—, la garantía que implica la intervención de la SAGPyA, los controles y el cumplimiento de protocolos exigidos para gozar de la facultad de utilización por parte de los productores, son sin duda todos elementos muy atractivos para la clientela en los mercados de destino de nuestras exportaciones. De nada valdría la eximición de responsabilidad en-

tre el titular concedente y el cesionario, que no sería oponible al consumidor, tanto local como extranjero¹³¹³.

Otro tanto puede decirse de sellos de calidad de prestigio, como IRAM o ISO, donde el signo está asociado a la garantía de los organismos certificadores, al cumplimiento de pautas de control y mecanismos de trazabilidad, que pueden hacer responsables a esos organismos o instituciones en conjunto con los productores o fabricantes¹³¹⁴.

c) Indicaciones geográficas y denominaciones de origen

Las indicaciones geográficas (IG) identifican productos como originarios del territorio de un país, región o localidad, cuando su calidad u otras características del producto sean atribuibles a su origen geográfico. Las denominaciones de origen (DO) indican el nombre de una región, provincia, departamento, distrito, localidad o zona del territorio nacional, la que debidamente registrada sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y humanos¹³¹⁵. Ambos institutos tienen una clara vocación internacio-

¹³¹³ El anexo III de la mencionada Resolución contiene el modelo de contrato entre el titular cedente (licenciante) y el cesionario (licenciado) e incluye como cláusula novena: "Cláusula de Indemnidad Ley N° 24.240: El 'CESIONARIO' se obliga a mantener indemne al 'CEDENTE' frente a cualquier reclamo de terceros con base en el Artículo 40 de la Ley N° 24.240. Expresamente toma a su cargo la responsabilidad por daños que establece dicha norma, y exime integralmente a la 'CEDENTE'. Dentro de Argentina, esta estipulación no puede serle opuesta al consumidor, debido a que el art. 40 de la LDC es de orden público. En definitiva, la cláusula es una aceptación anticipada de las acciones de regreso que el titular del sello (la SAGPyA) pueda tener contra el productor. En el marco internacional, si el daño ocurriera a consumidores en el extranjero, la validez de esta cláusula estará sujeta al derecho del juez del foro.

¹³¹⁴ Así, por ejemplo, el Instituto Argentino de Normalización en conjunto con la Fundación ArgenINTA, otorgan un Certificado de Buenas Prácticas Agrícolas y Buenas Prácticas de Manufactura, donde garantizan el uso de medidas higiénicas sanitarias mínimas para asegurar la inocuidad de un alimento, una vez verificada la aplicación de la norma IRAM 14102 (2001). Esto permite que el productor brinde mayor confianza a los consumidores.

¹³¹⁵ En Argentina, ambas están reguladas en la Ley 25.380, pero nos referiremos sólo a las DO por tener mayor impacto internacional. Respecto del régimen general de

nal, a fin de identificar productos en los mercados mundiales. Están regulados internacionalmente en los arts. 22 a 24 de los ADPIC bajo el nombre genérico de “indicaciones geográficas”, como resultado de arduas negociaciones en la constitución de la OMC¹³¹⁶.

Quienes utilizan la IG o DO, son fabricantes o productores que también aplican su propia marca comercial. Nos interesa saber si quien administra el signo también es responsable en su condición de titular exclusivo del permiso y control de su uso. En cada país existirá una autoridad administrativa, que para otorgar el registro de la DO verifica la existencia de un marco institucional que garantice el buen uso del signo.

De acuerdo a la legislación argentina —similar a la de todos los países—, los titulares deben conformar un Consejo de Denominación de Origen (CDO), regulado en los arts. 9 a 15 de la Ley. Éstos se organizan bajo la figura de asociaciones civiles abiertas sin fines de lucro, con la suficiente personería para, por ejemplo: a) aprobar su propio reglamento interno; b) otorgar las autorizaciones de uso a los asociados que lo soliciten y cumplan con la totalidad de los requisitos necesarios; c) orientar, vigilar y controlar la producción, elaboración y calidad de los productos amparados por la DO; d) promocionar el sistema y velar por el prestigio de la DO; e) escoger los emblemas, logotipos, distintivos o siglas que identificarán al Consejo y/o a la DO; f) expedir los certificados

las indicaciones geográficas, puede consultarse SCHIAVONE, Elena, “Indicaciones Geográficas”, en *Derechos Intelectuales* Vol. 10, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 15 y ss. También GARCÍA SELLART, Marcelo, “Algunas reflexiones sobre el régimen legal de las indicaciones geográficas en la Argentina”, *Ibid.*, pp. 39 y ss.

¹³¹⁶ De la redacción de los ADPIC queda clara la importancia de estos signos distintivos en la relación con los consumidores. “Artículo 22, *Protección de las indicaciones geográficas* 1. A los efectos de lo dispuesto en el presente Acuerdo, indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico. 2. En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir: a) la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto; (...)”.

de uso, las obleas numeradas cuando correspondiere y los demás instrumentos de control que se establezcan; g) determinar e imponer sanciones a los asociados que cometan infracciones al reglamento interno del CDO.

El sistema promueve que quienes utilizan el signo distintivo cumplan con aquellos requisitos que hace que la DO sea concedida: garantía del origen, uniformidad de los productos, distinguibilidad respecto de otros similares, trazabilidad del proceso o cadena de producción, etc. Las DO cumplen las funciones propias del derecho marcario, y su adición a determinados productos brinda al consumidor certeza de las virtudes prometidas mediante el signo utilizado, a las que se agrega la marca comercial¹³¹⁷. Si un espumante utiliza la DO “Champagne”, se supone que se produce bajo el método “champenoise” y proviene de Champagne, una precisa zona de Francia. La marca, por ejemplo POMERY o CHANDON, agregan una diferenciación adicional. Hay que determinar qué agrega en definitiva cada DO al producto, con las correlativas obligaciones que asume el CDO que la administra y el reglamento que debe cumplir cada productor asociado. Si garantiza un origen geográfico, la obligación del CDO es controlar esa característica, y no, por ejemplo, el estado de la mercadería en el lugar de despacho al público. Pero si la DO corresponde al proceso de producción, y en los controles se hubieran podido observar faltas de salubridad o índices de toxicidad dañosos para el consumidor, la responsabilidad del CDO se agregará a la del fabricante, importador o distribuidor. Por tanto, la mera indicación de que los CDO son proveedores, será insuficiente para establecer la relación de consumo, debiendo además considerarse el vínculo en particular que lo una con el consumidor.

d) Los nombres o razones sociales

Las razones sociales —los nombres de las sociedades comerciales o de las entidades sin fines de lucro— pueden ser considerados ‘marcas’

¹³¹⁷ Cfr. OMPI, *El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores*, p. 53.

en el sentido de la LDC en tanto hayan obtenido reconocimiento por los consumidores y el correspondiente prestigio¹³¹⁸. El nombre social puede ser muy distintivo sin estar registrado como marca. Por ejemplo, las entidades públicas o privadas de prestigio científico, que asocian su nombre a productos o actividades comerciales, donde sus integrantes han participado como investigadores, consultores o certificadores.

Algunos ejemplos: a) un producto lácteo desarrollado por el equipo de investigación de una institución pública y luego licenciado bajo patente a una industria productora y comercializadora, que coloca en el envase la leyenda “Producto desarrollado por científicos de la Universidad de...”; b) un fármaco que indica “Medicamento original bajo licencia de INC. Laboratories; c) línea de productos nutricionales “Recomendado por la Asociación Cardiológica...”. En estos casos el uso del nombre de la organización añade al producto o servicio un halo de confianza donde se ponen en juego las funciones marcarias. De acuerdo a una prudente y razonada apreciación de los hechos, les puede ser imputada la categoría de proveedor aparente.

e) *Corolario*

La presencia de una marca en un producto o servicio establece entre su titular y el consumidor un vínculo económico y jurídico que tiene como sustrato un ‘puente’ simbólico, mediante el cual el consumidor satisface una carencia informativa y psicológica, tanto para conocer qué está consumiendo como para completar la ‘distancia’ entre lo que el consumidor es y lo que desea ser.

En el orden interno, de acuerdo a la LDC, será considerado proveedor quien hace un uso marcario de cualquier signo distintivo con capacidad de determinar el objeto o contenido de una relación de consumo. El principio del *favor debilis* se concreta, entre otros aspectos, en la información veraz debida al consumidor, y servirá como auxilio interpretativo para definir los conceptos de ‘marca’ y ‘concesión de marca’, de-

¹³¹⁸ Cfr. BERTONE y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de Marcas*, p. 569.

terminando o no la participación de un titular marcario en una relación de consumo en particular.

De modo general, se puede decir que en el marco de la protección del consumidor, las marcas fuertes son para los buenos empresarios; la fortaleza del signo es directamente proporcional al deber de obrar con diligencia, del buen uso que se hace de la marca y de la obligación de sostener la confianza, con mayor responsabilidad por las consecuencias que se deriven del uso distintivo de la marca¹³¹⁹.

En sentido amplio, si el núcleo del derecho subjetivo del titular de marca es de contenido negativo, la exclusividad y las otras potestades que de allí se derivan para la marca, puestas de manifiesto en la publicidad, papelería, envases, etc., hace responsable al titular del uso que haga de su signo. Éste cumple un rol en el complejo proceso de producción y comercialización, distinto al que toca al fabricante, vendedor o prestador del servicio. Su actividad consiste en crear una apariencia sobre la base de las funciones distintivas de la marca, de modo que, bajo ciertas condiciones, será o no proveedor de una particular relación de consumo transfronteriza, de modo independiente o acumulativo con los otros potenciales sujetos pasivos. Sin embargo, la calidad de proveedor del titular de marca no es una categoría abstracta y deberá constatarse en cada relación de consumo individualmente considerada, sin desvincular su relación con el consumidor partícipe, así como del objeto y el vínculo¹³²⁰.

Es posible identificar en algunas legislaciones un principio jurídico de segundo orden: “el proveedor aparente que crea confianza, la que resulta determinante de la decisión de consumo o elemento causal de la relación jurídica, es responsable del cumplimiento de la ley”. Este pro-

¹³¹⁹ Cfr. art. 902 del CC: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

¹³²⁰ Los titulares de marcas no serán parte de toda relación jurídica de consumo. Así, cuando el objeto de la relación consista en asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos correspondientes a cosas muebles no consumibles, los obligados son los fabricantes, importadores y vendedores. De la misma manera, tampoco serán solidariamente responsables ante la garantía por vicios redhibitorios (LDC, arts. 11, 12 y 13). En este último caso pueden ser responsables, pero no solidariamente.

veedor aparente es quién se presenta externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo distintivo en el producto o servicio¹³²¹. Dependiendo de las circunstancias, podemos estar ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, según corresponda al ámbito de incumplimiento o de causación del daño.

En el orden internacional, cada ordenamiento jurídico tendrá su propio régimen para vincular o no, y en distinta medida, a los titulares de DPI, en carácter de proveedores de una relación de consumo transfronteriza. Si bien las soluciones particulares quedan reservadas a lo que establezca en cada caso la *lex causae*, a los fines de la apertura de la jurisdicción y de la citación como proveedor al titular marcario, será suficiente lo que indique la *lex fori*.

V. E. 4. Los profesionales liberales

En algunas legislaciones, existen limitaciones en cuanto a qué tipo de proveedores son parte de la relación de consumo y por lo tanto obligados por sus disposiciones. Así, mientras los profesionales liberales están incluidos en el CDC brasileño, nuestra LDC los excluye expresamente¹³²². Se pregunta Alicia PERUGINI ZANETTI si esta exclusión de nuestro derecho habilita al juez argentino a no considerar dentro de la relación de consumo a un servicio prestado por un profesional liberal en Brasil.

¹³²¹ Cfr. PIZARRO, "Responsabilidad civil del que pone la marca...", p. 385. Por nuestra parte, creemos que esta doctrina de la apariencia también se encuentra implícita en el derecho fundamental a una información veraz (art. 42 CN).

¹³²² Código de Defensa del Consumidor del Brasil, art. Art. 14. parágrafo 4. "La responsabilidad personal de los profesionales liberales será impuesta mediante la verificación de culpa". LDC art. 2: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación. Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 32.

En caso de ser posible, ¿esa limitación a la aplicación del derecho brasileño opera en razón del orden público internacional argentino o porque la exclusión es una norma de policía? Cabe luego preguntarse si existen diferencias prácticas según se tome uno u otro criterio.

En estos casos, el respeto al derecho brasileño llevaría a que en Argentina se incluyan los servicios profesionales prestados en Brasil como cubiertos por la relación de consumo, lo cual amplía la protección, en consonancia con el principio *in dubio pro consumptore*. Por el contrario, en un caso similar sustanciado en Brasil, el profesional argentino estaría incluido en la relación de consumo, también por aplicación del principio del derecho más favorable, quedando esta solución, por tanto, al margen de la teoría del uso jurídico, ya que si se le preguntara al juez argentino si ese profesional está involucrado en una relación de consumo, la respuesta sería negativa¹³²³. En resumen, indica la autora, el principio más general debería aplicarse al margen de las soluciones particulares de las colisiones de sistemas.

Por mi parte no coincido con esta interpretación. El lugar de la prestación del servicio determina la relación de consumo, ya que es el lugar donde se hace efectivo el acto de consumir¹³²⁴. Por tanto, los profesionales serán proveedores si, donde el servicio es prestado, están obligados por el sistema protectorio, y en la medida determinada por ese ordenamiento. En este sentido, el lugar del cumplimiento es determinante, tanto para el derecho aplicable como para la jurisdicción competente. Se puede advertir aquí una calificación *lex causae*.

Supongamos un caso hipotético, aunque no tanto. En Argentina, en los últimos años, debido a mejores costos y buena calidad de capacita-

¹³²³ Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", nro 66-6.

¹³²⁴ Así, por ejemplo, el Reglamento de Roma I, Art. 4, "Ley aplicable a falta de elección (...) b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; (...)". En igual sentido el Reglamento 44/2001, Art. 5. 1) b. "[a] efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: (...) cuando se tratase de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios; (...)".

ción de los profesionales de la salud, están al uso la organización de viajes de “turismo quirúrgico”. Se trata de recibir en calidad de turistas a extranjeros que requieren algún tipo de práctica médica u odontológica que, por ser ambulatorias, no necesitan de largos períodos de internación. Al mismo tiempo son tratamientos que no se realizan en una única intervención, sino que consta de etapas sucesivas, como sucede con los implantes dentales, las cirugías estéticas u oftalmológicas, etc. Durante el tiempo que media entre cada intervención, el paciente puede hacer excursiones a zonas turísticas, asistir a espectáculos deportivos y artísticos o efectuar recorridos de compras.

La agencia organizadora del turismo médico receptivo es muy probable que cumpla con los requisitos regulatorios de la actividad turística en general. Al mismo tiempo, estará asociada a un centro sanitario privado, que tendrá a cargo los servicios médicos requeridos. Tenemos por delante un conjunto de prestaciones que son vendidas como “paquete”. Si bien implican cierta conexidad contractual, sin embargo las prácticas médicas no se rigen por la LDC, sino por las normas de policía sanitaria.

La relación con los médicos y el establecimiento de salud no es de consumo, sino de servicios profesionales, y la responsabilidad dependerá de las características de los contratos: obligaciones de medios referidas al arte de curar. Por el contrario, en lo que hace a la hotelería de la institución médica, incluyendo las comodidades de internación, serán obligaciones de resultado. Por tanto, el personal médico integra la relación de consumo sólo como empresa organizadora de la atención, en conjunción con la de turismo receptivo. Pero no ocurre así con la relación médico-paciente, que se rige por otros criterios. Así es como creo deben resolverse los distintos regímenes de responsabilidad vinculados a infortunios. La realidad es que los casos de mala praxis deben regirse de acuerdo al régimen de responsabilidad civil, en conjunción con lo establecido por las reglamentaciones de los colegios profesionales¹³²⁵.

¹³²⁵ De hecho existen antecedentes de probables casos de mala praxis vinculados al turismo quirúrgico. Así, en febrero de 2008 falleció una turista española, luego de que se le efectuara un implante mamario en una clínica del barrio de Belgrano, en Buenos Aires. La noticia periodística puede verse en

De todos modos, la agencia de turismo puede ser responsable por culpa *in eligendo* si, por ejemplo, la clínica no está habilitada para cirugías, o si la publicidad resultó engañosa. En este último supuesto, la LDC también involucra a los profesionales de la salud. La cuestión es si la empresa de turismo puede también ser demandada por los daños provenientes de las malas prácticas médicas. Considero que sí, tanto en virtud de la conexidad de las prestaciones, como de los efectos de la publicidad conjunta de los servicios.

Por tanto no me parece que el damnificado pueda reclamar a los médicos en virtud de la LDC. De lo contrario —al menos en este caso—, parecería un abuso que un paciente se atienda en otro país para reducir los costos económicos y luego quiera beneficiarse de la protección de su país de origen, que incluye a los profesionales en las relaciones de consumo. La exclusión o inclusión de los servicios profesionales obedece a directivas del orden público interno, y por lo tanto no puede ser ‘exportada’ a un servicio prestado en otra jurisdicción.

Pueden existir razones de política legislativa que lleven a fraccionar la protección, distinguiendo entre categorías de proveedores o consumidores, las que no pueden ser consideradas *a priori* como arbitrarias o discriminatorias. En definitiva, entiendo que si el legislador no ha querido ir más lejos en la protección del consumidor o si existe un derecho extranjero menos protector, no cabe de por sí rechazar la norma por injusta y aplicar el principio general del *favor debilis* de modo automático. Como todo principio, requiere discernimiento, y las razones para ampliar o reducir la protección obedecen a políticas legislativas que toman en consideración el impacto sobre los sujetos, de acuerdo al contexto en que estos se desenvuelven.

Además de los profesionales liberales, existen otras exclusiones. Algunas se fundamentan en que el ámbito de aplicación de la normativa corresponde a una economía integrada y la reglamentación está diseña-

http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=985167 . Allí se menciona que el principal motivo del auge de estos viajes es el económico; el implante de la referencia tiene en Europa un costo de 4000 euros y aquí sólo de 1000 euros.

da a los fines de satisfacer los requerimientos del buen funcionamiento de ese mercado interior. Así, por ejemplo, en la UE, la Directiva Europea sobre el comercio electrónico es de aplicación sólo a los prestadores que tengan su asiento en uno de los Estados Miembros¹³²⁶.

Habrà que considerar entonces exclusiones generales, como los profesionales liberales, y otras propias de regulaciones específicas, donde proveedores normalmente involucrados por distintos motivos quedan fuera de algunas relaciones de consumo. Esto último se deberá al objeto de esa relación o al vínculo, que en ciertos negocios merecen un tratamiento diferenciado.

V. F. EL OBJETO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

El objeto de la relación jurídica consistirá en todo tipo de bienes susceptible de valoración económica de diversa naturaleza y condición, mientras puedan proporcionar una utilidad o satisfacer un interés de la persona. De estos objetos, además de las cosas materiales, las energías de la naturaleza y los bienes inmateriales, interesa especialmente el comportamiento o conducta de otra persona en cuanto que en sí misma considerada o en los resultados a que puede dar lugar, es susceptible de producir una utilidad a aquel en cuyo favor se presta¹³²⁷.

¹³²⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Considerando (58) "La presente Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país; habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico, conviene garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario con el marco internacional. La Directiva se entenderá sin perjuicio de los resultados a que se llegue en los debates en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales (entre otras, la Organización Mundial del Comercio, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y la CNUDMI) (59) Pese a la naturaleza global de las comunicaciones electrónicas, es necesario coordinar las medidas reguladoras nacionales a escala de la UE, con el fin de evitar la fragmentación del mercado interior y establecer el adecuado marco regulador europeo. Dicha coordinación deberá contribuir también al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales.

¹³²⁷ Cfr. DIEZ PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, p. 57.

Aún considerando los defectos de su redacción, es la aplicación sin más de las disposiciones respecto del objeto de los contratos contenidas en el CC¹³²⁸:

“ Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de la cosa” (CC 1168).

“ La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria” (CC 1169).

El objeto es aquello que las partes se deben, las obligaciones mutuas y las prestaciones que de estas se deriven. Lo debido por el proveedor puede ser dar una cosa, el servicio como obligación de hacer, la garantía como obligación de resarcir, la seguridad como deber de no dañar; en fin, todo tipo de prestaciones. En caso de relaciones extracontractuales, también puede tratarse de la reparación debida en caso de daño personal, o la restitución la cosa entregada si existen vicios redhibitorios, etc.¹³²⁹.

Será frecuente objeto de relaciones de consumo las prestaciones de servicios financieros, los contratos de seguro de vida, las coberturas de prestaciones médicas de asistencia al viajero, en fin, todo tipo de conductas debidas a favor de un consumidor. Nuestra legislación los considera en la enumeración del art. 1 de la LDC, “ la prestación de servicios”, y también en el art. 2 al mencionar dentro de los sujetos obligados a quienes “ presten servicios a consumidores o usuarios”¹³³⁰.

¹³²⁸ No trataremos aquí la ya remanida discusión sobre el objeto de los contratos y de las obligaciones. Para ver el estado de la cuestión, MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A, *Código Civil Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 211 y ss.

¹³²⁹ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 103-106.

¹³³⁰ La mención del objeto de la relación de consumo debe ser definido de manera amplia. Así, en el art. 5 Convenio de Roma de 1980 se hacía mención a los contratos de consumo “ que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o se servi-

V. F. 1. Exclusiones específicas

El universo de posibilidades que acabamos de enunciar parece difícil de encasillar a los fines de elaborar una calificación de relación de consumo. Por este motivo, resulta más práctico dejar abierta la posibilidad de que todo tipo de prestaciones pueda ser objeto de la relación jurídica, y, eventualmente, hacer luego los “recortes” necesarios a la rica realidad¹³³¹. El legislador tendrá motivos, bajo diversas circunstancias, para que algún tipo o grupo de prestaciones no sea objeto de la regulación protectora, o requiera un régimen diferenciado¹³³².

Para ser objeto de una relación de consumo debe tratarse de bienes de uso doméstico, o bien, de modo negativo, que no se integren en un nuevo proceso productivo. Algunos de ellos usualmente no cumplirán con esta condición, como las cosas usadas, insumos vendidos a granel, o cuando por la unidad de medida o el tipo de envase no será posible un consumo final. Tampoco, como ya dije, los servicios prestados por profesionales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales.

cios”. Ahora, en el Reglamento de Roma I, no existe esta limitación; en igual sentido el Reglamento 44/2001. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global...”, nro. 21. Se debe reconocer, como lo hacen algunos autores, que definir “producto” como “cualquier bien” es vago e impreciso. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, nro. 1 en nota 17

¹³³¹ La definición de servicio puede ser compleja. Así, en el Anexo del Protocolo de Santa María, mientras no se llegue a un acuerdo en el “Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor”, se tomará en cuenta la interpretación jurídica del foro actuante. La Propuesta uruguaya de CIDIP VII define servicio como “cualquier actividad remunerada suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resulten de las relaciones laborales”.

¹³³² A modo de ejemplo, el Protocolo de Santa María excluye los contratos referidos a bienes inmuebles, como serían las locaciones para períodos vacacionales o las modalidades de tiempos compartidos, o que tengan por objeto bienes intangibles: el art. I.1.a. se refiere a “bienes muebles corporales”. También se excluyen de modo expreso los contratos de transporte (art. I.2). El mismo Protocolo excluye las operaciones de contado, pero sí regula en beneficio del consumidor los contratos que incluyen un crédito a plazo. Se supone que si el vendedor entregó y cobró en su comercio, sería irrazonable obligarlo luego a ser demandado en extraña jurisdicción. Cfr. SANTOS BELANDRO, “El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR”, Nro. I.

Estos aspectos son relevantes para relacionar la calidad de proveedor con el objeto de la prestación. Supongamos la venta por comercio electrónico, por parte de un comerciante extranjero de una cosa mueble no consumible (art. 11 LDC), usada o reconstituida pero sin indicar esta condición (art. 9 LDC). Aún cuando la cosa usada pueda ostentar la marca del titular (no fabricante ni vendedor), éste no sería responsable por cuanto los bienes no son aptos para constituir el objeto de una relación de consumo cuando el proveedor es un titular marcario. En esta relación de consumo, el obligado a indicar en forma precisa y notoria que la cosa es “usada” es el vendedor, y sólo éste integra la relación de consumo. Así, en este negocio particular, un titular o concedente de marca queda eximido de su calidad de proveedor.

A los fines de este trabajo, son relevantes sólo aquellos bienes o prestaciones que puedan ser objeto de relaciones transfronterizas, ya sea por el lugar de entrega, fabricación, cobertura, lugar de pago, etc., circunstancia que habilitará un régimen protectorio internacional de excepción. Cabe preguntarse si cada tipo de servicios en particular requiere de normas específicas o bastan las normas generales de Derecho Internacional Privado¹³³³.

En el derecho interno es normal encontrar regulaciones específicas para algunos contratos en particular: tarjetas de crédito, medicina prepaga, círculos de ahorro previo, turismo. También en el plano internacional existen regímenes particulares para determinadas relaciones de consumo. Así la UE, que se ha inclinado por la sanción de normas específicas para distintos objetos jurídicos. En la Propuesta de CIDIP VII ocurre igual respecto de los contratos de viaje y tiempo compartido. Si bien estos no son definidos, para su calificación se remite al derecho interno, con criterio amplio, para facilitar la inclusión de distintos supuestos. Para algunos especialistas también requieren calificaciones especiales, a

¹³³³ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 36, nro. 72.

fin de ser incluidas en el régimen protectorio, algunos bienes inmateriales que normalmente se comercializan mediante medios electrónicos¹³³⁴.

Este criterio ha sido receptado, por ejemplo, por la Directiva Europea sobre el comercio electrónico. Esta Directiva tiene por objeto contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros (Artículo 1 numeral 1.), y a tales fines contiene distintas disposiciones protectoras del consumidor. Pero según el art. 1.5.d. no es aplicable a las actividades de juegos de azar y loterías que impliquen apuestas de valor monetario, aún cuando esta actividad es propia de los servicios de la sociedad de la información. Razones de política legislativa justifican una regulación específica, constituyendo una excepción a la protección del consumidor al excluir el objeto particular de la relación de consumo.

V. F. 2. Un caso particular: los contratos de transporte

Otra prestación habitualmente excluida en distintas legislaciones atributivas de competencia, por razones de política legislativa, es el de las relaciones de consumo derivadas de los contratos de transporte. Así lo hacen, por ejemplo, el Protocolo de Santa María, en su art. 1.2¹³³⁵, o en la UE, el Reglamento 44/2001¹³³⁶. Lo mismo ocurre en disposiciones relativas a soluciones materiales que tratan al transporte de modo diferenciado, como la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. El art. 3.2 considera una expresa exclusión, al establecer que los “contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el

¹³³⁴ Cfr. VELASCO SAN MARTÍN, “Observaciones y Consideraciones...”, p. 5.

¹³³⁵ “Quedan excluidas las relaciones de consumo derivadas de los contratos de transportes”.

¹³³⁶ Reglamento (CE) n° 44/2001, Artículo 15 numeral 3. “La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento”.

proveedor se compromete, al celebrarse el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto” no están alcanzados por la Directiva.

En un caso se requirió la determinación de qué se entendía por “transporte”, a fin de establecer si —de acuerdo al art. 6.1— un prestador de alquiler de vehículos podía retener los importes percibidos del cliente en caso de que este rescindiera anticipadamente y de modo unilateral el contrato, a excepción de ciertas causas extraordinarias¹³³⁷. Se cuestionó a EasyCar, la demandante, una empresa de alquiler de vehículos que admite reservas sólo a través de Internet, si podía incluir válidamente la cláusula de retención de los importes cuando el consumidor anulaba la reserva sin causa o sin aviso previo. El tribunal inglés decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: «¿Comprende la expresión “contratos de suministro de servicios de [...] transporte”, contenida en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva [...], los contratos de suministro de servicios de alquiler de vehículos?».

Aclara el Tribunal comunitario que ni la Directiva ni los documentos preparatorios establecen qué debe entenderse por “servicios de transporte”. En el decisorio determina que la *ratio legis* de la excepción al amplio principio de protección de los consumidores a distancia se justifica en sectores industriales donde las exigencias de la Directiva puede afectar desproporcionadamente a los proveedores. En efecto, la anulación sin gastos no justificada de servicios que hayan dado lugar a una reserva, afecta sobremanera a los prestadores, que habitualmente deben rechazar otros contratos ante la solicitud a distancia por parte del consumidor.

En este sentido, el Tribunal indica que la Directiva se refiere a “contratos de suministro de servicios en el ámbito del transporte”, y no a “contratos de transporte”, los que tradicionalmente se refieren al traslado de personas y mercaderías de un lugar a otro. La expresión utilizada,

¹³³⁷ TJCE Sala Primera, 10 de marzo de 2005, Asunto C-336/03 EasyCar (UK) Ltd. c. Office of Fair Trading, D.O.C.E. 14.5.2005, C 115/4.

más amplia, incluye además los modos de transporte y los instrumentos utilizados para desplazar dichos bienes y personas.

Como hemos visto hasta ahora, el contenido u objeto de la relación de consumo transfronteriza por lo general será determinado contractualmente por las partes. Pero podría tratarse también de prestaciones integradas por la distribución de una carga pública, delegadas por el Estado, como el caso hipotético sugerido *supra*, p. 381 y ss., donde considerábamos que en algún país se pudiera obligar a las prestadoras de medicina prepaga a otorgar cobertura fuera del territorio. Estas cuestiones, propias de normas imperativas de orden interno, limitarán la relación de consumo al ámbito local. En resumen, habrá que atender qué tipo de objetos o prestaciones están incluidos en las relaciones de consumo y cuales no. De acuerdo al derecho comparado, parece más conveniente establecer un régimen general y exclusiones específicas, lo que resulta compatible con la soberanía estatal para aplicar sus propias políticas públicas¹³³⁸.

V. G. LA FINALIDAD O CAUSA DE LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

La “[R]elación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” (art. 3 LDC) en virtud del cual uno puede exigir al otro una prestación. En otros términos, es la ligazón que permite a una de las partes reclamar a la otra el correlativo deber de cumplir con la prestación¹³³⁹. Los sujetos, como hemos visto, responden a la pregunta “quién” (consumidor y proveedor). El objeto atiende al “qué”: prestaciones en general, cosas y conductas (positivas y negativas) en

¹³³⁸ Esto es coincidente con la tendencia a liberar a los aspectos jurisdiccionales y al Derecho Internacional Privado en general del contenido “público” ligado a la soberanía. Se advierte una mayor conciencia que los intereses en juego son mayormente privados, y que el interés estatal está en resolver conflictos, más que en salvaguardar a los particulares de sus propios actos. De este modo, un Estado no declina soberanía al aplicar derecho extranjero o habilitar la validez de una sentencia de un tribunal foráneo. Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, p. 59.

¹³³⁹ Cfr. RINESSI, Juan Antonio, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 2.

particular. Nos hemos referido a estos elementos cuando proponíamos enunciar los derechos del consumidor en “tres términos” (ver IV. E. 3).

Los vínculos entre proveedores y consumidores, es decir las fuentes de sus obligaciones y derechos, pueden provenir de: a) hechos antijurídicos, causantes de daños, y que generan responsabilidad contractual o extracontractual por parte de quien causa el daño o ha creado el riesgo; b) actos jurídicos unilaterales, como la actividad publicitaria o la emisión de una oferta, orientadas a formar un contrato y que originan responsabilidad precontractual por parte de quien ofrece o realiza actos preparatorios de futuros contratos; c) actos jurídicos bilaterales, por lo general contratos —gratuitos y onerosos—; o d) relaciones de conexidad contractual¹³⁴⁰.

Por tanto, además de los contratos, existen otros vínculos que objetivamente dan lugar a una relación de consumo, algunos propios de la etapa pre contractual o en vista de futuras contrataciones, tal el caso de la publicidad, de la oferta vinculante, la entrega de muestras gratis, los accesos limitados en calidad de invitado (frecuentes en sitios Web), las versiones de prueba, etc. En cuanto al tipo de contratos, el art. 1 de la LDC menciona la “prestación de servicios”, que resulta bastante más amplia que la locación de servicios prevista en el Código Civil, involucrando así situaciones negociales que de otro modo hubieran quedado fuera, como la asistencia al viajero, más propia de un contrato de seguro. El vínculo, en cuanto elemento de la relación de consumo, está ligado a la causa fin; por tanto, deberá estar especialmente calificado: el consumo final¹³⁴¹.

Esta clasificación, y las consecuencias jurídicas que de ella se desprenden, son más relevantes aún en el plano internacional, como se

¹³⁴⁰ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 106 y ss. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, pp. 97-98. VEIRAS PAZ, “Consideraciones preliminares...”, pp. 8-9.

¹³⁴¹ Desde el punto de vista del régimen internacional de los contratos, la actividad de “consumir” tiene relación con la “prestación característica”, ya que será relevante el cumplimiento que permita desarrollar esa actividad en particular: hacer un uso final. Por tanto, también se puede decir que existirá cumplimiento cuando se ponga la cosa o servicio a disposición de tal manera que permita consumir. Cfr. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, p. 100.

puede observar, por ejemplo, en el Reglamento 44/2001, donde se establecen puntos de contacto diferentes, dependiendo del supuesto (cfr. Art. 5).

V. G. 1. Relaciones de consumo pre contractuales

Las relaciones de consumo generadas a partir de actividades desarrolladas por el proveedor, en la etapa previa al acto de consumir, tanto con anterioridad a la celebración como del cumplimiento, han sido consideradas en distintas normativas internacionales. En la UE, por ejemplo, son mencionadas expresamente en el Reglamento Roma II, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, al referirse a la *culpa in contrahendo*¹³⁴². También por la ICC, en el Código de Conducta para la Publicidad y Mercadotecnia, donde sugiere:

“Publicidad y Mensajes Comerciales a través de Medios Electrónicos y Teléfono, “Art. D.1. Origen y jurisdicción. La publicidad y otros tipos de comunicación comercial que utiliza medios electrónicos y el teléfono deben someterse a las reglas y disposiciones del país de origen o, cuando esté permitido, del país señalado por los anunciantes, incluyendo teleoperadores. Se conmina a los anunciantes y teleoperadores a familiarizarse con las reglas y disposiciones de las diferentes jurisdicciones a las que dirigen sus comunicaciones, considerando que las leyes aplicables pueden variar”¹³⁴³.

El reconocimiento de la posible afectación de los derechos del consumidor en una etapa temprana de la consolidación del vínculo comercial, ha sido tenido en cuenta en la Propuesta de CIDIP VII, remitiendo la solución a lo establecido en el derecho domiciliario del consumidor, pero cumulativamente con el correspondiente al juez del foro y al del lugar

¹³⁴² Reglamento Roma II: «Artículo 2. Obligaciones extracontractuales. 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “daños” todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la *culpa in contrahendo*».

¹³⁴³ ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE), Código Consolidado CCI en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia, pp. 37-38.

de cumplimiento (art. 9.2)¹³⁴⁴. La solución propuesta es razonable, ya que el sujeto es afectado por los mensajes y los medios de comunicación de acuerdo al contexto en que vive. La ley domiciliaria, en este sentido, es la más apta para contemplar las particulares situaciones.

V. G. 2. Relaciones de consumo contractuales

Las relaciones de consumo contractuales son las más habitualmente consideradas en las regulaciones internacionales, en coherencia con el camino seguido en el orden interno. La contratación en masa fue un fenómeno tempranamente advertido, y los remedios legales a estas prácticas tienen más “solera”. Sin embargo, se debe reconocer que los daños provocados al consumidor merecen un tratamiento más agravado dentro de los regímenes protectorios.

Así, el Tratado de Roma sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, requirió de varios años de funcionamiento, para que su sucesor —el Reglamento de Roma I— tuviera un “hermano” en el Reglamento de Roma II, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹³⁴⁵. La práctica interna, y la abundante jurisprudencia, hicieron más sencilla la unificación de la legislación, o al menos la adopción de similares criterios localizadores, en lo referido a las relaciones contractuales con consumidores.

La tendencia es manifiesta, si consideramos que en el MERCOSUR, por ejemplo, el Protocolo de Santa María hace referencia de modo exclu-

¹³⁴⁴ Propuesta de CIDIP VII, art. 9.2. “(Normas imperativas del país de domicilio del consumidor) En el caso que la contratación hubiera sido precedida en el país del domicilio del consumidor por cualquier negociación o actividad de mercadeo (*marketing*), por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones a ofertar, y demás actividades semejantes dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela, se aplicarán necesariamente las normas internacionalmente imperativas de ese país para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y del derecho aplicable al contrato de consumo”.

¹³⁴⁵ Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).

sivo a la determinación de la “jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo derivadas de contratos en que uno de los contratantes sea un consumidor” (art. I.1.). Se aplica a algunos objetos contractuales: compraventas a plazo, provisión de muebles corporales, prestación de servicios, préstamos, operaciones de crédito; se excluyen los contratos de transporte¹³⁴⁶. Del mismo modo, la Propuesta de CIDIP VII, contempla la regulación de relaciones de consumo contractuales, excluyendo algunos objetos —seguros y transporte— y brindando tratamiento diferencial a otros —turismo y tiempos compartidos. Con mayor o menor amplitud, se orientan en igual sentido las otras propuestas de CIDIP VII: la uruguaya, a un criterio amplio de contratos, y la canadiense a los contratos electrónicos¹³⁴⁷.

Algunas normativas no resultan del todo claras, como por ejemplo el Protocolo de Buenos Aires, que excluye “las ventas al consumidor”. ¿Se refiere sólo a ventas o excluye todo tipo de relaciones de consumo? Así, nada dice de los servicios¹³⁴⁸. En otros casos, la determinación de cuándo una relación es contractual, está regulada de tal modo que puede resultar perjudicial para el consumidor. En este sentido, SOTO considera que, al no contar en nuestro ordenamiento de fuente interna con una calificación satisfactoria a los fines de la jurisdicción, se debe aplicar

¹³⁴⁶ Cfr. DREYZIN DE KLOR, Adriana, URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, NOODT TAQUELA, María Blanca, en FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 198.

¹³⁴⁷ Cfr. VELASCO SAN MARTÍN, Cristos, “Observaciones y Consideraciones a las propuestas de Convención sobre Ley Aplicable a algunos contratos e Consumidor y Ley Modelo sobre Jurisdicción y Conflicto de Leyes aplicables al Consumidor”, p. 1. Documento presentado en el Foro de Expertos de la OEA, convocado para la discusión de la CIDIP VII, disponible en www.oea.org.

¹³⁴⁸ Cfr. MENICOCCHI, “Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...”, p 1266. La redacción del Protocolo podría haber sido más clara si excluía las relaciones de consumo, pero eso hubiera requerido una definición, lo que tal vez no estaba suficientemente maduro en el debate mercosureño. Probablemente la expresión “ventas al consumidor” resultó una solución de compromiso. La cuestión parece aclararse a partir de la Opinión Consultiva 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión, en la causa Norte S.A. Importadora y Exportadora c. Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s. indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante. Allí se indicó que las cuestiones sobre el consumidor están expresamente excluidas del Protocolo de Buenos Aires.

el Tratado de Montevideo, art. 56. De esta manera, habrá que tener en cuenta el principio del *forum causae* o doctrina del paralelismo, junto con el foro universal del domicilio del demandado¹³⁴⁹. Esto nos lleva al lugar de cumplimiento, con la dificultad que esto acarrea en lo que se refiere a contratos con consumidores. ¿Cuál es el lugar de cumplimiento del contrato? En materia jurisdiccional, tratándose de contratos con prestaciones recíprocas, habrá que atenerse a la definición más amplia a fin de evitar la denegación de justicia, tal como veremos en VII. G. 3.

La relación de consumo contractual, cuando tiene por objeto al software y otros productos o servicios digitales brindados en línea, presenta algunas particularidades en cuanto al lugar de cumplimiento. Lo normal es que estemos en presencia de dos relaciones de consumo, y cada una conectará con distintos tribunales. Una, del consumidor con el proveedor de servicios de Internet, que principalmente brinda conexión; otra, con el proveedor de productos o contenidos¹³⁵⁰. Lo mismo se puede decir respecto de otros proveedores de servicios, como los buscadores, las plataformas de redes sociales, etc.

El criterio final deberá estar en manos de la *lex causae*, aunque para abrir la jurisdicción, de modo preliminar, sea suficiente que la *lex fori* admita a la relación jurídica como de consumo. A esta se equiparan las manifestaciones unilaterales de voluntad capaces de producir efectos jurídicos¹³⁵¹.

V. G. 3. Relaciones de consumo extracontractuales

Los vínculos que se generan entre el proveedor y consumidor provenientes de ilícitos civiles o penales deberían ser contemplados en la

¹³⁴⁹ SOTO, "El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado", p. 391. En similar sentido, VELASCO SAN MARTÍN, "Observaciones y Consideraciones...", p. 4.

¹³⁵⁰ Los servicios de conectividad y los de contenidos o plataformas, no actúan — por lo general— en conexidad contractual. Cfr. DELI, "International norms and *lex mercatoria*...", p. 258.

¹³⁵¹ Cfr. RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, p. 11.

calificación de relación de consumo transfronteriza. Se refieren a todos los daños sufridos por el consumidor por el uso de un bien o la prestación de un servicio sin que haya un contrato de por medio. Lo normal es que estas relaciones jurídicas estén localizadas en el lugar de comisión o acaecimiento del hecho dañoso¹³⁵². Son especialmente relevantes los provenientes de defectos o vicios en las cosas que producen un daño al consumidor.

En el orden interno, la responsabilidad derivada del art. 40 LDC —daños provocados por productos defectuosos—, fue inicialmente considerada por la doctrina como contractual. Los fundamentos eran variados: a) por tratarse de una relación fáctica con efectos normativos; b) por suponerse un negocio fiduciario entre distribuidor y fabricante; c) por considerar a los intermediarios como instrumentos de la distribución; d) por cuanto el fabricante y vendedor celebran un contrato a favor de terceros¹³⁵³. Sin embargo, hoy día es opinión mayoritaria —y sin duda me parece la correcta— que la fuente de responsabilidad es extracontractual, en la medida que el demandado no haya contratado con el consumidor¹³⁵⁴.

El caso de la responsabilidad por productos defectuosos supone un deber de seguridad, al que está obligado no sólo el vendedor directo, sino todos los vinculados en el proceso de aprovisionamiento, en la medida que de su accionar se puedan derivar daños. El caso “Mattel” resulta

¹³⁵² Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 205. En este sentido, el art. 5. 3. del Reglamento 44/2001: es competente “el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. Por su parte, el Reglamento Roma II indica que el lugar del hecho dañoso es aquel donde tiene efectos el daño, cualquiera sea el lugar donde se haya generado la conducta que produjo el daño. Esta calificación será aplicable a relaciones jurídicas extra comunitarias, ya que el ámbito de aplicación de este último Reglamento es universal: “Artículo 3 Carácter universal. La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. Sin embargo, en el ámbito del Mercosur, el aún no vigente Protocolo de Santa María excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo extracontractuales. Cfr. SANTOS BELANDRO, “El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR”, I, Relaciones de consumo excluidas.

¹³⁵³ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, pp. 385-387.

¹³⁵⁴ Cfr. PIZARRO, “Responsabilidad civil del que pone la marca...”, p. 383.

ejemplificador de las dificultades que implica la aparición de elementos extranjeros¹³⁵⁵. Los hechos y las partes son las siguientes: a) empresas de China, fabricantes de 2,2 millones de unidades de muñecos y juguetes, bajo un contrato de *façon*; b) Fisher Price, una cadena de supermercados que ordena la fabricación a las empresas chinas; c) Mattel, importante empresa mundial de juguetes, licenciante de Fisher y a su vez licenciataria de distintos titulares de derechos autorales; d) titulares de DPI, de las obras “Plaza Sésamo”, “Dora la Exploradora” y otros caracteres y personajes, licenciados a Mattel bajo contrato de merchandising; e) Importadores y distribuidores en todos los países donde los juguetes son comercializados; f) comerciantes minoristas en esos mismos países. Los juguetes fueron decorados con pinturas tóxicas con un alto grado de plomo. Advertida Mattel de los riesgos que esto implica para la salud de los niños, ordena retirar los juguetes de circulación, en todos los países donde han sido distribuidos¹³⁵⁶.

De acuerdo a cómo se defina la relación de consumo, en cuanto a la caracterización del vínculo que une a proveedores y consumidores, algunos de los miembros de la cadena quedarán liberados de responsabilidad. Recordemos lo dicho oportunamente respecto de los proveedores que actúan en red o conexidad (ver nro. V. E. 1). De acuerdo al derecho argentino todos los sujetos mencionados en el caso Mattel serían responsables por eventuales daños; pero si la normativa internacional considerara solamente los vínculos contractuales, los daños dejarían de ser

¹³⁵⁵ La información principal del caso puede consultarse en la página de US Consumer Product Safety Commission, Office of Information and Public Affairs, <http://www.cpsc.gov/cpscpub/prerel/prhtml07/07257.html>,

¹³⁵⁶ La cuestión tuvo su costado político, ya que las fábricas de China producen el 65% de los juguetes de Mattel. A su vez, la empresa retiró de circulación otros juguetes (17,7 millones de unidades) que contenían partes magnéticas que, al ser ingeridas por niños pequeños, causaban daños intestinales. La empresa se hizo cargo también de que los controles resultaron insuficientes, ya que se aplicaban a los productos finales y no a los proveedores de insumos; por tanto debió pedir disculpas al gobierno chino, por el daño causado al buen nombre de sus empresas fabricantes. Una noticia de prensa completa, puede verse en la revista Time:

<http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1664428,00.html>

imputables a las fábricas chinas, a los titulares de obras autorales — vinculados en cuanto titulares de las marcas— y al mismo Mattel.

Las calificaciones divergentes llevan a soluciones claudicantes. Ante el vacío existente, la Propuesta de CIDIP VII, que contempla sólo las relaciones contractuales, resulta insuficiente. La remisión a la ley domiciliaria deja librado al juez del foro que su concepto interno de “relación de consumo” incluya los vínculos extracontractuales¹³⁵⁷. La aplicación alternativa de “la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes”, aquí resulta inocua. Al no tratarse de un contrato, difícilmente se pueda alegar elección alguna. Por tanto, si el daño sufrido proviene de un sujeto que no resulta proveedor, en los términos que la definición domiciliaria ha previsto, no existirá entre él y el consumidor una relación de consumo.

V. G. 4. Relaciones de consumo reales

El objeto del contrato puede consistir en prestaciones, o las cosas mismas a las que las prestaciones se dirigen. En este sentido, los inmuebles pueden ser objeto de relaciones de consumo, dependiendo de cómo sean considerados en la calificación. A este respecto, la LDC establece: “Artículo 1º — Objeto. Consumidor. Equiparación [...] Queda comprendida [en la presente ley] la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”. La redacción anterior incluía en la relación de consumo a quienes contrataran “c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”. Si bien ahora no se hace mención a los “inmuebles nuevos”, sí aparece como categoría de proveedor quien realiza “actividades de construcción” (art. 2); además, debe informarse claramente si se trata de cosas usadas o reconstituidas (art. 9). En definitiva, la relación de consumo se ha ensanchado, abar-

¹³⁵⁷ Cfr. LIMA MARQUES, “Observaciones y propuestas...”, p. 5.

cando objetos no incluidos anteriormente, como los tiempos compartidos.

Hay que distinguir los inmuebles como objeto de la relación de consumo (por ejemplo, la casa vendida), de la relación real generada entre el consumidor y el proveedor, en razón de los derechos *erga omnes* que se derivan del dominio sobre el inmueble¹³⁵⁸. La diferencia es importante, porque el deber del deudor de entregar la cosa es una relación personal patrimonial (no real), que en Derecho Internacional Privado exige puntos de conexión o de contacto conductistas, mientras que las facultades que el consumidor tiene en el ejercicio del disfrute de la cosa es una relación real, determinando puntos de conexión o de de contacto realistas¹³⁵⁹. La entrega de la cosa implica un lugar de cumplimiento. La condición del bien, o cómo se ejercita la titularidad, se vincula a su lugar de situación.

Así, en la compraventa de inmuebles, y de acuerdo al derecho argentino, hay que distinguir entre título y modo. El primero se refiere a la causa del derecho a recibir la propiedad en calidad de dueño: el contrato que otorga el *ius ad rem*. El modo, por su parte, es el acto por el cual la propiedad pasa al dominio del adquirente: la tradición, que otorga el *ius in rem*. Podemos afirmar, de modo general, que lo referido al título está regido por el derecho del lugar de celebración, mientras que el modo sin dudas deberá atenerse al lugar donde tiene efecto el contrato, es decir donde la propiedad es efectivamente transmitida. Los contratos entre proveedores y consumidores pueden dar lugar a ambos tipos de relaciones de consumo, pero las reales se refieren a estos últimos aspectos. No es el caso de la locación, por ejemplo, que genera relaciones personales, debido a que la prestación consiste en el uso y goce y no en el dominio.

¹³⁵⁸ Cfr. RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, p. 2.

¹³⁵⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 189-192. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 61-65 para las jurisdicciones personales, reales o conductistas, y pp. 99-101 para los puntos de conexión.

Este es el motivo por el cual se requiere distinguir las relaciones personales que originan o transfieren derechos reales, de los derechos reales mismos. En los contratos con elementos de internacionalidad que versan sobre inmuebles, deberemos tener en cuenta los principios *forum rei sitae* y *lex rei sitae*, de validez casi universal. El alcance de ambos es diferente, aunque participan de la "atractividad" del *situs*, en cuanto aplicación del régimen jurídico del lugar donde la cosa efectivamente se encuentra¹³⁶⁰. La regla, en su vinculación al derecho aplicable, brinda certeza, seguridad y previsibilidad, ante diferentes concepciones sobre la propiedad. Entre otros aspectos, si es posible la admisión de nuevos derechos generados a partir de la voluntad de los particulares (*numerus apertus*), o rige la imperatividad estatal de permitir sólo un número limitado de ellos (*numerus clausus*). A diferencia de las opciones jurisdiccionales, que pueden multiplicarse para facilitar el acceso a la justicia, no ocurre lo mismo en cuanto a la ley aplicable, donde el fraccionamiento es disvalioso¹³⁶¹.

Por tanto, en cuanto se refiera a la legislación sobre inmuebles, no es un asunto en donde la protección del consumidor tenga una especial injerencia, debido a la existencia de intereses estatales más generales. Sin embargo, en los aspectos jurisdiccionales, la aplicación del principio puede dar origen a uno de los típicos foros exclusivos; como veremos, esta consecuencia debe ser matizada en beneficio del consumidor. Si tomamos como ejemplo a la locación, podemos observar que la regulación del contrato contiene un alto componente de interés público (derecho a la vivienda, protección de la familia); como de allí surgen normas imperativas, será necesaria la aplicación de la ley del lugar del inmueble¹³⁶². Pero esto no significa indefectiblemente que la jurisdicción deba

¹³⁶⁰ PALLARÉS, Beatriz, "Bienes materiales", en FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 875 a 904, en 876-877.

¹³⁶¹ *Idem*, p. 877-879. La autora analiza los motivos de políticas públicas que están detrás de la unidad de régimen de derechos de propiedad, especialmente la inmobiliaria.

¹³⁶² Cfr. HERBERT, "El concepto de jurisdicción exclusiva...", pp. 253-254. Cfr. art. 10 CC y su correlativa consecuencia referida a la jurisdicción. Respecto de este tema, los Tratados internacionales son contestes en el sentido de distinguir los aspectos contractuales de los inmobiliarios. Así, el art. 2.9 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdic-

ser exclusiva¹³⁶³. Si aplicamos esto a los contratos de consumo que se refieren a derechos reales, la validez de las cláusulas, los reclamos dinerarios, etc, no estarán necesariamente sometidos a la jurisdicción de los tribunales donde se encuentran los bienes¹³⁶⁴.

El derecho aplicable a la relación real, dependerá sin duda del lugar de situación de los bienes (*ius in rem*), no así a las relaciones contractuales que dan origen a esos derechos reales (*ius ad rem*). Del mismo modo, la jurisdicción competente puede ser la relacionada al contrato, debiendo luego hacerse efectivos los derechos en el lugar de situación de los bienes¹³⁶⁵. La tendencia a identificar *forum et ius* puede llevar a dictar normas de competencia exclusiva, perjudiciales para el consumidor.

La distinción de las relaciones reales y las contractuales en la protección del consumidor transfronterizo, tiene relevancia tanto en lo que se refiere a bienes inmuebles como muebles. Entre otros asuntos, podemos mencionar: la oferta internacional de venta o locación de inmuebles, compraventas de inmuebles a plazo con garantía hipotecaria, los contratos de *time sharing* o tiempo compartido, derechos de amarra para buques de placer, alquiler de vehículos, *leasing*, préstamos con garantía real, fideicomisos o constitución de trust, participación en fondos comunes de inversión integrados por títulos representativos de deuda o de participación, etc.

ción internacional en materia contractual y el art. 4 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. "El derecho real de hipoteca también se distingue del contrato cuyas obligaciones garantiza aunque sea accesorio al mismo, porque tal accesoriedad es *funcional*, deriva de su función de garantía, pero no de su naturaleza".

¹³⁶³ Cfr. HERBERT, "El concepto de jurisdicción exclusiva...", p. 259. PALLARÉS, "Bienes materiales", p. 881.

¹³⁶⁴ Cfr. HERBERT, "El concepto de jurisdicción exclusiva...", pp. 254-255. Así, la acción pauliana, considerada como acción personal que tiende a declarar inoponible al acreedor un acto realizado por el deudor, no queda incluida en el ámbito de la materia objeto de jurisdicción exclusiva. Otro tanto, al referirse a la distinción entre el contrato de hipoteca y el derecho real de hipoteca.

¹³⁶⁵ Cfr. PALLARÉS, "Bienes materiales", pp. 881-882.

La regulación de estas relaciones reales requiere soluciones particulares. Así, en la UE, los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario se rigen por la ley donde está situado el inmueble, y quedan excluidos del sistema protectorio general, sin que se aplique la ley domiciliaria del consumidor (arts. 4.1.c y 6.4.c del Reglamento Roma I). Lo mismo ocurre con el contrato de fondo común de inversión y los derechos y obligaciones que constituyan un título financiero integrado por instrumentos de múltiples terceros, se rige por la ley establecida en el contrato (arts. 4 1.h. y 6.4.d. del Reglamento Roma I), distinguiendo, en este último supuesto, los servicios en sí mismos financieros, que siguen bajo la órbita del derecho domiciliario del consumidor.

En este sentido se expresa la Propuesta de CIDIP VII, art. 13.2

“(Normas imperativas del país de localización física de los bienes inmuebles por turnos) Las normas imperativas de protección de los consumidores del país en el cual se encuentren localizadas físicamente las instalaciones de esparcimiento y de hotelería que utilicen como método de venta, de uso o habitación el contrato de tiempo compartido y de sistemas semejantes o contratos de utilización por turno de bienes inmuebles, localizados en los Estados Partes, pueden también ser consideradas aplicables acumulativamente a estos contratos, a favor del consumidor”.

V. H. HACIA UNA CALIFICACIÓN AUTÁRQUICA

V. H. 1. Valoración crítica de algunas calificaciones del derecho comparado

Corresponde ahora analizar algunas de las calificaciones existentes, tanto en Convenciones internacionales vigentes como en otras aprobadas pero no vigentes o bien que estén en curso de negociación.

La Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de venta internacional de mercancías de octubre de 1985, vigente en la República Argentina por ley 23.916 y la Convención de Viena de 1980,

proveen textos similares para definir la relación de consumo¹³⁶⁶. En ambos casos se trata de excluir estas relaciones del ámbito de aplicación de las Convenciones. El texto, al que ya me referí en distintas ocasiones, establece que

“[n]o se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso (art. 2)”¹³⁶⁷.

Tanto para esta Convención como para la de La Haya de 1985, cabe advertir que de sus textos se desprende que habrá que atenerse a la cantidad y calidad de los elementos adquiridos, o de los servicios brindados y otras circunstancias de la operación, de tal manera que el proveedor tenga certeza de su uso personal, familiar o doméstico, de tal manera de quedar obligado a la aplicación del régimen más gravoso de defensa del consumidor, cualquiera éste sea. Así, en el entorno digital resulta frecuente que el vendedor no sepa ni tenga por qué saber que la finalidad era personal, familiar o doméstica, aunque por el bien o las circunstan-

¹³⁶⁶ Por el art. 2 inc. c) no será aplicable “a las ventas de mercaderías que se adquieran para un uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en el momento de celebrarse el contrato, no hubiese sabido ni debido saber que las mercaderías se compraban para darles ese uso”.

¹³⁶⁷ Es de destacar que en el texto aprobado por la ley 22.765 se deslizó un error de traducción, ya que no incluye el término “no” en el primer párrafo del artículo citado, con lo cual podría parecer que en la Argentina esta Convención se aplica a los contratos de consumo. No conocemos hasta el momento una fe de erratas que corrija el error, ni jurisprudencia que haya aplicado esta Convención a un contrato de consumo. Para ratificar que nunca fue intención de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional) aplicar la Convención a contratos de consumo, citamos la Nota Explicativa elaborada por su Secretaría al adoptar el texto en Viena en 1980: “La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de la Convención, ya sea por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico), la naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial) o la naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad). En muchos Estados algunas de esas compraventas o todas ellas se rigen por normas especiales que reflejan su especial naturaleza”.

cias pudiera parecer que era un profesional¹³⁶⁸. En esos casos, aunque estuviéramos ante un uso privado, si el vendedor lo desconocía se aplicaría la Convención de Viena de 1980 y la de La Haya de 1985.

A los fines de la interpretación, vale una aclaración para su aplicación en el contexto digital. De estos textos podría desprenderse que debido al entorno digital sería más bien frecuente que el vendedor no sepa ni tuviera por qué saber que la finalidad era personal, familiar o doméstica, aunque por el bien o las circunstancias pudiera parecer que era un profesional. En esos casos, aunque estuviéramos ante un uso privado, si el vendedor lo desconocía se aplicaría la Convención de Viena de 1980.

Claudia LIMA MARQUES aporta un ejemplo de aplicación de la Convención de Viena a una relación de consumo: si un abogado chileno solicita mediante carta con membrete un mueble apto para sostener una computadora y que será utilizado en su oficina, el proveedor argentino puede perfectamente considerar que será para el estudio jurídico. Es razonable que el proveedor creyera estar contratando con un profesional¹³⁶⁹. Para algunos tiene primacía la Convención por ser derecho uniforme, el que está por encima de las particulares legislaciones de cada país. De aquí concluye de lo inapropiado que resulta aplicar a la relación de consumo un derecho elaborado a los fines de regular relaciones entre empresarios. *“O tratamento jurídico de relações entre iguais não pode ser igual ao tratamento jurídico de relações entre diferentes, entre profissionais e leigos, entre fortes e fracos”*¹³⁷⁰.

El Proyecto de convención sobre la ley aplicable a determinadas ventas al consumidor, elaborado por la Conferencia de Derecho Internacional Privado (La Haya, 1980): “Con objeto de la presente Convención, se denomina consumidor a la persona que compra mercancías destinadas a un uso personal, familiar o doméstico”¹³⁷¹.

¹³⁶⁸ Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 107.

¹³⁶⁹ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1524.

¹³⁷⁰ *Ibidem*.

¹³⁷¹ También adopta una definición semejante el art. 4 de la Convención de Ottawa sobre *leasing* internacional, excluyendo de su ámbito de aplicación a los equipos que se

La Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional, suscripta en CIDIP V, no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores. Según los especialistas, la exclusión de estos contratos se deriva de la aplicación de las disposiciones imperativas del foro y el respeto al orden público, entre las que se encuentran la protección de la parte débil¹³⁷².

El Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo (22 de diciembre de 2000) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001); “En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”.

La Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, en su art. 2.1.a), indica que “El presente Convenio no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro: a) en que es parte una persona física actuando primordialmente por razones personales, familiares o domésticas (un consumidor)”¹³⁷³.

En todos los instrumentos mencionados, salvo el Protocolo de Santa María, predomina un enfoque subjetivo, ya sea por hacer referencia al uso familiar o privado, o bien desde una faz negativa al indicar que el uso puede considerarse como ajeno a la actividad profesional. Generalizando puede decirse que “la idea subyacente a estos distintos instrumentos es que, dada la desigualdad de poder que separa al vendedor y comprador, conviene ofrecer a este último la elección entre el tribunal del domicilio de su adversario y su propio tribunal”¹³⁷⁴. En paralelo, la

destinen de forma principal a un uso personal, familiar o doméstico. Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing...*, p. 29, en nota 9.

¹³⁷² Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, “La CIDIP VII y el tema de protección al consumidor...”, p. 3.

¹³⁷³ La versión anterior adoptaba una definición negativa de consumidor: “a plaintiff who concluded a contract for a purpose which is outside its trade or profession, hereafter designated as the consumer” (art. 7). Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in civil and commercial matters (30 de octubre de 1999) de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

¹³⁷⁴ BOURGOIGNE, *Elementos...*, p. 14.

otra consecuencia es la aplicación del derecho propio de esas operaciones de consumo, ligado al de la residencia habitual del consumidor.

V. H. 2. Las particularidades del Protocolo de Santa María

Entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay está vigente el Protocolo sobre Jurisdicción en Materia Contractual, firmado en Buenos Aires el 6 de abril de 1994 en el marco de la VI Reunión del Consejo Mercado Común del Sur, el cual, si bien permite expresamente las cláusulas de elección de foro, al mismo tiempo excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo¹³⁷⁵. En el Mercosur, de acuerdo a la Resolución 123/96 del Grupo Mercado Común, “consumidor” es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. A su vez, aclara que no se considera “consumidor” a aquella persona que adquiera, almacene, utilice o consuma los productos o servicios con el fin de integrarlos a otros procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Esta noción a su vez se complementa con las de “proveedor” y de “relación de consumo”. Para el tipo de contratos que nos interesa, la Resolución define que “producto” es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial. Está aún pendiente la definición de “servicio”, pero mientras tanto rige lo que establezca cada legislación local.

Dentro del marco de este trabajo, resulta de especial interés considerar la definición de relación de consumo que incluye el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de consumo (Protocolo de Santa María)¹³⁷⁶. Este Protocolo está destinado a determinar la jurisdicción internacional en relaciones de consumo cuando el consumidor y el proveedor estén domiciliados en distintos Es-

¹³⁷⁵ NOODT TAQUELA, María Blanca, “Los acuerdos de elección de foro en el Mercosur”, JA 1996-II, 738-747, en 740.

¹³⁷⁶ Firmado en la ciudad de Santa María (Brasil), aprobada por el CMC el 17/XII/1996 en Fortaleza (Brasil) (MERCOSUR/CMC/DEC N°10/96 XI CMC - Fortaleza, 17/XII/96)

tados Partes del Tratado de Asunción o bien que se domicilien en distintos países pero la prestación característica del contrato se realice en otro Estado Parte. A la fecha no está vigente¹³⁷⁷.

El Anexo al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo define al consumidor como a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. A su vez define a la relación de consumo como el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. En su Anexo se establece:

a) Consumidor

Es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

Equipárase a consumidores las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo.

No se considera consumidor o usuario aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

b) Proveedor

Es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados en los Estados Partes cuya existencia esté prevista en su orden jurídico, que desarrollen de manera profesional actividades de producción, montaje, creación seguida de ejecución, construcción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos y/o servicios en una relación de consumo.

c) Relaciones de Consumo

¹³⁷⁷ 1 de enero de 2011.

Es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo.

Encuentro a esta definición inconsistente y tautológica, además de incompleta a los fines de aplicar un régimen de excepción dentro del Derecho Internacional Privado¹³⁷⁸. Por un lado incluye en lo definido otros conceptos que en su propia descripción contienen el primer concepto que se quiere definir. Por otra parte no hace referencia a los supuestos de internacionalidad que deben verificarse para la existencia de esa relación de consumo. Si bien esto último quedaría subsanado porque en el texto mismo del Protocolo se enumeran los supuestos, en un anexo que pretende definir los términos constitutivos de la relación deberían incluirse esos elementos de extranjería que distinguen a esta relación de otras relaciones de consumo que no dificultan la aplicación di-

¹³⁷⁸ Si se procede a una re-lectura detenida resultaría que la relación de consumo es un vínculo entre (inc c.) quien provee como parte de una relación de consumo (inc b.) y quien adquiere en una relación de consumo (inc. a.) Considero que lo correcto hubiera sido decir:

a) Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final (en todo caso aclarar que "destino final" significa que no integra esos bienes y servicios a un nuevo proceso productivo)

b) Proveedor es toda persona física o jurídica (...) que desarrolla de manera profesional una actividad industrial o comercial y por lo general dirigida a consumidores (en todo caso aclarar que "de manera profesional" significa que esa tarea es su medio habitual de vida, o que está orientada al lucro)

c) La relación de consumo es el vínculo que se establece entre un proveedor y un consumidor, ya sea de modo oneroso o de modo gratuito, siempre que la gratuidad sea en función de una futura onerosidad.

No hubiera hecho falta nada más, pero el enredo surge cuando se quiere incluir bajo la cobertura de la protección a la etapa precontractual, como la emisión de la oferta, la actividad publicitaria, la obligación de brindar información veraz, etc. Si se sujeta la definición a la relación contractual entre un consumidor y un profesional, estas actividades no entran en el esquema. La definición del consumidor o del profesional como aquellos que contratan resulta limitante de la aplicación del régimen. Así se manifiesta LORENZETTI respecto de la definición contenida en la ley argentina. Cfr. *Consumidores*, p. 74

recta del régimen local de cada uno de los Estados partes del MERCOSUR.

V. H. 3. Las propuestas de la CIDIP VII

Merecen un párrafo aparte la Propuesta de CIDIP VII, en su versión final presentada por la Delegación brasileña, la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII, la Propuesta canadiense de CIDIP VII y la Propuesta de Ley Modelo Interamericana. Ya hice referencia en distintos momentos a las definiciones de consumidor o relación de consumo contenidas en las distintas versiones. Resta aclarar que en el estado actual de las propuestas (julio de 2010), y luego de los debates y aportes recibidos en distintos foros, la Propuesta de CIDIP VII de la Delegación brasileña resulta equilibrada y austera. Deja fuera del ámbito de aplicación material de la proyectada Convención distintos tipos de objetos, vínculos o sujetos, de acuerdo con adecuados objetivos de política legislativa.

El foco es la relación de consumo contractual. Se ha priorizado regular una parte de la realidad, la que cae en el concepto acotado de relación de consumo resultante, antes que la “nada” actual. Quedan fuera las personas jurídicas, ciertos contratos (transporte, seguros), algunas conductas ilícitas, la contratación gratuita. Adicionalmente, se permite al juez competente extender el ámbito de aplicación si de acuerdo al derecho aplicable u otro derecho conectado con el caso, la definición de consumidor (y por ende de relación de consumo) resultase más amplia favoreciendo así sus intereses.

Como bien indica el título de la Propuesta de CIDIP VII, está dirigida a regular el derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo. Sin embargo, creo resulta igualmente satisfactoria, en cuanto delimitación del ámbito de aplicación, si se hubiera regulado la jurisdicción competente. Aún cuando en los arts. 1, 2 y 3 no define la relación de consumo, el concepto se desprende del juego de sus disposiciones. Ahora bien: si los redactores hubieran querido regular la jurisdicción, ¿utilizarían la misma definición de relación de consumo? La respuesta está en las razones de política legislativa y la posibilidad que

tuvieran los Estados Parte de llegar a un acuerdo. En una opinión preliminar, me animo a decir que es más sencillo acordar el tribunal competente que el derecho aplicable, como asimismo esto último es más fácil que establecer normas materiales uniformes. Este, por ejemplo, ha sido el camino recorrido por la UE. Primero el Convenio de Bruselas (luego Reglamento 44/2001), y recién después la Convención de Roma de 1980 (luego Reglamento Roma I).

Por tanto, si bien las bases de la “relación de consumo” implícita en la Propuesta de CIDIP VII se refieren al derecho aplicable, son perfectamente utilizables para una Convención sobre jurisdicción competente. A este respecto, esta Propuesta me resulta más acertada que la Propuesta canadiense de CIDIP VII. Sin embargo, la Propuesta de Ley Modelo Interamericana resulta más amplia que las dos anteriores, al incluir en el vínculo a las conductas fraudulentas (# 6.2) o los daños por productos defectuosos (# 2.1 relaciones extracontractuales)

V. H. 4. Corolario

Los desarrollos de este capítulo brindan pautas de “máxima”, al analizar las relaciones conexas, los proveedores titulares de signos distintivos, las relaciones reales, las personas físicas en cuando consumidoras, etc. Dependerá de las reales posibilidades que tengan los Estados de negociar un acuerdo internacional, cuáles serán los términos de la relación de consumo que finalmente queden plasmados en un marco protectorio transfronterizo. Ahora bien, si un Estado quisiera regular la jurisdicción internacional protectoria del consumidor de modo directo, unilateralmente, nada le impide tener en cuenta todos los criterios enunciados en este capítulo para que sus normas resulten lo más abarcativas y claras en la determinación del supuesto de hecho. Del mismo modo, al establecer distintas tipologías de relaciones de consumo, podrá determinar cuáles de ellas tendrán una regulación específica. En los capítulos siguientes analizaré la consecuencia jurídica —en el plano jurisdiccional— que debería desprenderse de la existencia de una o varias relaciones de consumo transfronterizas.

CAPÍTULO VI.
LOS PROBLEMAS GENERALES
DE LA JURISDICCIÓN APLICADOS A LA
RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

En la primera parte analicé y pretendí establecer los fundamentos del sistema protectorio del consumidor transfronterizo. Luego, indiqué cuáles son, a mi entender, los límites que permiten determinar el ámbito de aplicación de la protección, mediante la configuración de la relación de consumo. Ahora corresponde prestar atención a un aspecto particular de ese sistema: qué jurisdicción será coherente con los fundamentos establecidos. Entiendo que más allá de la correspondiente descripción del problema jurisdiccional (antecedente), hay que proponer la solución que cumpla con nuestro objetivo (consecuencia jurídica). Se trata de resolver, aunque sea parcialmente, los conflictos en relaciones de consumo transfronterizas, mediante la más justa determinación del tribunal competente¹³⁷⁹. Si la relación de consumo está determinada con suficiente detalle, es posible establecer cuál será el contacto jurisdiccional correspondiente.

La más justa atribución no será necesariamente la que mejor considere los intereses de cada parte, entendidos éstos en el sentido de pre-

¹³⁷⁹ En palabras de FEUILLADE, “se deben considerar las cuestiones jurisdiccionales como el gozne donde se los derechos se hacen efectivos”. FEUILLADE, “Competencia internacional...”, p. 23. En nuestro país el problema se agrava ante la dispersión —y en muchos casos ausencia— de las soluciones normativas. De todos modos, no es posible hablar de lagunas jurídicas o sistemáticas, aunque sí legales. *Idem*, p. 33.

tensiones individuales (ver *supra*, IV. A. 9) Tener derecho (la atribución objetiva) no significa que mis intereses sean siempre atendidos (reclamo subjetivo). En tanto se consideren los intereses por encima de la justicia (el dar a cada uno lo suyo), no necesito más del derecho, éste deja de tener sentido. Vale la pena recordar que “el Derecho Internacional Privado es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional”, o preferiblemente universal. No habrá que olvidar que “la justicia debe ser promotora de repartos; los repartos son promotores del descubrimiento de la justicia”. Me remito entonces al punto de partida (ver I. D. 1.)

Adicionalmente, y en cumplimiento del principio de la eficaz solución uniforme, hay que tener en cuenta que la atribución de jurisdicción por criterios objetivos facilita el proceso de ejecución de las decisiones judiciales o arbitrales. Esto se debe a que se analizará primordialmente que la sentencia o el laudo hayan sido dictados de acuerdo a las normas de jurisdicción del Estado receptor.

En este capítulo analizaré los problemas generales de la jurisdicción internacional en su relación al tema de estudio, y en el siguiente, las conexiones jurisdiccionales tradicionales en su aplicación a la relación de consumo. Tendré siempre presentes las soluciones propuestas en distintos ordenamientos, tanto los pocos vigentes como los proyectados o aún no implementados. Finalmente, propondré las que considero sería las mejores normas de jurisdicción para situaciones típicas del consumo transfronterizo.

Por tanto, en este capítulo serán considerados —cuando corresponda— los otros elementos de la solución justa: el derecho aplicable y el auxilio judicial internacional. Son aspectos inescindibles en la práctica, aunque para facilitar el razonamiento se puedan estudiar analíticamente. En el resultado final estará latente la tensión permanente entre la seguridad jurídica y la flexibilidad, y entre una jurisdicción general y reglas especiales. Las conexiones ciertas y precisas, frente a las flexibles

o de textura abierta, requieren puentes que salven las diferencias¹³⁸⁰. Tomaré posición en la medida que tenga terreno firme para ello, proponiendo “derechos subjetivos”. Una vez más, se ponen en juego los principios y su ponderación en el caso concreto, junto con los límites que presentan los derechos de la persona.

VI. A. UBICACIÓN DE LOS ASPECTOS JURISDICCIONALES DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

VI. A. 1. El problema general de la jurisdicción

La jurisdicción internacional se refiere a la distribución de competencias entre Estados en los casos iusprivatistas multinacionales: cómo se atribuye *imperium* a los jueces de un determinado país con respecto a una controversia con elementos extranjeros¹³⁸¹. Será directa, cuando se refiere a la potestad jurisdiccional del propio país, e indirecta cuando se pregunta por la de un país extranjero. Las normas de jurisdicción directa indican a los jueces cuándo deben actuar, admitiendo la demanda, y, si fuere necesario, entrar en el examen de fondo del caso. En el segundo supuesto, las normas brindan a los jueces las pautas para que juzguen la jurisdicción del magistrado extranjero al tramitarse la ejecución de una sentencia o requerirse el auxilio judicial¹³⁸². La última situación requiere

¹³⁸⁰ Están en juego dos modelos. Las conexiones ciertas y precisas, identificadas con el “modelo de Bruselas” (hoy Reglamento 44/2001) y el propio de los sistemas anglosajones, que brindan discreción a los tribunales, y que inclusive da origen al *forum non conveniens*. Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, pp. 74-75.

¹³⁸¹ Cfr. SOTO, *Derecho Internacional Privado*, p. 59. En cuanto a la denominación “jurisdicción internacional” o bien “competencia judicial internacional”, cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, pp. 26-28. En este trabajo utilizo ambas expresiones de modo indistinto, aunque mayoritariamente la primera por ser la de uso habitual en nuestro medio.

¹³⁸² Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta”, ED 93-961 a 964, en 961. GOLDSCHMIDT, Werner, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, *Revista Prudentia Juris*, UCA, Nro 1, Buenos Aires, 1980, pp. 9-26, p. 11. También LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...”, pp. 269-270.

analizar las características negativas del antecedente y de la consecuencia jurídica. Respecto del primero, mediante la aparición de los fenómenos de litispendencia, conexidad y fuero de atracción; en el segundo, a través de la potencial afectación del orden público internacional.

Por tanto, de modo general, el problema de la jurisdicción interesa en tres situaciones: a) cuando se trata de saber si el propio Estado tiene jurisdicción para entender en un caso que se presenta a sus tribunales, considerando también, como ya dijimos, los obstáculos a la jurisdicción directa; b) al plantearse el auxilio judicial internacional, si quien lo requiere está investido de jurisdicción; y c) al momento de pretenderse el reconocimiento o la ejecución de una sentencia extranjera¹³⁸³.

Otra distinción que resulta de interés para nosotros son las denominadas jurisdicciones distributiva o multilateral y atributiva o unilateral. La primera se obtiene a partir del reparto que proviene de un tratado internacional, mientras que la segunda corresponde a la decisión que el Estado toma individualmente¹³⁸⁴.

La legislación interna de cada país —ya sea de fuente interna o internacional— atribuye la competencia judicial a los jueces estatales, no necesariamente del propio. Son normas generales, ya que se refieren a todo tipo de procesos, tanto los derivados del tráfico interno como del externo, atendiendo a las clases de conflictos¹³⁸⁵. Esto no debe confundirse con la jurisdicción territorial interna, que, en el caso de nuestro

¹³⁸³ Cfr. GOLDSCHMIDT, "Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta", p. 961.

¹³⁸⁴ Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 39. "Parto del concepto de jurisdicción internacional como la delimitación de la potencia de resolver un caso privado cuyas conexiones significativas tengan sede o asiento en dos o más Estados. Se trata de fronteras jurisdiccionales que al igual que las fronteras territoriales internacionales encuentran la mejor vía de solución en el acuerdo. Se podría hablar en caso de que haya un tratado, de jurisdicción distributiva. En cambio, cuando cada estado resuelve en "soledad" y a su modo el problema se le puede llamar jurisdicción atributiva". Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 59-60.

¹³⁸⁵ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 272-273. Del mismo modo el juez deberá verificar que es competente *rationae materiae*, junto con su competencia especial, es decir aquella referida a la determinación del concreto tribunal dentro del mismo orden jurisdiccional, en razón del territorio.

país, depende de manera directa de las atribuciones del gobierno federal o de las provincias, de acuerdo a las competencias delegadas por la CN (arts. 116, 121, 126). A esta se la denomina “competencia territorial”.

En el tema que nos ocupa —como en cualquier otro problema multinacional— debe quedar claro que si bien existen relaciones estrechas entre los conflictos de leyes y los conflictos de jurisdicciones, no deben confundirse. La existencia de elementos extranjeros puede provocar la intervención judicial de distintos Estados, aún cuando no quedaran dudas respecto del derecho aplicable. Así, la averiguación de la jurisdicción competente en una relación de consumo con contactos internacionales, dependerá de que alguno de los elementos de esa relación plantee la actividad extraterritorialidad de los tribunales. No se trata, entonces, de ‘casos mixtos’, sino de ‘litigios mixtos’¹³⁸⁶.

A modo de ejemplo, ante un contrato internacional —si las partes no hubieran hecho ejercicio de la autonomía material o conflictual— los puntos de conexión de acuerdo al derecho argentino serán el lugar de cumplimiento, o celebración o los domicilios de las partes. Mientras que los factores determinantes de la jurisdicción internacional, en el mismo contrato, serán la prórroga de jurisdicción, el domicilio del demandado al entablar la demanda, y el lugar de cumplimiento del contrato. Es decir que puede haber un caso mixto sin litigio mixto, el último sin el primero y ambos a la vez¹³⁸⁷.

Los conflictos de jurisdicción no se refieren a cuál sea la nacionalidad de los tribunales intervinientes, es decir si corresponde entender en la causa a los tribunales ordinarios de un país, o tribunales correspondientes a organizaciones internacionales. Lo que califica a una cuestión como un conflicto internacional de jurisdicciones es el hecho de que ante la presencia de relevantes elementos extranjeros, se debe decidir qué foro de los correspondientes a distintas competencias internacionales está habilitado para abocarse a la causa¹³⁸⁸.

¹³⁸⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, “Jurisdicción internacional directa e indirecta”, p. 10.

¹³⁸⁷ *Ibidem*.

¹³⁸⁸ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 272.

Por este motivo, en todos los casos que se desee efectuar un análisis prospectivo de la aplicación del Derecho Internacional Privado habrá que partir de un dato: establecer la jurisdicción o jurisdicciones estatales que pueden conocer en la posible controversia o juzgar sobre la validez de los actos jurídicos. Debido a que el tribunal competente aplicará su propio sistema de Derecho Internacional Privado para determinar la solución material del conflicto, habrá que considerar los hipotéticos foros, en su vinculación con el caso particular¹³⁸⁹.

Para GOLDSCHMIDT, la vinculación de los aspectos sustanciales con los adjetivos se refiere a un problema de Derecho Procesal Internacional. Dice que entre la jurisdicción internacional y el derecho aplicable existe una relación íntima, pero que son parte de ciencias diversas. El problema del derecho aplicable es el centro del Derecho Internacional Privado, mientras que los problemas de competencia son parte del Derecho Procesal Internacional, el que a su vez es parte del Derecho Público de Extranjería. En esta línea de pensamiento, estamos ante dos preguntas diferentes. La respuesta dependerá de quién las formule: un abogado, un juez, un legislador o el intérprete. Se enunciarán del siguiente modo: ¿quién es para este caso el juez competente? ¿Soy yo competente para solucionar el fondo de este caso? ¿En qué especies de casos deben mis jueces en justicia conocer? ¿Qué jueces son competentes para conocer en determinadas especies de casos?¹³⁹⁰

¹³⁸⁹ *Idem*, p. 106. También IEZZI, *El conflicto jurisdiccional en Internet*, pp. 23-24. Conviene advertir que no es posible aplicar el método analítico a las normas de jurisdicción, en la medida que resulta disvalioso —por ejemplo— desmembrar distintos aspectos de la misma relación de consumo para que sean resueltos por diferentes tribunales. Sin perjuicio de que esto es factible y hasta de justicia cuando ante un conflicto de leyes se apliquen distintos derechos a diferentes elementos de una misma situación. Cfr. CIURO CALDANI, "Hacia un derecho internacional privado...", p. 1054.

¹³⁹⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 459. Postura que la doctrina actual ha abandonado, a favor de una concepción integradora: cfr., entre otros, SOTO, *Temas estructurales...*, p. 29-31. Por su parte, CIURO CALDANI considera que la jurisdicción no pertenece ni al derecho de fondo ni al derecho procesal, sino un nexo entre ambos, que denomina 'derecho justicial material'. Cfr. *Filosofía de la Jurisdicción*, p. 7 y ss. En este aspecto sigue a James GOLDSCHMIDT. Cfr. CIURO CALDANI, "Hacia un derecho internacional privado...", p. 1059. También, FEUILLADE, *La sentencia extranjera*, pp. 114-119.

Nuestra particular respuesta, en atención al objeto de estudio y la diversidad de supuestos fácticos que se nos presentan, tendrá en cuenta si conviene o no unificar los criterios de atribución. Una posibilidad es elegir pocas alternativas pero homogéneas, unívocas y bien conocidas. La otra, fraccionar la jurisdicción, con mayor cercanía a los casos, para considerar todas las particularidades del sistema protectorio del consumidor transfronterizo y de los distintos tipos de relaciones de consumo¹³⁹¹. Se trata de saber si los hechos que darán lugar a distintas consecuencias jurídicas, serán considerados con mayor o menor detalle. Y luego, habrá que establecer si la multiplicidad casuística típica será tenida en cuenta para la determinación de atribuciones jurisdiccionales especiales.

La variedad de soluciones ofrecidas no engendra de por sí inseguridad jurídica, siempre que la determinación de los antecedentes tenga la suficiente precisión, aún sabiendo que la riqueza de las situaciones de la vida nunca será tenida en cuenta de modo omnisciente. Si no importara qué tipo de relación de consumo tenemos delante, o ignoráramos la multiplicidad de los hechos, y por tanto se hiciera lugar a una única consecuencia jurídica, la tarea resulta por demás sencilla, y las consideraciones de los capítulos anteriores totalmente vanas. Así, por ejemplo, si “siempre”, y de modo exclusivo y excluyente atribuyéramos jurisdicción a los tribunales del domicilio del consumidor. Pero si pretendemos atender a una mayor justicia, las particularidades serán consideradas, incluso hasta llegar al juicio de equidad ante el caso concreto¹³⁹².

¹³⁹¹ Respecto a las consideraciones filosóficas de las conveniencias del desfraccionamiento, cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 84.

¹³⁹² En este sentido, y de modo análogo, BOGGIANO considera que la metodología del CC referida a la regulación de los contratos es inconveniente para captar supuestos de contratos diferentes. Las soluciones no pueden ser proyectadas con criterios rígidos y genéricos, que localicen los contratos de modo uniforme e indiscriminado. Los tipos pueden variar de modo sustancial, por lo que no puede desatenderse las particularidades mediante soluciones generales. Si bien estos comentarios se refieren fundamentalmente a la ley aplicable, creemos son igualmente relevantes para los conflictos de jurisdicciones. Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya...*, pp. 37 y 38.

Esta multiplicación de categorías o tipos de situaciones serán difícil de concretar en la normativa de fuente internacional. De todos modos, existe un camino intermedio, que consiste en grandes criterios acordados internacionalmente, con apertura y delegación para los sistemas nacionales. El orden interno está en condiciones de lograr, sin duda, una mayor cercanía de los casos. En este sentido se orientan algunos elementos de la Propuesta de CIDIP VII, al brindar soluciones específicas para los denominados “tiempos compartidos” y los contratos de turismo.

En cuanto a jurisdicción internacional, deberemos prestar particular atención a las soluciones territorialistas (eventuales foros exclusivos), extraterritorialistas y la no territorializadas. Estas últimas serían las designaciones de tribunales arbitrales, equivalentes a la autonomía universal¹³⁹³. También hay que analizar los obstáculos a la jurisdicción internacional, las denominadas ‘características negativas del antecedente’: litispendencia, cosa juzgada, forum shopping, conexidad, atracción. Finalmente, se deben tener en cuenta las características negativas de la consecuencia jurídica: *forum non conveniens* y la no denegación de justicia — estableciendo el consiguiente foro de necesidad¹³⁹⁴.

En particular, interesa saber si en razón de la peculiaridad de la relación jurídica de consumo es conveniente un foro exclusivo, o si la jurisdicción concurrente de distintos tribunales nacionales afecta o no la protección del consumidor. También es necesario determinar cuándo un tribunal puede declinar su competencia sin afectar la garantía de defensa en juicio, atento a que otro tribunal puede resultar más apto para una efectiva prestación de justicia.

Cada país tenderá a localizar la jurisdicción de acuerdo a sus propios objetivos de política internacional; así se pueden distinguir —de modo muy general—, los sistemas latinos, los germánicos, los del *common law* y el peculiar sistema suizo. En el primero, la competencia interna tendrá una conformación especializada para casos internacionales.

¹³⁹³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 6.

¹³⁹⁴ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 66-67.

les. En este sentido, habrá que estar atentos a soluciones exorbitantes, como por ejemplo la protección de los nacionales del Estado¹³⁹⁵.

En los sistemas germánicos (Alemania, Austria, Portugal), la competencia internacional es la resultante de las competencias territoriales internas, extrapolando sus soluciones. Es decir que si un juez es competente para entender en un caso con elementos extranjeros, entonces tiene jurisdicción internacional¹³⁹⁶.

Por su parte, en los sistemas anglosajones el criterio decisivo radica en la posibilidad de que los órganos estatales puedan ejercer control físico sobre la persona del demandado, y que en consecuencia pueda conocer la demanda, es decir que le sea debidamente notificada. Cabe aclarar que este principio no es absoluto. En este sentido, son relevantes las doctrinas de los *minimum contacts* y *long arm statutes*¹³⁹⁷.

El ordenamiento suizo es muy particular, y tiende a proteger a las personas solventes que tienen domicilio en Suiza, cualquiera sea la nacionalidad. Así, sólo el domicilio del demandado es un criterio válido para la jurisdicción —que resulta exclusiva—, lo que puede llevar a que sea rechazada la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero si no cumplen con este requisito. Es la aplicación del principio *actor sequitur forum rei*¹³⁹⁸.

¹³⁹⁵ Por ejemplo el art. 14 del *Code Civil* de Francia, que otorga competencia a los tribunales franceses si el demandante es francés, incluso cuando no es residente ni haya otra vinculación con el foro más allá de la nacionalidad. WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa, por Antonio MARÍN LÓPEZ, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 57. Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 478. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 156.

¹³⁹⁶ Cfr. STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 479.

¹³⁹⁷ Cfr. IEZZI, *El conflicto jurisdiccional en Internet*, pp. 43-52. También DE MIGUEL ASENSIO, "Pluralidad de jurisdicciones...", p. 23.

¹³⁹⁸ STRENGER, "Extraterritorialidade do direito processual", p. 479.

VI. A. 2. Jurisdicción internacional y competencia interna en la relación de consumo transfronteriza

Como ya indicáramos en III. C. 2, hacia el interior del Estado, cualquiera sea su organización, las normas de jurisdicción internacional revisten naturaleza federal, ya que está en juego su soberanía: sobre qué casos los jueces de la Nación pueden o deben ejercer su *imperium*¹³⁹⁹. Estas normas se refieren a supuestos derivados del tráfico jurídico externo; son generales y previas a la denominada competencia especial¹⁴⁰⁰.

El Congreso Nacional tiene el poder implícito de legislar para determinar la jurisdicción internacional, porque son normas que delimitan la potestad de los jueces argentinos frente a los tribunales extranjeros¹⁴⁰¹. Estas determinan los poderes del Estado, considerando el conjunto de los órganos judiciales. Por su parte, las normas de competencia establecen qué juez dentro del país será competente, una vez que se ha determinado la jurisdicción general de los jueces de la República.

Los poderes públicos actúan cada uno en su esfera de competencia, que podrá ser nacional, provincial (estadual) o municipal (comunal). Dependerá de la distribución que haga la Constitución y de acuerdo al grado de centralización/descentralización de los órganos jurisdiccionales nacionales. En este sentido, en Argentina las competencias serán federales, si fueron delegadas al gobierno nacional, o locales si se las han

¹³⁹⁹ Exportadora Buenos Aires S. A. c. Holiday Inn's Worldwide Inc., CSJN, 20/10/1998, considerando tercero, citado. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 463. También RAMAYO, Raúl Alberto, "Los Contratos Internacionales y la Jurisdicción Internacional", ED 186, 287-300, en 288. En EUA, la división de competencias federales y estatales en razón de la materia está fundamentada en la Constitución, los tratados internacionales o la legislación federal, ya sea por que involucra a categorías de personas (autoridades, diplomáticos, Estados), dando origen a la jurisdicción por cuestión federal. A su vez, existe jurisdicción de los tribunales federales cuando se trata de asegurar el control sobre las relaciones internacionales, el comercio exterior, o litigios entre ciudadanos de EUA y extranjeros. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "Pluralidad de jurisdicciones...", pp-21-22.

¹⁴⁰⁰ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 79-81. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 29 y 50 y ss. También del mismo autor, FEUILLADE, *La sentencia extranjera*, pp. 45-49.

¹⁴⁰¹ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 79.

reservado las Provincias. Todos estos niveles coexistirán, en ocasiones mediante claras delimitaciones de las competencias, y en otros de modo superpuesto. Además, junto o de modo simultáneo a las competencias judiciales, se debe advertir el ejercicio de la jurisdicción administrativa¹⁴⁰².

Finalmente ambas categorías, las competencias federales y locales, y las judiciales y administrativas, se distribuirán *rationae materiae*. Algunas materias serán siempre federales, como el tráfico aduanero. En otros casos, la competencia federal es originaria en razón de los sujetos, por ejemplo cuando una de las partes es un Estado extranjero. La “materia” protección del consumidor, al menos en nuestro país, está en parte distribuida entre los poderes judiciales y administrativos, y a su vez compartida entre la Nación y las Provincias¹⁴⁰³. En el orden nacional, tratándose de casos que involucran la LDC, es competente la justicia comercial, por analogía con leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial, de aplicación extensiva a la cuestión por expresa indicación del art. 3 de la LDC¹⁴⁰⁴. Las Provincias, por su parte, pueden delegar

¹⁴⁰² Cfr. PERMUY VIDAL, Gonzalo, “El reparto de competencias entre Nación y Provincias en el ejercicio del poder de policía de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 513-529, en p. 523.

¹⁴⁰³ LDC, art. 42: “Facultades concurrentes. La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el artículo 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley”. En el plano administrativo, en Argentina se ha consituído el Consejo Federal de Consumo, del que forman parte la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor de la Nación y las autoridades locales de aplicación. En la Asamblea de este Consejo correspondiente al 5 de diciembre de 2003, se adoptó una resolución referida al “consumidor visitante”; éste es aquel que, domiciliado en una de las jurisdicciones, se traslada a otra temporariamente, donde realiza actos de consumo. Entre otras medidas se resolvió que el consumidor visitante puede presentar una denuncia ante la autoridad de aplicación del domicilio del proveedor; a su vez, la autoridad del domicilio del consumidor mantendrá relación con aquella donde se ha presentado la denuncia, a los fines de coordinar la adecuada solución del conflicto y mantener informado al reclamante.

¹⁴⁰⁴ Así lo resolvió la jurisprudencia en los fallos Guzmán, Jorge y otros c. Agro Industrias INCA S.A., de la CNCom. Sala D, del 15 de diciembre de 1997, publicado en JA 1997-III-103 y Herrera, Zulema Z c. Silvia S.A., de la CNCiv. Sala H, del 11 de marzo de 1999, publicado en LL 1999-F-194. La competencia de los tribunales correspondientes a

sus funciones en las municipalidades o comunas. La multiplicación de alternativas jurisdiccionales plantea la duda de si un consumidor local, ante un caso multinacional, puede acudir ante un organismo administrativo. Es decir, si es posible denunciar y efectuar reclamos frente a un proveedor extranjero, y si este a su vez puede ser legítimamente citado, conminado y eventualmente sancionado.

VI. A. 3. Competencia administrativa interna y su injerencia en la relación de consumo transfronteriza

Nos interesa saber, entonces, bajo qué circunstancias los poderes administrativos pueden tener injerencia en conflictos transfronterizos. Hasta ahora me he ocupado de los conflictos jurisdiccionales, teniendo en mente las instancias judiciales. Junto a éstas, lo normal es que en los distintos países existan autoridades administrativas vinculadas a la defensa del consumidor, a cargo de funciones preventivas, regulatorias, de arbitraje y sancionatorias. El ejercicio del poder público a través de los órganos administrativos, en resguardo de los derechos de los consumidores, obedece en muchos casos a mandatos constitucionales, como los arts. 42 y 43 CN o el art. 5-XXXII de la Constitución de Brasil.

Desde el punto de vista de los intereses del consumidor, la alternativa no debe despreciarse. Debido a la inmediatez que tiene la autoridad administrativa sobre los ciudadanos-consumidores, la facilidad para ac-

contratos de Internet ha sido tratado por la Corte Suprema en el fallo Cámpoli, Gabriel Andrés c. DeRemate.com., del 1 de junio de 2000, publicado en Fallos 323:1534. Allí se estableció que si bien el caso se refería a un negocio regulado por el derecho común, la decisión de las cuestiones planteadas excede la competencia de un juez provincial porque atañe al comercio interjurisdiccional e internacional al realizarse estas operaciones a través de Internet. En el caso se juzgaba respecto de las facultades de un martillero *online*, asunto que está regulado por disposiciones de carácter nacional y local. La Corte consideró que la modalidad de realizar remates a través de Internet implica que esas operaciones son susceptibles de ser concertadas en todo el territorio nacional e incluso en el exterior, por lo que el pronunciamiento que recaiga sobre la legalidad de la actividad está destinado a trascender la órbita local. Como en este caso se afectaban intereses que excedían a los tribunales provinciales, se estableció que el fuero federal era el competente.

tuar frente a los proveedores y el procedimiento administrativo informal y abreviado, se ha convertido en una eficaz solución para los problemas de escasa cuantía. En Argentina, la LDC, en el Título II, trata lo referido a la Autoridad de Aplicación, el Procedimiento, las Sanciones, las Asociaciones de consumidores y el Arbitraje. En cuando al cumplimiento de la normativa de lealtad comercial, que se refiere a materias vinculadas al deber de información, el art. 64 de la LDC indica:

“Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades *locales* de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias, con respecto a *los hechos cometidos en su jurisdicción y que afecten exclusivamente al comercio local*, juzgando las presuntas infracciones”.

Como se puede observar, las autoridades provinciales y municipales no tendrán autoridad sobre casos no considerados locales¹⁴⁰⁵. La expresión indica una conjunción de dos circunstancias:

- a) Los hechos deben tener lugar dentro de los límites territoriales. Se indica aquí una actividad (cometidos), en el sentido de acciones positivas realizadas en la jurisdicción; creemos es insuficiente que allí tengan lugar los efectos de actos realizados (cometidos) en otros lugares.
- b) La afectación del comercio local descarta el interjurisdiccional. No sería el caso, por ejemplo, si se citara a una empresa por realizar publicidad engañosa en televisión, dirigi-

¹⁴⁰⁵ En este orden, la Provincia de Buenos Aires, mediante la Ley 13.133, sancionó el “Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios”. Allí se prevé cuáles son las atribuciones de los municipios. De acuerdo al art. 79 del mencionado Código, “Los Municipios ejercerán las funciones emergentes de esta Ley; de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor, y de las disposiciones complementarias, de conformidad con los límites en materia de competencias y atribuciones”. A su vez, en el art. 80 establece que “Los Municipios serán los encargados de aplicar los procedimientos y las sanciones previstos en esta Ley, respecto de las infracciones cometidas dentro de los límites de sus respectivos territorios y con los alcances establecidos en este artículo.

da a todo el país, por el hecho de que es visible por ciudadanos del municipio.

Pareciera clara entonces la distinción de las jurisdicciones local de las provincias y la nacional¹⁴⁰⁶. Agrego que si el ámbito de actuación es municipal o provincial, sin injerencia ante conductas sucedidas fuera de su territorio (otras provincias o municipios), menos aún pueden desplegar actividad jurisdiccional en casos multinacionales¹⁴⁰⁷. Ahora bien, nada dice respecto a que la autoridad nacional esté limitada sólo al ámbito interno, a conductas sucedidas en el territorio, o al comercio 'no local'. Esta última expresión podría referirse tanto a interprovincial o federal, como a transfronterizo. No hay duda que la autoridad administrativa federal tiene injerencia en las relaciones internas donde no la podrían tener las provincias, ¿pero también la tendrá en las relaciones internacionales, cuando entren en colisión dos ordenamientos nacionales?

Creo que todo el procedimiento administrativo y las sanciones previstas están establecidos en función de la competencia territorial, por tanto sería impropio que la autoridad de aplicación exorbitara sus funciones para sancionar actos de consumo celebrados y cumplidos en extraña jurisdicción o impusiera deberes de conducta a comerciantes extranjeros o bien protegiera a consumidores de fuera de la Argentina. Por el contrario, puede imponer conductas a proveedores locales, aunque las relaciones de consumo tengan efecto fuera de la República. Tal sería el supuesto de ventas de comerciantes nacionales a turistas extranjeros, regulado con claridad en el art. 8 bis de la LDC. La solución sería diferente cuando intente regular actos celebrados en el extranjero por comerciantes extranjeros, aunque tengan efectos en la Argentina, por ejemplo,

¹⁴⁰⁶ Cfr. PERMUY VIDAL, "El reparto de competencias entre Nación y Provincias...", pp. 525-528.

¹⁴⁰⁷ Distinto sería el caso si existieran normas directas de jurisdicción en el CPCyCN o en la LDC que incluyeran los casos multinacionales, de modo expreso. A modo de ejemplo, si dijera: "Esta ley es de orden público, y será de aplicación en todos los casos en que los consumidores se domicilien en la República Argentina, siendo indiferente el lugar de celebración o cumplimiento", o términos similares.

las compras de consumidores argentinos a proveedores extranjeros vía Internet, cuando la entrega es en nuestro país.

VI. A. 4. Las potestades administrativas preventivas y sancionatorias y su impacto internacional

La autoridad de aplicación de la LDC es la Secretaría de Industria y Comercio en el ámbito nacional, mientras que los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo son en el ámbito local¹⁴⁰⁸. Ante estos organismos se pueden iniciar las actuaciones administrativas, de oficio o a pedido de parte. Las resoluciones que dispongan sanciones se podrán recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, o ante las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho (arts. 41, 44 inc. c) y 45 de la LDC). Pero también se puede iniciar el reclamo jurisdiccional sin la vía administrativa previa cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados (art. 52 LDC). Por su parte, cada Provincia determinará ante qué tribunal se interpondrá la acción¹⁴⁰⁹.

Ya me referí a las facultades que tiene la autoridad administrativa nacional para controlar en el orden interno el contenido contractual, en una clara función preventiva (ver IV. B. 2.c)). ¿Y en el ámbito transfronterizo? ¿Puede una norma de policía o de aplicación inmediata establecer condiciones de contratación particulares, con efecto extraterritorial? ¿Puede la autoridad administrativa revisar los contenidos contractua-

¹⁴⁰⁸ LDC, art. 41 “Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”.

¹⁴⁰⁹ Cfr. SIKLIAR, Juan Ignacio, “Implementación de los derechos de los consumidores. Acceso a la Justicia”, en STIGLITZ, Gabriel A. (Director), *Manual de Defensa del Consumidor. Ley 24.240. Diez años de vigencia*, Editorial Iuris, Rosario, 2004, pp. 279-308, en 297.

les? En una primera respuesta, si empresas extranjeras desean realizar negocios en Argentina, y pretenden que sean válidos, deberán cumplir con la normativa internacional de fuente interna.

Sin embargo, parece difícil asegurar que ante un conflicto originado en un contrato internacional de consumo serán competentes los organismos administrativos normalmente intervinientes en un conflicto local, como la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, dependiente de la Secretaría de Comercio Interior. Esta duda se plantea por cuanto la intervención de la jurisdicción administrativa se estructuró sobre la base de la existencia de un conflicto interno y el derecho administrativo no tiene injerencia sobre empresas constituidas en el extranjero y que emiten allí sus ofertas.

Sin embargo, creo que habría que distinguir la etapa precontractual de la propia del cumplimiento¹⁴¹⁰. En la etapa previa, la LDC con sus reglamentaciones, la ley de lealtad comercial y la ley de defensa de la competencia no serán aplicadas, por ejemplo, a sitios Web localizados en el extranjero, por más que realicen ofertas indiscriminadas a todo el público mundial. En consecuencia esto también implica, a nuestro parecer, que los órganos administrativos no son competentes para revisar anticipadamente la validez formal y material de las condiciones generales propuestas por un sitio Web extranjero, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 38 de la LDC. Entre otros, los requisitos de forma que deben tener las ofertas puestas a disposición del público, como las indicaciones para el tamaño tipográfico o la mención a que obliga la resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería¹⁴¹¹.

¹⁴¹⁰ NAJURIETA hace referencia a dos órdenes jurídicos relacionados con la protección del consumidor: el de su país de residencia habitual, y el del mercado al cual se dirige la actividad del profesional. Este último es el propio de la legislación de lealtad comercial, las normas relativas a la alimentación o medicamentos, etc. Cfr. NAJURIETA, "Conflicto de jurisdicciones...", p. 223. Los aspectos referidos al mercado no son en general de orden público "internacional", sino de orden público "interno", y por eso no compete a los organismos administrativos la injerencia preventiva sobre estos aspectos a ofertas realizadas por sitios extranjeros al mercado mundial. Pero su obligatoriedad será efectiva en el momento que se concrete una operación dentro del mercado interno.

¹⁴¹¹ Se refiere al derecho de revocación de la aceptación, del art. 34 de la LDC. La resolución 906/98 reglamenta esta facultad revocatoria estableciendo de qué modo la

Si así no fuera, los conflictos de competencias administrativas con similares organismos extranjeros serían inevitables, por cuanto es imposible atender a las distintas reglamentaciones locales existentes en cada jurisdicción donde son visibles las ofertas emanadas de los sitios Web¹⁴¹². La competencia administrativa es territorial, y así es como se puede exigir el cumplimiento de normativas aduaneras o tributarias por el tránsito de bienes entre distintas jurisdicciones estatales, como por ejemplo la prohibición del ingreso de mercaderías peligrosas, o que sigan las pautas de etiquetado¹⁴¹³.

Por tanto, podemos afirmar sin hesitación que no corresponde a la Secretaría de Comercio Interior revisar las condiciones de contratación de propuestas hechas por vendedores foráneos en el extranjero, aun cuando pudieran tener efectos en el país. Ahora bien, una vez que se efectuó la operación y la misma acarrea un incumplimiento, puede dar lugar a un reclamo administrativo o jurisdiccional, incluyendo la declaración de abusividad de una cláusula predispuesta. Pero el control previo excede las facultades del organismo.

advertencia al consumidor debe figurar en el contrato celebrado, incluyendo el texto y la tipografía de esta cláusula. Me parece excesivo que un sitio extranjero deba someterse a esta reglamentación preventiva, aun cuando realice ofertas a consumidores domiciliados en Argentina.

¹⁴¹² Como ya vimos, es una extensión del principio de derecho internacional que indica que los tribunales de un país ejercen jurisdicción sólo sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, ya que de otro modo no están en condiciones de hacer cumplir de sus decisiones. Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 86.

¹⁴¹³ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ consideran que las cuestiones de Derecho público de la Economía son cuestiones de índole administrativa o penal, en las que rige el principio de la territorialidad. Pero desde el momento que una empresa realiza operaciones en un determinado país, debe sujetarse a las leyes de ese país, a fin de que sus operaciones sean válidas. Una excepción a este principio territorial lo constituye la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, por la cual —y sólo en el ámbito comunitario— se establece el principio de origen: rige la ley donde radica de modo estable el prestador de servicios por Internet. Pero para esos mismos países comunitarios continúa vigente el principio territorial si el prestador realiza sus operaciones desde un ámbito extra-comunitario. Cfr. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de Leyes...*, p. 31 y ss.

Lo que sí parece claro es que se debe reservar a la autoridad territorial la imposición de conductas a comerciantes en su territorio: las condiciones que debe revestir la oferta, la publicidad, (aunque tengan acceso desde otras jurisdicciones) y los contenidos de los documentos de venta; el texto de los formularios contractuales predispuestos (en su control previo), etcétera. Todos estos actos sin duda corresponden a la autoridad territorial, en cuanto a su vigilancia y control y a la imposición de sanciones.

Otros actos deberán soportar un análisis diferenciado, en la medida que causen un daño cierto a un consumidor argentino. Si el formulario tipo emitido por un comerciante extranjero contiene cláusulas predispuestas que tienen efecto en la Argentina, podrán ser declaradas abusivas. Si la garantía establecida es más breve a la que rige aquí, se integrará con el plazo mayor previsto en la LDC, si se puede demostrar que Argentina es el lugar de cumplimiento. Lo mismo en el caso que el servicio técnico no sea prestado, ya que el lugar de cumplimiento es el que establece el derecho aplicable a la obligación. Veamos algunos de los ámbitos donde la autoridad administrativa puede ejercer esas funciones de control, cuando se trata de comercio transfronterizo.

a) Primer ejemplo: los requisitos del documento de venta

Ya hice referencia a la tipografía en que deberá constar en el documento de venta la facultad revocatoria a favor del consumidor. El mismo criterio puede aplicarse respecto de otra obligación típica de los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, como es la necesidad de consignar una dirección física por parte del proveedor. De acuerdo al art. 33 LDC es insuficiente la publicación del número postal como domicilio. Este requisito, si bien establecido en protección del consumidor, no podrá ser verificado por la autoridad de aplicación nacional en un contrato internacional, pero llegado el caso de un conflicto, la ausencia de una dirección física podría ser considerada una violación del deber de buena fe negocial, agravando la responsabilidad del sitio incumplidor.

No parece posible que la autoridad de aplicación nacional o de una jurisdicción local pueda ejercer el poder de policía sobre los comerciantes de todo el mundo que realizan operaciones vía Internet con consumidores argentinos. Pero sí es razonable que el comerciante que se dirige al mercado argentino esté sometido a los reglamentos locales si realiza operaciones de introducción de mercaderías. Cualquier ingreso de mercaderías deberá cumplir con los formularios de la AFIP (Agencia Federal de Ingresos Públicos) para la identificación de las mercaderías y el pago de derechos. Pero, de no ser importados, no será posible exigirle que los documentos de venta, emitidos en el extranjero, contengan los requerimientos que sí deben cumplir los comerciantes locales: número de CUIT, correlatividad de la numeración, impresión en duplicado, etcétera. En la interpretación de estas obligaciones se requiere un principio de razonabilidad.

b) Segundo ejemplo: el idioma de la documentación contractual

En los contratos que estamos analizando será usual, por ejemplo, que estén redactados en idioma extranjero, cuando el sitio Web del proveedor está localizado en un país de lengua foránea o bien no cuenta con traducción al idioma local. Esto significa que el idioma de la celebración y por el cual se formaliza la obligación será distinto al nacional, con lo cual esas operaciones podrían ser atacadas por el art. 4 de la LDC, configurando una infracción¹⁴¹⁴.

Con respecto a este punto hay fallos que en referencia a contratos celebrados aquí —aunque no por medios electrónicos— resolvieron que la redacción en idioma inglés configura una infracción al art. 4 LDC si el contratante no pudo conocer suficientemente los alcances de los términos del convenio que iba a celebrar. Se consideró irrelevante a los fines

¹⁴¹⁴ LDC “Art. 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”. En un análisis más profundo, también podría estar afectada la garantía constitucional de la información veraz del art. 42.

de la eximición de la responsabilidad de la vendedora pretender la traducción de tales actos, toda vez que no se la sancionó por extender una escritura pública en idioma extranjero sino por una falta de información suficiente al consumidor¹⁴¹⁵. En idéntico sentido se pronunciaron al admitir la procedencia de una sanción impuesta a una vendedora de productos de origen extranjero, cuyos rótulos en donde figuran las indicaciones y las instrucciones de uso se encontraban en otro idioma¹⁴¹⁶.

Considero que a los contratos en la red también se le aplican estos principios, por cuanto si bien se supone que el internauta conoce el mínimo contenido del sitio y de los productos y servicios que está adquiriendo, es posible que no comprenda con suficiente detalle todas las obligaciones y derechos que le corresponden. El hecho de que las cláusulas estén redactadas en idioma extranjero no implicará de por sí un abuso, pero deberá estudiarse en cada caso si para ese negocio, entre ese consumidor y ese proveedor, resulta una situación de inequidad. La *ratio legis* consiste en que el consumidor cuente con la suficiente información para tomar decisiones racionales. Se presupone que el idioma nacional colabora con esta finalidad¹⁴¹⁷.

Algo similar podría decirse de la obligación de entregar un manual en idioma nacional, cuando se trate de cosas y servicios riesgosos (art. 6 LDC). La salvedad está en que si el consumidor compra por medios electrónicos, y el lugar de cumplimiento es el extranjero, siendo el importa-

¹⁴¹⁵ CNFed Contencioso-administrativo, Sala V, 25 de noviembre de 1997, "Mazzei Smurra S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", LL 1999-D-776.

¹⁴¹⁶ CNFed Contencioso-administrativo Sala III, 30 de marzo de 1999, "Abbott Laboratories Argentina S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", LL 1999-C-518.

¹⁴¹⁷ En el caso "Citibank NA c. Secretaría de Comercio", resuelto por la sala V de la CNFederal en lo Contencioso-administrativo, se resolvió que el deber de informar en forma precisa y detallada las características del servicio de cajeros automáticos que ofrece el banco a sus clientes es parte de la imposición de conductas objetivas sin elementos subjetivos específicos (cfr. LL 2000-E-880, sumario 42.995). Pero el hecho de que el sitio esté en otro idioma no configuraría por sí mismo un principio de responsabilidad, salvo que produzca desinformación o daño; la prueba negativa de tal daño correspondería al titular del sitio. Esto implica para el proveedor extranjero el desafío de tener tantas traducciones de las condiciones particulares y generales del contrato como países con lenguas diversas a los que dirige sus negocios.

dor el mismo consumidor, estas obligaciones se regirán por el lugar de cumplimiento¹⁴¹⁸.

c) Corolario

Como se puede observar, será muy difícil uniformar internacionalmente las normas de policía administrativa de contralor de la actividad de los comerciantes. Sin embargo, es posible coordinar las actividades de cada autoridad nacional. La Propuesta de Ley Modelo Interamericana que presentó Estados Unidos para ser considerada en la CIDIP VII, contempla la posibilidad de la designación de autoridades administrativas en cada Estado contratante, con competencia en casos transfronterizos. Cada gobierno debe informar a los otros, y a su vez permitir que las resoluciones de cada uno de ellos sean ejecutoriadas. A tal fin, si la jurisdicción se ejerce de este modo, es requisito suficiente para que la sentencia o resolución administrativa tenga fuerza de cosa juzgada¹⁴¹⁹.

De modo provisional, y absolutamente insuficiente, los Organismos de Defensa del Consumidor de los Estados Parte del MERCOSUR, firmaron el 3 de junio de 2004 un “Acuerdo interinstitucional de entendimiento” para la defensa del consumidor visitante. El propósito es crear

¹⁴¹⁸ Con lo cual nos parece que mal que le pese al consumidor argentino que compra un artículo electrónico en Japón, deberá conformarse con un manual en japonés y con servicio técnico transcontinental. Deberá analizarse si el servicio técnico puede prestarse también vía Internet o si llegado el caso de que se requiera enviar la cosa a reparar al extranjero, comprobar si en ese país está previsto que el comerciante se haga cargo del traslado tendiente a la reparación. Esto es lo que consideramos se puede establecer de acuerdo con el derecho vigente, salvo que el proveedor se comprometiera a otra cosa.

¹⁴¹⁹ Borrador de Propuesta de Ley Modelo Interamericana respecto a la Disponibilidad de Medios de Solución de Controversias y Reparación a favor de los Consumidores, presentada a la CIDIP VII: “5.1 Cada estado miembro de la OEA deberá autorizar a una o más entidades gubernamentales, incluyendo una autoridad ejecutora de protección al consumidor u otra entidad competente a nivel nacional, estatal, provincial, municipal o local que tenga a su cargo la protección de los intereses de los consumidores, a efectos de poder iniciar procedimientos y plantear reclamos, incluyendo en materia de reparación, para o en representación de los consumidores que hayan sufrido un daño económico como resultado de haber sido engañados, defraudados o inducidos en error”.

un marco administrativo que permita mejorar la atención y la resolución de los conflictos que se le presenten a un residente de un Estado durante su estadía en otro. Está dirigido principalmente a los consumidores turistas, posibilitando incrementar la confianza y seguridad en los traslados.

Las acciones previstas son el asesoramiento, la información, la resolución rápida y efectiva de los problemas, así como instrumentar mecanismos de información recíproca ante las denuncias o reclamos. Los organismos administrativos también se comprometen a analizar la introducción de nuevas normativas o modalidades operativas en el orden administrativo interestatal. Es un primer paso; habrá que estar atentos al desarrollo de esta modalidad de colaboración¹⁴²⁰.

VI. B. LA NORMA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

Las normas jurisdiccionales son aquellas que determinan qué jueces son competentes en el orden internacional para decidir la controversia. Incluso en los casos en que se haya unificado internacionalmente la jurisdicción directa —que determina el tribunal competente—, y/o la indirecta —que establece los requisitos de ejecución de la sentencia, entre otros supuestos—, el tribunal requerido deberá verificar que se hayan cumplido los presupuestos del Tratado que las reglamenta.

La estructura de la norma de jurisdicción tendrá, al igual que todas, un antecedente y una consecuencia jurídica. El antecedente, como cuestión de hecho, es una causa internacional en un conflicto que involucra una relación de consumo. El consecuente es la determinación del tribunal competente. SOTO la enuncia del siguiente modo¹⁴²¹:

¹⁴²⁰ Tanto el Acta del Consejo Federal del Consumo como el Acuerdo Interinstitucional del MERCOSUR están inéditos hasta la fecha (3 de julio de 2009). Agradezco al Dr. Carlos Vanella, de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, permitirme el acceso al material.

¹⁴²¹ *Temas estructurales...*, p. 66. También, FEUILLADE, *La sentencia extranjera*, pp. 117-119.

<p>Si se trata de una causa internacional (caso jusprivatista con elementos extranjeros), presentada ante un juez competente en la esfera internacional (hechos subyacentes al contacto jurisdiccional), y habiéndose resuelto las cuestiones previas y calificaciones,</p>	<p>Será competente, O bien, No será competente</p>	<p>El juez ante quien se presentó la causa</p>
---	--	--

En nuestro caso, en su enunciado más simple —y por cierto engañoso—, debería formularse del siguiente modo: dado un conflicto multinacional que implica una relación de consumo transfronteriza, serán competentes los tribunales de Tal Estado. Como hemos visto, ningún ordenamiento menciona de modo aislado el supuesto de hecho “relación de consumo transfronterizo”, sino que la calificación misma del antecedente está compuesta de distintos enunciados o proposiciones. Una norma más realista sería¹⁴²²:

<p>ANTECEDENTE</p>	<p>→</p> <p>Tendrán jurisdicción internacional</p>	<p>CONSECUENCIA JURÍDICA</p> <p>los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor, [punto de contacto personal]</p> <p>o bien, a opción del consumidor, [jurisdiccio-</p>
<p>Dado un conflicto [situación de hecho de incumplimiento, por ejemplo]</p>		
<p>Originado en un contrato [vínculo de la relación jurídica]</p>		
<p>de compraventa a plazo de bienes muebles, [objeto de la relación jurídica]</p>		

¹⁴²² Arts. 1, 2, 3, 4 y 5 del Protocolo de Santa María.

donde las partes tienen domicilio en diferentes Estados, [hechos subyacentes]	→	nes alternativas]
entendido “domicilio” por residencia habitual [calificación de uno de los elementos del supuesto de hecho]		los jueces del lugar de celebración del contrato, [punto de contacto conductor]
celebrado por un consumidor, persona física o jurídica,		o del lugar de la entrega de los bienes, [punto de contacto conductor]
que compra para su uso final [sujeto cualificado y eventual cuestión previa]		o del domicilio del proveedor demandado [contacto personal].
y cuando haya sido precedido de una oferta recibida en su domicilio, [hecho subyacente]		
en las demandas entabladas por el consumidor [circunstancia de hecho del antecedente]		
En definitiva, UNA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA		

Como se puede observar, algunos de los elementos pueden ser sustituidos por otros semejantes, y la consecuencia jurídica será la misma. Por ejemplo, si no fuera una compraventa sino la prestación de un servicio, como está previsto en el mismo art. 1; o en lugar de “residencia

habitual” se tratara del “centro principal de los negocios” (art. 3). Pero si se tratara de una licencia de bienes inmateriales, o la venta no fuera a plazos, el supuesto de hecho no se cumple, sin que haya lugar a la consecuencia jurídica, lo cual nos deja en el punto de la laguna jurídica, o bien ante la necesidad de aplicar los principios generales de la jurisdicción internacional.

También es posible observar que la amplitud de variaciones conceptuales en el antecedente siempre es mayor que las correspondientes a la consecuencia jurídica. Las alternativas de las conexiones son limitadas, por dos motivos. En primer lugar, para evitar una multiplicidad de conexiones que dificulten la seguridad jurídica, aun cuando las soluciones que tienen más cercanía con el caso sean más justas. Luego, para evitar los supuestos de litispendencia y *forum shopping*, en cuanto características negativas de la norma de jurisdicción. Sin embargo, la amplitud de opciones jurisdiccionales en un sistema protectorio puede ser un resultado deseado, en la medida que facilita el acceso a la justicia del sujeto más débil.

En el cuadro anterior no figuran algunos elementos, que lo hacen más complejo, pero que no pueden faltar en el análisis. Algunos son características negativas del antecedente. Estos son: a) cuestiones procesales del antecedente; b) inexistencia de fraude a la jurisdicción o *forum shopping*; c) ausencia de litispendencia; d) inexistencia de fuero de atracción; e) ausencia de conexidad; f) no hay cosa juzgada. Otros, pueden ser eventuales características negativas de la consecuencia jurídica: a) afectación del orden público internacional, por conculcarse la garantía de acceso a la justicia, dando lugar a un foro de necesidad; b) declinación de competencia del juez, al considerar más apto otro foro por razones de utilidad, tanto para un mejor desarrollo del proceso como por prevención de una potencial ineficacia. Este último aspecto se denomina tradicionalmente como ‘foro de conveniencia’, o, en su forma negativa, *forum non conveniens*¹⁴²³.

¹⁴²³ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 66-67.

A continuación haré breves consideraciones de algunos de estos elementos. Otros, serán tratados con más detalle en los puntos siguientes.

VI. B. 1. Cuestiones previas vinculadas a la jurisdicción

La cuestión previa se presenta cuando un asunto está vinculado a otro de tal manera que la solución del segundo condiciona lógicamente al primero¹⁴²⁴. En los aspectos jurisdiccionales el problema se presenta en relación a elementos de fondo o procesales, y deberá resolverse respondiendo a las excepciones previas o de modo incidental. Entre las cuestiones previas relativas al fondo del asunto, el más relevante para nuestro caso será determinar la validez de la cláusula de prórroga de jurisdicción. Por la habitualidad de este pacto en las operaciones del consumo masivo, y debido a que resulta condicionante para aplicar o no otras conexiones, deberá ser resuelta por el juez en los primeros momentos del proceso. El cuestionamiento, por lo general, llegará por parte de quien es demandado en una jurisdicción distinta a la indicada en la cláusula, especialmente si es quien la ha propuesto.

Debido a que los ordenamientos suelen condicionar la validez de la cláusula a distintos requisitos, como por ejemplo que haya sido pactada luego de surgido el litigio, habrá que verificar este extremo antes de aceptar o rechazar la causa, lo que corresponda. La invalidez no puede declararse de modo automático, salvo que exista una norma expresa que así lo indique¹⁴²⁵. Pese a que la libertad contractual está claramente limitada, esto no significa que sea de ningún valor, máxime cuando el ejercicio de la cláusula puede favorecer al consumidor. La prohibición de prórroga no es una respuesta al problema. Más que impedir la elección de

¹⁴²⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 421. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 89.

¹⁴²⁵ Como lo hace, entre otros, el art. 17 del Reglamento 44/2001, que las admite sólo si fueran pactadas con posterioridad al nacimiento del litigio, o si establecen foros alternativos a elección del consumidor, o bien que determine como competente al juez del domicilio común del proveedor y el consumidor.

foro, se trata de limitar o condicionar la autonomía absoluta¹⁴²⁶. El tema será tratado en detalle en VII. D, p. 673 y ss.

La otra cuestión previa vinculada a aspectos de fondo ya fue enunciada en el capítulo anterior: ¿hay relación de consumo? (ver p. 476). En algunos supuestos, la asignación de una jurisdicción especial en razón de la materia dependerá de que se cumpla alguno de los extremos de la configuración legal. Esta puede haber sido definida por la norma, indicando algunos elementos específicos; a estos, los puede haber calificado, o bien remitido a algún derecho calificador. La cuestión previa se referirá a la existencia o no del elemento, de acuerdo a cómo haya sido previamente definido.

Hemos visto ejemplos referidos a la concreta determinación del proveedor cuando está sujeto al requisito de la conexidad contractual (p. 508), o la relación societaria o administrativa respecto del proveedor principal (p. 517), o de la efectiva condición de licenciante de marca (p. 528). El problema se planteará como excepción previa por falta de legitimación pasiva. Otras cuestiones pueden referirse a la determinación del “uso final” para que el demandante pueda ser considerado proveedor, más aún si se trata de una persona jurídica, (ver p. 504), o que el demandante es familiar o pertenece al grupo social del consumidor (p. 499).

Otro ejemplo de cuestión previa referida a la verificación de la existencia de una relación de consumo se presenta con los “conflictos móviles”. Algunas normas requieren, para la aplicación del régimen protectorio, que el consumidor que adquiere en el domicilio del vendedor se haya dirigido allí en un viaje de compras, a instancias del proveedor. Este es uno de los tradicionales supuestos de consumidores activos, pero que igualmente están protegidos en virtud de la atracción que el vende-

¹⁴²⁶ Si bien con referencia a la cláusula de elección de derecho aplicable, y no al foro, me parece adecuada la propuesta de ALL, Paula y DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Consideraciones generales sobre el artículo 2 del Proyecto de reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores presentados por Brasil”, pp. 2 y 10. Presentado al Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA), disponible en www.oea.org.ar.

dor ejerció mediante su acción de marketing. Se trata de verificar estas circunstancias¹⁴²⁷. Estas últimas cuestiones serán resueltas preliminarmente ante la excepción de falta de legitimación activa.

VI. B. 2. Problemas de calificaciones en las normas de jurisdicción

En el antecedente de la norma de jurisdicción lo más importante a calificar será la relación de consumo y cada uno de sus elementos, a lo que ya nos hemos referido largamente. Luego, habrá que calificar los puntos de contacto, ya sean unilaterales o multilaterales. Un ejemplo de calificación directa lo encontramos en la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII cuando, al determinar que serán competentes los tribunales del domicilio del consumidor, califica este como la residencia habitual, el centro principal de sus negocios o el lugar donde se encontrare la simple residencia (art. 5). Además, indica que la calificación es concordante con la referida en el art. 2 de la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, dato que puede ser utilizado subsidiariamente para facilitar la tarea del intérprete.

En el caso de Argentina, ante la carencia de normas de fuente interna o internacional que califiquen los puntos de contacto en su referencia a relaciones de consumo transfronterizo, deberemos integrarlos analógicamente, siempre teniendo en cuenta una valoración finalista. La consideración del *favor debilis*, el *in dubio pro consumptore*, los principios generales de la jurisdicción y, de modo amplio, todos los *topoi* considerados en los capítulos III y IV, sustentados en la debilidad del consumidor predicada en el capítulo II, con el fin de lograr una justa asignación de jurisdicción (capítulo I). De aquí que las conexiones deberán ser valorativamente calificadas, ya que el uso de los términos implica de por sí un reparto.

¹⁴²⁷ ALL y DREYZIN DE KLOR, "Consideraciones generales sobre el artículo 2...", p. 28. Como sucedería, por ejemplo, si un turista español viaja a Inglaterra y adquiere allí bienes. El turista no puede reclamar el fuero especial del Reglamento 44/2001 si él mismo se integró al mercado inglés, aceptando los riesgos que se pueden presentar.

A modo de ejemplo, cuando el Protocolo de Santa María establece en el art. 5. b) que el consumidor podrá demandar al proveedor en el “lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes”, no indica qué debe entenderse por lugar de entrega. Es previsible que el juez califique de acuerdo a su *lex civilis fori*, y si en caso de la venta de bienes muebles aplicara el uso característico del comercio internacional, el lugar de entrega termine resultando el mismo domicilio del proveedor¹⁴²⁸. Este resultado parecería disvalioso, pero no será así cuando la calificación fuere valorativamente orientada¹⁴²⁹.

VI. C. LOS PROBLEMAS JURISDICCIONALES CLÁSICOS APLICADOS A LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

VI. C. 1. Relación entre jurisdicción y derecho aplicable: el *forum causae* o criterio del paralelismo

Las soluciones de los casos multinacionales dependen en gran manera de qué juez entienda en el asunto, de allí la fuerte tendencia a ligar la jurisdicción al derecho aplicable¹⁴³⁰. Esto da lugar a uno de los criterios de atribución de jurisdicción: la relación entre *forum et ius*. Tiene su fundamento en el antiguo principio por el cual los jueces serían competentes en los casos en que pudieran aplicar su propio derecho, tanto por la efectividad como por respeto a otras autonomías estatales¹⁴³¹. Otra

¹⁴²⁸ En este sentido, no estoy de acuerdo con la calificación de “lugar de entrega” que hace el art. 27 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina, más aún cuando se trata de una calificación especial para contratos con consumidores: “Se considera que lugar de entrega de las mercaderías, salvo estipulación diferente, es el lugar determinado por la cláusula FOB, definida por los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional”.

¹⁴²⁹ Cfr. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor”, pp. 100-101.

¹⁴³⁰ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 203. VISCHER, “General Course on Private International Law”, p. 228 y ss.

¹⁴³¹ Cfr. WAUTELET, “What is international private law...”, p. 75. Sin embargo, parece ser un criterio que está en retroceso. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...”, nro. 32. JAYME lo observa desde un doble ángulo. Puede

razón se puede encontrar en que el Derecho Internacional Privado tiende a la realización de la justicia como su misión sustancial a través de dos momentos: la certeza de la ley aplicable y el desincentivo del *forum shopping*¹⁴³².

El criterio del 'paralelismo' indica que tendrían jurisdicción los jueces del país cuyo derecho resulte aplicable. Es decir que si se aplicara derecho argentino para juzgar un incumplimiento en el domicilio del consumidor, serán competentes nuestros jueces. Desde ya que esta competencia no será exclusiva, para evitar la negación de la extraterritorialidad del derecho extranjero: la conexión entre derecho y foro no implica identidad¹⁴³³.

Los problemas del criterio del paralelismo se refieren al divorcio temporal que existe, al momento de iniciarse la demanda, entre la certeza futura del derecho que regula la relación y la seguridad que en ese momento requiere el juez para saber si debe o no abocarse a la causa. Además, es posible que un conflicto deba resolverse mediante la aplicación de distintos derechos, con la indeterminación que esto implica para asignar una única jurisdicción competente¹⁴³⁴. Otra dificultad radica en

considerarse, por una parte, que un juez aplicará su propio derecho. Luego, que el juez será competente si corresponde aplicar su derecho, y no en caso contrario. Si este último aspecto fuera absoluto, podría desencadenar la denegación de justicia. Parece razonable si existieren normas de policía, o si se trata de juzgar sobre bienes situados en el territorio, que son gobernados por la ley estatal de su ubicación. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 135.

¹⁴³² Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1528. Como lo pretenden, por ejemplo, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, arts. 56, concordante con el art. 41.

¹⁴³³ Cfr. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, pp. 57-58. Como antecedente jurisprudencial, se puede mencionar el fallo de la CNCom, Nefrón S.A. c. Gambro Sales A.B. s/ordinario, 14 de septiembre de 1988, donde se decidió que no puede desprenderse de la elección de derecho sueco una prórroga a favor de los tribunales suecos. La elección tácita del tribunal no resultó indubitable y el tribunal entendió que la prórroga debía ser expresamente establecida. Sentencia publicada en la RDCO, 1988, p. 969, con comentario de María Elsa UZAL.

¹⁴³⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT, "Jurisdicción internacional directa e indirecta", p. 13. De aquí que ante la ausencia de una convención internacional que resultara aplicable al caso, el criterio puede atentar contra la armonía de las decisiones. En cuanto a los problemas es-

que bajo ciertas circunstancias la determinación del derecho aplicable depende de las calificaciones, tanto de relación de consumo, como de persona jurídica, o cualquier otra de las que analizamos. El impacto sobre la jurisdicción es directo y por tanto la tornaría insegura.

Sin embargo, la correlación del tribunal del país cuyo derecho resultará aplicable es un criterio que resulta útil y práctico: este juez es quien mejor conoce su ordenamiento. También evita los conflictos de calificaciones, reenvío y orden público internacional, siempre que se trate de normas convencionales¹⁴³⁵.

Hay que prestar atención a la correspondencia entre la ley aplicable y la jurisdicción internacional en materia de protección del consumidor. Cabe preguntarnos si siendo una suerte de débil jurídico, puede tener asegurada la jurisdicción domiciliaria, como ocurre en otras materias donde prima la condición personal del sujeto¹⁴³⁶. No creo que la respuesta sea positiva. La analogía entre las distintas materias carece de la razón o valoración que lleva a aplicar similares soluciones¹⁴³⁷. Por tanto,

pecíficos que plantea el *forum causae* en cuestiones de consumo, cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 237.

¹⁴³⁵ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 81. Este es el criterio que también sigue el Protocolo de Buenos Aires, cuando conecta el tribunal con el lugar de cumplimiento, entendiendo este como el de la prestación reclamada. Cfr. IUD, "Contrato internacional y juez competente", p. 417.

¹⁴³⁶ Nuestro CC, los arts. 6, 7, 90 inc. 6 del CC aplican la ley domiciliaria del menor, o los arts. 409 y 410 para la administración de sus bienes. Concomitantemente, los arts. 400 y 403 del CC consagran la jurisdicción nacional si el domicilio del incapaz está en el país.

¹⁴³⁷ Cfr. CIURO CALDANI, "Hacia un derecho internacional privado...", pp. 1051-1052. Esto lo afirma considerando los casos de desamparo de menores, discernimiento de tutela y curatela, y por otro lado los contactos reales en cuanto se refiere a los bienes. En el caso de la identidad del derecho determinado por las partes o el lugar de cumplimiento designado en materia contractual, y la designación del tribunal; ahora bien, aún en caso de que resulte conveniente aplicar el derecho del lugar de celebración, no necesariamente deberá existir allí una jurisdicción competente. En el otro extremo, en cuanto a la protección de incapaces existe una debida correlación entre derecho de fondo y jurisdicción cuando ambos coinciden con el domicilio. Y, tratándose de ausencia con presunción de fallecimiento, es razonable aplicar el derecho de la última residencia, pero esto no es fundamento de la jurisdicción, que debería radicarse en el último domicilio o donde se sitúen los bienes. *Idem*, p. 1055.

los elementos que deciden la ley aplicable no siempre deben determinar la jurisdicción, aunque tengan un trasfondo valorativo similar¹⁴³⁸.

Sin embargo, cuando razones de política legislativa pretenden asegurar una solución que tenga en cuenta valores considerados fundamentales, procuran atar el derecho aplicable al tribunal. De este modo no se corre el riesgo de que particulares valoraciones de la *lex civilis fori* atenten contra la integridad del derecho que se procura atiende el caso. De allí que ante la existencia de normas de policía, estas mismas indicarán el derecho aplicable y el tribunal competente de modo conjunto. En estos supuestos, la relación *forum et ius* toma cuerpo, y la jurisdicción estará condicionada por la *lex fori*¹⁴³⁹. Esto no significa que se trate de una jurisdicción exclusiva, pero el juez extranjero deberá aplicar la norma de policía extranjera, para que la sentencia no resulte claudicante.

En otros supuestos, las normas imperativas sólo se aplicarán si los tribunales del país del derecho aplicable son competentes de modo exclusivo. Por tal motivo, ante jurisdicciones concurrentes, se podría ejecutar una sentencia extranjera, en la medida que la conexión estableciera el *forum et ius*. Si la jurisdicción es válida, y los jueces aplicarán su derecho, esa sentencia es válida aquí. Es muy probable que esto ocurra en el sistema protectorio¹⁴⁴⁰.

Ahora bien, el hecho de que un tribunal deba aplicar derecho extranjero no excluye su jurisdicción, ni viceversa: si un tribunal es competente no significa que deba indefectiblemente aplicar su propio dere-

¹⁴³⁸ Un cierto paralelismo de normas convencionales se puede apreciar entre los Reglamentos 44/2001 y Roma I. En la cuestión particular del consumidor, ambos tienen preferencia por una limitada autonomía de la voluntad, y un criterio protectorio afinado en el domicilio del consumidor. Se puede elegir limitadamente el foro y el derecho aplicable, pero con el resguardo de los tribunales domiciliarios y las normas imperativas de ese mismo domicilio.

¹⁴³⁹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 221. Cfr. WAUTELET, "What is international private law...", p. 59.

¹⁴⁴⁰ Podríamos considerar que esta sería una buena aplicación del principio del *proper law in the proper forum*, o bien una manifestación de *forum conveniens*. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 101.

cho para resolver el fondo del asunto. Pero el principio se justifica, entre otras razones, porque será más probable que el derecho se aplique correctamente¹⁴⁴¹. Por el respeto al elemento extranjero, hay que estar precavidos de que los jueces sólo admitan los casos en que se aplicará su derecho, ya que esto implicaría eliminar el derecho foráneo, mediante la negación de la jurisdicción. El *forum causae* justifica la jurisdicción de los jueces de un país porque se espera razonablemente aplicar ese derecho. De todos modos, no debe obstar a qué otros jueces puedan entender en la causa¹⁴⁴².

Más razonable resulta aún el *forum causae* si los distintos derechos con vocación para resolver el caso son coincidentes en sus normas de conflicto para remitir al mismo derecho; más aún si se trata de una fuente convencional antes que una fuente interna. Si existen varias jurisdicciones concurrentes, pero las normas de conflicto remiten a un único derecho, será preferible la jurisdicción del único derecho aplicable. Por el contrario, si sólo las normas del país del foro indican a su derecho como aplicable, debería de todas formas dejarse abierta la concurrencia jurisdiccional, con el fin de no secuestrar el caso y caer en los foros exorbitantes (ver *supra* III. C. 2.a), p. 259 y ss.).

Como indiqué, la dificultad radica muchas veces en que no se sabe con certeza el derecho aplicable al momento de iniciarse el conflicto. Puede suceder que ante la alegación de la parte, de que se trata de una controversia regulada por la *lex fori*, el juez abriera la jurisdicción, y luego, ante la manifiesta inaplicabilidad de su ordenamiento, rechace la demanda. El mismo problema se presenta cuando corresponde aplicar a la relación jurídica distintos derechos nacionales (por aplicación del método analítico-analógico o analítico-privatista), pero sólo podrá entender en la causa uno de los jueces correspondientes a los diferentes derechos aplicables¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 461.

¹⁴⁴² Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 211-212.

¹⁴⁴³ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 82.

El *forum causae* pierde relevancia si dos derechos diferentes están igualmente llamados a resolver la cuestión, ya que se pierde su mayor ventaja: la solución uniforme¹⁴⁴⁴. Cuando hay dudas interpretativas respecto del derecho aplicable, no es conveniente trasladarlas a las reglas procesales, que deben ser evidentes. Más aún si el sistema apunta hacia conexiones flexibles, en beneficio de la parte débil. Ante conexiones sustanciales imprecisas, el *forum causae* dificulta la determinación de la jurisdicción, ya que la sentencia podría haberse dictado por tribunales sin competencia en el orden internacional¹⁴⁴⁵. En la medida que los jueces del lugar de ejecución de la sentencia tengan en cuenta otras conexiones sustanciales, el criterio resulta inútil. Por el contrario, si las conexiones fueran precisas y acordadas multilateralmente, se justifica el *forum causae*. De aquí que sólo algunos puntos de conexión del derecho aplicable pueden constituir adecuados puntos de contacto jurisdiccionales.

En muchos casos, por el método analítico, habrá vocación por aplicar más de un derecho. Por ejemplo: a) el del domicilio a la capacidad de celebrar el contrato, de acuerdo al régimen general de capacidad del Código Civil; b) el lugar de celebración para la forma, teniendo en cuenta requisitos del orden público interno, como la exigencia del duplicado del contrato; c) el lugar de cumplimiento, para juzgar la validez sustancial. GOLDSCHMIDT pregunta: “¿tiene entonces jurisdicción cualquiera de los países cuyos derechos se aplican o sólo uno de ellos? En cualquiera de ambos supuestos se disipa la ventaja de que el juez aplica únicamente su propio Derecho”¹⁴⁴⁶.

De aquí que se debería considerar un principio general a tener en cuenta en el diseño de conexiones jurisdiccionales, el hecho de que debe existir certeza del tribunal competente, antes de que se entable la demanda. Este aspecto, en conflictos que involucran a una parte débil, es

¹⁴⁴⁴ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 213.

¹⁴⁴⁵ *Idem*, p. 215.

¹⁴⁴⁶ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 461. Aclara que al comenzar un juicio es difícil saber qué derecho será aplicable. Y si se equivocara, ¿mantiene la jurisdicción a pesar de dictar una sentencia basada en Derecho que no es el suyo, o tiene que declarar de oficio a medio camino su carencia de jurisdicción?

fundamental, en razón también de economía procesal. Hay que reducir al máximo las posibles excepciones de incompetencia. En este aspecto, más que en otros, se debe reafirmar que justicia “lenta” o justicia “cara”, no es justicia. Entonces, el primer elemento a considerar es la seguridad de contar con un juez competente en la esfera internacional, en lugares claramente establecidos¹⁴⁴⁷. Por tanto, una conexión jurisdiccional que estableciera el “lugar de cumplimiento de la prestación más característica”, y hubiera que determinar previamente cuál es ese lugar, resultaría perjudicial para el consumidor (art. 2 de la Propuesta de CIDIP VII, en su primera redacción). Por el contrario, ligar el foro al lugar de cumplimiento del “lugar de ejecución” en un contrato de prestación de servicios, otorga certeza, ya que los servicios se prestan generalmente donde está localizada la parte que debe brindarlo (el mismo art. 2).

Un caso particular se presenta cuando un juez decide declinar su jurisdicción (*forum non conveniens* mediante) debido a que considera que el derecho aplicable es el de otro Estado, y por tanto sería mejor que el caso fuera resuelto por un juez de ese foro. Sería una forma de ligar el derecho material más favorable con el juez o sistema procesal más conveniente¹⁴⁴⁸.

En la relación entre *forum et ius*, es importante el papel que juega el reenvío, ya que si éste no fuera admitido se favorecería el *forum shopping*. Las partes elegirían el tribunal donde sus pretensiones sustanciales fueran más convenientemente consideradas, desvinculándose del respeto objetivo del elemento extranjero¹⁴⁴⁹. En el caso inverso del que

¹⁴⁴⁷ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 217.

¹⁴⁴⁸ Es la propuesta de VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, p. 396 y ss. Si llegado el caso a ese nuevo tribunal, este aplicara un tercer derecho, la apreciación inicial resultaría infundada, y por tanto se habría causado un perjuicio al consumidor. Para evitar el inconveniente, debe analizarse la mayor conveniencia de las normas materiales, excluyendo las de conflicto. Aunque, bien mirado el asunto, para la determinación de los tribunales más favorables, debe atenderse a la condición de debilidad procesal, y no al contenido de las normas aplicables.

¹⁴⁴⁹ Cfr. SOTO, *Derecho Internacional Privado*, p. 157. Sin embargo, a los fines de un sistema protectivo, puede ser conveniente determinar *a priori* cuál es el derecho aplicable, mediante conexiones semi-rígidas. Tal es el caso del art. 14 de la Propuesta de CIDIP VII: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por derecho el vigente en un Es-

venimos hablando hasta ahora, es posible que la determinación de los tribunales competentes establezca el derecho de fondo, tanto de normas sustanciales como de conflicto. Por tanto, si se establecen los foros competentes, ya sea mediante normas unilaterales o multilaterales, la sentencia dictada de acuerdo con esa jurisdicción se presumirá válida¹⁴⁵⁰.

Más aún: en el caso de tratarse de normas imperativas, si los tribunales no son competentes, no las aplicarán, porque están previstas para casos internos; son de aplicación exclusiva y no pueden exportarse a casos foráneos. Por el contrario, si tienen jurisdicción, sólo aplican su propia ley¹⁴⁵¹. Se podría decir que es un orden público reducido, válido sólo para casos nacionales. Las normas materiales aparecen así limitadas por las normas de jurisdicción internacional. El resultado será, por ejemplo, que el juez argentino aplicará la LDC sólo cuando esté investido de jurisdicción. Por tanto, el riesgo que esconde el *forum causae* como criterio de atribución de jurisdicción en conflictos vinculados a consumidores es que el juez extranjero no aplique las normas de orden público del domicilio del consumidor. Desde ya que el problema desaparece si hubiera un tratado internacional que vinculara al juez extranjero; de lo contrario, aplicará sus propias normas, tal vez menos protectivas¹⁴⁵².

VI. C. 2. Jurisdicciones concurrentes

Las jurisdicciones concurrentes se derivan del principio de independencia jurisdiccional, aunque limitado por el de interdependencia. Debido a que, al menos en hipótesis, un Estado no tiene límites en cuanto a la determinación de la competencia de sus tribunales, indefectiblemente habrá pretensiones estatales competitivas entre sí. Por este motivo las jurisdicciones concurrentes serán mucho más frecuentes que las exclusivas, y, salvo contadas circunstancias, un Estado no reconocerá la

tado, con exclusión de sus normas de derecho internacional privado relativas a la determinación del derecho aplicable”.

¹⁴⁵⁰ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 224.

¹⁴⁵¹ *Ibidem*.

¹⁴⁵² Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1518.

pretendida exclusividad de los demás. De aquí que sean tan importantes los acuerdos internacionales sobre jurisdicción¹⁴⁵³. Además, los foros concurrentes no suelen tener prelación o jerarquía, con lo cual es probable que el demandante elija según su conveniencia. Lo importante es que todas las posibilidades sean previsibles para el demandado¹⁴⁵⁴.

El problema de las múltiples conexiones es menos grave en la determinación de la jurisdicción que para el derecho aplicable. Sin embargo, debemos advertir que la pluralidad de foros, al tiempo que facilita la posibilidad de reclamar en juicio, a su vez dificulta la defensa, porque la otra parte puede ser demandada en lugares ajenos a su residencia. Las jurisdicciones concurrentes tienen la ambivalencia de facilitar la demanda por parte del consumidor, pero lo perjudican cuando es demandado. De allí que, con buen criterio, el Protocolo de Santa María establece en su art. 5 una serie de soluciones alternativas, pero de modo excepcional *y por voluntad exclusiva del consumidor*, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda¹⁴⁵⁵.

Para el consumidor es muy relevante la mayor disponibilidad de foros vinculados al caso. No sólo le serán útiles los tribunales de su domicilio, ya que por distintas razones le puede convenir una jurisdicción distinta a la propia. Habrá que ver entonces qué conexiones estarán disponibles. En caso de duda respecto de si una jurisdicción es exclusiva o concurrente, habrá que interpretar con amplitud, en virtud del *favor debilis*. Así, si la norma indica un criterio de atribución, sin indicar su carácter, deberá ampliarse la disponibilidad de los tribunales, a favor del consumidor. Un ejemplo de esto puede ser el art. 22 de la LOPJ:

¹⁴⁵³ Cfr. WAUTELET, "What is international private law...", p. 62. También RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...", p. 162.

¹⁴⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado del MERCOSUR*, pp. 159-160. Una vez más, no puedo evitar que venga a la memoria el caso Panasonic.

¹⁴⁵⁵ En este sentido, las conexiones de la Propuesta de CIDIP VII, si bien se refieren al derecho aplicable, también prevén una concurrencia escalonada, con un cierto orden de prelación, y bajo una cláusula común: el derecho que resulte más favorable al consumidor.

“En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes (...) en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de prestamos destinados a financiar su adquisición”.

Nada indica que el consumidor no pueda demandar a su vez en el domicilio del demandado, si estuviera en otro país¹⁴⁵⁶. Finalmente, y como un requisito de validez de la jurisdicción concurrente designada, habrá que tener en cuenta la relación del caso con el foro. En este sentido, al momento de elegir, la opción por el foro del derecho aplicable será siempre legítima, por ser a su vez la más eficaz¹⁴⁵⁷.

VI. C. 3. Litispendencia, conexidad y cosa juzgada

Un problema general de la jurisdicción y de la ejecución de sentencias está relacionado con la armonía de otros procesos o decisiones judiciales sustanciadas en otros tribunales. Ya sea de modo anterior o simultáneo, se deben resolver los conflictos que pueden generar de modo predominante —aunque no exclusivo—, las jurisdicciones concurrentes. Si existe una decisión anterior, o es previsible que la haya en el futuro, es razonable que el juez suspenda, al menos provisionalmente, la causa propia¹⁴⁵⁸.

En relación a este problema, existen las excepciones de previo y especial pronunciamiento, tanto las de incompetencia, como las dilatorias o las conclusivas. Se trata de facilitar a ambas partes la garantía de acceso a la justicia o el debido proceso, mediante sentencias efectivas y no

¹⁴⁵⁶ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 296.

¹⁴⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 160-161.

¹⁴⁵⁸ *Idem*, pp. 429-430. Las instituciones que estudiamos en este apartado son la expresión romano-germánica del anglosajón *forum non conveniens*. En los sistemas latinos la declinatoria o inhibitoria se encuentran expresadas con más precisión, pero al mismo tiempo podrían exagerar en su rigidez. Ambos sistemas apuntan al mismo objetivo: la asunción de una competencia que otorgue mayor justicia a las partes. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 46.

claudicantes. El análisis de este tema, frente a la protección del consumidor, debe asegurar que los remedios procesales no deriven en una afectación de los derechos sustanciales. Esto se justifica por que razonablemente éste será quien presente los reclamos al proveedor: las dilaciones le causan un perjuicio grave.

El consumidor no cuenta con una estructura jurídica o empresarial que le permita dedicarse a los reclamos: es 'su' tiempo y sus personales recursos. Además, establece la relación de consumo para satisfacer una necesidad, que se ve así frustrada, ya sea en el disfrute mismo o por vía de consecuencia (los daños e indemnizaciones). No podremos tratar en detalle estas excepciones. El planteo será general, a los fines de estar advertidos de los problemas y colocar los fundamentos de las posibles soluciones.

Las dificultades que plantean estas excepciones se presentan tanto ante la jurisdicción directa como para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En conflictos que involucran a consumidores es prioritaria la primera, ya que si el control se limitara al momento de la ejecución, el dispendio ya se produjo. En esas condiciones, el agravio para la parte débil es mayúsculo, y más si es un caso de escasa cuantía. Sin embargo todavía hay posibilidades de agravar la situación, cuando es el consumidor quien intenta ejecutar la sentencia, y se le opone la litispendencia, la conexidad, o, peor aún, la cosa juzgada. El ejercicio de los trámites judiciales internacionales son de por sí dificultosos; estas excepciones se convierten en un obstáculo insalvable para la solución de conflictos de consumo transfronterizos.

a) Litispendencia

Al nacer el proceso y durante su tramitación, el mismo está 'pendiente' de solución. Ese estado da origen a una institución procesal, la litispendencia, que imposibilita —mientras dure la situación—, que el actor o el demandado puedan incoar otro proceso con un idéntico objeto, ya sea ante el mismo u otro juez. Se trata de evitar que varios tribunales entiendan en el mismo asunto, con el consiguiente perjuicio que esto

ocasiona, tanto por razones de economía procesal como por el riesgo de que se obtengan sentencias contradictorias. Este último efecto es disvalioso, porque se tornaría imposible ejecutar alguna de las dos sentencias, o ambas. Se puede observar un doble interés: uno privado, de comodidad de la parte, y uno público, el acabado cumplimiento de la tarea jurisdiccional. Las sentencias contradictorias pueden ser claudicantes, y por tanto generar denegación de justicia¹⁴⁵⁹. Está en juego el principio *ne bis in idem*.

La litispendencia es un mecanismo que facilita que el demandante no se enfrente con la dilación e incertidumbre que puede significar llevar adelante un proceso inútil. Como consecuencia del ejercicio de esta excepción, el juez que entiende en la causa puede suspender la sustanciación, si considera que la primera es idéntica a la segunda. Si así fuera, esto implica una declinación de su competencia en beneficio del juez que aparentemente tiene la prioridad¹⁴⁶⁰.

En el orden interno no se hace referencia a la litispendencia internacional como requisito independiente para impedir el exequátur (art. 517 CPCyCN). Ahora bien, si se acredita que existe un proceso judicial iniciado con anterioridad al tramitado en el extranjero y en el que concurre la triple identidad de sujeto, objeto y causa, el ejecutado puede

¹⁴⁵⁹ Cfr. CANO BAZAGA, Elena, *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 21-23.

¹⁴⁶⁰ Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 22. Esta declinatoria de la competencia propia, en el orden internacional, fue considerada una resignación de soberanía a favor de un tribunal extranjero. Este argumento se convirtió en la principal objeción respecto de la admisión de este instituto en el orden internacional, ya que las normas de jurisdicción pertenecen al orden público internacional, y por tanto son irrenunciables. En el art. 6 de la Propuesta canadiense se admite la excepción en el marco del *forum non conveniens*, permitiendo al juez desistir de su jurisdicción ante "(c) la conveniencia de evitar una multiplicidad de procesos jurídicos" y "(d) la conveniencia de evitar decisiones contradictorias en diferentes tribunales". El reconocimiento de la prioridad jurisdiccional de un magistrado extranjero es una manifestación del principio de armonía de las soluciones, que se vería afectada por competencias paralelas. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 102.

oponer la excepción de litispendencia del ordenamiento interno¹⁴⁶¹. Se aplicarán por tanto las mismas disposiciones que regulan la competencia interna, aunque en la doctrina existen opiniones dispares¹⁴⁶².

Para que se verifique la litispendencia internacional se exige la identidad perfecta de objeto, sujetos y causa. La identidad de los litigantes implica que sean las mismas partes en ambos procesos, sin importar las posiciones procesales que cada una ocupa en los diferentes juicios. Es posible que se unan nuevos sujetos, o que actúen solidariamente, en caso de indivisibilidad de las prestaciones, o causahabientes de quienes litigan en el primer proceso¹⁴⁶³. La identidad del objeto se refiere a la cosa litigiosa, no en el sentido físico sino de sustancia: el bien reclamado o las prestaciones manifestadas en las pretensiones. Finalmente, la identidad de causa se presenta tanto en el conjunto de hechos alegados por el actor —declaración, condena o constitución de un derecho—, como sus fundamentos o calificación jurídica¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶¹ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 194-195. Asimismo SOTO considera que se trata de una de las características internacionales en la cooperación de tercer grado. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 124.

¹⁴⁶² Se argumenta que la 'voluntad negativa' del legislador de no regular la institución en el orden internacional es indiciaria de la no admisión en el derecho argentino; esta opinión se fundamenta en la aplicación de la norma que establece que para poder ejecutar una sentencia extranjera se requiere "que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por UN (1) tribunal argentino" (art. 517 inc. 5). Este último aspecto indicaría que el legislador ha optado por un control *a posteriori*. Cfr. IUD, "Contrato internacional y juez competente", pp. 422-423. Sin embargo considero que el artículo mencionado se refiere a la jurisdicción indirecta, y que nada obstaría a que en casos de presentarse la demanda (no la sentencia), el juez pueda suspender su juicio hasta tanto verifique la posibilidad de que desarrollará una actividad procesal útil. En el orden interno, el CPCyCN en su art. 349 inc. 2) establece que no se hará lugar a la excepción "[S]i la de litispendencia no fuere acompañada del testimonio del escrito de demanda del juicio pendiente". Creo que así como la sentencia extranjera se equipara a la nacional, el proceso extranjero en trámite también se equipara al argentino. Es consecuencia del respeto al elemento extranjero. En este sentido, el art. 519 del CPCyCN establece que [C]uando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del artículo 517. A su vez el art. 518 indica que [S]i se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos.

¹⁴⁶³ Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 25.

¹⁴⁶⁴ *Idem*, p. 26.

La operatividad de la excepción, y cómo se evalúa esa identidad, dependerá de cada ordenamiento interno, en aplicación del principio *lex fori regit processum*¹⁴⁶⁵. Una excepción a esta regla sería que la excepción hubiera sido considerada en algún convenio internacional, como estaba propuesto en el *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*¹⁴⁶⁶. En este sentido, vale la pena mencionar su consideración en el Protocolo de Las Leñas, art. 22, segundo párrafo, por el cual, en referencia a una sentencia o laudo emanado de un tribunal arbitral,

“[no] se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad juris-

¹⁴⁶⁵ El art. 37 del Libro Octavo del Proyecto de Código Civil propone la inclusión expresa de la institución de la litispendencia internacional. “Cuando una acción que tenga el mismo objeto y la misma causa esté ya pendiente entre las mismas partes en el extranjero, el tribunal argentino suspenderá el juicio si es previsible que la decisión extranjera pudiese producir efectos en el ordenamiento argentino. El proceso continuará en Argentina a instancia de parte, si el tribunal extranjero declina su propia competencia o si la decisión extranjera no es reconocida en nuestro país. La litispendencia de la causa ante tribunal extranjero se determina según la ley del Estado en el que el proceso se inicia”. En similares términos pero creemos con mayor precisión, también el art. 46 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: “*Litispendencia internacional*. Cuando una acción que tenga el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los tribunales argentinos deben suspender el juicio si fuera previsible que la decisión extranjera pudiera ser reconocida en el país. El proceso suspendido podrá continuar en la República si el tribunal extranjero declina su propia jurisdicción o si el proceso extranjero se extingue sin que exista resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto de que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no fuera susceptible de reconocimiento en nuestro país”.

¹⁴⁶⁶ Concretamente en el art. 21. Cfr. NYGH, Peter y POCAR, Fausto, *Report of the Special Commission*, Preliminary Document Nro. 11 of August 2000, for the attention of the Nineteenth Session of June 2001. Disp, p. 64, disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpr11.pdf>. El detalle y precisión con que estaba prevista la litispendencia (*lis pendens* o bien *lis alibi pendens*) tenía sentido en un contexto donde se pretendía que, salvo las jurisdicciones exclusivas que se reservaran los Estados, la regla fueran las jurisdicciones concurrentes. Esto obligaba a un “mecanismo de relojería” que permitiera la ejecución de las sentencias dictadas en conformidad con las reglas de la Convención, y dejar sólo como resguardo de los derechos nacionales, la revisión del contenido ante manifiesta violación del orden público internacional. Cfr. BURBANK, “Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law”, pp. 219-223.

diccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento”.

Aquí se toma posición respecto de la temporalidad en el cotejo de ambas causas. ¿Qué tribunal tiene prioridad? ¿El primero que entiende en la causa? ¿Quien notifica en primer término? El sistema de la UE se inclinó por el principio *prior in tempore, potior in iure*, es decir de preferencia cronológica¹⁴⁶⁷. Allí se indica:

“Artículo 27. 1. Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados miembros distintos, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera”.

“2. Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquél”.

De todas maneras, pudiera ser que no fuera importante la diferencia temporal, pero uno de los procesos indique una mayor proximidad entre el caso y el foro¹⁴⁶⁸.

Adicionalmente, en el orden internacional, para hacer lugar a la litispendencia se suele requerir que ambas causas se hayan presentado ante tribunales competentes. No se identifica, por tanto, con la excepción de incompetencia¹⁴⁶⁹. Este último aspecto merece un comentario. El juez debe verificar la competencia de los tribunales foráneos para hacer

¹⁴⁶⁷ CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, pp. 140-141. El considerando 15 del reglamento 44/2001 recalca que “[E]l funcionamiento armonioso de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables. Es conveniente prever un mecanismo claro y eficaz con objeto de resolver los casos de litispendencia y conexidad y de obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales sobre la fecha en la que un asunto se considera pendiente. A efectos del presente Reglamento, es oportuno definir esta fecha de manera autónoma”.

¹⁴⁶⁸ Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, p. 109.

¹⁴⁶⁹ Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 27.

lugar o no a la excepción. Este examen sólo procurará que no se concluya que la jurisdicción argentina exclusiva. Normalmente el problema se presenta en jurisdicciones concurrentes, con lo cual, no se puede pretender que la excepción haga lugar sólo cuando los tribunales argentinos carecen de jurisdicción. En caso contrario, la litispendencia carece de sentido, ya que simplemente bastaría con declarar la incompetencia¹⁴⁷⁰.

Veamos algunos problemas que puede presentar la litispendencia en el régimen protectorio del consumidor transfronterizo. Un primer aspecto, relativo a la triple identidad, se presenta con la calificación de la relación de consumo, a cargo de cada uno de los tribunales. Es posible que en el cotejo de las actuaciones no se cumpla con el requisito de identidad, tanto respecto del objeto, como del vínculo. Si el consumidor reclama en su domicilio por daños (responsabilidad extracontractual), y en el caso del proveedor el reclamo en el lugar de entrega es por falta de pago (incumplimiento contractual), la situación produce la continuación de ambas causas. Por el contrario, si el consumidor reclama por incumplimiento en la entrega o la prestación deficiente del servicio, y el proveedor por la falta de pago, las causas se superponen, en el marco de la *exceptio inadimpleti* o del pacto comisorio (art. 1201 y 1204 CC). La causa del reclamo es la misma, considerando las mutuas pretensiones de un mismo contrato con prestaciones recíprocas.

¿Será necesario regular la litispendencia en un tratado multilateral referido a la jurisdicción de relaciones de consumo transfronterizas? Creemos que si la relación de consumo está bien delineada, y las asignaciones de foros competentes son adecuadas, difícilmente se presenten problemas. Bastará que cualquiera de los magistrados verifique la competencia del propio u otro tribunal, de acuerdo a las conexiones favorables al consumidor, lo que será suficiente para declararse competente o incompetente.

¹⁴⁷⁰ En sentido inverso, ante la existencia de una jurisdicción exclusiva, no hay lugar a la litispendencia. Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, p. 64. IUD, "Contrato internacional y juez competente", p. 422.

Desde una visión comparatista, la operatividad de la excepción presenta marcadas diferencias. Así, no es igual su concepción en los sistemas de *common law* que en los civilistas. En los primeros, resulta un elemento dentro de la institución más general del *forum non conveniens*, junto con el *forum conveniens* y el foro de necesidad. Los tres casos tienen en común la discrecionalidad de que dispone el juez para dilatar su decisión o inhibirse en el ejercicio de su competencia judicial internacional¹⁴⁷¹.

En los sistemas continentales la regulación de la litispendencia internacional carece de uniformidad. Un obstáculo argüido para la habilitación del instituto es la dificultad de realizar un pronóstico sobre las posibilidades de éxito de la tramitación del proceso foráneo o del futuro reconocimiento en el extranjero de la sentencia propia¹⁴⁷². De allí que las reglamentaciones en los proyectos internacionales sean tan difíciles de consensuar, como ocurrió en la Conferencia de La Haya¹⁴⁷³.

En el orden interno, a fin de evitar a los consumidores conflictos de litispendencia cuando son demandados en territorios distintos del domicilio, pueden iniciar una acción declarativa de competencia. Una sentencia meramente declarativa del juez domiciliario podría tener el efecto de convertir la jurisdicción local en exclusiva.

b) *Conexidad*

Hay conexidad procesal cuando coexisten uno o varios elementos comunes en distintos procesos, sin llegar a la identidad entre ellos. Los tres elementos a considerar son los mismos que en el caso de la litis-

¹⁴⁷¹ Cfr. BURBANK, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", pp. 207-215. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 29. En los sistemas civilistas, la conclusión es similar. La interpretación extensiva o restrictiva de las normas de jurisdicción puede dar lugar a conclusiones equivalentes al *forum non conveniens*, mediante la aplicación de la garantía de la no denegación de justicia. Cfr. FEUILLADE, *La sentencia extranjera*, p. 84.

¹⁴⁷² Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 31.

¹⁴⁷³ Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, pp. 108-110.

pendencia: sujetos, objeto y causa. La identidad de causa implica conexidad por sí misma, mientras que los sujetos u objeto, a los fines de la conexidad, no pueden ser considerados aisladamente, sino unidos entre sí o con la causa¹⁴⁷⁴.

El reglamento 44/2001 considera que hay conexidad cuando las demandas están vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo. De este modo, se pretende evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados por separado (art. 28 nro. 3). En caso de conexidad internacional, el tribunal del domicilio de uno de los demandados puede entender respecto de los otros. Así, estos codemandados deberán acudir al primer juez que entiende en la causa, ya sea que la conexión entre ellos con la causa es muy estrecha, o que la relación del caso con el foro habilita esta deslocalización de los codemandados. Se trata de evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias¹⁴⁷⁵.

La conexidad puede darse también cuando los codemandados están ligados entre sí, de modo que incluso es posible que uno de ellos sea obligado a presentarse en juicio en el domicilio de uno de los otros. De esta manera, un tribunal que tiene jurisdicción puede también asumirla para juzgar a un tercero, ya sea como garante o responsable de la actividad que motiva el reclamo al demandado. La extensión de la demanda deberá ser permitida por el derecho del tribunal, siempre que medie una conexión sustancial entre el foro y el caso que vincula a ese tercero¹⁴⁷⁶. Tal como vimos *supra* en V. E. 1, estos casos pueden ser frecuentes cuando los proveedores actúan en red o conexidad contractual; por tan-

¹⁴⁷⁴ Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 26. La jurisdicción conexas ayuda cumplir con el principio de armonía de las decisiones. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 141.

¹⁴⁷⁵ Así lo preveía el art. 14 de la *Hague Draft Convention*, bajo el encabezado "Multiple Defendants". Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, pp. 75-76.

¹⁴⁷⁶ Art. 16 de la *Hague Draft Convention*. Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, pp. 77-78.

to, el remedio procesal de la conexidad es el reaseguro apropiado para facilitar un procedimiento ágil a favor del consumidor¹⁴⁷⁷.

La conexidad también puede presentarse en forma de litispendencia; en ese caso, alguno de los tribunales debe inhibirse; por lo general será el segundo (art. 347 inc. 3. del CPCyCN). En el plano internacional, el primer tribunal debe ser competente, de acuerdo a las reglas del segundo. Como resultado de la admisibilidad de la conexidad, las demandas deberán acumularse.

c) *Cosa juzgada*

La sentencia firme produce la cosa juzgada, que actúa de modo similar a la litispendencia. Ambas se dirigen al mismo fin, cual es el de evitar decisiones contradictorias y dispendio judicial. La cosa juzgada queda siempre como último recurso, ya que actúa al final del proceso¹⁴⁷⁸. En el orden interno, el art. 347 inc. 6) del CPCyCN establece los requisitos para su procedencia. Indica que se deberán examinar de modo integral las dos causas, a fin de demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve.

No existe consenso en el derecho comparado respecto de qué debe entenderse por cosa juzgada. La terminología utilizada, de acuerdo al sistema normativo puede ser “*res judicata*”, “*décision définitive*”, “*autorité de chose jugée*”. Pero el significado dista de ser pacífico, como quedó de manifiesto en la Conferencia de La Haya. En algunos sistemas, como

¹⁴⁷⁷ Un antecedente de conexidad contractual, que da lugar a conexidad procesal, puede verse en “Chiappetta Graciela Monica y otro c/Iquique Turismo S.A. s/ ordinario” CNCom Sala A, 30/06/2008, publicado en www.eldial.com, última visualización el 10/8/2008. En el caso se citó en garantía —y condenó luego— al organizador y operador mayorista del viaje de turismo combinado, junto con el intermediario o agente. Se trataba de la cancelación de un vuelo charter, parte del paquete.

¹⁴⁷⁸ Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, p. 103. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 24.

el *common law*, se refiere a que una causa no puede ser revisada ante los mismos tribunales en un proceso ordinario, sin importar la posibilidad de que pueda ser apelada ante una instancia superior. En otros se requiere que la resolución haya agotado todos los recursos ordinarios, incluyendo la apelación. También puede tener valor de cosa juzgada la primera instancia, marcando el límite temporal hasta el cual se puede oponer la litispendencia¹⁴⁷⁹.

La definición contenida en el Protocolo de Las Leñas resulta muy satisfactoria:

“Art. 22.- Cuando se tratare de una sentencia o de un laudo arbitral entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido”.

En el ámbito internacional, las pretendidas condiciones en cuanto a la competencia de ambos tribunales y la identidad de procesos, agrava los problemas de las sentencias contradictorias; tratándose de relaciones de consumo, el perjuicio resulta exacerbado. Respecto del impacto sobre la jurisdicción directa, un tribunal competente debe paralizar —ya sea de modo provisional o definitivo—, el ejercicio de su potestad. Se presenta así como un conflicto negativo de competencia. Considerada de modo abstracto, es una característica negativa de la consecuencia jurídica¹⁴⁸⁰. A su vez, la jurisdicción indirecta queda herida desde el momento que el tribunal requerido deberá analizar la competencia del requirente a la luz de sus propias reglas. En Argentina, por ejemplo, es un requisito para la procedencia del exequátur que exista cosa juzgada, según la indicación expresa del art. 517 CPCyCN.

¹⁴⁷⁹ Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, pp. 102-104. Respecto al derecho argentino, si la sentencia extranjera es impugnada vía recurso extraordinario, no se suspende el juicio de exequátur, pero sí su pronunciamiento y ejecución. Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, pp. 484-485.

¹⁴⁸⁰ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 67.

En definitiva, para el ejercicio de estas excepciones habrá que aplicar el *favor debilis* o *in dubio pro consumptore* a los aspectos procesales. Ante la duda respecto de la identidad de las demandas, de los sujetos, o de la competencia de los tribunales en discordia, habrá que resolver a favor de la pretensión del consumidor. Ya sea que se haga lugar, y continúe el reclamo iniciado por el consumidor y se suspenda el del proveedor, o viceversa.

A modo de comentario general a estas excepciones, vale la pena afirmar que no se debe hacer lugar a remedios procesales que agraven la condición del consumidor. Así, siguiendo una práctica universalmente admitida, el CPCyCN, a los fines de poder ejecutar la sentencia extranjera, requiere “[Q]ue la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido *personalmente citada y se haya garantizado su defensa*” (art. 517 inc. 2). El juez evaluará esta circunstancia considerando la condición personal del consumidor. Verificará si la posible sentencia, ya sea la extranjera o la propia, corre riesgo de no ser ejecutada, en perjuicio de la parte débil. Luego, deberá hacer lugar o no a las excepciones a la luz de este criterio orientador, que en definitiva es consecuencia del principio de eficacia¹⁴⁸¹.

VI. C. 4. Fraude a la jurisdicción o *forum shopping*

El fraude a la jurisdicción se origina a partir de la posibilidad que tiene el demandante de escoger un tribunal que atienda mejor a sus intereses. La situación se presenta ante la existencia de jurisdicciones concurrentes junto con la alternativa de elección por parte de quien toma la iniciativa. Las ventajas serán procesales o sustanciales. Requiere como requisito la falta de relación del caso con el foro, ya que si se trata del tribunal más apropiado, o al menos uno de los válidamente posi-

¹⁴⁸¹ La universalidad se resume en dos principios aplicables a la ejecución de sentencias, a decir de VON MEHREN, citado por PÉREZ VERA. El primero es el ‘reposo judicial’, para evitar la duplicación de esfuerzos, protegiendo al litigante victorioso asegurando la efectividad real y extraterritorial de lo juzgado. El otro es un principio de ‘corrección’ formal y en ocasiones sustancial, a la luz del sistema de Derecho Internacional Privado del foro de ejecución. Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 345.

bles, nada habría que objetar¹⁴⁸². El *forum shopping* puede definirse como la elección abusiva por parte del actor de los tribunales de aquel país cuyo Derecho Internacional Privado en combinación con el Derecho Privado indicado le garantice la victoria¹⁴⁸³. A los fines de este trabajo, interesa el abuso o fraude en los aspectos procesales. Si el demandante procura una ventaja procedimental, es suficiente que se presente ante el tribunal que lo beneficia. Por el contrario, la manipulación del tribunal a los fines de que resulte aplicable un derecho sustantivo más propicio, requiere adicionalmente que los puntos de conexión de las distintas jurisdicciones sean diferentes. De lo contrario, a una misma relación jurídica, sin importar quien fuere el juzgador, se debería aplicar una misma solución¹⁴⁸⁴.

El demandante, ante la existencia de jurisdicciones alternativas, podría elegir caprichosamente el tribunal, convirtiéndolo en exclusivo. Esta posibilidad puede calificarse de abuso de derecho o de fraude, dependiendo de la intencionalidad dolosa. En ambos supuestos, el defraudador se desvía del objeto para el que se dictó una norma¹⁴⁸⁵. Esto puede suceder, por ejemplo, con la habilitación de la prórroga contractual de jurisdicción. El legislador brinda a las partes la posibilidad de elegir un tribunal, teniendo en vista que esta elección será de acuerdo a derecho, y no para que una perjudique a la otra.

¹⁴⁸² Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", p. 96. "En definitiva, cabe afirmar que el *forum shopping* resulta condenable y digno de ser combatido si una o más de las opciones en favor actor constituyen foros exorbitantes o si de cualquier otra manera la defensa queda comprometida. Una opción entre foros razonables, en cambio, debe percibirse en principio como un refuerzo del derecho de acceso a la justicia". FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", p. 124.

¹⁴⁸³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 469. También VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 225, quien indica que la expresión sería "law shopping through *forum shopping*", aunque aclara que el fraude a la jurisdicción también puede tener por objetivo ventajas procesales (como la existencia o no de *pre trial discoveries*) o bien dificultar o hacer imposible la misma ejecución de las decisiones.

¹⁴⁸⁴ Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", p. 97.

¹⁴⁸⁵ Cfr. SOTO, Alfredo Mario, "El abuso del derecho y la autonomía en materia jurisdiccional internacional", LL 2003-, 701-705, donde comenta el caso Rosario Soccer Asociados S.A. c. Iván C. G, Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, LA LEY 2003-C-701.

¿Qué ocurre si la situación se presenta en beneficio del consumidor? ¿Dejaría de ser *forum shopping*, y por tanto ya no es una característica negativa? Podría darse el caso de que estemos ante una consideración valorativa legítima a favor del consumidor¹⁴⁸⁶. En el caso del proveedor, la posibilidad discrecional será rechazada, ya sea de modo directo mediante la normativa procesal, o bien indirectamente al no permitirse la manipulación de la conexión de fondo. De todos modos, parecería que la abusividad no puede quedar justificada por que el beneficiado sea una parte débil. Así, por ejemplo, podría suceder en los casos de daños por productos defectuosos, cuando se trate de imponer al fabricante no vendedor ni importador un litigio ante tribunales donde no pretendió nunca vender sus productos¹⁴⁸⁷.

También podría suceder que un consumidor o grupo de consumidores quisiera presentarse ante los tribunales de la sede del fabricante, a fin de beneficiarse de las normas más severas que las propias de su domicilio. No se trata de una conexión arbitraria o abusiva, pero sí tal vez sorpresiva para el proveedor. Los límites podrían encontrarse en el *forum non conveniens*, de tal manera que sea el juez en última instancia quien pueda hacer lugar a la apertura de la jurisdicción¹⁴⁸⁸. En estos su-

¹⁴⁸⁶ MARZORATI menciona como caso de *forum shopping* o foro de conveniencia al derivado del accidente ocurrido en la India, la explosión de la fábrica *Union Carbide*. Si bien el foro que tenía mayor contacto con el caso era el indio, las víctimas, a fin de prevalerse de las ventajas del sistema de justicia norteamericano —daños punitivos, juicio por jurados y acción de clase incluidos—, iniciaron la causa en California. Cfr. MARZORATI, Osvaldo, “Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en Internet”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo Lorenzo IDIARTE, Coords, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 304-305.

¹⁴⁸⁷ Es el caso previsto en el art. la Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos. “Artículo 7. No será aplicable la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, previstas en los artículos 4, 5 y 6, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo habrían de comercializarse en el Estado de que se trate”.

¹⁴⁸⁸ En el caso *Abad v. Bayer Corp.* (“*Abad v. Bayer Corp.*” 563 F.3d 663 (7th Cir. 2009) se consideró que si bien los demandantes tenían la posibilidad de iniciar el juicio ante los tribunales del domicilio del demandado, las cuestiones procesales resultaban

puestos, las ventajas procesales a considerar, y la legitimidad de su admisión, son prácticamente las mismas que se analizan en oportunidad de plantearse el *forum non conveniens*. Entre otros, podemos mencionar: si se trata de muchos demandantes, la disponibilidad anticipada de la prueba (*pre-trial discovery*), los costos del juicio, los plazos y demoras, etc¹⁴⁸⁹. Para el caso de los países del sistema de derecho civil, la institución del abuso del derecho también está disponible como medio para evitar la apertura de jurisdicción de modo arbitrario. De todos modos, como ya mencioné al plantear los objetivos de este trabajo, resulta imprescindible armonizar las reglas de jurisdicción a fin de impedir este tipo de situaciones. En situaciones donde será habitual la existencia de foros concurrentes, es casi imposible evitar casos de abuso¹⁴⁹⁰.

VI. C. 5. Jurisdicción exclusiva

Existe jurisdicción exclusiva cuando un tribunal es el único legitimado para resolver un conflicto de intereses. Podrá, por tanto, proceder en 'solitario'. Es la contrapartida de las jurisdicciones concurrentes. La exclusividad —si la concurrencia es la regla—, será excepcional, ya que difícilmente un tribunal pueda considerarse con facultades de imponer sus decisiones en los demás Estados. Es obligada la referencia a los

neutras o insignificantes como para habilitar el fuero, siendo en definitiva más adecuados los tribunales del lugar de acaecimiento del hecho dañoso, calificado en ese caso como aquel donde sucedió el contagio. Sin embargo, en el fondo estaba presente el deseo de los damnificados de poder iniciar una acción de clase en Estados Unidos y beneficiarse de los daños punitivos allí vigentes. En ese momento no estaba vigente en Argentina la reforma a la LDC que permitía los procesos colectivos ni los daños punitivos. De aquí que una de las más importantes razones para hacer uso del *forum shopping* es la cuantía de la indemnización que el consumidor podría recibir. Se cumplía, en ese caso, parte de la cita de FAWCETT del caso *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] 3 WLR 59 at 72: "...litigants may now be encouraged to proceed in foreign jurisdictions, having no connection with the subject-matter of the dispute, which exercise an exceptionally broad jurisdiction and which offer such great inducements, in particular greatly enhanced, even punitive, damages, that they may tempt litigants to pursue their remedies there". FAWCETT, "Products Liability...", p. 96.

¹⁴⁸⁹ Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", pp. 109-110.

¹⁴⁹⁰ Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 226.

principios de independencia e interdependencia jurisdiccional (cfr. supra III. C. 2.d) y III. C. 2.e)¹⁴⁹¹.

Las jurisdicciones exclusivas son excepcionales, y en su establecimiento suele jugar un papel relevante el orden público internacional¹⁴⁹². En el tema que nos ocupa, si existiera una jurisdicción exclusiva para resolver los conflictos que involucran relaciones de consumo, a la que se hubiera arribado por acuerdo entre distintos Estados, tendríamos una solución al conflicto de jurisdicciones. No así si la exclusividad fuera determinada unilateralmente por un solo país, ya que podría resultar ineficaz. En este sentido, una jurisdicción unilateral sostenida sobre un principio globalmente admitido, de derecho consuetudinario o fruto de una valoración universalmente decantada, no perdería eficacia. No considero que hayamos llegado a este punto con el *favor debilis* como para admitir el *forum domicilii* del consumidor como exclusivo.

Debemos distinguir entre la 'jurisdicción inderogable' y la 'exclusiva'. La primera implica un límite a la autonomía de la voluntad: el tribunal designado seguirá siendo competente. Por ejemplo, si el consumidor acepta litigar ante el domicilio del proveedor en el extranjero, ya sea porque demandó allí o bien respondió a un reclamo efectuado por el comerciante, no podrá luego rechazar la ejecución en virtud de que no se respetó el *forum domicilii*. Diremos entonces que se trata de un límite pero no una prohibición absoluta.

Por el contrario, la jurisdicción exclusiva, al estilo del *forum rei sitae*, implica que la única jurisdicción válida es la establecida por el or-

¹⁴⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...", p. 162. También FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", nro. 23, donde hace referencia a los límites que se pretendieron poner a los foros exclusivos en las CIDIP II y III.

¹⁴⁹² Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 123. Como una particularidad, vale la pena hacer notar que en Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, indica en su artículo 269 que las sentencias dictadas en el extranjero, para poder hacerse efectivas, no deben invadir "la jurisdicción de los tribunales del país", siendo este un ejemplo de máximo respeto al elemento extranjero, ya que la reserva de jurisdicción local es sólo para las jurisdicciones exclusivas patrias.

denamiento interno. Siendo el “único”, no se puede validar un acuerdo derogatorio, o ejecutar una sentencia extranjera, o aceptar la litispendencia, cosa juzgada o conexidad¹⁴⁹³. La exclusividad se fundamenta en la vinculación de la materia con la soberanía del Estado o fuertes intereses públicos, la búsqueda de seguridad jurídica, la coincidencia entre los órganos que deciden y los que deben ejecutar la sentencia, y finalmente la cercanía de los hechos con el tribunal¹⁴⁹⁴.

No se deben crear jurisdicciones exclusivas, confundiéndolas con las inderogables. Un problema que acarrea no distinguir adecuadamente una de otra radica en la posibilidad de que las sentencias no sean reconocidas. Si el consumidor no puede ejecutar una sentencia válida en el orden internacional, se encuentra ante una forma de denegación internacional de justicia, en este caso del Estado de los tribunales requeridos. Todo justiciable tiene derecho a la “tutela judicial efectiva por reconocimiento”¹⁴⁹⁵. Si el consumidor ha iniciado un juicio ante un tribunal y luego la sentencia es claudicante por violatoria de la jurisdicción supuestamente exclusiva del Estado requerido, el afectado no tendrá más remedio que iniciar un nuevo proceso.

Analizaré ahora, de modo general, si un estatuto particular como es el de protección del consumidor, por el cual el legislador decidió separar un sector de la realidad jurídica para someterlo a una regulación particular, implica al mismo tiempo determinar la exclusividad del foro donde ventilar las cuestiones referidas a ese estatuto. Debemos verificar si, por tratarse de una materia donde existe un interés público superior, cuando un juez extranjero haya dictado una sentencia sin considerar las normas del estatuto, incluso pudiendo invocarse la excepción del orden

¹⁴⁹³ Cfr. RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...”, p. 169.

¹⁴⁹⁴ Para que una jurisdicción pueda ser considerada exclusiva, debería existir una norma o principio del orden público internacional procesal. cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 470. también RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...”, p. 163. Ya me referí a las valoraciones que inciden en la determinación de la exclusividad (cfr. supra p. 259).

¹⁴⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...”, p. 172.

público (art. 517 inc. 4 del CPCyCN), esto implica una violación de un foro exclusivo¹⁴⁹⁶.

Una primera consideración es que las jurisdicciones exclusivas son excepcionales, y deben interpretarse con criterio restrictivo. No serían admisibles criterios que excluyan a otros tribunales si no mediara una fuente legal expresa¹⁴⁹⁷. ¿Se desprende de aquí que un foro como el domiciliario, ante la ausencia de indicación precisa, mantendría un carácter concurrente? Creemos que sí, pero con una aclaración. El *favor debilis* debe terciar en la interpretación, en el sentido de que, en beneficio del consumidor, sería concurrente. Pero desde el punto de vista del proveedor, el carácter de exclusivo o no dependerá del mayor beneficio del consumidor. El proveedor sólo puede dirigirse a ese tribunal (actúa como exclusivo), salvo que de otra opción resultara una ventaja para el consumidor (vuelve a ser concurrente)¹⁴⁹⁸.

La respuesta viene de la mano del análisis de los principios tuitivos, y no del estatuto protectorio en su totalidad, lo cual a esta altura ya resulta recurrente. De esta manera, podría darse el caso de que si un argentino celebra en Buenos Aires un contrato de locación con una empresa norteamericana respecto de un inmueble situado en Miami, la

¹⁴⁹⁶ Cfr. HERBERT, "El concepto de jurisdicción exclusiva...", p. 261-262.

¹⁴⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...", p. 163.

¹⁴⁹⁸ Algunos autores proponen que la jurisdicción domiciliaria debe ser exclusiva, pero abierta a otras posibilidades más beneficiosas para el consumidor, y a su elección, como la existencia de bienes del proveedor en otro fuero, o existiera prórroga *post litem natam*, o que el derecho extranjero sea más beneficioso que el que aplicaría el juez domiciliario. Se debe prestar atención al posible *forum shopping* favorable al consumidor que provocaría este último criterio. Cfr. RUBAJA, Nieves y LOWENSTEIN, Vanesa, "Contratos de consumidores celebrados on-line: Un antivirus a la jurisdicción internacional", JA 2004-III, pp. 779-786, en 786. Es el criterio que sigue el Protocolo de Santa María y la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII. Esta última propone: "Art. 10. 1.- Regla general. Tendrán jurisdicción internacional para conocer de las demandas entabladas en materia de relaciones consumo, los tribunales del Estado Parte del domicilio del consumidor. 2.- Soluciones alternativas. Serán también competentes, a elección del consumidor manifestada por la presentación de la demanda, los tribunales del Estado Parte: a).- de celebración del contrato de consumo; b).- de la prestación del servicio o la entrega del producto; c).- del domicilio del demandado".

cuestión referida al desalojo deberá plantearse ante los tribunales donde está localizado el bien. Pero si se trata de un aspecto ligado al contenido del contrato, como podría ser la discusión sobre las condiciones de la oferta de locación hecha al público, este asunto deberá ventilarse en el lugar de celebración.

El mayor problema de asignar una jurisdicción exclusiva al consumidor, es el riesgo, primero, de la denegación de justicia; luego, la ineficacia¹⁴⁹⁹. Si el consumidor tuviera una única posibilidad jurisdiccional, es posible que ni siquiera pueda iniciar el reclamo, si el tribunal fuera uno distinto al domiciliario. En sentido contrario, es posible que pueda iniciar el proceso, incluso facilitado por el *forum domicilii*. Pero si esa atribución exclusiva fuera unilateralmente determinada por el propio ordenamiento, sin reconocimiento por parte de los demás Estados, la sentencia podría ser ineficaz.

Por tanto, un Estado puede fijar unilateralmente el ámbito del ejercicio internacional del *imperium* de sus propios jueces. Ya sabemos qué riesgo se corre: la sentencia puede ser rechazada, cuando, al solicitarse su ejecución, los demás Estados reclamen por la exclusividad individualmente consagrada. Distinto es el caso cuando la jurisdicción exclusiva es determinada multilateralmente. Una excepción a este unilateralismo está dada en los casos de jurisdicciones exclusivas universalmente admitidas, como las relativas a los bienes inmuebles. En este caso, un juez incluso puede declinar su competencia.

Las determinaciones unilaterales de jurisdicciones exclusivas tienen algunos efectos adicionales: a) no operarán los otros criterios atributivos que estén previstos en el sistema jurídico del Estado que reclama la exclusividad; b) no se podrán oponer las excepciones de litispendencia, cosa juzgada y conexidad internacional; c) no será posible prorrogar la jurisdicción¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁹ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 60.

¹⁵⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...", p. 166.

¿Cuáles son estas competencias exclusivas y en qué medida pueden modelar nuestro sistema protectorio? Sin perjuicio de que luego analizaré esta cuestión detallando la tipología de las distintas relaciones de consumo, mencionaré cuáles son, comparativamente hablando, las principales determinaciones de las competencias exclusivas que pueden afectar este sistema. Dejaré de lado aquellas situaciones que pueden prever la jurisdicción exclusiva pero que no parece probable tengan incidencia en nuestro problema: relaciones familiares, constitución de sociedades comerciales, otorgamiento de derechos de propiedad intelectual, derecho sucesorio, concursos y quiebras, derecho marítimo, etc.¹⁵⁰¹.

Existe cierto consenso internacional en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, de que algunas materias exigen un foro exclusivo, lo que también puede observarse a través del estudio de los Tratados internacionales¹⁵⁰². Sin perjuicio de esto, como criterios generales para el discernimiento de estos foros de excepción, puede afirmarse: a) cada Estado, en el ejercicio de su soberanía, determina en qué materias se establece un foro exclusivo, de acuerdo a los intereses públicos involucrados, lo que no quita que esos intereses deban ser al menos explicitados, para que no resulte una calificación arbitraria; b) sin perjuicio de que una materia quede reglamentada como de jurisdicción exclusiva, esto no significa que todos los aspectos relacionados con la cuestión estén alcanzados por ese fuero excluyente, ya que, por ejemplo, cuestiones relativas a los derechos reales pueden estar entremezclados con cuestiones contractuales; así, las garantías personales que puede otorgar el consumidor de tiempos compartidos (time sharing); c) en el caso de que la cuestión incluida en el foro exclusivo resulte ser un aspecto incidental al asunto principal, la exclusividad se referirá a la resolución de esa cues-

¹⁵⁰¹ En el derecho argentino, donde las cuestiones jurisdiccionales aparecen dispersas por todo el ordenamiento, deberá estarse al estudio de cada relación jurídica. En otros sistemas la cuestión es más clara. Así, por ejemplo, se desprende del art. 2 de la Convención de La Haya de competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y comercial, donde al enunciar distintos supuestos de inaplicabilidad de la Convención, puede advertirse la presencia de foros exclusivos.

¹⁵⁰² Cfr. HERBERT, "El concepto de jurisdicción exclusiva...", p. 244.

ción previa, como por ejemplo cuando ante el incumplimiento de un prestador de tiempo compartido se deba primero resolver el registro o la constitución del derecho real del condominio¹⁵⁰³.

También puede considerarse un foro exclusivo el determinado en la cláusula de prórroga de jurisdicción, cuando esta resulta válida de acuerdo a un tratado multilateral¹⁵⁰⁴. En este supuesto, los Estados reconocen que sólo será competente el tribunal elegido por las partes, resultando así la bilateralización de la norma. Mientras resulte válida la formalidad del pacto escrito, y no haya sido obtenido de manera abusiva, ese foro resulta exclusivo y principal¹⁵⁰⁵.

De aquí que cuando un Estado se vincula con otros, puede coordinar con estos cómo se distribuyen las competencias, en un mutuo consenso. Esto ocurre mediante un Tratado multi o bilateral, o bien a través de una instancia supranacional comunitaria. Los niveles o grados de concurrencia y exclusividad quedarán fijados en los términos del compromiso internacional¹⁵⁰⁶. De aquí pueden surgir competencias concu-

¹⁵⁰³ *Idem*, p. 248. La Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, en su art. 2 párrafo 3, referido a la materia que queda excluida de la aplicación del Convenio, prevé que “[...] un litigio no quedará excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio si una de las materias excluidas en virtud de dicho apartado, surgiera únicamente como cuestión preliminar y no como cuestión principal. En particular, el solo hecho que una materia excluida en virtud del apartado 2 surgiera como defensa, no excluirá la aplicación de este Convenio a un litigio, si dicha materia no constituye cuestión principal de éste.”

¹⁵⁰⁴ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 60. Así se desprende de los arts. 4 y 7 del Protocolo de Buenos Aires, ya que el principio general es la jurisdicción elegida, y sólo cuando esta elección falta, se aplican los otros criterios, como el lugar de cumplimiento, domicilio del demandado, etc. Lo mismo se puede decir del art. 3. a) de la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: a) “exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that meets the requirements of paragraph c) and designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts” (el destacado me pertenece).

¹⁵⁰⁵ Cfr. UZAL, “Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del Mercosur”, p. 359. También SOTO, *Temas estructurales...*, p. 65.

¹⁵⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, L., “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...”, p. 164.

rrentes acordadas, como las previstas en el Protocolo de Santa María, que fijan la jurisdicción de acuerdo al domicilio del consumidor o del proveedor demandado. Si la jurisdicción se ejerce de acuerdo a los criterios pactados —que establecen una cierta exclusividad—, los demás Estados deberán reconocerla.

En definitiva, un acuerdo multilateral sobre la jurisdicción exclusiva mejora la eficiencia y economía procesal. En cualquiera de los supuestos, mediando acuerdo internacional, la consecuencia es que no se reconocerán sentencias dictadas por otros tribunales distintos a los señalados por las disposiciones convencionales. Los Estados cumplen de este modo con las obligaciones asumidas¹⁵⁰⁷.

VI. C. 6. El *forum non conveniens* en las relaciones de consumo

En los sistemas anglosajones, la institución del *forum non conveniens* se presenta como una característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de jurisdicción¹⁵⁰⁸. Mientras tanto, no hay acuerdo sobre su existencia en los sistemas continentales. Éstos tienen una larga tradición en garantizar el acceso a la jurisdicción mediante reglas precisas, y el hecho de que un juez pueda declinar de estas potestades es con-

¹⁵⁰⁷ *Idem*, p. 165.

¹⁵⁰⁸ La Propuesta canadiense de CIDIP VII contempla la institución: “5. (1) Después de considerar los intereses de las partes de un procedimiento en relación a un contrato de consumo y el interés público, un tribunal podrá negarse a ejercer su competencia en el procedimiento en relación a un contrato de consumo aduciendo que un tribunal de otro Estado es un foro más apropiado para conocer el procedimiento en relación a un contrato de consumo. (2) Al decidir si el tribunal o el tribunal de un otro Estado es el foro más apropiado para conocer el procedimiento en relación a un contrato de consumo, un tribunal tomará en cuenta las circunstancias pertinentes al procedimiento en relación a un contrato de consumo, inclusive (a) la ventaja comparativa y el gasto para las partes del procedimiento en relación a un contrato de consumo y para los testigos en el litigio en el tribunal o en un foro alternativo, (b) la ley aplicable a los asuntos incluidos en el procedimiento en relación a un contrato de consumo, (c) la conveniencia de evitar una multiplicidad de procedimientos jurídicos, (d) la conveniencia de evitar decisiones contradictorias en diferentes tribunales, (e) la ejecución de un eventual juicio, (f) el funcionamiento justo y eficaz del sistema jurídico en su conjunto. Cfr. DENNIS, “Diseño de una agenda práctica...”, p. 230.

siderado una afectación de los derechos del justiciable¹⁵⁰⁹. A salvo los criterios alternativos de determinación del domicilio o de las jurisdicciones concurrentes, queda claro que la justicia viene de la mano de la seguridad y la certeza¹⁵¹⁰.

El resultado final es que el juez declarado competente no asumirá su jurisdicción por razones de utilidad. La declinatoria o inhibición se produce cuando el tribunal advierte que es más oportuno que la causa tramite ante otro juez. La discrecionalidad debe manifestarse en condiciones objetivas, como el domicilio de las partes, la distancia, dificultades de instrumentar la prueba, o bien existir otra demanda en el extranjero¹⁵¹¹. Este último aspecto es el que lo asemeja a la litispendencia. En cuanto a los elementos subjetivos a tener en cuenta, puede considerarse la grave dificultad de defensa en juicio, la jurisdicción es extraña para el demandado, o el serio riesgo de imposibilidad de presentar el reclamo por parte de los demandantes¹⁵¹².

¹⁵⁰⁹ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 67. La diferente aproximación a las razones de legitimación judicial son también mencionadas por FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", nro. 15 y por VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 389-391. También FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 36 y ss. Respecto de su admisión en el derecho argentino, Alicia PERUGINI ZANETTI trae a colación el fallo de la CNCiv Sala I, Courtenay Luck de Van s/suc. *ab intestato*, donde mediante la admisión del principio de eficacia de las decisiones, se hace una asimilación al *forum non conveniens*. Se trata de analizar la posibilidad de reconocimiento y ejecución que tiene la sentencia en el Estado extranjero con conexión con el caso; de este modo se puede recortar la legitimidad propia para asumir la jurisdicción. Cfr. PERUGINI ZANETTI, *Actualización de la 10ª Ed. de Derecho Internacional Privado*, de Werner GOLDSCHMIDT, p. 944.

¹⁵¹⁰ Así, en el antiguo Convenio de Bruselas se preveía que un juez podía declinar su competencia ante la existencia de otro proceso conexo, o de una jurisdicción exclusiva; pero ninguna de estas situaciones implicaba que el juez tuviera la discrecionalidad suficiente para inhibirse, que requiere cumplir con presupuestos muy precisos. La cuestión mereció atentos debates cuando el Reino Unido accedió al Convenio de Bruselas, ya que se discutió si la doctrina del *forum non conveniens* seguía vigente. Cfr. BOUGEN, Christopher D., "Conflicting Approaches to Conflicts of Jurisdiction: The Brussels Convention and *Forum non conveniens*", *Victoria University Wellington Law Review (VUWLR)*, (2002) 33, pp. 261-285, en 264.

¹⁵¹¹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 281-282. También cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, pp. 39-40.

¹⁵¹² Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 30.

El demandado debe demostrar que hay otro tribunal con mayor interés o con mayores posibilidades de solucionar el caso, ya que el *forum non conveniens* se aplica sólo cuando estamos ante jurisdicciones concurrentes, y no cuando no existe un tribunal alternativo¹⁵¹³. Pero esto no significa que el juez solicitado de inhibición pueda por sí mismo reenviar el caso al otro tribunal. Quedará en manos de las partes —si el demandado logra rechazar el procedimiento—, iniciar o no el proceso en foránea jurisdicción. Como mencioné, para que se haga lugar al *forum non conveniens* es necesario que exista otro u otros foros alternativos que estén disponibles (*availability*) y a su vez sean adecuados (*adequacy*), a los fines de permitir a los demandantes obtener un proceso accesible y por tanto justo, al menos desde el punto de vista procesal. Por tanto, la disponibilidad requiere a su vez un estudio comparativo desde la reglas de jurisdicción del tribunal al que será transferida la causa, en caso de que se hiciera lugar a la excepción. No sólo debe demostrarse que el conflicto será admitido en el tribunal aducido por el excepcionante, sino que se podrán hacer valer todos los recursos procesales y probatorios que serían admisibles en el tribunal original¹⁵¹⁴.

El otro elemento, la conveniencia, requiere un estudio de los distintos aspectos del procedimiento en una y otra jurisdicción, en cuanto a la posibilidad del demandante de obtener, no sólo un juicio justo, sino un efectivo remedio¹⁵¹⁵. Este último aspecto es muy relevante, desde la

¹⁵¹³ Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 220.

¹⁵¹⁴ Cfr. GARRO, Alejandro, "Forum non conveniens: 'availability' and 'adequacy' of latin american fora from a comparative perspective", *Inter-American Law Review*, Vol. 35:1, pp. 65-99, en 65. Es interesante el caso "Abad v. Bayer Corp." 563 F.3d 663 (7th Cir. 2009)" Allí más de 600 pacientes hemofílicos de Argentina demandaron a Bayer por contagio de HIV (SIDA) y hepatitis B a consecuencia del uso de productos contaminados durante el proceso de fabricación. Entre otras consideraciones, en la primera instancia se hizo mención a que resultaba más conveniente para los 600 damnificados continuar el proceso en su domicilio, sin necesidad de testificar en los Estados Unidos, como asimismo trasladar las historias clínicas al tribunal norteamericano. Está comentado por RINALDI, Cecilia, "Forum Non Conveniens, the Availability and Adequacy of the Argentine Forum, and the Balance of Private-Public Factors in, paper presentado para su publicación en la *Duke Journal of Comparative and International Law*, inédito al 9 de julio de 2010.

¹⁵¹⁵ Cfr. GARRO, "Forum non conveniens...", p. 66.

perspectiva del consumidor y atendiendo a la vigencia del *favor debilis* o el principio de no denegación de justicia. Los costos del proceso, la lengua de los tribunales, la comparecencia de testigos, etc., son todas circunstancias que pueden afectar las garantías del consumidor, y por lo tanto ocasión de rechazar la excepción del *forum non conveniens*. Si el otro foro alternativo resulta muy gravoso, sin necesidad de caer en la denegación de justicia, no se hará lugar a la excepción.

La situación más paradójica se presenta cuando —ante la existencia de foros concurrentes— el consumidor demandante elije iniciar el reclamo ante el tribunal del domicilio del proveedor en el extranjero, y a su vez el proveedor manifiesta que es más conveniente para el consumidor iniciar el reclamo en su propio domicilio. Es decir, que el proveedor prefiere ser juzgado ante tribunales distintos a los de su domicilio, y el consumidor reclamar en el extranjero. ¿Cómo es posible? ¿No sería ir contra el principio general de que el tribunal domiciliario es el más conveniente ante la situación de debilidad del consumidor? ¿No es contradecir la tendencia de las empresas de prorrogar jurisdicción a los tribunales de su sede social?¹⁵¹⁶

Creo que la mejor forma de mostrar el funcionamiento de la institución es a través de dos casos de la jurisprudencia norteamericana. Allí podremos obtener elementos que sirvan para universalizar principios o conclusiones.

a) *El derecho anglosajón: un caso relevante*

En el caso *Shaw c. Marriot*, que ya cité al comienzo del Capítulo V (p. 466), representa un interesante precedente para evaluar los criterios a considerar en orden a la admisión o rechazo de la excepción de *forum*

¹⁵¹⁶ Es la situación que se presentó en *Abad v. Bayer Corp.*, ya comentado. Como ya mencioné antes, la situación es relativamente común y representa una de las más frecuentes posibilidades de *forum shopping*: cuando las normas de reponsabiliad por productos son más severas en el lugar de fabricación que en el de acaecimiento del daño.

*non conveniens*¹⁵¹⁷. La solicitud de incompetencia presentada por Marriott fue denegada debido a que “existen intereses públicos y privados a favor de iniciar el litigio en el Distrito de Columbia”. Veamos los argumentos.

Los hechos principales sobre los que se inició la demanda sucedieron en Rusia. Allí los pasajeros del hotel hicieron los pagos en exceso, debido a la información maliciosa y la liquidación errónea efectuada por el hotel en Moscú. Entre otros argumentos para que se declare el *forum non conveniens*, Marriott señala que los demandantes no están en condiciones de producir en Estados Unidos la prueba de los hechos que sustentan el reclamo.

El magistrado señaló que para hacer lugar a la excepción, la parte oponente debe demostrar dos extremos. Primero, que existe un foro alternativo en el que el demandado puede ser afectado por el proceso judicial. Segundo, si existe un foro alternativo el tribunal debe contrapesar una variedad de intereses públicos y privados que justifique cuál es foro más apropiado. La prueba de quién alega que existe un foro más apropiado recae sobre el demandado excepcionante. Marriott argumenta que el reclamo debe ser rechazado porque los hechos alegados ocurrieron en Rusia. Allí debe ser presentado el caso y resolverse de acuerdo a la legislación rusa, porque el sobrecargo y su evidencia están localizados en el lugar donde ocurrió el hecho.

¹⁵¹⁷ US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 05-1138 (GK). Recordemos: se trata de consumidores que, a través de la página Web de la cadena de hoteles, contratan reservas en el establecimiento correspondiente a la ciudad de Moscú. En la oferta figura una tarifa diaria en dólares que sería luego liquidada en rublos al momento de dejar el hotel, al tipo de cambio de ese día. Al momento del pago, la tarifa en rublos es transformada a dólares. El paso de la tarifa original en dólares a rublos, y luego de nuevo a dólares, implicó un aumento real del precio publicitado de un 18% en exceso. De todos modos, finalmente el caso no resultó favorable a Shaw ni los otros demandantes. Por parte de Shaw, resultó que no fue considerado consumidor debido a que ese alojaba en el hotel por reuniones de trabajo relacionadas con su profesión de abogado, amén de que la cuenta la pagaba la firma a la que pertenecía. Otro de los demandantes, también acudía a Moscú en representación de una organización sin fines de lucro, con lo cual tampoco cabía en la categoría de las normas del Distrito de Columbia.

Sin embargo, los demandantes alegaron que Marriot es una corporación norteamericana, la que informó incorrectamente el precio al momento de hacer las reservas; por tanto, el domicilio del demandado y el deber de informar se localizan en Estados Unidos. La información errónea, de acuerdo a la cual los clientes tomaron la decisión equivocada, fue brindada en violación a la legislación del Distrito de Columbia, no al derecho ruso. Agregan que las políticas de precios son corporativas, y la emisión del sitio Web ocurrió en las oficinas centrales de la cadena, en los Estados Unidos. Por tanto, si la utilización de un tipo de cambio 'inflado' es legal de acuerdo a la legislación rusa o si esas prácticas comerciales satisfacen los requerimientos legales rusos, es irrelevante. La localización de los demandantes en el hotel también es irrelevante. Este argumento de Marriot no tiene sustento y es contingente.

Respecto del sujeto demandado, el *expert witness* ruso aclaró que los extranjeros pueden iniciar una acción en Rusia, contra empresas rusas. Ahora bien: no dice si ciudadanos norteamericanos pueden demandar a una corporación norteamericana en Rusia por hechos ocurridos en Norteamérica. Otro elemento que tuvo en cuenta el magistrado es que Marriot en ningún momento aclara si aceptaría ser demandado en Moscú, o si esa acción existe y puede intentarse en Rusia.

En definitiva, Marriot no adjuntó la suficiente información para permitir la evaluación de un foro alternativo. Si fuera cierto que Rusia es un foro alternativo adecuado, el segundo paso, que es analizar los intereses públicos y privados, determina seriamente la denegación de la excepción. Este último análisis no es automático. Los factores privados incluyen la facilidad de acceso a la prueba, la capacidad de presentación de testigos y el costo de su traslado, la capacidad del tribunal de hacer efectiva la decisión, y otros gastos e ineficiencias. Estos factores jugaban decisivamente a favor de abrir el litigio en el Distrito de Columbia, por sobre la posibilidad de hacerlo en Rusia.

Marriot alegó que la prueba esencial consistía en citar a los testigos del *check out* del hotel. Sin embargo, la prueba en este caso se refiere a la información disponible en el *website* de Marriot y su certeza, cómo se selecciona la información, qué datos están disponibles y el testimonio de

aquellos que acceden y toman decisiones en base a esa información. Se trata de probar las acciones de Marriot en su política de ventas.

Estas pruebas, respecto de lo que se reclama, estaban mejor disponibles en Columbia, donde se encuentran los archivos y otros documentos. El hecho de que Marriott afirmara que las oficinas están en Maryland antes que en el Distrito de Columbia, no jugaba a favor de que el mejor foro sea Rusia. Entre otros elementos, uno de los testigos centrales residía en el distrito de Columbia. También fue considerado el idioma de la transacción, del litigio, del tribunal, de las partes y de los testigos. En este sentido, toda la prueba debía producirse en inglés: el *website* del sistema de reservas, los términos y condiciones, la confirmación de las reservas, las facturas y otros comprobantes finales.

Los intereses públicos a considerar y que menciona el magistrado incluyen habitualmente las dificultades derivadas de la congestión de los tribunales, el interés local de tener todas las controversias localizadas en la jurisdicción del domicilio del demandado, la necesidad de aplicar ley extranjera y la carga de decidir un caso con elementos internacionales. Existía interés del distrito de Columbia en una causa traída por uno de sus residentes bajo su legislación de protección del consumidor. Además, como también la Corte afirmó más adelante, Marriott no demostró que sea necesario aplicar al caso la legislación rusa.

Desde que el reclamo de los demandantes estuvo correctamente estructurado, es claro que Rusia no resultaba un foro más conveniente, y por tanto sus órganos judiciales no podían tener un gran interés en que la controversia se decida allí. La relación del caso con el foro era más significativa con el Distrito de Columbia. Por estas razones se declinó la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. Entre las fuentes utilizadas, se hizo mención al *Restatement*, que indica como criterios de jurisdicción aplicables al caso:

- a) *The place where the injury occurred;*
- b) *The place where the conduct causing the injury occurred;*
- c) *The domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties; and*

d) The place where the relationship is centered¹⁵¹⁸.

La ponderación e importancia de cada uno de los criterios del *Restatement* dependerá del caso. Adicionalmente,

“The District of Columbia has a ‘strong interest’ in protecting consumers and promoting fair business practices by corporate entities headquartered within the city limits”¹⁵¹⁹.

Al haberse calificado la relación jurídica a partir de la información falaz emitida en Columbia, este fue el lugar donde se cometió el hecho que produjo el daño. En el caso, el domicilio de los demandantes no fue tenido en cuenta, aún cuando estuviera localizado en distintas jurisdicciones estatales e inclusive en el extranjero, como Londres, por ejemplo. En cuanto al lugar donde se estableció la relación jurídica, el tribunal consideró que al haberse consumado por Internet, resulta irrelevante.

En resumen, el caso brinda un acabado panorama de qué elementos deberán ser considerados para admitir o desechar una excepción de *forum non conveniens*.

¹⁵¹⁸ Como parte del análisis de conveniencia, los tribunales suelen analizar los cuatro factores enumerados en el *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 145:

¹⁵¹⁹ Inicialmente se establece que no había vinculación del caso con Rusia. Cabe aclarar que luego, en el análisis que realiza la Corte Federal de Apelaciones se establece que no hay intereses del Distrito de Columbia involucrados en el caso, y que la vinculación de Marriot con el distrito no es tal, como así tampoco la ubicación del servidor, el *call center*, etc. “Neither Charness’s injury nor Marriott’s conduct occurred in the District of Columbia. Neither party has a domicile, residence, place of incorporation, or principal place of business in Washington, and it is clear that the relationship between them is not centered in the District. In sum, the Restatement factors confirm that D.C. law does not apply”. United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, Britt A. SHAW, et al., Appellants v. MARRIOTT INTERNATIONAL, INC., appellee. No. 08-7142. Argued Sept. 24, 2009. -- May 28, 2010

b) *Aplicación del forum non conveniens a la jurisdicción protectora del consumidor*

Debemos considerar que así como el *forum non conveniens* es una limitación de la competencia, *el conveniens* la amplía si, por ejemplo, es posible ejercer poder físico sobre el demandado. En este supuesto, razones de eficacia justificarán la apertura de la jurisdicción. En ambos casos, se trata de evitar foros exorbitantes y asegurar la relación del caso con el tribunal. Parecería que el juez puede hacer uso de la doctrina del *forum conveniens* o foro más apropiado si, a su juicio, está en condiciones de hacer justicia a un consumidor.

Por ejemplo, si el demandante es el empresario en su propio domicilio, el consumidor deberá argumentar por qué aquel debería presentar la causa ante otro tribunal —el domiciliario del demandado, entre otros. Si este demostrara que el reclamo debería incoarse ante sus propios jueces —debido, por ejemplo, a que la sentencia obtenida por el empresario demandante nunca sería ejecutada ante los tribunales domiciliarios del consumidor—, sería un argumento suficiente para que el juez del foro del comerciante no abra la causa.

En el caso inverso, puede suceder que el consumidor demandara en el domicilio del empresario, y este adujera que son competentes los jueces del lugar del acaecimiento del hecho dañoso (*lex loci delicti commissi*), seguramente coincidente con el domicilio del consumidor. En este supuesto, y sólo desde el punto de vista de la disponibilidad, el proveedor deberá demostrar que los tribunales domiciliarios del consumidor harían lugar a la causa. A modo ilustrativo de las dificultades que puede tener un proveedor para convencer al tribunal que es ‘adecuado’ o ‘más apropiado’ reclamar ante otro tribunal, GARRO indica que por regla general los tribunales latinoamericanos serán inadecuados. La reparación será más efectiva ante el domicilio del demandado en Estados Unidos, debido a las carencias de los Poderes Judiciales de nuestros países frente a la mejor situación de los norteamericanos¹⁵²⁰.

¹⁵²⁰ GARRO no se refiere a reclamos de consumidores sino de casos de grupos de damnificados, como la célebre acción de clase contra Dole Food Co. y Shell Oil. Co. pre-

Por el contrario, un signo inequívoco de ser más adecuado el tribunal del foro del demandado —y por tanto no deberá hacerse lugar al *forum non conveniens*— es la existencia de procedimientos colectivos; más aún si ya se encuentran abiertos y los consumidores sólo deben acceder a la clase ya constituida. La Propuesta canadiense de CIDIP VII ya citada se refiere a esto de modo indirecto como “la conveniencia de evitar una multiplicidad de procesos jurídicos”. En igual sentido, si esos procedimientos no existieran en el tribunal que se argumenta como más adecuado, es una señal de *inadequacy*. Es uno de los casos en que el *forum legis*, en cuanto tribunal más favorable al derecho procesal o sustancial del consumidor, resulta motivo para no hacer lugar al *forum non conveniens*¹⁵²¹.

El principio de efectividad de la sentencia es otro indicador para aceptar la competencia o declinarla, ya que el juez puede anticipar los resultados de su decisión y así evitar dispendiosa actividad judicial. Por tanto, la eficacia extraterritorial de la sentencia debe considerarse a la

sentada por los trabajadores de las plantaciones de bananos afectados por los pesticidas en base a DBCP. Las carencias o condiciones inapropiadas de los tribunales latinoamericanos han sido reconocidas por organismos gubernamentales estadounidenses, como la United States Agency for International Development, o instituciones independientes como el Banco Interamericano de Desarrollo. GARRO, “*Forum non conveniens...*”, pp. 82-84.

¹⁵²¹ VELÁZQUEZ GARDETA trae a colación dos fallos en que se consideró que no debía hacerse lugar a una cláusula de prórroga de jurisdicción a tribunales arbitrales, si en esos foros no se admitían las acciones de clase para causas de menor cuantía, o si ante la nulidad de la cláusula resultaban competentes los tribunales domiciliarios del consumidor. Se argumentó que existían razones de políticas públicas y principios fundamentales como el acceso a los tribunales en condiciones de igualdad. Los fallos son *Dix v. ICT Group, Inc.*, Nro. 77101-4, 2007 WL 2003407 (Wash. July 12, 2007) y *Scarcella v. America Online, Inc.*, Nro. 570315/05, 2005 WL 3542868 (N.Y. App. Term, Dec. 28, 2005). Se trata de admitir, ya sea mediante el *forum conveniens* o el *non conveniens*, el tribunal “donde la legislación procesal amplíe las facilidades y las garantías del ejercicio de una reclamación en pro de los consumidores, tomando en consideración sus posibilidades económicas y su posición de inferioridad”. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 400-401. Adicionalmente, refiere el caso donde el tribunal asumió jurisdicción y declaró abusiva una cláusula de aplicación del derecho de otro Estado, si esto hubiera implicado privar a los consumidores de un proceso de acción de clase por reclamos de menor cuantía. Los consumidores y el tribunal correspondían a California y el foro prorrogado y derecho designado a Georgia, a 3000 kms de distancia. El caso es *Aral v. Earthlink*, 2005 WL 3164648 (Cal. Ct. App. 2d Dist., Div., 4 Nov. 2005).

luz no sólo de la jurisdicción del propio tribunal ante el que se presenta la demanda, sino también ante el tribunal en el que el demandado posee bienes ejecutables¹⁵²².

A todas luces se pueden apreciar las dificultades que acarrea al consumidor demandante que el tribunal del demandado decrete el *forum non conveniens*. Desde ya, siempre quedará como reaseguro la garantía de defensa en juicio. Sin embargo, habrá que estar prevenidos de los conflictos que se pueden presentar cuando el demandante es remitido a otro tribunal y este último se declara incompetente porque el caso no guarda relación con el foro¹⁵²³. Las razones por las que un juez extranjero es competente no pueden ser determinadas por el tribunal que se excepciona. En un “choque de sistemas”, el perjudicado es el consumidor. De todos modos, y como propuesta *de lege ferenda*, también será posible una solución intermedia, donde el juez no declina su competencia, sino que sólo dilata la resolución hasta que el demandante demuestre haber iniciado la causa ante el otro fuero¹⁵²⁴.

En definitiva, parece incompatible con un sistema protectorio, que quiere asegurar al consumidor foros ciertos y asequibles, la vigencia de una institución “plástica” que se acomoda a los criterios del juez. De todas maneras, aún cuando no parezca acomodarse a nuestra mentalidad de reglas fijas de jurisdicción, gran parte de sus ventajas pueden ser asequibles a través del ejercicio de la garantía de defensa en juicio y del *forum necessitatis*.

¹⁵²² Sin embargo, la opinión de FERNÁNDEZ ARROYO y ALL —comentando la Propuesta canadiense para la CIDIP VII—, es negativa en cuanto a la introducción de esta institución en el sistema interamericano; en gran medida por las profundas divergencias existentes en los órdenes internos. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, Segunda parte, nro. V *in fine*.

¹⁵²³ Ver los casos que cita GARRO, aunque no se refieren a relaciones de consumo. Tienen en común que los demandantes habían iniciado la causa ante el domicilio del demandado en Estados Unidos (*forum rei sequitur*), siendo rechazados en virtud de la aplicación de los principios del *forum non conveniens*, quedando luego los demandantes privados de su derecho de acceso a la jurisdicción, al no ser admitidos luego ante los tribunales donde había ocurrido el hecho ilícito o estos habían producido sus efectos. GARRO, “*Forum non conveniens...*”, pp. 74-76.

¹⁵²⁴ Cfr. CANO BAZAGA, *La litispendencia comunitaria*, p. 30.

VI. C. 7. Foro de necesidad

La protección de la garantía de defensa en juicio lleva, en determinadas circunstancias, a que el juez pueda abrir la jurisdicción de manera de evitar un supuesto de denegación de justicia, aun cuando no esté expresamente previsto¹⁵²⁵. En los sistemas de *common law* es una institución relacionada con el *forum conveniens* y el *non conveniens*. Se trata de evitar la denegación de justicia mediante la ampliación excepcional de la jurisdicción, atendiendo a razones valorativas del juez del foro.

La cuestión se asienta en el derecho fundamental a ser oído en juicio, que ya he considerado¹⁵²⁶. No existe una norma que haga referencia a la aplicación precisa a los conflictos que involucran a consumidores. Sin embargo, debido a la debilidad propia de éste y ante la carencia de un tribunal designado, o ante la duda de que determinado tribunal se aboque al caso, el juez podrá hacer lugar a la pretensión jurisdiccional. Puede servir de orientación, aún cuando se trate de una propuesta, lo establecido en el Art. 19 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado:

“Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente código no atribuyan jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, éstos pueden intervenir con la finalidad de evitar la denegación de justicia cuando no sea posible iniciar la demanda en el extranjero, siempre que la causa presente vínculo suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”¹⁵²⁷.

¹⁵²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 76. También FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...”, nros. 28 y 29. Puede ser visto como un conflicto negativo de jurisdicciones. Cfr. VISCHER, “General Course on Private International Law”, p. 205. La existencia del foro de necesidad es admitida de modo unánime por la doctrina y jurisprudencia. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 35.

¹⁵²⁶ No se trata de que su pretensión le sea resuelta favorablemente, sino que tenga la posibilidad de ser oído de modo eficaz, razonable y oportuno. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 36.

¹⁵²⁷ El texto del Proyecto sigue al art. 3 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: “Cuando la presente ley no prevea algún foro en Suiza y un proceso en el ex-

La carencia normativa no podrá servir de excusa para rechazar un caso cuando esté en juego la garantía de defensa en juicio, debido a que los requisitos exigidos por este foro son parte de la estructura principialista del sistema¹⁵²⁸.

VI. D. JURISDICCIÓN Y AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL EN CASOS QUE INVOLUCRAN A CONSUMIDORES

Si bien no es objeto principal de esta tesis el estudio del capítulo del Derecho Internacional Privado denominado “auxilio procesal internacional” o “cooperación jurídica internacional”, es claro que algunas de sus concreciones pueden afectar la justicia sustancial del caso¹⁵²⁹. Esto podría invitar a una especie de *forum shopping*, no ya para elegir un derecho favorable, sino un proceso más conveniente. Entonces, será parte de la estrategia judicial del demandante elegir uno u otro juez, cuando estemos ante una jurisdicción concurrente, como asimismo la consideración por parte del demandado acerca de la conveniencia de oponer o no ciertas excepciones¹⁵³⁰.

tranjero no se revele posible o, cuando no se pueda razonablemente exigir que allí sea introducido, tendrán competencia los tribunales o autoridades administrativas suizas del lugar con el cual el supuesto tenga suficiente relación". Citado por FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 164.

¹⁵²⁸ *Ibidem*.

¹⁵²⁹ Quedan claras las diferencias entre la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción competente y el procedimiento internacional, pero vale la pena considerar la posibilidad de que los aspectos procesales atenten contra la justicia material del caso. Y viceversa, cuando la ley procesal extranjera ofrece mayores garantías para el consumidor. Cfr. FEUILLADE, “La ley que rige el proceso...”, p. 969.

¹⁵³⁰ Cfr. FEUILLADE, “La ley que rige el proceso...”, p. 972. “El fraude a la ley procesal, que es el análogo al fraude a la ley y básicamente va a consistir en el cambio del punto de conexión con la intención de obtener una ventaja procesal. El fraude procesal está por delante del fraude a la ley, porque el cambio de punto de contacto implica un cambio de competencia judicial internacional”.

VI. D. 1. Distintas injerencias de la ley que rige el proceso

Un punto relevante es el beneficio de litigar sin gastos, concedido a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales¹⁵³¹. En el caso de procedimientos y trámites en el extranjero, el beneficio que brinda el certificado de pobreza en el lugar de tramitación del proceso será mantenido en el lugar de su presentación¹⁵³². De aquí pueden surgir desasimetrías procesales en los casos en que, por ejemplo, las asociaciones de consumidores son beneficiarias de este privilegio (Art. 55 LDC). Lo mismo se puede decir respecto de la vigencia en la jurisdicción requerida de la institución de la *cautio iudicatum solvi* o arraigo en juicio, que podría constituirse en un perjuicio para el consumidor al verse limitado cuando debe reclamar en el domicilio del proveedor¹⁵³³.

Un aspecto similar, al menos en cuanto al incentivo que puede representar para el consumidor iniciar o no algún reclamo, y por tanto relevante en la estrategia procesal, son los denominados *contingent fees*,

¹⁵³¹ Art. 20 de la Convención sobre Procedimiento Civil, aprobada por la Conferencia de La Haya el 1º de Marzo de 1954 (aprobada por ley 23.502): “En materia civil y comercial, los nacionales de cada uno de los Estados contratantes gozarán en todos los otros Estados contratantes del beneficio de defensa gratuita en un mismo pie de igualdad con sus nacionales, de conformidad con la legislación del Estado dentro de cuyo territorio el beneficio de la defensa gratuita sea reclamado”. En materia de defensa del consumidor el privilegio suele ser más amplio, ya que no se otorga sólo a la defensa, sino al consumidor demandante.

¹⁵³² Cfr. art. 5 de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y art. 16 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, CIDIP II, Montevideo, 1979. El problema del beneficio de litigar sin gastos, o beneficio de pobreza, puede interpretarse analógicamente con otros regímenes de partes débiles, como los menores o los trabajadores. El riesgo está en la posible exorbitancia del beneficio, porque puede generar audaces consumidores demandantes, que hagan uso del *forum shopping*, aumentando el índice de litigiosidad de modo irrazonable. Para ver cómo actúa el beneficio de la justicia gratuita a favor de los consumidores en el derecho argentino, cfr. JUNYENT BAS y DEL CERRO, “Aspectos procesales...”, p. 1289 y ss.

¹⁵³³ Entre las fuentes del derecho argentino que rechaza el arraigo en juicio, se pueden mencionar los arts. 3 y 4 del Protocolo de Las Leñas y art 25 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de sustracción de menores. Cfr. PERUGINI ZANETTI, Alicia, *10ª Actualización al Derecho Internacional Privado*, de Werner GOLDSCHMIDT, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 832-834.

también llamados entre nosotros “pactos de cuota litis”. El hecho de que en algunas jurisdicciones no sean admitidos puede ser una limitación a los derechos de los consumidores, que sin esa posibilidad tal vez no iniciarían un proceso en el extranjero¹⁵³⁴.

También hay que considerar, como derivados del principio *lex loci regit processum*, los problemas que presenta la legitimación procesal y la representación¹⁵³⁵. Cuando estamos ante jurisdicciones concurrentes, y el consumidor demandante se plantea la posibilidad de participar de una ‘acción de clase’ u otro proceso colectivo, las condiciones para integrar esa clase o grupo estarán dadas por la *lex fori*. En estos supuestos resulta evidente la interrelación entre los aspectos sustanciales, jurisdiccionales y procesales del caso, como asimismo la existencia de un *forum shopping* procesal¹⁵³⁶.

No menos relevancia presenta la disponibilidad de distintas formas de notificación y la citación en rebeldía. Por ejemplo, si un demandado en Argentina puede ser citado por edictos (Art. 59 y ss. del CPCyCN), y de acuerdo a la legislación norteamericana vigente para las *class action* es admisible la convocatoria de presuntos damnificados mediante una solicitada en los principales periódicos, esta última significa una forma

¹⁵³⁴ Cfr. FAWCETT, “Products Liability...”, p. 99.

¹⁵³⁵ Cfr. FEUILLADE, Milton, “Legitimación procesal, representación y poderes internacionales”, LL 2007-F, 1398.

¹⁵³⁶ Si bien no presenta cuestiones de Derecho Internacional Privado, WOODWARD cita el caso *America Online, Inc. v. Booker*, donde el demandado inició una acción de clase en Florida cuestionando la práctica de AOL’s de recargar a los clientes por el tiempo que dedicaban a leer pop-up’s emergentes (781 So. 2d 423 (Fla. Dist. Ct. App. 2001). La cláusula del contrato de adhesión de AOL contenía disposiciones de derecho aplicable y prórroga de jurisdicción, especificando el Estado de Virginia. Los demandantes adujeron no saber que Virginia no prevé en su legislación el remedio de las acciones de clase, y que por tanto AOL, por este medio, limitaba la aplicación de este instrumento procesal, siendo que esto no se indicaba expresamente. La Corte no hizo lugar al cuestionamiento de ‘unconscionability’ (abusividad), y la mera inexistencia del recurso a una *class action* no es motivo suficiente para decir que se trataba de una cláusula injusta o de mala fe. WOODWARD Jr, William J., “Finding the contract in contracts for law, forum and arbitration”, *Hastings Business Law Journal*, Vol. 2:1, Winter 2005, pp. 18-19.

legal sustancialmente equivalente a la aquí requerida¹⁵³⁷. Así, si los consumidores argentinos dañados en virtud de productos defectuosos, fabricados en EE.UU., fueran notificados por una solicitada aparecida en los más importantes periódicos de Buenos Aires y el interior del país, sería considerado una convocatoria válida a los fines de su participación en las acciones colectivas tramitadas en tribunales norteamericanos. Luego, la empresa estadounidense puede oponer la resolución de sus jueces frente a los consumidores argentinos que más tarde se presenten en posteriores reclamos, si no participaron oportunamente en la acción de clase tramitada al efecto.

En cuanto a la legitimación procesal que deberían tener las asociaciones de consumidores (arts. 55-58 LDC) para actuar en el extranjero, también será un asunto regido por la *lex fori*¹⁵³⁸. Esto no incluye las formalidades de los poderes requeridos, que se rigen por el lugar de otorgamiento, aunque sí se aplicará la *lex fori* si ésta exige solemnidades esenciales para la validez del poder¹⁵³⁹.

La cooperación internacional reglamenta la ejecución de medidas cautelares, la obtención de pruebas en el extranjero, la información

¹⁵³⁷ Art. 2. e) de la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: "Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efectos".

¹⁵³⁸ Art. 56 LDC "d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo; e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados; (...)" Como puede verse, la norma no especifica si incluye los procedimientos en el extranjero. De todos modos, esta legitimación procesal conferida por la ley argentina no tendrá efectos en otra jurisdicción si allí no es reconocida. Esto es más que el mero reconocimiento del poder, que puede ser un aspecto formal. La legitimación es un requisito sustancial de la acción: es la identidad entre la persona a quién que la ley concede la acción y quién asume el carácter de actor.

¹⁵³⁹ Cfr. FEUILLADE, "Legitimación procesal...", p. 1399. De todas formas, el ejercicio concreto de las facultades concedidas por el poder otorgado quedará sujeto al lugar de ejecución, que es donde deben surtir efectos sus disposiciones: los efectos jurídicos de los actos y contratos se rigen por el derecho del lugar donde serán ejecutados. Cfr. art. 2 de la Convención sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero, Panamá, 1975 (CIDIP I), ratificado por Argentina, Ley 22.550.

acerca del derecho foráneo, etc.¹⁵⁴⁰. Un aspecto fundamental de esta cooperación está dado por la reglamentación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y su relación con la jurisdicción internacional¹⁵⁴¹. Desde esta perspectiva, “[R]epresenta la forma más sublime y acabada de cooperación en el ámbito jurídico¹⁵⁴²”. No debemos olvidar que las normas de jurisdicción indirecta implican renunciar a la propia potestad decisoria en determinados supuestos permitiendo que la sentencia de una autoridad extranjera sea válida y efectiva en la propia jurisdicción. Por tanto, el reconocimiento es parte de la elaboración y funcionamiento de las normas de jurisdicción, siendo parcialmente contraria a sus fines establecer competencias exclusivas¹⁵⁴³.

VI. D. 2. Vinculación entre el auxilio judicial internacional y la jurisdicción en un sistema protectorio

La interrelación entre la jurisdicción y el auxilio judicial es muy relevante en conflictos con consumidores, por cuanto por involucrar a una parte que en principio es más débil, es muy posible que los pasos procesales hagan muy gravosa o imposible la continuidad de la pretensión o bien que luego la sentencia se torne vacía de contenido por no poder ejecutarse de modo efectivo en el posterior *exequatur*. Estamos ante un tribunal solicitante, un juez solicitado y una solicitud (exhortante, ex-

¹⁵⁴⁰ El auxilio judicial internacional consiste en que los jueces del proceso solicitan de otros jueces que les ayuden en su tramitación, por ejemplo, notificando resoluciones a personas domiciliadas en la jurisdicción de estos últimos, o tomando declaración a testigos en análoga situación. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 472.

¹⁵⁴¹ A los fines de asegurar la eficacia de la jurisdicción, el juez no puede arrogarse la competencia de modo arbitrario. Esto es aplicable tanto en el ámbito interno como en el internacional. En el marco de los conflictos jurisdiccionales en los EE.UU., los autores reconocen la íntima relación entre la garantía sustantiva de la validez del proceso, con la garantía de efectividad de los actos jurisdiccionales en los otros Estados. Se trata de la vinculación entre la *jurisdictional due process* y la *full faith and credit clause*, a la que ya nos hemos referido *supra*, p. 278.

¹⁵⁴² FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 72.

¹⁵⁴³ *Idem*, p. 73.

hortado y exhorto). El asunto principal es resuelto por el juez de la causa, y el auxilio judicial constituye el cumplimiento de esa resolución. En nuestro caso, la situación se plantea ante jueces de distintas jurisdicciones nacionales.

En el derecho procesal internacional, en lo que se refiere a las exigencias que deben cumplir los exhortos o cartas rogatorias, suelen subdividirse en: a) procesales, como el modo de notificación o el modo de interpretar la ausencia de litispendencia; b) formales, como la legalización o traducción de documentos; c) sustanciales, en los que se encuentra el orden público¹⁵⁴⁴. Los documentos pueden ser los exhortos o las cartas rogatorias. También puede tratarse de hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, siempre que cumplan con las condiciones establecidas. Es posible trabar embargos, solicitar tasaciones, realizar inventarios o diligencias preventivas, etc. El juez exhortado nombrará los peritos, tasadores, depositarios, etc.¹⁵⁴⁵. Todas estas acciones se realizarán de acuerdo a lo que establezca el derecho procesal del juez exhortado, por tratarse de la aplicación de la *lex fori*, como sucede con todas las cuestiones procesales. Los interesados deberán hacerse cargo de los gastos de apoderados y demás diligenciamientos.

De acuerdo al art. 132 del CPCyCN, el juez exhortante extranjero debe tener jurisdicción según la legislación argentina, además de que no se infrinjan los principios del orden público. Aquí tenemos dos problemas. Primero, si el juez extranjero, en un caso que envuelve a consumidores, es competente. En principio, se deben verificar los supuestos que estamos estudiando: por ejemplo, que el juez extranjero tenga jurisdicción exclusiva o concurrente, o que se haya prorrogado válidamente la competencia, etc.¹⁵⁴⁶ En cuanto a los principios de orden público, es in-

¹⁵⁴⁴ Cfr. FEUILLADE, "La prueba en el proceso con elementos extranjeros", p. 2002.

¹⁵⁴⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 473.

¹⁵⁴⁶ En este sentido, Argentina hizo una reserva respecto del art. 11 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940: La república Argentina "entiende que cuando al diligenciarse un exhorto se opusieren ante el juez requerido las excepciones de litispendencia o incompetencia de jurisdicción, atribuyendo el conocimiento de la causa a los

interesante ver si estos son en primer lugar los del derecho sustancial del consumidor (los que sean de orden público internacional, quedando fuera los de orden público interno o derecho económico o poder de policía del comercio), y además los principios de orden público de la jurisdicción, como por ejemplo que no se vulnere la defensa en juicio.

Es decir que se puede denegar el cumplimiento del exhorto si el juez exhortante carece de jurisdicción internacional atribuyéndosela el juez exhortado. Por este motivo hay que distinguir entre jurisdicción internacional exclusiva o concurrente. En el caso de consumidores, como ya dije, son preferibles las jurisdicciones concurrentes; pero si se determinara que es exclusiva la domiciliaria, o que la prórroga sólo es válida luego de sustanciada la causa, y el consumidor argentino no la acordó con el proveedor extranjero luego de la sustanciación, el juez argentino no debería dar cumplimiento al exhorto¹⁵⁴⁷.

En el ámbito del MERCOSUR, también serán aplicables las disposiciones del Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares. Las autoridades jurisdiccionales de un Estado parte deben ejecutar las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de los otros Estados partes competentes en la esfera internacional¹⁵⁴⁸. En este sentido, los Estados requeridos pueden revisar la competencia del Estado requirente a la luz de su propia competencia. De todos modos, a los fines de efectuar ese control de manera adecuada, habrá que considerar que: a) se trata

tribunales del Estado a que dicho juez pertenece, puede éste negarse a diligenciarlo total o parcialmente, en defensa de su propia jurisdicción”.

¹⁵⁴⁷ “La oposición al exhorto por la causa indicada sólo se justifica si la jurisdicción internacional propia reclamada es la exclusiva; en caso contrario, el juez exhortado no debe alegar la falta de jurisdicción del juez exhortante”. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 479. El autor se refiere a la aplicación de los arts. 5 y 11 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. Si del exhorto se desprende que la parte demandada no disfruta del “debido proceso”, no se dará lugar al exhorto ni al exequátur. El juez exhortado, por el art. 5 inc. d) aplicado analógicamente, se fija en el orden público del objeto del exhorto, no en el fondo del asunto ni en el objeto del proceso principal. Ya habrá tiempo de ver el orden público del contenido en el momento del reconocimiento de la sentencia.

¹⁵⁴⁸ Cfr. UZAL, “Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del Mercosur”, p. 352.

de una medida cautelar que no prejuzga sobre el fondo del asunto; b) no implica una decisión definitiva; y c) no se trata de ejecutar una sentencia.

Por tanto, la medida cautelar deberá ejecutarse en la medida que: a) no se invada la jurisdicción exclusiva del Estado requerido; b) la índole de la medida no resulte contraria a los principios de orden público que gobiernan el proceso cautelar; c) de modo amplio, exista un razonable vínculo jurisdiccional entre el Estado requirente y la causa (ya sea exclusivo o concurrente). Al tratarse de una medida cautelar, esto no prejuzga sobre la propia jurisdicción del Estado requerido, por lo cual siempre queda abierto el control de la jurisdicción extranjera al momento que se solicite el reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia¹⁵⁴⁹.

VI. D. 3. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en casos que involucran a consumidores

El antecedente de la estructura de la norma que habilita la ejecución de decisiones extranjeras contiene los siguientes aspectos positivos: a) el juez extranjero debe estar dotado de jurisdicción de acuerdo a las normas de jurisdicción del juez requerido; b) la sentencia que pretende ejecutarse debe ser definitiva o puede considerarse tiene fuerza de cosa juzgada; y c) la sentencia debe cumplir con los requisitos formales de presentación ante el foro del juez requerido¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁹ *Idem*, p. 353.

¹⁵⁵⁰ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 124 y ss. Por "juez competente", en este caso, debería entenderse es aquel que: a) no invadió la jurisdicción exclusiva argentina; b) a su vez no asumió una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta; c) que el juez extranjero se relacione con el caso por el contacto que más se aproxima a la norma argentina de jurisdicción; y d) que la sentencia extranjera sea reconocida en el país cuyo derecho sería aplicable a la controversia según las normas argentinas. Es decir que la interpretación es flexible, permitiendo correcciones ante resultados injustos de acuerdo a las particularidades del caso. Esas correcciones estarían dadas por la injerencia del *forum non conveniens* o el *forum necessitatis* en la asignación del tribunal sentenciante. Cfr. DREYZIN DE KLOR Y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 190-192.

En cuanto a los aspectos negativos, y de acuerdo a lo visto en VI. C. 3.a): a) que no exista litispendencia; b) Que no hubiera una sentencia en el país requerido que pudiera constituir cosa juzgada; c) que no se haya hecho lugar a una excepción de incompetencia; y d) Que no hubiera lugar a la excepción de indefensión por parte del ejecutado en el país de tramitación de la demanda originaria¹⁵⁵¹.

A su vez, el consecuente incluye como aspectos positivos, la previsión convencional o de derecho interno del auxilio judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos. Como elementos negativos: a) que no pueda alegarse indefensión en el país requerido; y b) que no exista afectación del orden público internacional del foro de ejecución. Vale la pena repetirlo una vez más: la referencia al orden público internacional no incluye las políticas de comercio interior o normas imperativas en el orden interno del Estado requerido.

El análisis de los problemas jurisdiccionales y de modo principal la determinación del tribunal competente, implica verificar si los canales de cooperación y auxilio judicial internacional en defensa de los consumidores son los adecuados, tanto por aplicación de normas supranacionales como de las normas locales indicadas por el sistema de Derecho Internacional Privado de cada Estado nacional.

Es un principio generalmente admitido, al menos en la doctrina nacional, que se debe evitar el análisis del fondo de la sentencia extranjera que es presentada en el juicio de exequátur. La excepción, como siempre, es la violación del orden público internacional. ¿Se trata del orden público sustancial o procesal? Desde ya que ambos, aunque resulta más sencillo verificar los requisitos adjetivos, por cuanto el incumplimiento de las formalidades puede ocultar la denegación de justicia. La ausencia de revisión implica que el proceso no vuelve a abrirse, ni se inicia una

¹⁵⁵¹ “Mientras que en la causa de oposición que descansa en la propia jurisdicción internacional, se trata de la jurisdicción internacional exclusiva, las causas de oposición de la litispendencia y de la cosa juzgada se contentan con la jurisdicción internacional concurrente”. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 480. Respecto de la calidad de la cosa juzgada, Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, pp. 193-194.

nueva causa, en cuanto a las cuestiones de hecho o de derecho ya resueltas¹⁵⁵². Pero esta falta de apertura del proceso puede ser más o menos amplia, de acuerdo a los distintos regímenes. Es una manifestación del respeto al elemento extranjero, junto con la salvaguardia de las garantías constitucionales y los principios fundamentales del ordenamiento. De aquí que ante un sistema protectorio, resulte necesario considerar cómo se plasman los principios del *favor debilis* o *in dubio pro consumptore*.

En el caso de que estemos ante una sentencia extranjera contraria al consumidor, presentada ante su juez domiciliario, ¿éste podrá verificar, además de los aspectos formales, que se hayan salvaguardado los principios protectorios del consumidor? No lo vemos conveniente, ya que con el requisito de que la sentencia del juez requirente “emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional”, se está salvaguardando de modo indirecto la protección del consumidor. El juicio de exequátur no debe modificar la sentencia originaria, que sería la consecuencia natural de la consideración del fondo del asunto.

Eventualmente, ante la denuncia del ejecutado de la violación del orden público, se deberá distinguir —como siempre—, entre el orden público interno y el internacional. Así, un menor plazo de garantía o de devolución de la mercadería comprada, no va en desmedro del régimen protectorio. La no revisión del fondo incluye que se haya aplicado un derecho distinto al designado por la norma de conflicto del juez exhortado, o lo haya sido en una interpretación contraria al propio ordenamiento. Una vez más, resulta fundamental la noción de orden público¹⁵⁵³.

VI. D. 4. Las acciones de clase y otros procesos colectivos en el orden internacional

Una de las ventajas de los procesos colectivos es la distribución de los costos y el riesgo financiero de iniciar un reclamo entre muchos de-

¹⁵⁵² Cfr. FEUILLADE, *La sentencia extranjera*, p. 86.

¹⁵⁵³ *Idem*, pp. 88-89.

mandantes. No es extraño, por tanto, que en razón de la primacía del *favor debilis*, este elemento deba ser considerado para la justa atribución de jurisdicción. Es un modo de conjugar el esfuerzo estatal con un adecuado sistema privado de ejecución, mediante la posibilidad de que los intereses difusos de los consumidores se puedan gestionar de modo conjunto. Este esfuerzo de coordinación siempre es difícil. Muchas veces, el mejor mecanismo para reunir los intereses es obligar a todos los actores a actuar conjuntamente mediante la *class action*¹⁵⁵⁴. Cuando no es económicamente posible obtener resguardo dentro del tradicional marco de una multitud de pequeñas e individuales juicios por daños, las personas agraviadas pueden quedar sin una efectiva reparación, salvo que puedan utilizar estos instrumentos¹⁵⁵⁵.

Sin embargo, esto no deja de tener sus riesgos. Habrá que evitar los efectos expansivos de una sentencia en la que el consumidor no ha sido parte, cuando se ha presentado un particular en virtud de acción por interés difuso o simple, especialmente si el resultado es favorable al empresario. Habrá que estar, por tanto, a los efectos de cosa juzgada o litispendencia de esa sentencia o proceso¹⁵⁵⁶. El problema ha sido considerado en las legislaciones internas, como la LDC o el Código de Defensa del Consumidor de Brasil^{1557 1558}. De aquí que algunos organismos inter-

¹⁵⁵⁴ Cfr. ISSACHAROFF, "Group Litigation of Consumer Claims...", p. 136. También PAREDES PÉREZ, "La tutela jurisdiccional internacional...", p. 81.

¹⁵⁵⁵ *Idem*, p. 138.

¹⁵⁵⁶ Cfr. MENICOCCHI, "Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...", p. 1269.

¹⁵⁵⁷ LDC, Art. 54. — "Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados (...) "La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (...)".

¹⁵⁵⁸ Código de Defensa del consumidor de Brasil, CAPÍTULO IV. "De la cosa juzgada. Art. 103. En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada:"

"I. Erga omnes, excepto si la pretensión fue juzgada improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con

nacionales, como por ejemplo la OCDE, adviertan sobre los perjuicios que se pueden producir a los consumidores que no han participado del procedimiento. Se debería prever una adecuada información a todos los damnificados para que manifiesten su voluntad expresa de participar o no del proceso, a fin de beneficiarse de sus resultados, o bien no verse perjudicados si consideran que tienen mejores derechos¹⁵⁵⁹.

Sin embargo, las tradiciones jurídicas del derecho continental junto con la práctica judicial y las condicionantes culturales y económicas de los países latinoamericanos, dificultan el ejercicio de procesos colectivos¹⁵⁶⁰. La acumulación de procesos o de acciones implica una agregación de sujetos —demandantes o demandados—, mientras siguen siendo tratados independientemente unos de otros. Los pretendidos efectos de economía judicial son muy limitados; de allí que no tienen similitud

idéntico fundamento, valiéndose de nuevas pruebas, en la hipótesis del artículo 81, inciso I”.

“II. Ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas en los términos del inciso anterior, cuando se tratara de la hipótesis prevista en el artículo 81, inciso II”.

“III. Erga omnes, sólo en el caso de procedencia de la acción, para beneficiar a las víctimas y a sus sucesores, en la hipótesis del artículo 81, inciso III (...)”.

¹⁵⁵⁹ “B. Mecanismos de resolución de disputas y resarcimiento para consumidores que actúan de manera colectiva. 3. Cuando se dispone de una acción colectiva con base en un sistema de inclusión opcional ("opt-in") en la que los consumidores deben tomar pasos específicos para unirse en una acción colectiva, los Países miembros deberían garantizar que se toman medidas razonables para informar a los consumidores del inicio de tales casos, para que puedan tomar las acciones para incluirse en el grupo y beneficiarse de la resolución.” “4. Cuando se dispone de una acción colectiva con base en un sistema de exclusión opcional ("opt-out"), en la que los consumidores se unen en una acción colectiva, salvo que tomen medidas específicas para excluirse, los Países miembros deberían garantizar que se toman medidas razonables para informar a los consumidores del inicio de tales casos, para que puedan tomar las acciones para excluirse, si así lo desean. No debería forzarse a los consumidores a tomar parte o estar obligados por la resolución de un procedimiento colectivo del cual no han sido informados de forma adecuada”. OCDE, “Recomendación de la OCDE sobre Resolución de disputas y resarcimiento a consumidores”, París, 2007. Disponible en www.oecd.org/document/, última visualización 24/8/2010.

¹⁵⁶⁰ Cfr. GARRO, “*Forum non conveniens...*”, p. 85. También PAREDES PÉREZ, “La tutela jurisdiccional internacional...”, p. 76 y ss, por la regulación en Europa.

con las acciones de clase¹⁵⁶¹. En estas últimas, lo importante es que el tratamiento de los hechos y la prueba son unificados en un único procedimiento, quedando pendiente sólo determinar la reparación que corresponde a cada individuo.

¹⁵⁶¹ *Idem*, p. 88.

CAPÍTULO VII.
LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN
EN LA RELACIÓN DE CONSUMO TRANSFRONTERIZA

En el presente capítulo haré un repaso de las principales conexiones jurisdiccionales vinculadas a las relaciones de consumo transfronterizas, desde el punto de vista de la situación actual, que implica una ausencia de soluciones normativas completas y coherentes. Esto significa que echaré mano de los principios y fundamentos analizados hasta aquí, para tratar de mostrar cuál podría ser la solución ante un determinado conflicto. Cuando sea posible, haré uso de las fuentes de orden interno o internacional vigentes. En muchos casos haré mención de soluciones del derecho comparado o de propuestas de organizaciones internacionales, como las actualmente disponibles en la discusión de la CIDIP VII. No pretendo brindar una completa y exhaustiva solución *de lege ferenda*.

Ya hice referencia a la teoría del paralelismo en cuanto regla de jurisdicción, al determinar la competencia de los tribunales del país cuyo derecho es aplicable a la materia del juicio. Otros criterios a analizar podrían ser la localización de los bienes objeto del litigio, que pueden estar ubicados en determinado territorio (*forum rei sitae*); el lugar de celebración del acto jurídico (*forum celebrationis*); el lugar donde acaeció el hecho ilícito (*forum delicti comissi*); o donde debe cumplirse la obligación (*forum executionis*). Estas localizaciones, si bien están relacionadas con la soberanía estatal, en realidad tienen su fundamento en la adecuada protección de los intereses de las partes y en el principio de eficacia¹⁵⁶².

¹⁵⁶² Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 280.

Habrá que considerar también la relación entre el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales. El primero puede actuar como criterio residual cuando, existiendo la posibilidad de acudir a los foros *rationae materiae* (ubicación del bien, lugar de cumplimiento, etc), igual puede demandarse en el lugar de domicilio o residencia, incluso cuando el objeto del litigio no est  relacionado con los tribunales domiciliarios¹⁵⁶³. Esta clasificación también se corresponde con el valor justicia: todo criterio de atribución debe considerar valorativamente la proximidad axiológica. En algunos casos, fraccionando; en otros, evitando los excesivos fraccionamientos¹⁵⁶⁴.

VII. A. LOS PUNTOS DE CONTACTO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Se denominan “contactos” o “conexiones” a los criterios de atribución que determinan los foros en que es competente un juez en la esfera internacional¹⁵⁶⁵. Es la indicación nominativa, estable y determinada del juez competente¹⁵⁶⁶. Un ejemplo de esto lo encontramos en el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, cuando en su art. 55 d) indica que tendrán jurisdicción los jueces uruguayos si el contrato de consumo se celebró en la República. Otro contacto habitual en casi todas las legislaciones es la designación del tribunal de asiento de los bienes cuando el litigio se refiere a derechos reales. Las jurisdicciones exclusivas utilizan este tipo de conexiones.

¹⁵⁶³ *Idem*, p. 282.

¹⁵⁶⁴ Cfr. CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, p. 83 y ss.

¹⁵⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 152.

¹⁵⁶⁶ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 60 y 99. Al igual que los puntos de conexión en las normas de conflicto, las conexiones constituyen el elemento esencial de la norma atributiva de jurisdicción internacional. Se trata de transformar el elemento extranjero en un factor normativo que sirve para localizar la relación jurídica ante cierto tribunal. El elemento del supuesto de hecho se transforma en un elemento de localización, y así da vida a la consecuencia jurídica que determina la competencia del tribunal. La conexión, entonces, expresa la relación de las personas, cosas o actos con determinados tribunales. Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado – Introducción a sus problemas fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 137.

La denominación “punto de contacto” o “contacto jurisdiccional” es la indicación abstracta, genérica y determinada del juez competente¹⁵⁶⁷. Entre estas se puede mencionar la contenida en el art. 27 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que indica que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, etc.

Los contactos jurisdiccionales pueden ser únicos, en los supuestos en que es designado un solo tribunal, mientras que en los plurales es posible elegir entre distintas alternativas; todas estas tienen la misma jerarquía, y es posible que se produzca una duplicidad de procesos¹⁵⁶⁸. Sin embargo, en ciertos casos, se da preferencia a una jurisdicción, y las demás estarán habilitadas sólo subsidiariamente. Así funciona, como ya vimos, el Protocolo de Santa María, donde se establece que el consumidor podrá demandar al proveedor en el domicilio de éste; sin embargo, la opción es a elección del consumidor y recién después de incoada la demanda. También puede reclamar ante los jueces del lugar de celebración del contrato, o del lugar de entrega de las mercaderías, o del domicilio del proveedor (arts. 4 y 5). Esta alternativa es menos riesgosa a los fines de la litispendencia, ya que la alternativa es sólo para uno de los contendientes; el proveedor deberá seguir demandando en el domicilio del consumidor.

Otra clasificación importante de las conexiones o puntos de contactos se establece a partir de su objeto, ya sea que el elemento extranjero resulte referido a las personas (personales), a las cosas (reales) o a las conductas y sus resultados (conductistas). Ejemplo del primero es el domicilio, del segundo el lugar de situación; en cuanto a las conductas, es importante en la protección del consumidor, entre otros, el lugar de entrega o de prestación del servicio.

¹⁵⁶⁷ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 60.

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*.

Finalmente, adquiere relevancia para este estudio la clasificación relacionada con alguna de las tres dimensiones del derecho, de acuerdo a la teoría trialista del mundo jurídico: contactos sociológicos, normativos y axiológicos¹⁵⁶⁹. Los primeros son aquellos con sustento en la realidad de los hechos o situaciones objetivas: el lugar del domicilio o la residencia, donde se encuentran los bienes, el lugar donde un contrato se celebra, se cumple o debería cumplirse, donde ocurre un hecho determinado —un accidente, por ejemplo. Los normológicos son aquellos que dependen de una atribución legal o reparto, como el lugar de constitución de una sociedad, la nacionalidad, o donde se presume que el contrato se ha celebrado. Los axiológicos se refieren al lugar más favorable a la validez o el “más conveniente para”¹⁵⁷⁰. Este último merecerá un tratamiento detallado, atento a que la doctrina se refiere frecuentemente a él en las relaciones de consumo. Resulta lógico, cuando el fundamento mismo del sistema se asienta en un principio valorativo, como es el *favor debilis*.

VII. B. RELACIÓN DEL CASO CON EL FORO Y LOS FOROS EXORBITANTES

Cualquiera sea la conexión o el punto de contacto seleccionado por la norma, para su aplicación siempre habrá de tenerse en cuenta la relación del caso con el foro, al modo de condición estable y permanente de todos ellos. De la congruencia con este principio, se podrá establecer que se trata de un foro razonable o exorbitante¹⁵⁷¹. En definitiva, interesa la relevancia del elemento escogido en función de la relación jurídica

¹⁵⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁷¹ En el foro exorbitante el elemento que fundamenta la jurisdicción suele ser meramente accidental o arbitrario. Junto con esto, parece habitual que se quiera beneficiar a una de las partes, precisamente a la local en perjuicio del extranjero. Las razones, por tanto, no se apoyan en criterios de soberanía, llegando inclusive a afectarse la igualdad o la justicia. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...”, nro. 33. También WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, pp. 55-56. En cuanto a la razonabilidad del foro con el caso y las partes, como límite a la soberanía estatal, cfr. VISCHER, “General Course on Private International Law”, pp. 203-204 y 211 y ss. Entre la doctrina nacional, cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, pp. 33 y 62-64.

particular. Por tanto, el caso vinculado a una relación de consumo debe tener proximidad con los jueces a los que se atribuye jurisdicción¹⁵⁷². Este aspecto ha sido puesto de relieve en la Propuesta canadiense de CIDIP VII¹⁵⁷³.

A modo de ejemplo, la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro permite que los Estados puedan efectuar reservas vinculadas a la falta de relación entre el caso y la cláusula de prórroga. Así, el tribunal designado en virtud una cláusula de prórroga puede rechazar la causa si no hay vinculación entre el Estado elegido y las partes o el litigio¹⁵⁷⁴. Luego, también se podrán negar a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal extranjero si las partes tenían su residencia en el Estado requerido y no había ningún otro elemento relevan-

¹⁵⁷² Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 153. Los tribunales de ningún país se considerarán competentes si no hay al menos algún contacto mínimo, y nadie irá a un tribunal extranjero si no fuera posible la satisfacción práctica de las pretensiones (ejecución), aún cuando tenga posibilidad de éxito mediante la obtención de una sentencia favorable. Entre otra jurisprudencia relevante en Argentina, cabe mencionar el fallo de la CNCiv Sala F, Zapata Timberlake, Marta M.G. v. Stehlin, Carlos J. s/nulidad del matrimonio, publicado en ED 127-602.

¹⁵⁷³ Cfr. art. 3 de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, que bajo el acápite "Reglas relativas a la competencia para los contratos de consumo", indica que un tribunal será competente en un proceso relacionado con un contrato de consumo en contra de una persona si la persona reside habitualmente en ese Estado al iniciarse el proceso (a), y si hay una conexión sustancial entre ese Estado y los hechos sobre los cuales se basa el proceso en contra de la persona reclamada (b). A su vez, el art. 4 indica que será una conexión sustancial el hecho de que el proveedor haya hecho una oferta en ese Estado, o allí el vendedor recibió el pedido por parte del consumidor, o bien el proveedor incitó y facilitó al consumidor a trasladarse a otro Estado a celebrar el contrato. Como puede observarse, se trata de situaciones de proveedores activos y consumidores pasivos, similares a las consideradas en el art. 5 del Convenio de Roma. Se trata de que el *forum domicilii* esté sustentado en una conexión sustancial entre el caso y el tribunal. De todos modos, el art. 4.1 deja abierta la posibilidad de que haya otras circunstancias que demuestren esa relación: "[S]in limitar el derecho de la persona que ha iniciado un proceso relacionado con un contrato de consumo de probar otras circunstancias que constituyan una conexión sustancial entre [nombre del Estado] y los hechos sobre los cuales se basa el proceso...".

¹⁵⁷⁴ La *Hague Draft Convention* preveía un listado de foros prohibidos, anticipando su condición de exorbitantes. Cfr. art. 18 del Proyecto. Ver comentarios en BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 514-520.

te del litigio conectado con ese Estado (arts. 19 y 20, relativos a reservas o declaraciones permitidas a los Estados Parte).

Ya nos hemos referido a algunos de estos foros exorbitantes, como el del Código Civil francés, que prevé la competencia de los tribunales del demandante si este tiene la nacionalidad francesa; incluso si el demandante no reside en Francia, o el caso carece de cualquier otra vinculación, más allá de la nacionalidad. Otro caso de foro comúnmente considerado exorbitante es el “de patrimonio”, de la legislación alemana. Este permite demandar en el territorio donde la parte tiene bienes, aún cuando no sea su domicilio ni tenga ninguna otra relación con el caso. Por los mismos motivos, se considera exorbitante el foro del emplazamiento, de los países del *common law*, que consiste en dotar de jurisdicción a los jueces del Estado donde el demandado fue notificado, aun cuando su presencia en tal lugar sea accidental¹⁵⁷⁵. También se puede considerar irrazonable el foro “*doing business*”, que determina la jurisdicción de los jueces de un Estado si el demandado realiza allí actividades económicas sin relación con el caso¹⁵⁷⁶. Estos foros exorbitantes, lo seguirán siendo aún cuando se pretenda aplicarlos en beneficio de una parte débil, en la medida que esté ausente el juicio de razonabilidad.

En los EUA el régimen del contacto del caso con el foro es fundamental, especialmente para traer al demandado al tribunal del demandante. A los fines de habilitar la jurisdicción local para un no residente, la jurisprudencia comenzó incursionando por la doctrina de los “*minimum contacts*” a partir del caso *International Shoe v. Washington*¹⁵⁷⁷. La regla no se aplica de modo automático sino relacionando la naturaleza de la actividad desarrollada por el demandado con el asunto y teniendo en vista una adecuada administración de justicia. Si la naturaleza y la calidad de la actividad son continuas y sistemáticas, habrá jurisdicción so-

¹⁵⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 156. Cfr. NYGH y POGAR, *Report of the Special Commission...*, p. 78.

¹⁵⁷⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 156.

¹⁵⁷⁷ 326 U.S. 310, (1945)

bre la persona no residente¹⁵⁷⁸. Quien se aprovecha de las leyes de un Estado, debido a que realiza allí actividades comerciales, es razonable que prevea que allí puede ser demandado. De todos modos, esto no es suficiente, ya que debe ser previsible que alguien pueda ser juzgado allí¹⁵⁷⁹.

El otro principio que se utiliza para aplicar la jurisdicción local a un no residente, son los llamados “*effects cases*”, por el cual habrá jurisdicción si la actividad de los demandados causa efectos en el Estado en que se los demanda, incluso cuando esos efectos son meramente potenciales. La jurisprudencia estableció que los demandados deben razonablemente anticipar que allí podrían ser demandados, por lo cual no es suficiente el mero contacto fortuito¹⁵⁸⁰.

La relación del caso con el foro también sería irrazonable si la vinculación concreta con el juez va en desmedro del equilibrio entre las partes, favoreciendo a una de ellas, por lo general la más cercana al tribunal. Claro está que la elección aparentemente desequilibrada puede tener origen en la protección de una parte naturalmente más desfavorecida o débil¹⁵⁸¹. Un supuesto cercano a este se presenta cuando la cláusula de elección de foro dejó de ser relevante para el ejercicio de los derechos de las partes, y existen otros foros naturalmente competentes. Esto podría suceder si una de las partes cambia de domicilio y como resultado ambas tienen el centro de vida o de los negocios en el mismo Estado. Resultaría innecesario y potencialmente abusivo pretender ejercer

¹⁵⁷⁸ KESAN, Jay “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Brief Summary of Personal Jurisdiction Law”, nro. disponible en <http://www.cyberspacelaw.org/kesan/>. También CARRIZO ADRIS, Gustavo, “La determinación del juez competente en la transacción vía internet. Jurisdicción en internet”, JA 2005-II, pp. 1311-1321, en 1312-1313.

¹⁵⁷⁹ El criterio de la previsibilidad de ser demandado ante ese tribunal se torna así en uno de los principales elementos. Se trata de evitar la sorpresa y respetar las legítimas expectativas de las partes. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, pp. 25-26.

¹⁵⁸⁰ *Calden v. Jones*, 465 U.S. 783 y *Keaton v. Hustler Magazine*, 465 U.S. 770. Para mayor detalle de la evolución jurisprudencial en EEUU, cfr. IEZZI, *El conflicto jurisdiccional en Internet*, pp. 41-52.

¹⁵⁸¹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 154.

la cláusula de prórroga y llevar el caso ante los tribunales de un Estado en el que las partes ya no tienen vínculos. Es más: la jurisdicción convencional, que ahora pasó a ser foránea, dificultaría la defensa en juicio o la posterior ejecución de la sentencia¹⁵⁸².

Los foros exorbitantes (sin relación con el caso) se presentan también cuando el elemento considerado no es esencial a la relación jurídica regulada. El vínculo puede ser accidental y contingente, y muchas veces tenido en cuenta a los solos fines de secuestrar el litigio, con el fin de beneficiar a la parte local en desmedro del extranjero. El rechazo a los foros exorbitantes puede considerarse universal¹⁵⁸³. Sin quererlo, la situación nos lleva una vez más de la mano al caso Panasonic, ya referido (ver p. 519).

¹⁵⁸² Cfr. SOTO, "El abuso del derecho..." p. 702. El autor distingue, por un lado, "cuando el acuerdo de elección de foro es una conexión más que se presenta junto a otras concurrentes, es decir, cuando nos encontramos con jurisdicciones alternativas", todas ellas en pie de igualdad. Por otro lado, cuando la elección de foro es exclusiva, y los otros foros, como el del domicilio del demandado, resultan subsidiarios (art. 7, del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual). En el primer caso, esto es, si se trata de criterios atributivos de jurisdicciones concurrentes alternativos, la existencia de abuso del derecho merece tal vez mayor atención que si se trata de jurisdicciones concurrentes subsidiarias.

¹⁵⁸³ Cfr. WAUTELET, "What is international private law...", p. 70. Este autor los denomina "*jurisdictionally improper fora*", cuando está ausente un "*genuine link*" entre el Estado que reclama jurisdicción y el caso. Sin embargo, es posible que un foro resulte exorbitante en el marco de una relación jurídica intracomunitaria, como es el caso de la UE, que invalida ciertos criterios (art. 35.3 Reglamento 44/2001). Pero esos mismos criterios no resultarían abusivos si se trata de una relación jurídica que involucra a ciudadanos extra-comunitarios, siendo válidas las sentencias así dictadas. Por el contrario, en el marco de USA, cuando un foro resulta exorbitante en virtud de la violación implícita de la *due process clause*, la invalidez es universal, sin importar que el demandado sea o no ciudadano norteamericano, y cualquiera sea su domicilio. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "Pluralidad de jurisdicciones...", p. 54.

VII. C. CONEXIONES JURISDICCIONALES VALORATIVAMENTE ORIENTADAS

VII. C. 1. La justicia sustancial, objetivo del Derecho Internacional Privado

De acuerdo a BOGGIANO, “[E]l autor de la norma de conflicto ha de efectuar una elección justa del Derecho aplicable. No se trata, pues, de la elección del Derecho más justo, sino de la elección más justa del Derecho más próximo. La justicia atañe aquí a la elección, no a lo elegido”¹⁵⁸⁴. Si bien este párrafo se refiere al derecho sustantivo, creemos que la doctrina se puede extrapolar a las conexiones jurisdiccionales. Según este autor, la doctrina más influyente se inclina por las elecciones flexibles mediante catálogos de preferencias no basadas en razones territoriales. La discusión se centra en la decisión respecto de la aplicación de criterios generales flexibles que rijan las situaciones típicas, y luego rectificarlos ante situaciones atípicas. Y continúa,

«Se ha de buscar, pues, una armonía razonable entre el rigor de la medida, sin la cual no hay Derecho, y su “relajamiento necesario para que impere la equidad, sin la cual el ‘Derecho’ es sólo apariencia, ha perdido su fundamento de justicia” (...). No es adecuado renunciar al hallazgo y establecimiento de puntos de conexión razonablemente precisos. Lo contrario exigiría siempre la precisión judicial. Pero el Derecho aspira a regular las controversias con criterios preventivos, orientadores para las partes, de modo que éstas puedan lograr la auto composición de sus intereses adecuada al Derecho preestablecido. No formular con algún rigor criterios de conexión sería sumir a las partes en el riesgo de la incertidumbre sobre sus derechos subjetivos, con grave peligro para la defensa de tales facultades, que vendrían a quedar indeterminadas hasta que la cosa juzgada las definiera...»¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁴ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 424. FEUILLADE, refiriéndose al plano jurisdiccional, indica que el primer principio es la resolución justa de los casos. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, pp. 33-35.

¹⁵⁸⁵ BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. I, p. 424. La Delegación del Brasil reconoce que esta doctrina ha sido decisiva en la elaboración de la Propuesta de CIDIP VI, que en sus arts. 6 y 10 de la versión final considera como criterio directriz la aplicación del derecho más favorable al consumidor, mediante el uso de presunciones, la dis-

Las normas alternativas abiertas pero limitadas son uno de los instrumentos más utilizados para garantizar resultados materiales equitativos¹⁵⁸⁶. La técnica alternativa indica el fin material o de favorecimiento deseado, y se denomina “principio del favorecimiento”. Algunos son conocidos: *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis*¹⁵⁸⁷. En el ámbito del consumidor y en el plano del conflicto de leyes, algunos autores han propuesto una regla de autonomía limitada: la elección de las partes sólo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor. Permanecen como límites generales a la autonomía de la voluntad, las normas de orden público internacional y las normas de policía¹⁵⁸⁸.

tinción entre consumidores pasivos y activos y un test final a cargo del juez. Cfr. Nota Explicativa, Nro. II.2.B), disponible como Anexo I en VÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 620. Según este último autor, “[E]l art. 6 supone una norma de conflicto flexible, pero materialmente orientada a favor del consumidor por encima de cualquier otro objetivo o principio”. Y continúa: “[E]s más directa, no determina ni siquiera la aplicación del derecho de la residencia habitual del consumidor como presumiblemente más favorable, sino que, incluso, en previsión de que haya otra ley que se sea más favorable establece que se aplique dicha norma”. *Idem*, pp. 237-238.

¹⁵⁸⁶ Para un estudio general de las relaciones entre la justicia material y la seguridad jurídica, ver GOLDSCHMIDT, *Justicia y Verdad*, p. 522 y ss. La introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribución al juez, pueden redituvar —siempre dentro de una metodología conflictualista— beneficios notables en la operatividad de las convenciones. Cfr. HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 55-76, en 56. También DOLINGER, “Evolution of principles...”, p. 347, respecto de la distinción entre “*strict rule approach*” y “*flexible principle approach*”. También VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 184. De modo general, también puede consultarse VISCHER, “General Course on Private International Law”, p. 116 y ss. Asimismo JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 44.

¹⁵⁸⁷ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor*, p. 1533.

¹⁵⁸⁸ Así opina TONIOLLO, quien considera —en referencia al derecho aplicable— que el juez debe procurar una armonización de las conexiones con el mandamiento de protección del consumidor y, por lo tanto, que el consumidor (no el juez) elija entre la residencia habitual (1209, 1210, 1212, 1213 CC), la *lex loci celebrationis* (1205 CC) o la *lex loci executionis*, la que resulte más favorable. Cfr. TONIOLLO, “La protección internacional del consumidor...”, p. 99.

Respecto del derecho aplicable, esto implica un gran trabajo para el juez competente, que tendrá que verificar si la ley elegida es mejor que la aplicación material de otras leyes en contacto con el consumidor. La tarea no está exenta de riesgos¹⁵⁸⁹. Sin embargo, creo que este criterio, en su relación a contactos jurisdiccionales, no resulta tan complicado, ya que las valoraciones que determinan la jurisdicción más favorable no son las mismas que indican el derecho más ventajoso¹⁵⁹⁰. Interesa la justicia sustantiva de la atribución de jurisdicción, cuando la solución indicada normativamente pueda implicar una injusticia. En ese caso se podrá analizar la política legislativa tenida en cuenta para determinar el foro competente¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁹ DENNIS llama la atención sobre las dificultades prácticas que tiene esta solución, en cuanto a determinar cuál será esa ley más favorable al consumidor. “Por ejemplo, ¿cómo se puede identificar qué parte o partes del derecho de un país resultan más favorables al consumidor? ¿Sería distinta la solución para cada caso y para cada aspecto del caso? ¿Sería distinta la solución si el tema a decidir tiene que ver con la validez del contrato, con la carga probatoria, con las consecuencias del incumplimiento, el monto de una posible reparación, las probabilidades de obtener reparación en virtud de las leyes sustanciales de un país (incluso si el monto a recuperar fuere potencialmente inferior), la manera de determinar o medir los daños, los plazos de prescripción u otros parámetros? ¿Sería posible aplicar más de una ley con respecto a un reclamo determinado?” DENNIS, “Diseño de una agenda práctica...”, p. 232. Similares comentarios hace VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 242-244, donde descarta que en el marco de la Propuesta de CIDIP VII se pueda hacer lugar al *depeçage*, en virtud de que el art. 7.4 sólo permite la aplicación de una ley estatal o derecho de un Estado. Como ejemplo de las dificultades y de una decisión judicial contraria al principio de interpretación más favorable al consumidor, menciona el caso Easycar, al que ya me referí (cfr. supra p. 549).

¹⁵⁹⁰ Un ejemplo, relacionado con el derecho aplicable, lo brinda el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, Montevideo, 1979. “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.” Interesa aquí ver cuáles son “las finalidades perseguidas” por las legislaciones, y a su vez adecuar la solución a las exigencias de la equidad, considerando el caso concreto. Cfr. HERBERT, y FRESNEDO DE AGUIRRE, “Flexibilización teleológica...”, p. 56.

¹⁵⁹¹ Por otra parte es coherente con la tendencia a buscar soluciones basadas en métodos inductivos y flexibles, de “final abierto” e informales. En lugar de tener delante

Tradicionalmente, los contactos jurisdiccionales de los derechos nacionales en materia contractual son la autonomía de la voluntad, el lugar de ejecución o el domicilio del proponente. Esto llevará muchas veces a que la competencia corresponda a tribunales foráneos al consumidor, lo cual es muy relevante en contratos de turismo o de comercio electrónico. De aquí que sean tan necesarias las adaptaciones.

Las conexiones sustanciales, no meramente territoriales, están relacionadas con valores y objetivos de política estatal. Así, el EGBGB alemán dispone que en caso de daños se aplique la ley del lugar del hecho ilícito o la ley del lugar donde se produjo el daño, según cual sea más favorable a la víctima. Sin embargo si tanto el productor del daño como la víctima tienen el domicilio en común, se aplicará esa ley. Es un ejemplo de conexiones funcionales de derecho aplicable, sobre la base de los objetivos subyacentes implicados, como la indemnización y la disuasión en el caso de responsabilidad extracontractual¹⁵⁹². Estamos ante una dimensión material del Derecho Internacional Privado, que adopta una visión sustantivista en la realización de la justicia: una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses¹⁵⁹³.

VII. C. 2. La justicia sustancial en el plano jurisdiccional

Las consideraciones anteriores también son válidas para los conflictos jurisdiccionales que nos ocupan, especialmente cuando las reglas del proceso son imprescindibles para alcanzar la justicia material. Los contactos son orientados por el orden público internacional, que de por sí implica valoraciones. En igual sentido actúan los derechos humanos y los fundamentales. Todos estos, en su aplicación a los conflictos juris-

una regla aplicable a todo contrato, por ejemplo, es mejor contar con parámetros que permitan ajustar la solución. Cfr. DOLINGER, "Evolution of principles...", p. 345.

¹⁵⁹² Cfr. HERZOG, "Constitutional limits on choice of law", p. 319. Es el mismo criterio del Protocolo de San Luis sobre accidentes de tránsito, que establece la aplicación del derecho del domicilio común de las partes. Art. 3: "[...] Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último".

¹⁵⁹³ *Idem*, p. 225. También JAYME, "Identité Culturelle et Intégration...", p. 246.

dicionales con consumidores, tienen su origen en el juicio de la razón práctica (cfr. *supra*, I. D. 5, p. 104). De aquí que VELÁZQUEZ GARDETA proponga como conexión el *forum legis*, que hace referencia a la autonomía de la voluntad para la elección del tribunal, pero limitada a aquellos foros que apliquen el derecho procesal o sustancial más favorable al consumidor. Subsidiariamente serían competentes los tribunales del domicilio del consumidor, en los supuestos de consumidores pasivos y sitios Web activos¹⁵⁹⁴.

El problema de estas conexiones valorativamente orientadas radica en que no se puede decir que una es mejor que otra hasta que se construya una solución —al menos hipotética—, y esta pueda compararse con la alternativa. El análisis será provisional, y probablemente el abogado, con motivo de plantearse la estrategia procesal, considere la decisión anticipada, a fin de presentar el caso. A su vez, el juez puede aceptar o no el planteo, y en virtud de la probable decisión desestimar la causa, ya sea porque presume que la jurisdicción afecta negativamente al consumidor, o porque el derecho eventualmente aplicable —en base a los hechos alegados y todavía no probados— puede resultar negativo para sus pretensiones¹⁵⁹⁵.

Hay que considerar, por tanto, que el resultado que busca evitar la conexión valorativamente orientada puede ser perjudicial en abstracto o en concreto. Si el planteo fuera en concreto, se debe resolver en función de todas las posibilidades que se presentan, y recién después ela-

¹⁵⁹⁴ Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, p. 319. La propuesta completa de este autor implica una relación inversa de *forum et ius*, de manera que el consumidor pueda reclamar ante los tribunales cuyo ordenamiento prevea una regulación procesal más proclive a las reclamaciones de consumidores, por cierta especialización en demandas de pequeña cuantía. *Idem*, p. 320.

¹⁵⁹⁵ Es lo que ha tenido en miras el art. 6.2.(b) de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, que permite al tribunal negarse ejercer su competencia en un proceso relacionado con un contrato de consumo, si considera como circunstancia determinante “la ley aplicable a los asuntos incluidos en el proceso relacionado con un contrato de consumo”. En el caso del sistema romano-germánico, la valoración suele ser posterior, manteniendo como mecanismo de cierre el orden público. De allí que el principio sea la generosidad jurisdiccional, condicionada a que cada país tenga un sistema de Derecho Internacional Privado justo. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 469.

borar una solución fraccionada, tomando partes de un derecho y partes del otro. El resultado al que se arribe puede ser favorable a los intereses del consumidor, pero no necesariamente justo¹⁵⁹⁶.

Del mismo modo, como ya mencioné, la valoración de la conexión está presente al oponerse el *forum non conveniens*, al comparar el foro alternativo en vistas a que resulte adecuado para la realización de la justicia. Los criterios de admisibilidad o rechazo de la excepción se fundamentan en la valoración de las circunstancias¹⁵⁹⁷. La solución normativa no deberá omitir la incidencia del orden público en la solución del caso mediante la adaptación, a fin de no renunciar a la búsqueda de la justicia material. De aquí que las nuevas orientaciones pretendan la unificación universal como hipótesis de trabajo e ideal a perseguir¹⁵⁹⁸.

SANTOS BELANDRO presenta la cuestión en dos escalones. Para la corriente angloamericana, importa la pura materialización; la solución más apropiada al caso o la política más justificada tendrá en cuenta las expectativas de las partes; se deben evitar las discriminaciones y ejercer la tolerancia; no puede faltar la valoración de los objetivos comunes de la comunidad internacional, propendiendo a armonizar las soluciones. Recién luego, se deben investigar las posibles conexiones para luego corregir la respuesta material operada en virtud de la localización, tomando en cuenta el derecho extranjero¹⁵⁹⁹.

La otra técnica de los dos escalones actúa en sentido inverso: primero se efectúa la localización y luego se hace la corrección material en virtud del elemento internacional. Se toma en cuenta una normativa distinta a la declarada aplicable por la regla de conflicto del foro, con el ob-

¹⁵⁹⁶ Así resultaba de la aplicación del Tratado de Roma, art. 3.3, al dar prevalencia a las normas imperativas del domicilio del consumidor, en el sentido de que no pueden ser derogadas por las partes. Debía tenerse en consideración si la elección del derecho resultaba perjudicial para el consumidor. Cfr. MORSE, "Consumer contracts...", p. 8.

¹⁵⁹⁷ GARRO menciona, entre otras, la posible duración del juicio, las facilidades con que cuenta el tribunal, etc. Así, por ejemplo, el valor justicia quedaría conculcado ante un juicio colectivo que durara 10 ó 12 años esperando la sentencia definitiva. Cfr. GARRO, "Forum non conveniens...", pp. 86-91.

¹⁵⁹⁸ Cfr. SANTOS BELANDRO, "Las nociones de Sociedad Internacional...", p. 224.

¹⁵⁹⁹ *Idem*, p. 228.

jetivo de integrarla como un elemento interpretativo de la ley material competente. Una vez asignado el derecho aplicable por la norma indirecta, la labor no termina allí, sino que hay que tomar en consideración el o los derechos extranjeros conectados para realizar una transformación de las normas materiales aplicables, y así cumplir con su finalidad¹⁶⁰⁰.

Si bien los comentarios anteriores se refieren al derecho aplicable, también en caso de conflicto de jurisdicciones se puede declarar más apta una conexión en vistas a un foro determinado, como mejor forma de hacer justicia procesal. En este sentido, LIMA MARQUES observa que se requieren conexiones especialmente diseñadas para el fenómeno del consumo transfronterizo, a fin de evitar que el sistema protectorio interno sea considerado como un todo normativo de aplicación inmediata o norma de policía, como sucedió en el referido caso Panasonic¹⁶⁰¹. En el caso de los consumidores pasivos, esta autora se inclina por la misma solución, y quien realiza acciones de marketing pretendiendo llegar a consumidores brasileños, debe correr con el riesgo de sus actividades en cuanto proveedor. Se le aplicarán las normas imperativas o de aplicación inmediata del país de domicilio o residencia habitual del consumidor¹⁶⁰².

Los valores del Derecho Internacional Privado, como la previsibilidad del derecho aplicable y la desestimación del *forum shopping*, tienen un origen distinto a las preferencias materiales de cada país, las que luego se traducen en las conexiones territoriales¹⁶⁰³. En este sentido, las normas europeas implican una elección sustancial por la protección del consumidor. De aquí que, ante la falta de conexiones adecuadas, se debe completar la preferencia material mediante la aplicación de los princi-

¹⁶⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁰¹ La única conexión de la relación de consumo con el foro era el domicilio del consumidor en Brasil: es más, se trataba de un consumidor activo que había llevado a cabo todos los actos necesarios en el extranjero. Cfr. O REsp 63.981-SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de 4 de mayo de 2000. (DJ 20.11.2000) Versión íntegra en RDC 35, p. 270.

¹⁶⁰² Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, p. 147.

¹⁶⁰³ Cfr. LIMA MARQUES, "La insuficiente protección del consumidor...", p. 11.

pios generales del Derecho Internacional Privado, insuflados por el principio general del derecho de la protección de la parte débil. Así, el Derecho Internacional Privado se torna instrumental a la valoración más general.

VII. C. 3. Foro más favorable no significa derecho más favorable

Una aclaración final en este punto, para responder a posibles críticas y pensando en una futura actividad legisferante. ¿No debería tomarse en cuenta si un foro es más favorable atendiendo sólo a las consideraciones jurisdiccionales y procesales, sin considerar la posible solución sustancial? Parecería un criterio más preciso y seguro. Párrafos arriba, siguiendo a la doctrina allí referida, mencioné que un abogado al plantear el caso o un juez al admitir la jurisdicción tendrán en cuenta la solución final más favorable. Sin embargo, desde un criterio más purista, creo que si se trata de buscar criterios universales de asignación de tribunales competentes, no se deberían mezclar aspectos jurisdiccionales y sustanciales. La asignación del tribunal más favorable se apoyará en aspectos procesales o de aseguramiento de la defensa, o eventualmente la efectividad de la solución, también por posibilidad, economía o efectividad procesal. La variabilidad jurisdiccional no debería fundamentarse en una cambiante solución sobre el fondo del asunto.

De este modo, al aplicarse el *forum non conveniens*, o cuando se evalúa la atribución de competencia en virtud de no incurrir en denegación internacional de justicia, el criterio no deberá tener en cuenta la solución final. Esta no deberá estar ligada a los aspectos procesales, ya que cualquiera fuera el tribunal, debería arribar al mismo resultado. Cambiantes soluciones de fondo sólo favorecen las conductas especulativas (*opportunistic behaviour*), en este caso oportunismo jurisdiccional, conocido como *forum shopping*. Y éste no dejará de serlo porque favorezca a un consumidor.

VII. D. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: *PACTUM DE PRORROGATIO FORI*

Si la relación de consumo transfronteriza se ha originado en un contrato internacional, se deberán aplicar los principios de los contratos internacionales, especialmente si contiene alguna disposición relativa a la asignación del tribunal¹⁶⁰⁴. De todos modos, las partes también tendrán autonomía en caso de que el litigio se origine en otro tipo de relaciones de consumo, mediante la sumisión o aceptación del foro.

El mismo fundamento de la auto obligación y auto responsabilidad mediante la determinación de la voluntad en las convenciones particulares es el que sustenta la autonomía conflictual, hasta el punto de que las partes pueden establecer todas las estipulaciones del contrato, incluyendo la elección del derecho o la elección del juez o la no remisión a ningún derecho en caso de laguna (cfr. supra III. A. 4, p. 201). El fundamento filosófico es el reconocimiento de la libertad individual junto con la autoridad como fuentes del derecho positivo¹⁶⁰⁵. Esta autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado permite a las partes determinar cuál es el derecho aplicable, ya sea indicando el punto de co-

¹⁶⁰⁴ la Propuesta canadiense de CIDIP VII define a los contratos internacionales de consumo de modo negativo: quedan excluidos sólo aquellos en que las partes son residentes habituales del mismo Estado y todos los demás elementos pertinentes de la controversia están conectados únicamente con ese Estado. Para la doctrina, los contratos de consumo son internacionales si el lugar de celebración, o el lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se hallan en el extranjero. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 393.

¹⁶⁰⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 192. "La abrumadora mayoría de los países, occidentales y comunistas, admiten la autonomía conflictual auténtica y los pocos que no la admiten, incurrn en el vicio del oportunismo. La autonomía conflictual se base en una norma indirecta legal o consuetudinaria, siendo lo último el caso de la Argentina. No es cierto, por ende, que autores asustados afirmen que la autonomía flota en el aire: tiene su fundamento positivo, legal, convencional o consuetudinario como cualquier otra facultad." *Ibidem*, p. 193. Pese a tan tajante afirmación, no se puede dejar de reconocer el recelo que todavía provoca la autonomía en Latinoamérica en general. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", nros. 30-31. La autonomía de la voluntad puede verse como la aplicación al derecho privado del triunfo del más primigenio de los derechos humanos, la libertad, justificando incluso la renuncia a derechos fundamentales. Cfr. DE DOMINGO, Tomás, "El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales...", pp. 266-267. Asimismo JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 147 y ss.

nexión o prorrogando la jurisdicción a favor de los jueces de un país cuyo régimen indica el derecho que las partes convienen les sea aplicado, o bien estableciendo las estipulaciones que regularán sus derechos y obligaciones, al márgen del derecho naturalmente llamado a regir la relación¹⁶⁰⁶.

La elección de las partes deberá estar dentro de las limitaciones que establece el Derecho Internacional Privado del juez. Resulta relevante la observación de GOLDSCHMIDT, para quién “las *leges indirectae fori* expresa o tácitamente suponen que las partes se hallen en una situación de igualdad, a fin de que ninguna pueda imponer a la otra un Derecho de manera coactiva”, y recomienda observar con prevención las estipulaciones del derecho aplicable que se hacen en los contratos de adhesión¹⁶⁰⁷. Esta posible limitación a las partes no es una *predeterminatio* del orden público ya que la elección no conculca los principios de la convivencia, siendo esa misma libertad de elección un principio del ordenamiento. Distinto es que el ordenamiento elegido viole nuestro orden público¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 195. Cfr. también FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 156, donde considera que la autonomía de las partes en la sumisión a determinados jueces puede ser considerado un foro general, en la medida en que se la reconoce como un atributo de la capacidad de la persona. Como principio derivado del principio de libertad, es razonable que las partes dispongan de la autonomía conflictual, que si bien no está expresamente autorizada está tácitamente incluida en la anterior, a fin de ser coherentes con el mismo Art. 1197 del CC, siendo este, a su vez, la concreción de un principio general del derecho. La mayoría de las ideas que sustentan la autonomía de las partes respecto del derecho aplicable son similares a aquellas que se refieren a la elección de los tribunales competentes. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 179-182.

¹⁶⁰⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 194. Respecto a la real libertad de que goza un consumidor, fundamentada en el conocimiento, con aplicaciones concretas al consumidor *online*, Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 190-198.

¹⁶⁰⁸ *Idem*, p. 194. Sería un supuesto de “libertad inofensiva”, como la denominaba Mancini. Cfr. JAYME, “Identité culturelle et intégration...”, p. 149. A modo de ejemplo, el Art. 1.1 de los Unidroit Principles establece como principio general: “(*Freedom of contract*): *The parties are free to enter into a contract and to determine its content*”. Y estos mismos Unidroit Principles contienen una limitación a esta autonomía, a través de la inderogabilidad de las *mandatory rules*, que son aquellas normas públicas y privadas im-

La autonomía de la voluntad, en el ámbito jurisdiccional, es la facultad derivada del principio dispositivo que permite a las partes mediante un acuerdo y en un caso multinacional, elegir o excluir una jurisdicción. La 'sumisión' indica la exteriorización por las partes de su 'voluntad prorrogatoria,' de querer someterse a un foro determinado¹⁶⁰⁹. La sumisión, por tanto, es un criterio atributivo de jurisdicción, que se sustenta en el principio de los "actos propios" o *estoppel*¹⁶¹⁰. La exclusión, por su parte, es la 'voluntad derogatoria' de quedar fuera del dominio de una jurisdicción. La prórroga, por su parte, es la cualidad del tribunal elegido: el tribunal prorrogado está investido de jurisdicción¹⁶¹¹.

Guiados por los conceptos de capítulos anteriores, la autonomía de la voluntad pone en juego principios y derechos fundamentales del consumidor y proveedor. La solución respecto de la validez de la prórroga podrá tener como objeto un control de la aceptación de la cláusula (la celebración o forma predispuesta) o de su contenido (efectos prorrogatorios)¹⁶¹². Pero vale la pena aclarar que el hecho de que el tribunal elegido se encuentre en las antípodas del orbe no es motivo suficiente para considerar que la cláusula prorrogatoria es abusiva. Los elementos a

perativas, como por ejemplo las establecidas en defensa de la competencia, control de cambios, normas sobre precios máximos, o aquellas que imponen regímenes especiales de responsabilidad o que prohíban términos abusivos en los contratos, etc. Todas estas normas prevalecerán por encima de las reglas establecidas en los Unidroit Principles, que específicamente establecen "1.4 (Mandatory rules) *Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.*" Estas normas imperativas serán prevalentes, ya sea que tengan un origen nacional, internacional o supranacional, implementadas por convenciones internacionales, o adoptadas por organizaciones supranacionales. En ningún caso prevalecerán los Unidroit Principles, ya sea que hayan sido adoptados como un todo o individualmente algunas de sus previsiones.

¹⁶⁰⁹ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 84.

¹⁶¹⁰ Cfr. WALKER, Janet, "The Utility of the ALI/UNIDROIT Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", *Uniform Law Review*, Vol. 4. 2001, pp. 803-818, en 806.

¹⁶¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ, Luis Ernesto, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable y la jurisdicción exclusiva (tres niveles de exclusividad)", DECITA 04.2005, pp. 147-173, en p. 148.

¹⁶¹² Cfr. SPELLENBERG, "La influencia de la Constitución...", p. 245.

considerar serán la existencia de un desmedido poder negociador, la advertencia respecto del contenido y efectos de la cláusula, la efectiva defensa en juicio, la relación del caso con el foro, etc¹⁶¹³.

Ya mencioné anteriormente que se debe distinguir lo dispuesto para el orden interno respecto de las cláusulas de prórroga, que lo establecido en el orden internacional (ver IV. B. 2.c), p. 408). Me ocuparé ahora de este último aspecto.

VII. D. 1. Ventajas de los acuerdos de elección de foro

En primer término vale aclarar que el foro de sumisión expresa que se origina en una cláusula de prórroga de jurisdicción goza de presunción de exclusividad¹⁶¹⁴. Cuando existen jurisdicciones concurrentes y la prórroga se otorga a favor de uno de esos tribunales, se otorga certeza a una posibilidad latente. Entre varias alternativas, será competente el juez o árbitro designado en el acuerdo de voluntades que autolimita a las partes¹⁶¹⁵. Es el ejercicio de la autonomía de la voluntad sobre competencia judicial internacional, pactado fuera del proceso. Entre otras razones que justifican sus ventajas se pueden mencionar:

¹⁶¹³ Cfr. OYARZABAL, Mario, "Juez competente y contratos electrónicos en Derecho Internacional Privado", JA 2002-IV, pp. 1010-1019, en 1214. También VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 200.

¹⁶¹⁴ Cfr. art. Artículo 23 del Reglamento 44/2001: "1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes (...)".

¹⁶¹⁵ De modo general, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940, art. 56 párrafos 3 y 4, permiten la prórroga de jurisdicción luego de promovida la acción, sólo en acciones personales y patrimoniales. Como puede verse, no admite la prórroga anticipada, a diferencia del régimen de fuente interna. El art. 1 del CPCyCN admite la prórroga a favor de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República en cuestiones exclusivamente patrimoniales, salvo jurisdicción exclusiva. La LDC nada dice y tampoco establece ninguna jurisdicción exclusiva. Cfr. GOLSDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 463.

- a) Genera seguridad jurídica. Las partes son las que están en mejor posición para saber cuál es el tribunal que les da más confianza, ya sea por motivos lingüísticos, por su especialización, etc. Se gana en previsibilidad ya que se sabe ante qué tribunales se podrá demandar¹⁶¹⁶. La introducción de cláusulas de competencia judicial internacional procuran racionalizar las relaciones jurídicas, reduciendo el riesgo y la incertidumbre que se deriva de la falta de reglas claras de competencia judicial internacional¹⁶¹⁷.
- b) Se favorece la coincidencia del Estado con competencia judicial internacional con el Estado de ejecución de las decisiones, a fin de facilitar la ejecución de la sentencia.
- c) Es posible reducir los costos del proceso, haciendo coincidir la competencia judicial internacional con el Estado que tenga más fácil acceso al material probatorio.
- d) Es uno de los modos de llegar, indirectamente, a la vinculación *forum et ius*. Si se atribuye la competencia judicial internacional a un Estado, el Derecho Internacional Privado de ese Estado va a utilizarse para determinar la legislación vigente. Por tanto, se pueden pactar cláusulas de competen-

¹⁶¹⁶ Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", pp. 207-208. Este argumento es igualmente esgrimido para justificar la prórroga en el orden interno. "Las reglas que fijan la competencia por razón del territorio atienden ante todo a facilitar la actuación procesal de las partes y se sustentan en el presunto interés de los litigantes conforme al criterio del legislador. Por ello, el órgano judicial se halla vinculado, en principio, en materia de competencia territorial, al poder dispositivo de las partes, quienes pueden sustituir expresa o tácitamente las reglas previstas por el legislador en asuntos patrimoniales y disponibles, sometiéndose de común acuerdo a un juez distinto al previsto por la ley". NAJURIETA, María Susana, "Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión", ED 181. 296-311, en p. 299.

¹⁶¹⁷ De esta manera, no toda prórroga de jurisdicción perjudicará al consumidor, porque la certidumbre misma ya participa de por sí del valor relativo de la previsibilidad. Cfr. MENICOCCI, "Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional...", p. 1267.

cia judicial internacional en función del Derecho Internacional Privado más favorable¹⁶¹⁸.

- e) Otra razón para utilizar cláusulas de sumisión es buscar un foro neutral a las partes. Por ejemplo, los tribunales de un tercer Estado que no son domicilio de ninguna de ellas.

En la valoración de las cláusulas de prórroga, no se debe atender sólo al modo de celebración del contrato, considerando que en la mayoría de los casos será una cláusula predispuesta en un contrato no negociado. La contratación en masa en sí misma no es óbice a la justicia o equivalencia de las prestaciones. Se trata de una técnica necesaria en una economía globalizada, con una amplia base de consumidores y una menor disponibilidad de oferentes. Incluso el mero desconocimiento de la cláusula o de la totalidad de sus efectos es insuficiente para realizar una valoración negativa de su validez¹⁶¹⁹.

VII. D. 2. Objeciones a los acuerdos de elección de foro

La calidad abusiva de una estipulación contractual no se deriva inmediata o necesariamente de su inserción en un instrumento elaborado con cláusulas predispuestas. Si bien esta metodología convencional es un campo fértil para la inclusión de las cláusulas prohibidas por el art. 37 de la LDC, la configuración del abuso depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto¹⁶²⁰.

La gran mayoría de los contratos de consumo internacionales contiene cláusulas habitualmente “redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviera posibilidades

¹⁶¹⁸ Cabe aclarar que la elección del tribunal competente no determina de por sí el derecho aplicable ni viceversa, como bien lo aclara el art. 46 inc. 2 del Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, “la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

¹⁶¹⁹ Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, p. 236. “La calificación de un contrato como de consumo no acarrea la declaración de abusividad de sus cláusulas, sino cuando reúnen las características que la ley expresa (art. 37 LDC)”.

¹⁶²⁰ Cfr. STIGLITZ, “Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo”, p. 1405.

de discutir su contenido” (art. 38, LDC)¹⁶²¹. La circunstancia de que se trate de contratos de adhesión tiñe a toda la relación de un plexo interpretativo muy definido, aún cuando no basta predicar la condición de parte débil en la relación contractual para que pueda receptarse el pedido de aplicación de la LDC y declararse la invalidez de una cláusula¹⁶²². También se ha resuelto que esta interpretación a favor del consumidor no requiere de la existencia necesaria de un daño concreto, siendo suficiente la mera posibilidad de que se produzca un perjuicio¹⁶²³. Cuando un juzgador se enfrenta a un contrato de adhesión en una relación de consumo, la carga de la prueba de la presunción de inequidad —mejor dicho, de su ausencia en el caso concreto— recaerá siempre sobre el predisponente que entrega el bien o presta el servicio¹⁶²⁴.

¹⁶²¹ La jurisprudencia ha resuelto que los contratos de adhesión presuponen — desde su inicio mismo— una desigualdad formal y estructural, ya que es el predisponente quien tiene el poder de negociación y unilateralmente dota de contenido a la relación contractual. Cfr. CNFContencioso-administrativo, Sala V, 4 de marzo de 1998, “Diners Club S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones (de la Resolución del Director Nacional de Comercio Interior)”, citado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999, p. 434, con nota de Rubén S. STIGLITZ y M. Fabiana COMPIANI. Resulta ilustrativa la Opinión Consultiva 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en los autos “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, en su considerando F.3, interpreta el Protocolo de Buenos Aires, en su art. 2. inc. 6, concluyendo que “en los contratos de venta al consumidor no se puede aplicar el alcance que se le da a la autonomía de la voluntad por tal Protocolo para escoger foro y derecho aplicable”.

¹⁶²² CN de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 28 de mayo de 1999, “Galante, José L. c. Banco de Crédito Argentino”, citado en LL 1999-E-522.

¹⁶²³ CN de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala V, 24 de marzo de 1999, “Plan Rombo S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones”, LL 1999-D-380.

¹⁶²⁴ CN de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, Sala I, 13 de octubre de 1998, “Organización Privada de Extensión Cultural S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, LL 1999-D-620: “En el marco del régimen represivo establecido en la LDC y a fin de tutelar los derechos de los consumidores y usuarios, el prestador del servicio al que se le imputa la comisión de la infracción prevista en el art. 37 inc. b) de la citada ley, debe demostrar que la presunción relativa a la inequidad relativa a los derechos y obligaciones de ambas partes que emergen de las cláusulas abusivas insertas en un contrato de adhesión, no se corresponde con la realidad de las cosas, apreciadas bajo el prisma de la razonabilidad”.

Sin embargo, la prohibición genérica de esta norma respecto de los términos abusivos y las cláusulas que pueden declararse ineficaces podría ser —en el plano internacional— un claro ejemplo de aplicación de la cláusula de reserva contenida en el art. 14 inc. 2 del CC. Los tipos abiertos allí descriptos que pueden determinar que una cláusula se tenga por no convenida son de aplicación a los contratos internacionales. El *pactum de prorrogatio fori* podría ser un típico ejemplo, ya que si bien no está prohibido expresamente, puede resultar que lesione la garantía constitucional de la defensa en juicio y del derecho a la jurisdicción, excluyendo anticipadamente al consumidor de sus jueces naturales, haciendo sumamente dificultosa la defensa de sus derechos.

En el caso concreto que nos ocupa, la cláusula de prórroga en contratos de consumo puede atentar contra el orden público internacional cuando se afecte el principio de defensa en juicio, de raigambre constitucional. No toda cláusula de prórroga vulnerará este principio sino cuando se torne gravoso en demasía para el consumidor el hecho de acudir a otro tribunal, ya sea privado o estatal. En cada caso habrá que verificar estos supuestos, y si se llegase a esos extremos, el demandante podrá abrir la jurisdicción ante el juez del Derecho aplicable al fondo del asunto (*forum causae*) o del lugar de cumplimiento o de celebración, coincidentes con el domicilio del consumidor.

La consecuencia de este razonamiento es que el juez argentino tendrá jurisdicción para entender en la causa. Creo que no es un exceso de “forismo” regir tanto la cláusula de prórroga como el fondo del asunto por el mismo Derecho, al tratarse de un ordenamiento en el que están involucrados los principios del orden público internacional, inderogable por las partes e inexcusable por los jueces. Podrá demostrarse en el caso concreto que el consumidor no se vio compelido en su libertad contractual por la adhesión a la cláusula predispuesta de prórroga pero el asunto requerirá del análisis del juez del foro, quien no podrá de modo automático declarar derogada su jurisdicción por existir esa cláusula, ya que el estudio puntual será insoslayable. Entonces el juez deberá efectuar un doble análisis. En primer lugar, si la cláusula de prórroga fue pactada abusivamente, la declarará ineficaz. Luego, si con la prórroga se

afecta la defensa en juicio, le opondrá la cláusula de reserva del orden público internacional.

El orden público internacional, entendido como el principio de reserva por el cual una norma extranjera o convencional dejará de aplicarse si contraría nuestro “espíritu de la legislación”, se integra con la normativa positiva vigente y, para el caso de la validez de la prórroga de jurisdicción, en primer lugar con los principios constitucionales de la defensa en juicio.

VII. D. 3. Condiciones de validez de la cláusula de prórroga

En el comercio transfronterizo, especialmente si se trata de contratos celebrados a distancia, estas disposiciones son muy relevantes y por eso frecuentes. Las empresas que pretenden dirigir sus actividades a consumidores de una pluralidad de países, deben asumir los riesgos adicionales que significa la imposibilidad de concentrar los potenciales litigios ante los tribunales de su propio país¹⁶²⁵. En todos los casos, tendrán que considerar la validez de la determinación en relación a la improrrogabilidad de un tribunal en particular. Si en las cláusulas estandarizadas se establece la atribución de jurisdicción a determinados órganos, contrariando una norma imperativa, la sumisión sería inválida, y, por tanto, no se produciría la derogación del tribunal naturalmente dotado de jurisdicción¹⁶²⁶. Así, si existiera una norma que determinara la inderogabilidad del *forum domicilii* del consumidor, los jueces domiciliarios seguirían siendo competentes, lo cual nos lleva al problema de la eficacia de una sentencia dictada en el marco de una cláusula de prórroga pero que no ha considerado esa especial asignación.

¹⁶²⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global...”, nro. 9. RUBAJA y LOWENSTEIN, “Contratos de consumidores celebrados on-line...”, p. 779.

¹⁶²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable...”, p. 151. Pero si el orden normativo no prohíbe la elección de foro con carácter exclusivo, se debe suponer que la cláusula prorrogatoria predomina sobre las otras posibles conexiones. Cfr. SOTO, “El abuso del derecho...”, p. 704. En todo caso, habrá que analizar la abusividad a la luz de los principios del Derecho Internacional Privado. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 204-205 y 209.

En este aspecto, si bien las ambiciones iniciales lograron un aparentemente tímido resultado, no resultaron infecundos los esfuerzos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado para tratar de alcanzar una Convención sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y comercial. Luego de varios años de difíciles negociaciones, se logró el Convenio sobre cláusulas de elección de foro. Se podría decir entonces que este aspecto, el referido a la validez de la autonomía de la voluntad en ámbito jurisdiccional, es el primero en que existe cierto consenso, aún cuando el acuerdo excluye de su ámbito de aplicación los contratos de consumo¹⁶²⁷. Esto se debe a que, simultáneamente, existe un consenso en sentido contrario, en cuanto que la universalización de la autonomía de la voluntad y la posibilidad irrestricta de elección del tribunal pasa a ser instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes¹⁶²⁸. Entre otras cosas, por ejemplo, habrá que ver qué posibilidades tuvo el consumidor de conocer la cláusula de prórroga. Así, el Juez Stevens, de la USSC, en su disenso en el caso "Shute", indicó que la estipulación venía inserta en el ticket del pasajero, el que le llegaba una vez que ya había contratado, y por tanto resultaba imposible tanto que tomara conocimiento como mucho menos su discusión y asentimiento¹⁶²⁹.

En sentido inverso, habrá que prestar atención a cómo interpretarán los tribunales extranjeros la validez de la cláusula de prórroga, porque podrían declarar incompetente al tribunal domiciliario del consumidor que se atribuyó jurisdicción anulando el pacto¹⁶³⁰. A este respecto, tenemos a mano la mirada del derecho norteamericano. En el ámbito del derecho del comercio internacional existe consenso respecto de la validez de estas estipulaciones, pero no es igual en el ámbito de los con-

¹⁶²⁷ Cfr. WAUTELET, "What is international private law...", p. 68-69. También DE MIGUEL ASENSIO, "La tutela de los consumidores en el mercado global...", nro. 9.

¹⁶²⁸ Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1532, aunque refiriéndose a la elección del derecho aplicable.

¹⁶²⁹ Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", pp. 209-210.

¹⁶³⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "La tutela de los consumidores en el mercado global...", nro. 9.

tratos de consumo¹⁶³¹. En USA, inclusive, es distinta la práctica de los tribunales estatales que los federales. En los primeros se puede observar una tendencia a cuestionar este tipo de acuerdos, distinguiendo también el grado de actividad que el proveedor ha tenido en la “conquista” del consumidor¹⁶³². Por el contrario, a nivel federal, la sentencia de la USSC en *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute* admitió los acuerdos de prórroga en contratos con consumidores¹⁶³³.

Las consideraciones son de dos tipos. Primero, si es admisible la autonomía de la voluntad en contratos con parte débil y cómo o cuándo

¹⁶³¹ Cfr. VISCHER, “General Course on Private International Law”, pp. 208-209. En el derecho argentino la cláusula no pierde efectividad por el mero hecho de formar parte de un formulario predispuesto. En todo caso debería demostrar que esta circunstancia afectó el consentimiento. Cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 122, especialmente nota 228.

¹⁶³² Se trata de una triple distinción, en los contratos *online*: sitios web pasivos y activos (o interactivos), consumidores activos y pasivos, y contratos enteramente *online* u *offline*. Cuando el proveedor toma las acciones necesarias para no contratar con consumidores que pueden obligarlo a litigar en determinada jurisdicción (o reglar el contrato por cierto derecho), o bien simplemente no llevan adelante actividades de captación de clientes, las cláusulas pueden ser declaradas válidas. Por otra parte, cuando el consumidor es quien se traslada al domicilio del proveedor para contratar allí, mal puede pretender la protección de sus jueces domiciliarios, con lo cual la cláusula prorrogatoria a los tribunales del proveedor también debería ser válida. Esto último ocurre cuando el cumplimiento de las prestaciones se lleva a cabo en el domicilio del proveedor, en contratos *offline*. Para el análisis de jurisprudencia norteamericana relativa a la validez de cláusulas de prórroga, cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 322-329, donde se refiere a condiciones formales y sustanciales de admisión de este tipo de estipulaciones.

¹⁶³³ *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, pp. 32 y ss. Este fallo de la USSC recibió innumerables críticas en su momento, de lo cual me he ocupado en otro trabajo, inclusive desde la óptica del análisis económico del derecho. Cfr. SCHÖTZ, Gustavo, “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones*, Vol. 201, Depalma, Bs. As. 2003, pp. 23-74, en 59 y ss. También ver las críticas de WOODWARD, William J. Jr., “Sale of law and forum and the widening gulf between consumer and nonconsumer contracts in the UCC”, *Washington University Law Quarterly*, 1997, Nro. 75, p. 257. GOLDMAN, “My way and the highway...”, p. 717. También MEYERSON, Michael I., “The reunification of contract law: the objective theory of consumer form contracts”, *University of Miami Law Review*, May 1993, p. 1264.

debe prestarse el consentimiento para que resulte válido¹⁶³⁴. Luego, el contenido de la cláusula: en qué medida es posible obligar al consumidor a litigar fuera de su domicilio, si la prórroga establece un foro concurrente o exclusivo, si el foro prorrogado tiene o no relación sustancial con el caso, etc.

VII. D. 4. Regla de autonomía limitada

En definitiva, considero preferible hacer lugar a una regla de autonomía limitada. Entre otras, es la solución adoptada en el art. 17 del Reglamento 44/2001, por cuanto la autonomía de la voluntad en la elección del tribunal competente es válida, siempre que se determine una vez iniciado el litigio, o que permitan al consumidor demandar ante tribunales distintos de su domicilio o del proveedor, o que correspondan al domicilio común de las partes al momento de la celebración del contrato. Es razonable que si el consumidor tuvo en miras el cumplimiento, no haya prestado atención a las consecuencias jurídicas de la cláusula de prórroga. Ahora, cuando tiene delante de sí el conflicto, estará atento y decidirá la cuestión del juez competente con pleno conocimiento de causa¹⁶³⁵.

En esto creo soy coherente con lo dicho en III. D. 3. La autonomía es una óptima solución para los negocios internacionales, pero no se aco-

¹⁶³⁴ Como ya mencioné, está generalmente admitido que la prórroga *post litem natam* es una condición de validez de la cláusula cuando involucra a parte débil. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 139 y 237.

¹⁶³⁵ La Propuesta canadiense de CIDIP VII permite los acuerdos de elección de foro celebrados con posterioridad al inicio del proceso (art. 5.1.(a)) En la nota explicativa, la Delegación del Canadá indica: "El razonamiento del artículo 5 es que se considera improbable que la mayoría de los consumidores piense en una cláusula de selección de foro en el momento de celebrar un contrato. Lo más probable es que un consumidor tomará conciencia de esa cláusula sólo si surge una controversia. Por ello, la disposición establece que el tribunal sólo deberá aplicar la cláusula de selección de foro cuando la cláusula haya sido acordada por las partes después del inicio del proceso". En el mismo sentido se expide el Protocolo de Santa María, art. 5. De acuerdo a FEUILLADE, es un síntoma de abusividad el que la parte débil no hubiera podido prever el lugar donde sería demandado. Sin embargo, a falta de legislación específica, el principio continúa siendo la validez del acuerdo. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 141.

moda plenamente a los contratos con parte débil. Ahora bien: también es cierto que nada impide que el consumidor pueda beneficiarse de la libertad contractual, cuando el proveedor está dispuesto a ofrecer voluntariamente mejores condiciones que las del orden normativo. De aquí, una vez más, que tengamos que tener presente el 'sistema' antes que el 'ordenamiento'. Por este motivo en la Convención de La Haya sobre derecho aplicable a ventas de consumo, no se descartó la autonomía de la voluntad, sino que, por el contrario, fue adoptado como criterio primordial, sin perjuicio de que permaneciera latente el derecho domiciliario cuando el elegido fuera en desmedro de la protección¹⁶³⁶.

Siempre quedará como resguardo el tribunal domiciliario, que en definitiva es quien le brinda mayor confianza. En definitiva, es posible —en un marco protectorio—, la utilización de una regla de limitada autonomía, por la cual prevalecerá el tribunal elegido mientras fuere más favorable al consumidor. De lo contrario, serán competentes los tribunales domiciliarios¹⁶³⁷.

¹⁶³⁶ El criterio que se deriva de la Convención es válido para nuestro caso aunque se refiera al derecho aplicable, porque la *ratio legis* es similar. Convención de La Haya de ventas a los consumidores, art. 6: "El derecho interno elegido por las partes regirá el contrato al cual se aplique la presente Convención. Sin embargo, el derecho elegido por las partes en ningún caso privará al consumidor de la protección acordada por las normas imperativas del derecho interno del país en el que él tenía su residencia habitual al momento en el que el pedido fue otorgado". Cfr. VON MEHREN, "La Conferencia de La Haya...", pp. 51-52. El criterio fue seguido por la Convención de Roma de 1980. Esta autonomía limitada se corresponde con el art. 6 del Reglamento de Roma I, que declara válidas las cláusulas de elección del derecho aplicable, mientras no vaya en menoscabo de las prerrogativas que el consumidor tiene en su residencia habitual. En el fondo, se considera que la jurisdicción elegida, o el derecho indicado como aplicable, pueden ser más favorables al consumidor. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "La tutela de los consumidores en el mercado global...", nro. 24.

¹⁶³⁷ Cfr. BOGGIANO, *La Conferencia de La Haya...*, p. 33 y ss., y ALL y DREYZIN DE KLOR, "Consideraciones generales sobre el artículo 2...", pp. 18-19. Estos autores elaboran la propuesta en relación al derecho aplicable, con fundamento en que las conexiones rígidas dan una falsa apariencia de seguridad. Creo que los mismos argumentos se pueden utilizar para sostener una autonomía limitada y conexiones flexibles referidas a la jurisdicción. La Propuesta de CIDIP VII, si bien se refiere al derecho aplicable, ha sido más ambiciosa. Establece la regla de la autonomía de la voluntad en el derecho aplicable, condicionada a que se trate del correspondiente al domicilio del consumidor, del lugar de celebración, de ejecución del contrato o de la sede del proveedor, siempre que resulte

VII. D. 5. Prórroga tácita

Una forma de elección del tribunal, que en sí misma es *post litem natam*, se produce cuando el consumidor demanda al proveedor ante un tribunal que razonablemente está dotado de jurisdicción. Esa elección, si bien puede no contar con el acuerdo inicial del demandado, es uno de los posibles foros concurrentes. La presentación de la demanda ante el domicilio o la sede social del proveedor —como foro universalmente reconocido—, implica la elección de una de las alternativas disponibles para quien presenta el reclamo. Rechazar esta decisión a través del *forum non conveniens* en razón de que el demandado prefiere someterse al foro del domicilio del demandante, implica una iniquidad. Si el consumidor demandante ha evaluado libremente las consecuencias, y esto no es objetivamente injusto para el demandado —aunque resulte contrario a sus intereses—, no se puede obligar al demandante a ir contra su derecho¹⁶³⁸.

Nadie puede ser obligado a demandar en su propio domicilio, entre otras cosas porque este foro resulta siempre extraordinario. En sentido inverso, el demandante puede hacer coincidir su interés con su derecho, lo que resulta ampliamente relevante considerando la debilidad del consumidor y las conexiones valorativamente orientadas. Sin embargo, —como parte de una inveterada regla procesal— el hecho de que el de-

el derecho más favorable al consumidor. En caso de consumidores pasivos, la prelación en cuanto a qué derecho es más favorable es la siguiente: el del domicilio del consumidor, el de la residencia común del consumidor y uno de los establecimientos del proveedor, el del lugar de celebración y el de prestación del servicio o entrega de la cosa. Respecto del consumidor activo, es decir que se trasladó al país del proveedor para consumir, se considera más favorable el derecho del lugar de celebración, de ejecución o del domicilio del consumidor. En todos los casos mantienen plena vigencia las normas internacionalmente imperativas del foro y del domicilio del consumidor, junto con el orden público internacional del foro. Cfr. Propuesta de CIDIP VII, arts. 6, 9 y 10.

¹⁶³⁸ Menos aún si las razones aducidas para la declinatoria se refieren a políticas comerciales que procuran inmunizar a las empresas nacionales contra reclamos foráneos, cuando esas empresas realizan negocios transfronterizos. Si el caso es objetivamente multinacional, las razones para asumir o declinar jurisdicción deben tener en cuenta la internacionalidad del caso y la efectiva reparación del damnificado en ese contexto. Cfr. GARRO, “*Forum non conveniens...*”, pp. 97-98.

mandado oponga excepción de incompetencia no significa sumisión tácita¹⁶³⁹. Cuando un demandado extranjero comparece ante un tribunal aduciendo su falta de jurisdicción, se somete condicionalmente a ésta, a la espera de que el tribunal se estime en posesión de la jurisdicción. Pero la presentación de la excepción no indica por sí misma una prórroga *post litem natam*¹⁶⁴⁰.

Finalmente, cabría desechar la posibilidad de que una cláusula válida sobre la elección del derecho aplicable implique por sí misma una aceptación de los tribunales del derecho elegido. Este caso inverso de *forum et ius*, largamente discutido en el derecho del comercio internacional, debe ser resuelto de modo negativo en el sistema protectivo¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁹ Cfr. SOTO, "El abuso del derecho...", p. 702, quien considera a la excepción de incompetencia en el orden internacional como una "cuasi-declinatoria". En palabras del Dr. FERMÉ, "[A]l decidir sobre el punto se analiza qué es lo que se pide pero sin decidir sobre la verdad de lo que se expone, pues recién cuando se falle el fondo del asunto se podrá decidir libremente si los hechos aducidos son o no verdaderos o si ocurrieron en forma distinta de como se admitió a efectos de resolver sobre la competencia, sin que por ello desaparezca la afirmada". Marotta, Luis A. c. Hosokawa, Roberto. CNCiv., Sala I, 22/05/03, publicado en JA 2003-IV-114.

¹⁶⁴⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 471. En la causa Houlder Brothers & Co. Ltda. c. Soc. Gral. de Control (S.R.L.), CFCyCN, 22 de abril de 1958, publicado en JA 1960-IV-104, se estableció que aunque una sociedad argentina proteste ante un tribunal belga contra la jurisdicción internacional de este último, hay implícita una sumisión condicional a dicha jurisdicción. En el marco de la UE, el Reglamento 44/2001 establece en su art. 24 que Artículo 24 que "Con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el tribunal de un Estado miembro ante el que compareciere el demandado. *Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 22*".

¹⁶⁴¹ VISCHER analiza la posibilidad de que la elección del tribunal implique la elección del derecho aplicable. Si bien puede ser un fuerte indicio, hacen falta otras indicaciones. Lo mismo puede decirse cuando se determina sólo el derecho aplicable, pero en este caso la discusión es menor. Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", p. 233.

VII. E. CRITERIOS PERSONALES PARA LA ASIGNACIÓN DE JURISDICCIÓN

VII. E. 1. Domicilio del demandado

Los principales criterios atributivos de la jurisdicción internacional tienen relación con las condiciones personales del sujeto: la nacionalidad, el domicilio o la residencia. Mientras que la nacionalidad es un privilegio jurisdiccional altamente cuestionado por el cual el ciudadano siempre puede plantear el caso ante los jueces de su Estado, el foro del domicilio del demandado goza de general aceptación¹⁶⁴². Primero, porque se considera su juez natural, ya que tiene la comodidad de litigar en el lugar donde le es menos gravoso defenderse. Luego, porque suele estar localizado allí su patrimonio. Prima aquí el principio de efectividad: el actor puede resarcirse en caso de triunfar en la contienda¹⁶⁴³. En esta última razón también está presente la economía procesal, de modo que no sea necesario iniciar un nuevo procedimiento para perseguir al vencido por otros territorios o que la sentencia sea claudicante por ser dificultosa su ejecución¹⁶⁴⁴.

El demandado podrá ser el proveedor o el consumidor. En cualquiera de los supuestos, el criterio no presenta mayores dificultades. Difícilmente se pueda considerar agravante para el demandado el hecho de que el reclamo se le plantee en su propio domicilio. La validez del principio *actor forum rei sequitur* es universal, ordinario y no de excepción¹⁶⁴⁵. De aquí que sea interesante considerar su vigencia en casos que involucran a consumidores incluso cuando la prórroga válida es deroga-

¹⁶⁴² Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional...", nro. 27. Entre otros textos normativos, se puede mencionar en el ámbito de la UE, el Reglamento 44/2001, que considera al tribunal del domicilio del demandado como el foro general.

¹⁶⁴³ Cfr. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado*, p. 279. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 460-461.

¹⁶⁴⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 154.

¹⁶⁴⁵ Cfr. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, pp. 59 y 64. NAJURIETA, "Prórroga abusiva...", p. 299.

toria de toda otra competencia¹⁶⁴⁶. El *favor debilis* puede incidir en favorecer el reclamo en el domicilio del proveedor, aún cuando exista otro foro que pueda ser considerado exclusivo.

Por el contrario, el domicilio del demandante es un foro excepcional, y, en el caso de los consumidores, está previsto como forma de protección de su debilidad¹⁶⁴⁷. Todas las propuestas de CIDIP VII prevén el foro domiciliario o residencia habitual del consumidor. Parece una solución correcta, mientras no se limite la posibilidad de que el consumidor acuda voluntariamente a otros tribunales una vez surgida la controversia. Si lo que realmente se pretende es favorecerlo, se le pueden brindar otras posibilidades por las que él puede optar unilateralmente, mientras tengan una conexión suficiente¹⁶⁴⁸.

En este sentido, el Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo, de 1940, en su art. 13, presenta un supuesto de aplicación del *favor debilis*¹⁶⁴⁹. Permite al asegurado presentarse a los tribunales de su domicilio, “para equilibrar un poco la desproporción total de poder entre la influyente sociedad de seguro y el desvalido asegurado”¹⁶⁵⁰.

Calificar “domicilio del demandado” es más sencillo que determinar el domicilio del deudor de la prestación. Esta última requiere precisiones dependientes del fondo del asunto. Entre otros aspectos, se debería distinguir, por ejemplo, entre la prestación de comercialización (origen)

¹⁶⁴⁶ Como lo prevé la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (art. 3.b) “un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario; (...)”

¹⁶⁴⁷ Cfr. LIMA MARQUES, “O novo Direito internacional privado...”, pp. 267-269.

¹⁶⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, Segunda parte, nro. V.

¹⁶⁴⁹ “Art. 13. - Son jueces competentes para conocer de las acciones que se deduzcan en materia de seguros terrestres o sobre la vida, los del Estado que rige por sus leyes dichos contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior; o bien, a opción del demandante, los del Estado del domicilio de los aseguradores, o, en su caso, de sus sucursales o agencias, o los del domicilio de los asegurados”. Es semejante la solución del Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, art. 7: lugar del accidente, domicilio del demandado o domicilio del actor.

¹⁶⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 412.

o la de cumplimiento o disfrute (destino)¹⁶⁵¹. A los fines de la determinación de cuál es el domicilio para ver si el juez es competente, éste utilizará los criterios *lex fori*, salvo que existiera una calificación autárquica. Por tanto domicilio podrá ser tanto la residencia habitual como el centro principal de los negocios.

Un aspecto particular se presenta con el domicilio del proveedor de Internet. La Directiva Europea sobre comercio electrónico lo denomina "prestador de servicios establecido", y determina su localización mediante el ejercicio de manera efectiva de "una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios" (art. 2.c)¹⁶⁵². Esta calificación, aún cuando la Directiva Europea sobre comercio electrónico no se refiera a los aspectos jurisdiccionales (art. 1.4), puede ser utilizada en nuestro sistema jurídico atento a que sigue los criterios generales: residencia habitual o asiento principal de los negocios.

Si se trata de demandar a una persona jurídica, no es lo mismo la sede, la representación, la sucursal, etc. La amplitud de criterio beneficia

¹⁶⁵¹ En el derecho de fuente interna, en materia contractual, los arts. 1215 y 1216 no hablan expresamente del domicilio del demandado, pero lo admiten implícitamente al decir que el actor puede acudir al juez argentino pese al domicilio extranjero del demandado; ergo, puede ir al domicilio extranjero del demandado.

¹⁶⁵² Directiva Europea sobre el comercio electrónico. En el considerando 19 explica: "se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica. En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cual de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular".

al consumidor¹⁶⁵³. Este aspecto es tenido en cuenta en el Protocolo de Santa María, que adopta la siguiente definición:

“Artículo 3. Calificación de domicilio.

A los fines del presente Protocolo se considerará domicilio:

1. Cuando se trate de persona física, en el siguiente orden:

- a) la residencia habitual;
- b) el centro principal de sus negocios;

2. Cuando se trate de persona jurídica o de un ente despersonalizado, en el siguiente orden:

- a) la sede principal de la administración;
- b) el lugar donde funcionen filiales, sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación de personas jurídicas”¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵³ Caso UBS, ya citado (cfr. nota 1046), donde fue suficiente para establecer como domicilio el del representante designado a los fines judiciales y administrativos, y caso Choqui, Néstor Petronio c. Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi (cfr. nota 1043), donde se equiparó la sucursal al domicilio social.

¹⁶⁵⁴ El art. 5 del Proyecto uruguayo de CIDIP VII, siguiendo el Protocolo de Buenos Aires, indica: “Domicilio. A los fines de la presente Convención se considerará como domicilio, subsidiariamente, y en el siguiente orden: 1.- Cuando se trate de personas físicas: a) su residencia habitual; b) el centro principal de sus negocios; c) el lugar donde se encontrare la simple residencia. 2.- cuando se trate de personas jurídicas: a) la sede principal de su administración; b) si la persona jurídica tuviere sucursales, agencias, establecimientos o cualquier otra especie de representación, se considerará domiciliada en el lugar donde éstas estén situadas”. En sentido similar, art. 5 del Reglamento 44/2001: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (...) 5) Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios”. Es complementado por el Artículo 15, para las relaciones de consumo: “2. Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado”.

Si se entabla la demanda ante un tribunal que, según el demandado, no tiene jurisdicción internacional, la situación presenta sus matices. Cuando este posee bienes en país del juez, debe comparecer y aducir la falta de jurisdicción, aun cuando el tribunal debe tenerlo en cuenta de oficio. Adicionalmente, el demandado puede acudir al juez al que considere con jurisdicción internacional, y éste, si coincide con el criterio, puede comunicar su resolución al juez del actor, advirtiéndole que no se reconcería su sentencia el día de mañana por falta de jurisdicción internacional¹⁶⁵⁵.

VII. E. 2. Domicilio del demandado en casos de conexidad

Como comenté anteriormente, perseguir al proveedor en otra jurisdicción en juicios de escasa cuantía, parece cosa inútil. Pero es posible “nacionalizar” el caso mediante reclamos a prestadores que tienen relación de conexidad con el prestador principal. Veamos algunos supuestos.

a) Conexidad en el financiamiento para la adquisición de bienes a plazos

La legislación comparada contempla entre los supuestos de conexidad contractual al caso del consumidor que contrata simultáneamente con un proveedor y una entidad financiera; con uno, la adquisición de un bien; con el otro, el financiamiento de esa compra. Por ejemplo, la Directiva europea sobre crédito al consumo permite, en su art. 11, que el consumidor pueda accionar contra el agente financiero o bien oponer a éste las defensas que hubiera podido plantear al proveedor del bien, en el supuesto de incumplimiento de este. Debe darse la circunstancia de que el consumidor haya obtenido de un tercero un contrato de crédito a

¹⁶⁵⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 470-471. Este autor indica que el asunto puede calificarse como de “cuasi-declinatoria”. No se trata de una “cuasi-inhibitoria”, ya que no existe un tribunal internacional superior a los del actor y del demandado que pueda dirimir el conflicto de jurisdicciones.

fin de procurarse la adquisición de determinados bienes y servicios. Además, debe existir un acuerdo previo entre el proveedor y el agente financiero por el cual sólo se podía obtener de este último el crédito para financiar la adquisición¹⁶⁵⁶.

El incumplimiento puede consistir, por ejemplo, en la falta de entrega de los bienes comprometidos o de prestación de los servicios contratados, o bien que el producto o el servicio no se ajusten a las condiciones pactadas. A su vez, el consumidor debe reclamar previamente y sin éxito al proveedor¹⁶⁵⁷. Este art. 11 de la Directiva analiza un supuesto concreto, cual es la protección del consumidor que celebra dos contratos con sendos sujetos vinculados entre sí: el proveedor del bien o del servicio y la entidad financiera. La íntima dependencia de los dos proveedores, con sendas relaciones de consumo y una en función de la otra, nos permiten hablar de conexidad contractual. Así, el contrato puede ser internacional desde el punto de vista del financiamiento o del aprovisionamiento.

En cualquiera de los casos, si no existiera un régimen como el previsto en la UE, es posible que ante el incumplimiento del proveedor, el consumidor igual deba seguir vinculado al crédito, que así logra abstraerse de la operación que le dio origen, con el agravamiento de la doble jurisdicción. Si el proveedor extranjero incumple, aún cuando el consumidor le inicie un reclamo, esto no lo inhibe de continuar pagando a la entidad financiera¹⁶⁵⁸.

En el mismo supuesto, y suponiendo que el financiamiento esté a cargo de un proveedor emisor de tarjeta de crédito, no es posible para el

¹⁶⁵⁶ Esta relación también se establece entre el consumidor tomador de un bien en *leasing* y la sociedad de *leasing*. Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Editorial Eurolex, Madrid, 1997, p. 149 y ss.

¹⁶⁵⁷ Cfr. JPAZE, Belén, "Financiación para el Consumo", en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, pp. 229-261, en 235.

¹⁶⁵⁸ Necesariamente la invalidez o nulidad de uno de los contratos debería acarrear la del otro; entre otros argumentos, haciendo aplicación de la teoría de la causa fin. Para ver los distintos fundamentos esgrimidos por la doctrina comparada para justificar la propagación de los efectos jurídicos en los agrupamientos contractuales, cfr. ÁLVAREZ, *Los grupos de contratos...*, Cap. V.

consumidor titular oponer al emisor las controversias que tiene con el proveedor; queda a salvo el caso de que el mismo emisor hubiera promovido al vendedor del bien o prestador del servicio¹⁶⁵⁹. Claramente esta disposición es insuficiente ante la existencia de un conflicto con un proveedor extranjero, ya que habiendo recibido el consumidor un servicio defectuoso, el procedimiento previsto para el reclamo o impugnación sobre uno de los cargos consignados en el resumen es lo suficientemente engorroso para que no pueda liberarse de los pagos¹⁶⁶⁰.

La relación entre un consumidor y proveedores locales nacionaliza la relación, lo que facilita las atribuciones jurisdiccionales ante la existencia de conexidad contractual. Pero si alguna de las prestaciones está a cargo de un tercero en otro país, es evidente el perjuicio del consumidor, ya que el contratante local puede desobligarse demostrando la inexistencia de relación causal con el incumplimiento. La dificultad de reclamar al tercero extranjero muestra la necesidad de regular la conexidad contractual cara a la protección del consumidor, incorporando este concepto en las definiciones de la "relación de consumo".

b) *Conexidad en los servicios turísticos*

Es usual que el turista requiera prestaciones principales y accesorias, que son cubiertas por distintos empresarios. En algunas circunstancias el proveedor coordina actividades de distintos prestatarios, utilizando subcontratos. Estos individuos se relacionan de modo indirecto con el turista al momento de contratar, pero luego tienen vinculación

¹⁶⁵⁹ Ley 25.065 de Tarjeta de Crédito, del 9 de enero de 1999, art. 43: "Controversias entre el titular y el proveedor. El emisor es ajeno a las controversias entre el titular y el proveedor derivadas de la ejecución de las prestaciones convenidas salvo que el emisor promoviera los productos o al proveedor pues garantiza con ello la calidad del producto o del servicio". Lo mismo sucede respecto de la oponibilidad al fabricante del bien de las obligaciones incumplidas por la sociedad de *leasing*. Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing...*, pp. 150-151.

¹⁶⁶⁰ La Ley de Tarjeta de Crédito, si bien trata el problema del cuestionamiento o impugnación de la liquidación o resumen por el titular ante el emisor en sus artículos 26 a 30, en ningún momento se prevé la intervención o citación del proveedor.

inmediata al momento de recibir los servicios. El contrato de “viaje combinado” es un ejemplo claro de esta modalidad. Se lo define como la “actividad económica integrada por aquellos servicios prestados a las personas en sus desplazamientos y estancias fuera de los lugares donde residen habitualmente”¹⁶⁶¹. Está regulado materialmente por la Convención de Bruselas sobre Contratos de Viaje, del 23 de abril de 1970, ratificada por Ley 19.918.

Entre otros riesgos propios de la actividad, se puede mencionar la necesidad de reserva anticipada, que colisiona con potenciales cambios de circunstancias o imprevistos que actúan como causales de rescisión con altos costos de desvinculación; el turista es requerido por desembolsos anticipados, con los consabidos riesgos de modificaciones en el tipo de cambio; la falta de relación directa con el prestador y las posibles faltas de identidad entre lo contratado y lo recibido; las folleterías o piezas publicitarias suelen ser imprecisas o erróneas, circunstancia que agrava el deber de información; es usual la contratación a distancia por medios electrónicos, lo que genera problemas con el desistimiento o resolución (arts. 8 a 11 de la Convención de Bruselas).

Los servicios típicos consisten en el traslado, alojamiento, intermediación, alimentación, servicios médicos, excursiones y espectáculos, seguros, etc. El elemento iusprivatista internacional se manifiesta en que uno es el lugar de contratación y pago y otro el de la prestación de servicios, fuera del lugar de residencia. En todos los casos media desplazamiento por parte del sujeto¹⁶⁶². Muchos de los servicios son brindados localmente, como los medios de transporte o los restaurantes, prestaciones brindadas en el marco del denominado “turismo receptivo”. ¿Cuándo estas prestaciones integran la relación de turismo? La conexidad vendrá dada principalmente por el modo de contratar, que podrá indicar responsabilidad completa para el “organizador de viaje”, o inde-

¹⁶⁶¹ AURIOLES MARTÍN, Adolfo, *Introducción al derecho turístico*, Tecnos, Madrid, 2002, p 138.

¹⁶⁶² Cfr. SANTOS BELANDRO, “El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR”, Antecedentes.

pendiente en el caso del “intermediario de viaje”¹⁶⁶³. Ante un incumplimiento, estas circunstancias determinarán la responsabilidad contractual o extracontractual de cada uno de los prestadores, ante incumplimientos o la ocurrencia de daños personales¹⁶⁶⁴.

La localización del conflicto en el lugar de contratación o domicilio del prestador principal (organizador o intermediario) es una solución parcial para el pleno resguardo del consumidor. Si bien estas conexiones suelen ser coincidentes con el domicilio del turista, los incumplimientos de proveedores extranjeros o los contratos celebrados a distancia requieren más precisión. Incluso las disposiciones del Convenio de Bruselas son insuficientes para la determinación del tribunal competente, en la medida que sólo establece normas materiales¹⁶⁶⁵.

El contratante local que se obliga a prestar servicios en el exterior a cargo de terceros puede ser insolvente. Además, la falta de explicitación de la relación directa entre el proveedor local y el prestador tercerizado en el extranjero, le puede dificultar al consumidor la presentación del

¹⁶⁶³ En cuanto a la relación directa entre prestadores contratados por el organizador y el viajero, puede verse el Art. 17 de la Convención de Bruselas: “Todo contrato celebrado por el intermediario de viajes con un organizador de viajes o con personas que suministran servicios aislados, es considerado como que ha sido celebrado por el viajero”. Por el contrario, el art. 22. inc. 3 establece una responsabilidad menor para el intermediario de viajes.: “El intermediario de viajes no responderá por el incumplimiento total o parcial de los viajes, estancias u otros servicios que constituyen el objeto del contrato”.

¹⁶⁶⁴ Para consultar jurisprudencia en la que el intermediario es responsable por los incumplimientos del prestador, cfr. CNCom., sala B, 27/06/05, Tonello, Alicia Cristina y otro c. Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A. y otro s. sumarísimo. Publicado en El Dial AA2CB4 y en <http://fallos.diprargentina.com/2008/09/tonello-alicia-cristina-y-otro-c.html>, última visualización 24/8/2010.

¹⁶⁶⁵ Convenio de Bruselas, Art. 3º: “En la ejecución de las obligaciones que resultan de los contratos definidos en el art. 1º, el organizador de viajes y el intermediario de viajes garantizarán los derechos e intereses del viajero según los principios generales del derecho y las buenas costumbres en este dominio”. Art. 14: “El organizador de viajes efectúa por sí mismo las prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de cualquier perjuicio causado al viajero, de conformidad con las disposiciones que rigen tales servicios”.

reclamo directamente contra su prestador local¹⁶⁶⁶. La fragmentación del conflicto impediría demandar a todos los intervinientes si eso fuera del interés y beneficio del consumidor¹⁶⁶⁷. Se requerirá, por tanto, la habilitación de otras conexiones, como el lugar de cumplimiento, o de acaecimiento del hecho dañoso, o del lugar de cobertura de la garantía. Está claro que el lugar de la prestación de una de las obligaciones habilita la jurisdicción en ese país, pero no es seguro que eso habilite a demandar al proveedor domiciliario del consumidor por incumplimiento de un prestador en el extranjero.

Por tanto, habrá que establecer mecanismos de responsabilidad solidaria para facilitar la sustanciación del proceso en el domicilio del consumidor. En algún caso la publicidad realizada por el prestador principal es un indicio de que esos servicios integran el contrato¹⁶⁶⁸. En otros, puede ser relevante la “*culpa in eligendo*” (art. 15 in fine de la Convención de Bruselas). También será importante la citación de un tercero, como mecanismo procesal (*lex fori regit processum*), debido a la posible relación sustancial entre distintos prestadores¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁶ Ese fue el argumento esgrimido por un operador de tarjetas de crédito ante los daños provocados a una paciente en el mal servicio médico y de traslado prestado por una empresa de asistencia al viajero. CNCom Sala B, 17/04/08, Schojat de Rosenberg, Beatriz c. Axa Assistance y otros, JA 2008-III, p. 424.

¹⁶⁶⁷ Convención de Bruselas, Art. 28: “Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgan sobre los derechos y acciones del viajero contra terceros”.

¹⁶⁶⁸ La jurisprudencia califica la relación jurídica de acuerdo a lo ofrecido y comprometido en los prospectos, antes que en el texto de la documentación firmada por las partes, haciendo aplicación del principio *in dubio pro consumptore*. En este sentido, fue relevante la utilización de la palabra “tour” y las connotaciones que tiene para el común de la gente. Cfr. Snitovsky, Luis y otro v. Cordimar Empresa de Viajes y Turismo de Priami S.A., CNCiv., Sala E, 10/07/2006, publicado en RCyS, 2006-X-82. Se entendió que “las partes contrataron globalmente un conjunto de servicios y no aisladamente las diversas prestaciones y, mucho menos, el traslado aéreo únicamente”.

¹⁶⁶⁹ Cfr. Chiappetta Graciela Monica y otro c/Iquique Turismo S.A. s/ ordinario, CNCom, Sala A, 30/06/2008, publicado en www.eldial.com, última visualización el 10/8/2008. Allí se dijo que “Ante la incertidumbre respecto de la relación jurídica que unía a las partes y ante la posibilidad de que existiese un operador mayorista capaz de responder, resultaba plausible que se lo citase como tercero al juicio. En este orden de ideas, el pedido de citación resultó acertado, en tanto se acreditó en el expediente que Ola S.A actuó como organizadora del viaje. En cuanto a los efectos que cabe asignarle a la

La propuesta de CIDIP VII en lo referido a contratos turísticos, si bien se refiere al derecho aplicable, resulta insuficiente a los fines de la protección del consumidor (art. 12). Allí se establece como punto de conexión el lugar de celebración del contrato o donde se haya realizado cualquier acto previo a la contratación: oferta, publicidad, etc. Esta localización no hace referencia al derecho del lugar de ejecución, que puede ser relevante cuando el incumplimiento se establece en virtud de normas imperativas o reglamentaciones locales distintas a las correspondientes al domicilio del organizador o intermediario¹⁶⁷⁰.

VII. E. 3. Domicilio y residencia habitual del consumidor

Tanto la Propuesta de Uruguay para la CIDIP VII como la Propuesta canadiense, al igual que el Protocolo de Santa María, en lo que se refiere a jurisdicción directa e indirecta, parten de la idea básica de que el “juez natural” es el del domicilio del consumidor, con apertura hacia otros foros que le resulten más beneficiosos. La Propuesta canadiense agrega el requisito de que existan índices razonables de proximidad, para evitar supuestos de jurisdicción exorbitante¹⁶⁷¹. De este modo, a la jurisdicción tradicional del domicilio del demandado, en los contratos de consumo se suele agregar el del demandante, si éste fuera el consumidor¹⁶⁷².

citación, el artículo 96 CPCCN es claro en cuanto dispone que la sentencia alcanzará al tercero como a los litigantes principales, consecuencia que se sustenta en que la citación tiende a evitar el dispendio jurisdiccional que implicaría la promoción de diversos juicios en los que en definitiva recaería sentencia única, con una multiplicidad de actividad jurisdiccional inoficiosa o con peligro de sentencias contradictorias”.

¹⁶⁷⁰ Si bien el apartado b) hace aplicable las demás reglas de la Propuesta (derecho más favorable, etc.), hubiera preferido una mención específica del problema. Por el contrario, el art. 27 inc. 2 de la Convención de Bruselas tiene en cuenta esas particulares reglamentaciones para agravar la responsabilidad del prestador extranjero. “Cuando disposiciones especiales de derecho imperativo sean aplicables, la apreciación de la falta mencionada en el párrafo primero se efectuará de conformidad a estas disposiciones”.

¹⁶⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO y ALL, “Apreciación general...”, Segunda parte nro. V.

¹⁶⁷² Como ya mencioné, ante la falta de calificación del domicilio, en el ámbito americano se debería optar por la contenida en la CIDIP II de 1979 sobre domicilio de las personas físicas (ver nro. VI. B. 2, p. 600). Si bien se refiere al derecho aplicable, en el caso de la Propuesta de CIDIP VII, en su versión final, presume como domicilio del consu-

a) *Elementos generales del forum domicilii*

Como indiqué, distintos instrumentos internacionales y autores proponen al domicilio o residencia habitual del consumidor como el punto de contacto más adecuado para proteger a la parte débil de la relación de consumo. Así y todo, en sí mismo resulta anómalo, o por lo menos novedoso, si se lo contrapone al tradicional del domicilio del demandado¹⁶⁷³. Su admisión en el Reglamento 44/2001, en carácter de concurrente para el consumidor pero exclusivo para el proveedor, ha recibido críticas¹⁶⁷⁴. Sin embargo, cabe aclarar que es posible llegar al mismo resultado si el lugar de cumplimiento está localizado en el domicilio del demandante, como luego veremos (ver infra, p. 735 y ss.)¹⁶⁷⁵.

El *forum domicilii* tiene el mismo fundamento que otros contactos que dejan de lado la regla *actor sequitur forum rei*. El mismo Reglamento

midor la residencia habitual al momento de concluirse el contrato, o la simple residencia. En caso de incapaces, el de su representante, y en supuestos de contratos a distancia, aquel denunciado en el contrato (art. 4). En esta misma Propuesta de CIDIP VII, el domicilio del consumidor indica el derecho aplicable ante la falta de elección válida, cuando se trata de consumidores pasivos (art. 6.3).

¹⁶⁷³ El *forum actoris* ha sido frecuentemente rechazado, por otorgar una ventaja procesal, vinculada a características personales del demandante, como la nacionalidad o el domicilio. Pero no deja de ser rescatado para resolver cuestiones con parte débil. Cfr. WAUTELET, "What is internacional private law...", p. 71. En igual sentido, SANTOS BELANDRO, "El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR", nro. II. También TELLECHEA BERGMAN, "Hacia una regulación interamericana...", p. 215, donde propone a su vez conexiones alternativas, a opción del consumidor, pero en todos los casos en estrecha relación del caso con el foro, como el lugar de celebración del contrato de consumo, o de prestación del servicio, o entrega del producto.

¹⁶⁷⁴ Cfr. ØREN, Joakim ST, "International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, July 2003, pp. 665-696.

¹⁶⁷⁵ En palabras de BOGGIANO, con ocasión de su sentencia en el caso Ocerín, José P. c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera S.A. Taim S.A., del 12/4/1976: "Por ello, lugar de cumplimiento es 'cualquier' lugar de ejecución contractual y no hallo razón para negar al actor la posibilidad de entablar la demanda en el lugar en que el mismo debió cumplir y 'alega haber cumplido' la prestación a su cargo, aunque ésta sea la que caracteriza el tipo contractual". El criterio también fue admitido en el Protocolo de Buenos Aires, permitiendo al actor demandar en su domicilio cuando demuestre haber cumplido con su obligación. Fallo publicado en BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 478 y ss.

44/2001, por ejemplo, permite al empleado demandar en su propio domicilio al empleador residente en cualquier otro Estado; por su parte, el empleador sólo puede demandar al empleado en el domicilio de éste¹⁶⁷⁶. Del mismo modo funciona el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1940, que en su art. 13 permite al asegurado demandante, a su opción, reclamar en su propio domicilio, de modo concurrente con los del país que rige el contrato (donde se encuentran los bienes objeto del seguro); y, en caso de seguros vida, donde está domiciliada la compañía aseguradora, o bien del domicilio de los aseguradores¹⁶⁷⁷.

El foro del domicilio del consumidor plantea sus dificultades, ya que en cuestiones de poco valor económico, difícilmente pueda iniciar un juicio, incluso en propia jurisdicción, ya que tendrá que correr traslado de la demanda, diligenciar el exhorto e incluso producir prueba en el extranjero. Por otra parte, si la relación se inclina demasiado a su favor en lo que se refiere a facilidades procesales, a la larga esto puede significar condiciones más gravosas en la negociación con los proveedores: *summum ius, summa iniuria*¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁶ Cfr. la jurisprudencia uruguaya que cita FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, pp. 1038 y 1039. Se decidió que el empleado marítimo podía demandar en el domicilio del demandado; se consideró que el supuesto se configuraba en el domicilio de la agencia marítima que celebró el contrato en representación del armador, coincidente con el domicilio del trabajador.

¹⁶⁷⁷ Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Comercial Terrestre, art. 13: "Son jueces competentes para conocer de las acciones que se deduzcan en materia de seguros terrestres o sobre la vida, los del Estado que rige por sus leyes dichos contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior; o bien, a opción del demandante, los del Estado del domicilio de los aseguradores, o, en su caso, de sus sucursales o agencias, o los del domicilio de los asegurados". En el ámbito de la UE, el Reglamento 44/2001 establece que el asegurado, beneficiario o tomador del seguro pueden demandar en sus propios domicilios, mientras que la compañía aseguradora sólo lo puede hacer en el domicilio del demandado (arts. 9.1.b. y 12.1).

¹⁶⁷⁸ Cfr. PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Aspectos jurídico-económicos de la jurisdicción internacional en el ámbito del consumidor", *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, Número 22, Sección de Contenido, 2000, pp. 29-34, en 34. Por su parte, VELÁZQUEZ GARDETA menciona las dificultades que puede significar esta localización para las pequeñas y medianas empresas. Aunque se refiere al derecho aplicable, indica que le será difícil al pequeño comerciante discriminar con qué clientes (depen-

Otra limitación se refiere a la exclusividad. Este foro debería ser concurrente, cuanto menos a elección o conveniencia del consumidor, como lo plantea el Protocolo de Santa María¹⁶⁷⁹.

b) *Consumidor “activo”*

De todos modos, el domicilio del consumidor sigue siendo el criterio mayoritario de la doctrina y de la poca normativa vigente. El criterio general del foro domiciliario suele ir acompañado de una limitación importante, la que se encuentra en el Reglamento 44/2001, en el Protocolo de Santa María, el Proyecto de Uruguay para la CIDIP VII, la Propuesta canadiense, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, entre otros. Esta condición radica en lo que se denomina “consumidor pasivo”, es decir aquel que recibe ofertas por parte del proveedor, o publicidad, o cualquier otra acción o actividad dirigida a “conquistar” al consumidor o promover el contrato.

Es la misma línea de trabajo que se discutió en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, hasta que finalmente cambió su rumbo, reduciéndose su ámbito de aplicación a los acuerdos de elección de foro. Allí se había propuesto la generalización internacional del principio por el cual la jurisdicción propia del consumidor es la de su residencia habitual, estableciendo como regla el *forum actoris*¹⁶⁸⁰. Sin em-

diendo de la jurisdicción) querrá tener negocios, como asimismo tener certeza de cuál es el domicilio del consumidor, especialmente en el contexto digital, y no verse sorprendido por derechos (o tribunales) con los que no quiso verse involucrado. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 257-258.

¹⁶⁷⁹ El art. 5 permite al consumidor optar por otros tribunales distintos al domiciliario, como los del lugar de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación objeto del servicio, entrega de los bienes o domicilio del proveedor. cfr. FEUILLADE, *Competencia internacional...*, p. 243.

¹⁶⁸⁰ El texto del artículo propuesto en la *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in civil and commercial matters*, de 30 de octubre de 1999, era muy similar al oportunamente contenido en el Convenio de Bruselas: “*Article 7 Contracts concluded by consumers. 1. A plaintiff who concluded a contract for a purpose which is outside its trade or profession, hereafter designated as the consumer, may bring a claim in the courts of the State in which it is habitually resident, if a) the conclusion of the contract on which the claim is based is related to trade or professional activities that the de-*

bargo esta regla era dejada de lado si el consumidor se traslada desde su residencia habitual a realizar una oferta al demandado, sin que el proveedor haya hecho publicidad ni ningún acto comercial en la residencia habitual del consumidor¹⁶⁸¹.

En la desechada propuesta de La Haya, como en cualquier otra normativa que se plantee esta limitación de la “actividad” por parte del proveedor, resulta discutido el precepto por el cual “el consumidor debe realizar en el país de su residencia habitual los pasos necesarios para celebrar el contrato”. Especialmente en el contexto digital y en las contrataciones a distancia, resulta un requisito irrelevante y poco operativo. Esos pasos pueden ser realizados en cualquier jurisdicción, lo que agrega un rasgo de incertidumbre¹⁶⁸².

fendant has engaged in or directed to that State, in particular in soliciting business through means of publicity, and b) the consumer has taken the steps necessary for the conclusion of the contract in that State. 2. A claim against the consumer may only be brought by a person who entered into the contract in the course of its trade or profession before the courts of the State of the habitual residence of the consumer. 3. The parties to a contract within the meaning of paragraph 1 may, by an agreement which conforms with the requirements of Article 4, make a choice of court - a) if such agreement is entered into after the dispute has arisen, or b) to the extent only that it allows the consumer to bring proceedings in another court”. A favor de esta propuesta se han expedido NYGH y POCAR, Report of the Special Commission..., p. 51: “However, the option given to the consumer-plaintiff of using the forum of his habitual residence is not unlimited. It exists only where the person who concluded the contract in the course of its trade or profession has actively sought to reach the consumer in the country of the latter’s residence”. En cambio Bradford L. SMITH opina que puede ser una solución adecuada para las grandes empresas que operan en el comercio internacional, pero que resultaría de un efecto prohibitivo para las pequeñas y medianas correr con el riesgo de ser demandadas en una multiplicidad de foros. SMITH, Bradford L., “The third industrial revolution: law and policy for the Internet”, Académie de Droit International, Recueil des Cours, La Haya 2000, vol. 282, p. 332. Este punto también fue largamente discutido al momento de la redacción del Reglamento 44/2001. Cfr. Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, pp. 670-671.

¹⁶⁸¹ Cfr. KESSEDIAN, Catherine, “Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the effects of Foreign Judgments in civil and commercial matters”, Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, 1997, Nro. 49, disponible en www.hcch.net

¹⁶⁸² Sobre la irrelevancia de la categorización de los contratos a distancia para la protección del consumidor, con la consiguiente crítica al art. 3 de la Propuesta de CIDIP VII, cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 124-125.

El requisito presentó dificultades interpretativas con ocasión de la entrada en vigencia del art. 15 del Reglamento 44/2001, en cuanto a cómo debe entenderse la expresión “cuando la otra parte contratante (el proveedor) ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”. Cabe aclarar que el párrafo se redactó teniendo en cuenta especialmente el comercio por Internet¹⁶⁸³. Se debe entender que habrá actividad cuando el proveedor, a través del sitio Web, concluye contratos con el consumidor, y no cuando sólo media la presencia de publicidad u ofertas. Estos serían los extremos, pero distintas situaciones intermedias son más difíciles de encasillar¹⁶⁸⁴.

A tal fin, una Declaración del Consejo y de la Comisión indica que la lengua o la moneda utilizada, por sí sola, no es un elemento relevante para determinar la actividad. Se debe invitar a celebrar contratos, y efectivamente concluirlos, aunque también será suficiente para habilitar al fuero extraordinario el hecho de emitir promesas unilaterales que resulten exigibles (primordialmente publicidad vinculante)¹⁶⁸⁵. Las circunstancias que han sido tenidas en cuenta para calificar la actividad son, entre otras: a) el idioma de redacción del sitio; b) la moneda en que están expresados los precios; c) la existencia de teléfonos o direcciones de contacto en el país de destino; d) avisos legales respecto de los mercados en que se comercializan los bienes o servicios; e) el uso de un nombre de dominio geográfico; f) si se requiere el envío físico a un lugar fijo establecido por el comerciante en el país de destino; g) El volumen

¹⁶⁸³ Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, pp. 665-666. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global...”, nro. 13.

¹⁶⁸⁴ Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, p. 676. SCHIFF BERMAN relata la difícil situación que representa definir si hay ‘actos de comercio (*stream of commerce*) mediante la falta de consenso de los miembros de la USC en los fundamentos de sus votos en los casos “Burger King”, “Volkswagen” y “Asahi Metal Indus. Co.” Cfr. “The globalization of jurisdiction”, pp. 329-330 y nota 52.

¹⁶⁸⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global...”, nro. 14.

de operaciones —tanto de accesos como de clientes— con un determinado país; h) inclusión de publicidad en medios locales del país de destino, o con enlaces a sitios del domicilio del consumidor. No serán necesarios todos o la mayoría de estos requisitos, los que deberán valorarse en cada caso¹⁶⁸⁶.

Del mismo modo, podrá evaluarse si de acuerdo al desarrollo tecnológico —por ejemplo, mediante la utilización de filtros—, el proveedor puede limitar el acceso de potenciales consumidores provenientes de regiones donde no desea desarrollar actividades. El proveedor, para quedar al margen del régimen de protección, debe establecer medidas de control razonable respecto del acceso de los consumidores, o ser diligente en la verificación de datos con anterioridad a la celebración del contrato¹⁶⁸⁷. No sería así cuando incurriere en conducta negligente. Este último punto es importante, porque el Reglamento 44/2001 difiere de la Directiva Europea sobre comercio electrónico; el Reglamento adopta el criterio del destino de la actividad (art. 15.c), mientras que la Directiva utiliza el de origen (art. 3.1)¹⁶⁸⁸.

Una aclaración adicional. Se espera que el proveedor no tenga dudas respecto de la localización del consumidor, considerando una razonable diligencia¹⁶⁸⁹. Pero nada se dice del conocimiento de la condición misma de consumidor, o que, por el contrario, se trate de un uso profesional. Este extremo también será de difícil comprobación, y creo que se puede aplicar lo mismo que mencioné en su momento, tanto para la

¹⁶⁸⁶ *Idem*, nro. 15. La situación es similar a la que se presenta en el derecho estadounidense cuando se hace referencia al nivel de interactividad requerido para poder demandar a un proveedor ante el domicilio del consumidor. Cfr. *infra* p. 710.

¹⁶⁸⁷ Cfr. ØREN, "International jurisdiction...", p. 692. SCHIFF BERMAN, "The globalization of jurisdiction", p. 408. La Propuesta canadiense de CIDIP VII establece que el proveedor, para pretender la validez de una cláusula de elección de foro, y por tanto no quedar sometido a los tribunales del domicilio del consumidor, debe demostrar haber tomado medidas razonables para no concluir contratos de consumo con consumidores residentes en ese Estado. VELÁZQUEZ GARDETA critica la falta de concreción de la expresión "medidas razonables", Cfr. *La protección al consumidor online...*, p. 370 y ss.

¹⁶⁸⁸ Cfr. ØREN, "International jurisdiction...", p. 668.

¹⁶⁸⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "La tutela de los consumidores en el mercado global...", nro. 22.

aplicación de la Convención de Viena de 1980 cuando el proveedor no hubiera sabido que se trataba de un consumidor, o las interpretaciones restrictivas de ‘uso final’ contenidas en el Tratado de Roma o el Convenio de Bruselas (ver *supra* pp. 494 y 496, respectivamente).

Serán de aplicación los conceptos de mutabilidad e historicidad del derecho en cuanto *topoi* determinante del ámbito formal (ver nro. IV. A. 10). El riesgo del uso de “tecnologías fragmentadoras” del mercado radica en que se pierde una de las características de este medio: la universalidad. Sigue presente la dicotomía entre seguridad jurídica y libre comercio¹⁶⁹⁰.

c) El forum domicilii en el derecho de fuente interna

En Argentina y de acuerdo al derecho vigente, creo que el foro del consumidor, aún cuando fuera admitido por los tribunales, no podría ser declarado exclusivo, tanto para no limitar sus posibilidades como para que no se convierta en grave incómodo para el proveedor demandado. Desde el punto de vista de este último, si hay jurisdicciones concurrentes —tantas como fueran potencialmente competentes—, el proveedor demandante puede elegir una de esas, sin que deba ser rechazada la ejecución de la sentencia. El juez local no tiene jurisdicción exclusiva en cuestiones que afectan a consumidores argentinos y debería admitir la competencia de otros tribunales. Sin embargo, puede nacionalizar el caso si se afectó la defensa en juicio, o no fue posible que el consumidor argentino demandado pudiera ejercer sus derechos debidamente en el extranjero. Es una aplicación del orden público internacional, como ya hemos visto (cfr. nro IV. A. 8, p. 365 y ss.)

¹⁶⁹⁰ En España, fuera del marco del Reglamento 44/2001, la legislación protectora del consumidor (LGDCU, art. 90), en conjunto con la de procedimientos judiciales (LOPJ, art. 22.4), puede significar que un proveedor de cualquier país pueda ser demandado allí, mientras sea el lugar de celebración del contrato. Inclusive si se trata de la descarga de información digital en línea, desde un sitio accesible desde cualquier lugar. He aquí la necesaria ponderación de circunstancias que se requiere frente a cada situación. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global...”, nro. 17.

Así, de acuerdo al Tratado de Montevideo de 1940, son concurrentes los jueces del domicilio del demandado, los del derecho aplicable y los designados en la cláusula de prórroga *post litem natam*. Por su parte, en el derecho de los contratos de fuente interna, son competentes los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de cumplimiento del contrato (arts. 1215 y 1216 CC) y los jueces designados en la cláusula de prórroga (art. 1 CPCyCN)¹⁶⁹¹. De aquí que, como regla general, las normas argentinas de competencia internacional para todo tipo de contratos establecen la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el proveedor demandado tiene domicilio en la Argentina, o la entrega de la cosa o prestación del servicio tiene lugar aquí, o se ha realizado en el país la contraprestación dineraria (pago). Como vemos, por el momento no está previsto que el consumidor demande en su propio domicilio al proveedor establecido en el extranjero, en base a un reclamo derivado de un contrato, incluso cuando se haya celebrado en Argentina y con ocasión de publicidad y otras acciones de marketing dirigidas a nuestro país desde otra jurisdicción¹⁶⁹².

Pero si el consumidor demandado no tiene bienes en el país del proveedor demandante puede sencillamente dejar de comparecer. Aquí lo importante será ver qué dice la legislación sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en los países donde el consumidor tiene bienes, que por lo general será su domicilio. Interesará saber si fue debidamente citado o si se admiten las sentencias en rebeldía¹⁶⁹³.

¹⁶⁹¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 469. Más adelante me referiré a una calificación propia de lugar de cumplimiento en los contratos de consumo. Ver *infra*, p. 741 y ss.

¹⁶⁹² Cfr. NAJURIETA, "Conflicto de jurisdicciones...", p. 209.

¹⁶⁹³ Aquí se ve con claridad la relación entre la atribución de jurisdicción y los problemas de cooperación judicial. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 471. Como curiosidad, el Código procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, en su art. 269, 2), indica que no se ejecutarán las sentencias extranjeras dictadas en rebeldía cuando el demandado tenga domicilio en el país. SOTO considera que esto se extralimita de la defensa del debido proceso, siendo un requisito inadecuado y contrario a la integración y respeto del elemento extranjero. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 123.

VII. E. 4. El domicilio del consumidor demandante en el contexto digital

En el contexto digital, se suele distinguir entre contratos *off-line* y *online*. Tal distinción resulta inconveniente para la aplicación de los principios protectorios de la defensa del consumidor¹⁶⁹⁴. Por un lado no parece justificarse una protección menor a los consumidores *online* que a los consumidores que utilizan otras formas de comercio. Y, por otra parte, conviene recalcar la idea de que la tecnología —salvo aquellos casos para los que la legislación establezca un marco diferencial justificado por el entorno electrónico— debe mantener un carácter neutral. La perspectiva empresaria tiene en cuenta este aspecto y adapta sus prácticas negociales de acuerdo a este principio¹⁶⁹⁵. De todos modos, parece razonable en el contexto digital tomar el domicilio del consumidor como localización jurisdiccional, siempre que resulte acumulativa con otros contactos, como veremos a continuación¹⁶⁹⁶.

a) *La distinción entre proveedores con sitios Web pasivos o interactivos*

Los principios generales de la jurisdicción en el entorno digital fueron elaborados inicialmente en Estados Unidos de Norteamérica. La doctrina tradicional de los “*effects cases*” fue aplicada en Panavision In-

¹⁶⁹⁴ Cfr. UZAL, “Jurisdicción y derecho aplicable...”, p. 725.

¹⁶⁹⁵ Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, pp. 671-672. Es el sentido de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, que establece la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor en cuanto país de destino de las operaciones comerciales, salvo que el empresario demostrare que tomó medidas razonables para evitar celebrar contratos de consumo con consumidores que residan en determinado país. Cfr. DENNIS, “Diseño de una agenda práctica...”, p. 230. De todos modos, soy consciente que el marco de la discusión es más amplio: ¿el ciberespacio requiere una regulación específica, son suficientes las reglas tradicionales de Derecho Internacional Privado, o bien será necesaria una adaptación de estas? Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, p. 51 y ss.

¹⁶⁹⁶ Cfr. UZAL, “Jurisdicción y derecho aplicable...”, p. 727.

ternational v. Toeppen, un caso de *cybersquatting*¹⁶⁹⁷. Allí se analizó si juzgar en California a un residente de Illinois violaba o no la garantía del debido proceso, ya que el demandado no ejercía una actividad continua y sistemática en California¹⁶⁹⁸. De ese análisis se desprende que debe existir una acción deliberada en ese fuero, y no una relación meramente aleatoria, fortuita o circunstancial. No se requiere el contacto físico con los residentes del foro y basta que sus actividades se dirijan hacia éstos. Toeppen manifestó que no realizó ningún acto en California y que todo ocurrió en el ciberespacio. Como Panavision tiene su establecimiento principal en California —donde se asienta la industria del cine y la televisión— la actividad de Toeppen excedió el ámbito del registro y tuvo efectos en California¹⁶⁹⁹.

La jurisprudencia norteamericana estableció siete factores para considerar la razonabilidad de la jurisdicción de los tribunales del domicilio del demandante para traer a juicio al demandado fuera de su propio domicilio¹⁷⁰⁰:

¹⁶⁹⁷ USCA, Ninth Circuit, 1998, 141 F. 3er 1316. En el caso, la empresa cinematográfica Panavision con sede en California, acusa a Dennis Toeppen de “cyberpirata” por haber registrado el nombre de dominio correspondiente a valiosas marcas, con la finalidad de pretender la posterior venta a los titulares de esas marcas. Toeppen rechaza el reclamo argumentando que sus contactos con California eran insignificantes, y por lo tanto allí no podía ser demandado, siendo que el registro de los nombres de dominio se había realizado en Illinois. Cfr. SCHIFF BERMAN, “The Globalization of Jurisdiction”, p. 346.

¹⁶⁹⁸ Se refiere a la *Due Process Clause*, a la que ya nos referimos al hablar de la garantía de defensa en juicio. Cfr. supra III. C. 2.b), p. 263. En el caso *Compuserve Inc. c. Patterson, Richard S.* se estableció que cada vez los tribunales son menos estrictos para juzgar como violatorio del *Due Process Clause* el hecho de litigar fuera de su domicilio, porque no se considera ésta una circunstancia que torne dificultosa la defensa en juicio, ante la facilidad de comunicaciones del mundo moderno. El caso abreviado se puede consultar en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año II Nro. 4, La Ley, Buenos Aires, diciembre de 2000, p. 217 y ss.

¹⁶⁹⁹ También en el caso *Compuserve c. Patterson*, ya citado, se justificó la competencia del tribunal sobre el demandado. Si éste se había trasladado de Texas a Ohio para adquirir un determinado software, las acciones tendrían efectos en otra jurisdicción, lo que justifica la intervención de esos tribunales. De lo contrario sería injusto que los individuos que intencionalmente llevan a cabo actividades lucrativas interestadales puedan evadirse de responder ante tribunales de otros Estados por las consecuencias previsibles de dichas actividades.

¹⁷⁰⁰ *Burger King Corp., v. Radzewicz*, 471 U.S. 462

- 1) Interrelación de la actividad desarrollada con la jurisdicción del foro;
- 2) Daño grave o dificultad para el demandado para ser juzgado en otro lugar distinto de su domicilio;
- 3) Conflicto de soberanía con la jurisdicción del demandado;
- 4) El interés del fuero en resolver la cuestión;
- 5) La más eficiente resolución de la controversia, relacionada con la producción de la prueba;
- 6) Conveniencia y efectividad de la reparación de agravios para el demandante;
- 7) Que no haya foro alternativo.

La doctrina quedó más definida en el caso *Zippo Manufacturing Co.v. Zippo Dot. Com. Inc*, donde se establecieron tres niveles de vinculación¹⁷⁰¹:

- a) si el demandado contrata vía Internet con residentes de otra jurisdicción mediante el envío de archivos y mensajes de computadora, puede ser citado ante tribunales foráneos;
- b) en el otro extremo, si el demandado sólo aloja información disponible para todos los interesados, no está abierta la jurisdicción personal;
- c) una situación intermedia es la de los sitios interactivos donde el usuario puede intercambiar información con el servidor que aloja el sitio. En estos casos la jurisdicción se abrirá dependiendo del examen del nivel de interactividad y la naturaleza comercial del intercambio de información que ocurre en el sitio Web.

Según este fallo, no alcanza con que un demandado opere un sitio Web y tenga contacto con la jurisdicción del demandante, sino que, además, debe alcanzar un adecuado nivel de actividad económica. Dondequiera que el demandado se someta voluntariamente a recibir los be-

¹⁷⁰¹ 952 F.Sups.1119 (W.D.Pa. 1997)

neficios y responsabilidades de la jurisdicción, puede ser compelido en juicio, aún cuando hubiere prorrogado la jurisdicción¹⁷⁰².

b) La jurisdicción vinculada a la actividad del proveedor demandado

Otro aspecto analizado por la jurisprudencia norteamericana para asignar jurisdicción a los jueces del domicilio es la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados. No es lo mismo publicar información falsa, dañar la imagen u operaciones que implican entrega de bienes y servicios; tampoco lo será la existencia de un daño real o meramente potencial. En el caso de la imagen o de datos agraviantes, que pueden ser puestos a disposición de 6.700 millones de personas en un solo acto, el riesgo para el titular del sitio es distinto a cuando envía mercaderías. No será la misma jurisdicción para daños potenciales en los que no se conoce la ubicación geográfica del destinatario que para aquellas situaciones en que se desarrolla una actividad comercial o conexas, más intensa que la simple disposición de datos¹⁷⁰³.

Así se llegó a distinguir, por una parte, entre los sitios Web pasivos de los interactivos, y por otra, aquellos criterios en los que el contacto con el foro se combina con otros aspectos no relacionados con la red, como los envíos de correos electrónicos, publicidad gráfica o mercaderías. No cabe duda de que si una persona física o jurídica desarrolla actividad comercial con residentes de otra jurisdicción se la puede juzgar allí. De este modo, combinando los distintos contactos y daños potenciales con los reales se puede otorgar jurisdicción, luego de efectuar un juicio prudencial en el caso concreto.

¹⁷⁰² Cfr. MAZZOTTA, Francesco, "A guide to e-commerce...", p. 261. CARRIZO ADRIS, "La determinación del juez competente...", p. 1319.

¹⁷⁰³ Aunque a lo largo del trabajo he hecho comentarios aislados, no es posible profundizar en el asunto referido a la adaptación o insuficiencia del Derecho Internacional Privado —y de la jurisdicción internacional en particular— en el ámbito digital. Para una detallada discusión, cfr. SCHIFF BERMAN, "The globalization of jurisdiction", p. 367 y ss., donde presenta las posibles respuestas argumentadas hasta el momento.

El concepto pareciera similar al requerido por el Reglamento 44/2001: “cuando la otra parte contratante *ejerciere actividades comerciales* o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, *dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro*”. Sin embargo, aunque los conflictos marcarios o de nombres de dominio no son equiparables a los derivados de la protección de consumidor, los lineamientos del “Zippo-test” son útiles para asignar la jurisdicción domiciliaria del consumidor¹⁷⁰⁴.

De esta manera, puede considerarse una actividad dirigida a contratar con consumidores argentinos, el envío de correos electrónicos a direcciones de e-mail finalizadas con el sufijo “.ar”. Suponiendo que estuviera vigente el criterio del *forum domicilii*, el problema se puede presentar si el mail es recibido por un consumidor argentino en su domicilio foráneo, por ejemplo Brasil. No pareciera que, en este caso, el proveedor pueda ser demandado en Brasil, cuando dirigió sus negocios a consumidores supuestamente domiciliados en Argentina¹⁷⁰⁵.

En definitiva, la distinción entre recursos pasivos e interactivos es práctica a los fines de otorgar jurisdicción a los jueces del foro. Los primeros son aquellos que simplemente involucran intercambio de información sin provocar la contratación, mientras que los segundos provocan la aproximación entre usuarios y promueven la contratación de modo efectivo. Habría jurisdicción competente en todos aquellos territorios en que se hacen presentes los recursos interactivos¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁴ Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, p. 676-678. También VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 378-380.

¹⁷⁰⁵ Distinto y mucho más dificultoso es utilizar este criterio localizador si la publicidad se dirige a un consumidor que utiliza un correo con el sufijo “.com”, ya que potencialmente puede estar localizado en cualquier lugar del mundo. Algo similar puede ocurrir con el idioma de la transacción. Parece sencillo determinar la jurisdicción brasileña si la página Web o los clientes se expresan en portugués y el sufijo es “.br”. Más difícil resulta si utilizan el inglés, ya que el lenguaje se ha tornado cosmopolita. Cfr. ØREN, “International jurisdiction...”, pp. 688-690.

¹⁷⁰⁶ Cfr. BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2000, p. 149; KESAN, Jay “Personal Jurisdiction in Cyberspace...”, párr. B. Así, por ejemplo, fueron competentes los tribunales de Minnesota sobre un sitio Web gestionado por una empresa de Nevada y con el servi-

En otros casos no resulta tan claro que se pueda juzgar al demandado en otras jurisdicciones, como en el fallo de la Suprema Corte de California: *Pavlovich v. Superior Court*¹⁷⁰⁷. Allí la mayoría, por 4 votos contra 3, resolvió una denegación de competencia a favor de un ingeniero informático residente en Texas, que había colocado en un sitio pasivo localizado en un servidor de Texas un software que permitía descifrar los códigos de resguardo de la tecnología DVD. La asociación creada por la industria del DVD, licenciante de la tecnología, con domicilio en California, le inició juicio por violar secretos comerciales e infringir derechos de autor, al haber utilizado ingeniería reversa para publicitar los códigos de encriptamiento de los DVD. El Tribunal Supremo de California resolvió que no podía juzgar allí a un residente de otro Estado que administraba un sitio pasivo en un Estado distinto a California, aunque allí causara daños.

El tribunal consideró que faltaba la intencionalidad del demandado en buscar los beneficios del foro, y no era suficiente una conexión fortuita, aleatoria o contactos débiles, por la actividad unilateral de la otra parte o de una tercera persona. Se requiere —además de que la actividad esté expresamente dirigida a ese Estado—, que el demandado anticipe que allí puede ser juzgado. La mayoría consideró que el demandante no tenía suficiente evidencia de que el demandado hubiera dirigido expresamente su conducta dañosa de manera intencional hacia California. Por el contrario, la minoría entendió que en virtud de la alta concentración de la industria cinematográfica y electrónica, verdadera damnificada por la conducta dañosa de Pavlovich, existen *minimum contacts* suficientes con California para juzgarlo allí.

dor instalado en Belice. Se trataba de propuestas de juego o *gambling* ilícito en Minnesota. No sirvió de eximente de responsabilidad la advertencia a los consumidores en cuanto a que debían verificar si en su domicilio estaba permitido el juego en Internet. *Minnesota v. Granite Gate Resorts Inc.*, 568 NW 2nd 715.

¹⁷⁰⁷ *Matthew Pavlovich v. The Superior Court of Santa Clara County S100809*, de noviembre de 2002. Puede consultarse en www.eff.org

En resumen, los proveedores pueden ser demandados en el domicilio del consumidor, si el empresario dirigió hacia allí sus actividades, pretendiendo obtener allí los beneficios económicos¹⁷⁰⁸.

VII. F. CRITERIOS REALES Y PATRIMONIALES

VII. F. 1. Foro internacional del patrimonio

El foro del patrimonio es aquel vinculado a materias que no son de estricto carácter real, pero tienen contacto con el lugar de localización de los bienes. Un supuesto importante de relación patrimonial-real es la que nace del contrato de seguro, en razón de que la jurisdicción también se puede determinar por el lugar de situación o registro de los bienes asegurados. La relación entre el asegurado y asegurador es creditoria, pero está ligada al patrimonio sujeto a riesgo, objeto mediato del contrato. Por eso uno de los caracteres definitorios del contrato de seguro multinacional está dado por el hecho de que un interés asegurable localizado en determinado país es asegurado en una plaza extranjera; es decir, por una compañía aseguradora con domicilio y que ejerce su actividad en el extranjero. Si bien el principal criterio localizador está dado por el domicilio de la empresa aseguradora, ya que allí es donde asume el riesgo, también es posible fijar la relación en virtud de la ley de situación del interés asegurable (*lex rei sitae* o *lex personam sitae*)¹⁷⁰⁹. Aquí

¹⁷⁰⁸ Son todas concreciones del ya referido "Zippo test". Cfr. SCHIFF BERMAN, "The Globalization of Jurisdiction", p. 409 y ss. y jurisprudencia concordante de la nota 427.

¹⁷⁰⁹ Cfr. OYARZABAL, Mario, *El contrato de seguro multinacional*, Ábaco, 1998, pp. 36 y 37. Este autor distingue el *jus in re*, aplicable a la cosa asegurada, del *ius ad rem*, referido al interés sobre la cosa asegurada. El objeto del contrato es este interés. De aquí que distinga la localización del riesgo, de aquella correspondiente a la del contrato de seguro. El Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Comercial Terrestre Internacional, en sus arts. 12 y 13, distingue entre los seguros terrestres y sobre la vida; los primeros, se rigen por la ley y son competentes los tribunales del lugar de los bienes al momento de la celebración del contrato; los segundos, los del domicilio de la compañía aseguradora, con diversas opciones a favor del asegurado.

suelen resultar coincidentes el domicilio del asegurador, el del asegurado y el de situación de los bienes.

El asunto es relevante, desde el momento que la actividad aseguradora está reglamentada en muchos casos mediante normas de policía. Estas pueden referirse tanto a la reserva de mercado para las compañías locales como al resguardo del contratante mediante la aplicación de controles estatales sobre la actividad (ley 12.988). Los intereses asegurables reservados a empresas argentinas, incluyendo a las extranjeras con sucursales en el país, son los bienes inmuebles o muebles con situación permanente, las personas, daños, etc., mencionados en el art. 2 de la ley 12.988¹⁷¹⁰. Así, si el contrato fuera celebrado en violación al ordenamiento contratando seguros de vida en plazas extranjeras, la nulidad puede acarrear luego un problema de indefensión para el consumidor que se sustrajo a la prohibición¹⁷¹¹. Si bien la compañía aseguradora no podría alegar la nulidad invocando su propia torpeza, el juez de todos modos debe declarar la nulidad de oficio. Me parece, de todos modos, que el consumidor queda a salvo de esta situación si la aseguradora extranjera engañó o brindó información falaz, creando la apariencia de validez del contrato de seguro. Adicionalmente, queda siempre a salvo la garantía de defensa en juicio del art. 18 CN, o la virtual declaración de abusividad de una cláusula prorrogatoria.

En el caso de la actividad aseguradora, la elección de los tribunales se mira más restrictivamente en el orden internacional que en el interno. Así, la Ley 17.418 de Seguros, en su art. 16, permite la prórroga en los contratos puramente internos. Por el contrario, el art. 2 inc. 8 del Protocolo de Buenos Aires no admite la cláusula prorrogatoria¹⁷¹². Sin

¹⁷¹⁰ Cfr. OYARZABAL, *El contrato de seguro multinacional*, pp. 121-129.

¹⁷¹¹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 433-435, donde transcribe y comenta el fallo Pellegrini, Carlos D. c. Acedra S.A., CNCom, Sala B, publicado también en ED 88-404.

¹⁷¹² Cabe aclarar que la exclusión se debe a que el Protocolo excluye a los seguros de su ámbito de aplicación. Distinto es el supuesto de la actividad reaseguradora o aquellos contratos propios de la actividad de las grandes empresas. Cfr. NAJURIETA, "Prórroga abusiva...", pp. 304 y 306. También, respecto de la actividad reaseguradora, típicamente comercial e internacional, cfr. NOODT TAQUELA, María Blanca, "Jurisdicción internacional y

embargo, los riesgos se minimizan cuando la compañía aseguradora puede ser demandada en el domicilio de la sucursal o agencia, como indica el art. 6 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y art. 13 del respectivo de 1940, ya citado. A la misma conclusión se arriba si se considera como domicilio de la compañía aseguradora extranjera demandada pero con sucursal en el domicilio del consumidor, al “lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen” (art. 10 Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940)¹⁷¹³.

Un caso particular tratándose de conflictos con consumidores es el criterio jurisdiccional basado en el lugar donde el proveedor responsable tiene bienes. Si bien se trata de una jurisdicción normalmente considerada exorbitante, la situación puede ser diferente en los conflictos con parte débil¹⁷¹⁴. En este sentido, se puede mencionar la sede de la casa matriz u otra sucursal del proveedor, distinta a la que estableció la relación de consumo. Cuando el demandado es el proveedor transfronterizo, es posible que su domicilio —entendido de modo amplio—, corresponda a una sucursal o establecimiento ligado al caso; sin embargo, el patrimonio principal puede estar localizado en otro territorio, asiento de la casa matriz. El reclamo principal contra la sucursal probablemente insolvente, para no resultar infructuoso, deberá triunfar en el ejercicio de la teoría del corrimiento del velo societario, la que es considerada de modo diverso por los distintos Estados¹⁷¹⁵. Para sortear este posible escollo desde el primer momento, puede ser útil plantear la demanda conjuntamente en el domicilio de la sucursal y en el asiento de la matriz, especialmente si los importes reclamados son importantes.

derecho aplicable al reaseguro en la Argentina”, *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, 1999, pp. 727-764.

¹⁷¹³ “El concepto de ‘realización de operaciones’ constituye una ‘noción de la vida común’. Pueden considerarse incluidas todo tipo de operaciones realizadas por representantes o agentes de la compañía aseguradora que implique la búsqueda de clientes y la conclusión y firma de contratos en calidad de mandatario en un Estado diferente de aquel del domicilio de la sociedad”. OYARZABAL, *El contrato de seguro multinacional*, p. 83.

¹⁷¹⁴ Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, p. 76.

¹⁷¹⁵ Cfr. FAWCETT, “Products Liability...”, pp. 59-60.

VII. F. 2. Lugar de asiento de los bienes

Las conexiones reales son aquellas determinaciones jurisdiccionales relacionadas a ciertos bienes y su localización. Reservamos este punto para las situaciones de estricto carácter real, a diferencia del anterior, que resultaba de una relación personal patrimonial¹⁷¹⁶. Si se trata de una relación real, del derecho vinculado a una cosa (cfr. lo dicho en cuanto a las relaciones de consumo reales, p. 558 y ss.), será competente el juez del lugar de su situación¹⁷¹⁷. Para las normas de fuente interna (arts. 10 y 11 CC) esta jurisdicción incluiría tanto los inmuebles como los muebles de situación permanente: sede del banco donde se registran las cuentas bancarias, lugar de ubicación de los servidores de Internet, domicilio de la bolsa de valores donde están registrados los títulos representativos de deuda o de participación, etc. No funciona así en otras fuentes, como los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, que no hacen esta distinción.

Por lo general tenderá a ser una jurisdicción exclusiva, pero siempre se deberá distinguir, por una parte, la relación convencional que da origen a la relación real, y luego, la relación real en sí misma. De aquí que también se deberá prestar atención a los reclamos sobre la cosa, de aquellos que corresponden a relaciones creditorias que dimanen de aquella relación real (cfr. supra, p. 275 y ss.)¹⁷¹⁸. En este tipo de localiza-

¹⁷¹⁶ Para determinar la competencia de los tribunales argentinos, se aplica por analogía al caso internacional el criterio que establece el art. 5 del CPCyCN para casos internos: "1º cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el del lugar donde esté situada la cosa litigiosa (...). La misma regla regirá respecto de las acciones posesorias, interdictos, restricción y límites del dominio, medianería, declarativa de la prescripción adquisitiva, mensura y deslinde y división de condominio".

¹⁷¹⁷ Cfr. SOTO, "El orden público y las relaciones de consumo...", p. 394. En el orden interno, corresponde aplicar el art. 10 del CC, que a través de la norma de policía que establece la exclusiva aplicación del derecho nacional, también asegura la jurisdicción de los tribunales argentinos. Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, pp. 239-241.

¹⁷¹⁸ A modo de ejemplo, aunque no se refiere a un caso vinculado al sistema protectorio, la jurisprudencia resolvió que la ejecución de una hipoteca y una prenda con registro debían tramitarse ante el lugar de asiento de los bienes y registro de los gravámenes (Bahía Blanca). Sin embargo, esto no afecta la jurisdicción pactada para los litigios derivados del contrato de préstamo (Nueva York), al que la hipoteca y prenda resultaban accesorios en función de garantía. La falta de pago del crédito tramitará en el lugar

ciones resulta frecuente la identidad entre la ley aplicable y el tribunal competente. Si el contrato tiene por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de uso y goce de un inmueble, los vínculos más estrechos se refieren al lugar de situación, es decir con el Estado en que éste se asienta. De este modo, se pretende favorecer que se aplique la misma ley a los aspectos contractuales y reales del inmueble.

a) *Los tiempos compartidos o timesharing*

La utilización de inmuebles mediante los denominados ‘tiempos compartidos’ reviste distintas modalidades, de allí que no se pueda definir su concepto de modo unívoco, como tampoco su naturaleza jurídica¹⁷¹⁹. A modo de ejemplo, la Directiva Europea, y a los solos de fines de establecer su propio ámbito de aplicación, los designa en su art. 2 como aquel “contrato o grupo de contratos celebrado para un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana”. De allí que no haya pretendido regular de modo uniforme la institución sino proteger al consumidor cualquiera sea la configuración del negocio¹⁷²⁰.

pactado al momento del préstamo, para luego ejecutar las garantías en el *forum rei sitae*. Cám. 1a. Civ. y Com., Bahía Blanca, sala I, 10/08/82, Narbaitz, Guillermo y Cía S.C.A. y otros c. Citibank N.A.,. Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, pp. 546-561. “Si la acción es personal o real depende e la *lex fori*. Para dirimir si se ha entablado una acción u otra no parece posible aplicar otra ley”. *Ibidem.*, p. 561.

¹⁷¹⁹ De modo general sobre este tema, en el derecho argentino y con referencias al derecho comparado, cfr. TRANCHINI, Marcela, “Sistemas turísticos de tiempo compartido. Ley 26.356”, LL 2008-C, 1171-1189; COSSARI, Nelson G.A., “Tiempo compartido. Impacto de la ley 26.356 sobre el sistema de Derechos Reales”, LL 2008-F, 1266-1277; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26.361”, JA 2008-II, 1261-1271.

¹⁷²⁰ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre el derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, publicada en DO n° L 280 de 29/10/1994 pp. 83-87.

La práctica ha adoptado distintas modalidades. Una primera, denominada multipropiedad, implica la adquisición de una cuota indivisa de la propiedad de una unidad funcional o departamento. Incluye el mobiliario y derecho recibir servicios de limpieza, seguridad, etc. Luego, el denominado *club trustee*, por la que el consumidor participa de la membresía de un club, como derecho personal nominativo transferible. Los socios depositan el certificado de pertenencia en manos de un tercero que organiza el emprendimiento, de modo de facilitar que todos puedan disponer de los servicios en los momentos previstos. En tercer lugar, existe la posibilidad de que la organización se constituya como sociedad comercial, de modo que cada uno de los turistas será accionista de la empresa, a razón de una acción por cada semana de disfrute que le corresponda¹⁷²¹.

Esto plantea un problema de calificaciones, referido a la calidad de la cosa y por tanto del derecho que tiene su titular —real o personal—, especialmente cuando hay otras prestaciones asociadas al disfrute del bien que resultan de gran relevancia. La variedad de regímenes jurídicos existentes en cada jurisdicción dificulta desentrañar los aspectos puramente inmobiliarios del negocio, que son aquellos que justifican el factor de atractividad del *forum rei sitae*. Más difícil es la situación cuando el funcionamiento del negocio complejo implica el disfrute de múltiples e indeterminados inmuebles, en distintos territorios¹⁷²².

En nuestro país, el art. 10 del CC indica que las leyes argentinas rigen la calidad de inmuebles (o no) respecto de los bienes situados en el país¹⁷²³. La reserva que hace cada Estado de la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad, está vinculada a la sobera-

¹⁷²¹ Cfr. AURIOLAS MARTÍN, *Introducción al derecho turístico*, pp. 82 y 83.

¹⁷²² En el ámbito internacional, ver la reseña legislativa comparada de DOWNES, Noemí, *Los contratos internacionales de timesharing*, pp. 31-84.

¹⁷²³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, pp. 270-271. La determinación de que un bien situado en Argentina no reviste calidad de inmueble, hace aplicable el art. 11, que distingue entre las cosas que tienen situación permanente y no serán transportadas, de aquellas que la persona lleva consigo o que son trasladadas a otro país. Estas últimas se regirán por el derecho del domicilio del dueño.

nía estatal, debido a que un inmueble es una parte de su territorio¹⁷²⁴. Por tanto, las leyes argentinas rigen sólo los inmuebles locales, y su soberanía coexiste con las potestades de otros Estados respecto de los inmuebles que conforman sus respectivos territorios¹⁷²⁵.

Por tanto, cómo se estructurará la propiedad correspondiente a cada contratante de tiempo compartido, y si existe efectivamente tal derecho y las condiciones de su adquisición, tanto de forma como sustanciales, y las potestades que de allí se derivan, serán reguladas por el Estado de situación del inmueble sujeto a ese régimen¹⁷²⁶. Así, en Argentina, donde rige el sistema de *numerus clausus* (arts. 2502 y 2503 CC), el derecho real de tiempo compartido, para existir como tal y adaptarse a la modalidad negocial de práctica, requería de una regulación especial. Sin embargo, la Ley 26.356 dejó libertad al organizador en cuanto a cómo estructurar el sistema, sin hacer hincapié en la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten sino en la protección de los inter-

¹⁷²⁴ Cfr. notas de VÉLEZ SARSFIELD a los arts. 2507 y 3283 del CC.

¹⁷²⁵ GOLDSCHMIDT explica que el CC no regula el derecho aplicable ni la jurisdicción respecto de los inmuebles 'no argentinos', ya que es unilateral. La orfandad puede generar problemas en lo relativo a acciones personales que determinan, por ejemplo, la indemnización por incumplimiento del vendedor respecto de un fundo ubicado en el extranjero. La lógica solución será aplicar la ley de situación del bien, pero no por analogía sino por recurso a los principios generales. Cfr. *Derecho Internacional Privado*, p. 272. Estos principios están enunciados, por ejemplo, en el art. 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: "Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles".

¹⁷²⁶ Concretando su desacuerdo con el efecto expansionista y para delimitar sus efectos, GOLDSCHMIDT dice: "Si, por ejemplo, se declara que la propiedad sobre un inmueble se rige por el derecho del país de su situación, se desea establecer que este derecho señalará qué extensión tiene el derecho de propiedad y cuáles son los modos de adquirirlos, verbigracia, si hace falta entrega de la posesión, si ésta se presume habiendo escritura pública y, sobre todo, si es necesaria una inscripción en el Registro de Propiedad y qué alcance reviste. La norma no concierne, en cambio, a las capacidades de derecho y de hecho para llevar a efecto contratos dispositivos, y menos aún causales. Tampoco enfoca la forma del contrato dispositivo; pero ya sabemos que la ley de de la situación indicará la necesidad o la excención de una forma. La norma no se refiere en absoluto, por último, al contrato causal, por ejemplo, a la compraventa, en virtud del cual el enajenante está obligado a realizar el modo". GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p.268.

eses de los usuarios¹⁷²⁷. De aquí que en cada caso particular habrá que atenerse al contrato particular para desentrañar su sustancia¹⁷²⁸.

Algunos de los derechos del consumidor pueden considerarse reales y por tanto oponibles *erga omnes*, y otros sólo personales, y por tanto válidos *inter partes*. En este sentido es interesante el fallo que comenta FERNÁNDEZ ARROYO, vinculado a un contrato de tiempo compartido celebrado y referido a bienes sitos en la UE¹⁷²⁹. El caso Klein contempla el supuesto en el que un matrimonio alemán negoció un convenio complejo que incluía tanto la asociación a un club, la vinculación a una sociedad comercial y el derecho de disfrute de una semana al año de un departamento en un complejo turístico de Grecia. Los señores Klein iniciaron el reclamo en su domicilio, Dortmund, Alemania; la jurisdicción se justificaba tanto por tratarse del domicilio de los consumidores como por ser el lugar de cumplimiento de la obligación reclamada (la restitución del pago) arts. 13, 14 y 5.1 del Convenio de Bruselas, respectivamente. La empresa, Rhodos, excepciona la competencia en virtud de que tratándose de un contrato de arrendamiento de inmueble, correspondía entenderlos los tribunales griegos (art. 16 del mismo Convenio). El Tribunal finalmente indica que por tratarse de un supuesto de invalidez del contrato y no referido a las obligaciones y derechos derivados del mismo, será competente la jurisdicción domiciliaria de los consumidores, y no el foro exclusivo de situación del inmueble¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ En nuestro país tampoco hay acuerdo en cuanto a la naturaleza real del derecho de tiempo compartido, dependiendo la caracterización de la modalidad que adopte el organizador. Cfr. TRANCHINI, "Sistemas turísticos de tiempo compartido", p. 1173.

¹⁷²⁸ Cfr. COSSARI, "Tiempos compartidos...", pp. 1273-1274.

¹⁷²⁹ Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "Complicaciones europeas en torno a la jurisdicción internacional exclusiva en materia inmobiliaria", www.ElDial.com suplemento de Derecho Internacional Privado, de 30 de junio de 2006. El caso es TJCE (Sala Primera), 13 de octubre de 2005, asunto C-73/04 Brigitte y Marcus Klein contra Rhodos Management Ltd.

¹⁷³⁰ "El artículo 16, número 1, letra a), [del Convenio de Bruselas], (...) debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y

b) *Contratos de locación y leasing*

En el mismo sentido que el acápite anterior, en un contrato internacional de *leasing* mobiliario debemos distinguir las obligaciones vinculadas al fabricante o vendedor, de aquellas correspondientes a la sociedad de *leasing* que financia la operación. La relación real estará dada por el lugar de situación de los bienes al momento de ser entregados, o bien al lugar de uso y goce cuando el consumidor esté limitado a un territorio concreto, ya que para que el *leasing* tenga características de internacionalidad, las partes deben domiciliarse en diferentes Estados¹⁷³¹.

Si bien se trata de una operación unitaria, con una finalidad económica y financiera precisa, hay que localizar las obligaciones y derechos resultantes frente a las potencialmente múltiples partes intervinientes; la unidad económica esconde una realidad jurídica compleja¹⁷³². Esta última figura no debe confundirse con los contratos de *leasing* operativo, asimilables al *renting* o locación, donde el mismo propietario del bien es quien eventualmente cobrará los cánones¹⁷³³.

prevé la afiliación de sus socios a una organización en la que pueden intercambiar sus derechos de utilización”.

¹⁷³¹ El contrato de leasing internacional, de acuerdo a la Convención de Ottawa sobre arrendamiento financiero ("leasing"), del 28 de mayo de 1988, es aquel en que el arrendador, el arrendatario o el proveedor tienen domicilio en diferentes Estados parte (art. 1.1). Por el art. 1.4 se excluye de su ámbito de aplicación aquellas operaciones en que los bienes se destinan a un uso personal, familiar o doméstico. Los aspectos referidos a los bienes, especialmente derivados de los derechos reales, deberán regirse por la ley del lugar de situación. Entre otros aspectos, la publicidad de los actos, de modo que el arrendador pueda oponer su derecho frente a los acreedores del arrendatario (art. 7.5). Cuando se trate de bienes muebles, los derechos estarán sometidos al establecimiento principal del arrendatario. En cuanto a la internacionalidad del contrato, y distintos supuestos que distinguen el *leasing* de la compraventa destinada a dar ejecución al primero, cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing...*, p. 95 y ss.

¹⁷³² Cfr. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing...*, p. 25 y ss. Esta complejidad es mayor cuando el dador se hace cargo de obligaciones de mantenimiento, servicios o entrega de accesorios. Cfr. art. 7 de la Ley 25.248 de Contrato de Leasing.

¹⁷³³ En nuestro derecho, se puede observar un ejemplo de esta diversidad de responsabilidades en el juego de los arts. 5 y 6 de la Ley de Leasing. Si el dador es simultáneamente fabricante, importador, constructor o vendedor, no se puede liberar de las garantías de evicción o vicios redhibitorios; sin embargo, cuando el dador adquirió el bien

En el marco de la UE ya hemos mencionado en cuanto supuesto de conexidad al art. 6.4) del Reglamento 44/2001. Este permite al actor demandar en el *forum rei sitae* “si la acción pudiere acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, ante el tribunal del Estado miembro en el que estuviere sito el inmueble”. La alternativa de foros concurrentes a favor del demandante, se beneficia de una única sentencia, facilitando su ejecución. Algo similar ocurre con el art. 10 del mismo Reglamento, en las acciones derivadas de seguros relativos a inmuebles. El asegurado o damnificado podrá demandar al asegurador, además del foro donde se hubiera producido el daño, en aquel del lugar de situación de los bienes.

Estos foros resultan adecuados para un sistema protectorio, ya que presuponen una identidad entre el *forum rei sitae* y el *forum domicilii* del consumidor o el del domicilio del demandado. Y, de no ser así, quedan abiertos como concurrentes alternativos. El mismo principio se aplica en el art. 22 del Reglamento 44/2001, referido a las acciones derivadas de contratos de locación de inmuebles para un uso particular hasta un plazo máximo de seis meses. En este supuesto son competentes —junto con los del lugar de situación del inmueble— los tribunales del domicilio del locador, siempre que coincida con el del locatario. Se puede observar una adecuada asignación de foro ante conflictos vinculados al alquiler de viviendas para un uso turístico, como excepción al foro exclusivo. Suelen coincidir los domicilios de locador y locatario, aunque el contrato se refiera a bienes situados en un tercer Estado; es muy probable que las partes no tengan interés o sea irrelevante litigar en el país de asiento del inmueble.

Respecto del alquiler de automóviles, si bien el contrato tiene por objeto un bien mueble registrable, las obligaciones de las partes no se refieren a la propiedad sino al uso y goce. Para el consumidor los aspectos registrales no son relevantes, máxime cuando el vehículo podría ser alquilado con el fin de ser utilizado en distintas jurisdicciones. El *situs* de

del fabricante a instancias del tomador, es válida la cláusula de exención de responsabilidad referida a evicción y defectos de la cosa.

la relación entre la empresa de alquiler y el turista consumidor estará dado por el lugar donde el auto se pone a disposición (cumplimiento) o el domicilio de la empresa de alquiler (domicilio del demandado). En casi todos los casos será el lugar de destino en el extranjero del consumidor turista. Sin perjuicio de esto, todo cuanto se refiere a la celebración del contrato, el pago del precio u otro tipo de reclamos, deberá ser juzgado ante los tribunales competentes en virtud de la relación contractual, sin que tome relevancia el lugar de registro del bien.

c) Bienes muebles con situación permanente

La situación de acumulación de acciones o de concurrencia jurisdiccional es más frecuente en casos de bienes muebles, con o sin situación permanente. En el caso UBS, ya mencionado (cfr. *supra* p. 412), la jurisdicción argentina se justificó en razón de la existencia de una cuenta bancaria abierta en Buenos Aires. La situación era hartamente confusa: no estaba claramente determinada la capacidad del representante del Banco respecto a la presentación en juicios; el domicilio real de la matriz se encontraba en Zürich; la cláusula de prórroga tampoco era favorable al consumidor; la misma fue declarada inválida por discriminatoria del principio de igualdad ante la ley, al tener carácter exclusivo sólo para el consumidor. En conclusión, la jurisdicción local no se justificaba en relación al domicilio del demandado. Quedaba así abierta la posibilidad de establecer jurisdicciones concurrentes. De este modo, a fin de permitir el tratamiento judicial del caso, era lógico que se optara por uno de los lugares de cumplimiento, en este caso donde se encontraba abierta la cuenta y se realizó el depósito.

Un caso particular se presenta con los títulos representativos de deuda o de participación. Estos darán origen a derechos ligados a un lugar de emisión, que a su vez es donde suelen estar depositados, cotizan e intercambian, donde son pagaderos y donde deben ejercerse todas las acciones conservatorias. Debido a que estas condiciones de emisión y circulación se relacionan con un sistema estatal autorizativo y regulatorio, el lugar originario se puede considerar como su 'asiento' o *situs*.

Creemos es de aplicación el art. 33 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, por el cual los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Además, si llegado el caso que no se pudiera determinar el lugar de cumplimiento al momento en que los derechos nacen, los mismos serán localizados en el domicilio que tenía el deudor al momento de originarse la obligación. Sin duda, serán esos mismos jueces los que deberán entender en las causas originadas en esos títulos (art. 56 del mismo Tratado)¹⁷³⁴.

Sin embargo, en caso de relaciones de consumo, una vez más queda abierta la posibilidad de que las acciones referidas a un contrato de transmisión de derechos puedan ser ejercidas ante los jueces del domicilio del demandado, o del lugar de celebración del contrato, o bien de su ejecución. En estos supuestos, cuando el cumplimiento del contrato se refiera a la transferencia de los títulos, la efectividad de la transmisión se localizará en el lugar de su registro o emisión. A tal fin, es útil recordar la doctrina referida a las distintas alternativas que se presentan ante los contratos de cesión de derechos en general. Se deberá distinguir entre los conflictos referidos al derecho mismo objeto de la cesión, de aquellos relacionados con el cumplimiento, garantías u otras circunstancias entre cedente y cesionario¹⁷³⁵.

¹⁷³⁴ En un sentido similar el Art. 42 inc. 2 del Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado: “Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo de nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor”.

¹⁷³⁵ Analicé estos temas con mayor detalle anteriormente en SCHÖTZ, Gustavo, “Una introducción al estudio del *factoring* internacional en el MERCOSUR”, ED 186, 1218-1232. Resulta muy ilustrativo lo dicho por la CSJN en la causa Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres, de 26/12/1995: “[...] en esta materia debe distinguirse entre la ley que rige el negocio de cesión y la que rige la obligación cedida, que pueden o no coincidir”. (...) “De acuerdo a dicha doctrina, la ley que rige originalmente el crédito cedido —y no, la ley del contrato de cesión— determina las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor” (considerando 23). Se trata de distinguir entre el derecho aplicable a la validez y oponibilidad del contrato de cesión —en este caso de derechos litigiosos—, de aquel aplicable a la forma por la cual se celebró el contrato, en virtud del principio *locus regit actum*.

Así, en una emisión de certificados de participación de deuda, ante el impago se puede ir contra el deudor o bien contra la institución financiera que administra o coloca los títulos. Las jurisdicciones pueden ser diferentes, también dependiendo de cuál sea la causa del reclamo. El *situs* propio del crédito es aquel donde debe ser pagado, o el derecho transferido o ejecutado¹⁷³⁶. Lo normal será que la jurisdicción corresponda al lugar donde la obligación deba ser honrada.

En definitiva, en un esquema de protección del consumidor, resulta conveniente que los foros exclusivos derivados de la situación de los bienes sean balanceados mediante la existencia de otros foros. Estos podrán ser concurrentes alternativos o subsidiarios. Por tanto, para actuar en consonancia con el principio protectorio, los foros exclusivos deberán ser interpretados restrictivamente. La razón de ser de la exclusividad, la particular política pública involucrada, deberá balancearse con otra política pública: la protección de la parte débil.

VII. G. CRITERIOS CONDUCTISTAS

VII. G. 1. Lugar de celebración

Se puede adelantar —de modo general—, que la conexión jurisdiccional “lugar de celebración” no goza de particular atractivo para la doctrina y legislación comparada debido a la ausencia de vínculo estrecho entre la causa y el foro. En la relación jurídica interesan más los efectos del contrato que su forma extrínseca¹⁷³⁷. De todas maneras, en el ámbito protectorio internacional dicha conexión resulta relevante cuando los proveedores dirigen las actividades comerciales hacia los consumidores domiciliados en el extranjero. Más aún: cuando el lugar de celebración

¹⁷³⁶ Para el caso de las participaciones societarias, el Art. 42 inc. 3 del Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado establece que “Los títulos representativos de acciones u obligaciones societarias se reputarán situados en el lugar de la constitución de la sociedad que los emitió”.

¹⁷³⁷ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 63.

se acumula con otros contactos, como el de cumplimiento o el domicilio del consumidor, actúa como refuerzo de estos últimos¹⁷³⁸.

El problema del lugar de celebración como punto de contacto está dado porque —por lo general— los profesionales emiten invitaciones a ofertar; si así fuera, el lugar de conclusión siempre será el del domicilio del profesional. Por otra parte, la determinación del “lugar donde el contrato es concluido” puede depender de reglas sustantivas, variables de uno a otro ordenamiento¹⁷³⁹. El profesional puede indicar por sí mismo ese lugar al estructurar la transacción, estableciendo cómo debe ser aprobada la operación, o cuál es el valor o efecto de la aceptación dada por el cliente o por él mismo¹⁷⁴⁰.

Por este motivo, resulta satisfactoria la conexión prevista en el art 22 inc. 4 de la LOPJ: “En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes (...) cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato...”. Cabe aclarar que la primera expresión, la “celebración del contrato”, parece ser insuficiente en cuanto contacto autónomo, ya que debe añadirse la oferta personal o la pu-

¹⁷³⁸ Así, por ejemplo, en la Conferencia que discutió la Convención de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, se había logrado consenso en cuanto a excluir este criterio de competencia debido a la consideración de que el lugar donde se firma un contrato puede ser de carácter puramente accidental, y si no hay otros factores de conexión, por sí mismo no será suficiente para atribuir jurisdicción. Cfr. NYGH y POGAR, *Report of the Special Commission...*, p. 79. La versión final de la Propuesta de CIDIP VII establece que si bien será aplicable el derecho del domicilio del consumidor, este último debe entenderse como la residencia habitual al momento de celebrarse el contrato. De esta manera la conexión “lugar de celebración” resulta adoptada sólo de modo indirecto: en la medida que coincida con el domicilio, que es el contacto valorativamente orientado que se eligió de modo preferente en la redacción de la Draft Convention.

¹⁷³⁹ En este sentido, el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, en su art. 42 prevé que “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”. Por tanto, si la publicidad fuera considerada una invitación a ofertar, y la propuesta del consumidor es efectivamente una oferta, el contrato queda concluido en el domicilio del consumidor. Es crítica respecto de esta conexión en contratos con consumidores, de ARAUJO, “Contratos internacionales e consumidores nas Américas e no Mercosul...”, p. 148.

¹⁷⁴⁰ Cfr. VON MEHREN, “La Conferencia de La Haya...”, p. 50.

blicidad. En cuanto a la segunda alternativa, “llevar a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración”, es de gran amplitud; tanto que ha recibido críticas de la doctrina, ya que en su latitud abarcaría una amplísima cantidad de situaciones¹⁷⁴¹.

La actividad publicitaria previa a la celebración del contrato es un elemento relevante en el derecho interno, ya que integra los términos de la oferta (arts. 7 y 8 LDC). Lo que no es tan seguro es que su fuerza vinculante se determine por la ley del domicilio del consumidor, aunque sí lo pueda ser en el país donde la oferta se emite. Si son coincidentes, la protección es completa. Si bien estos aspectos se refieren al régimen protectorio sustantivo, de todos modos resaltan la importancia de la protección domiciliaria coincidente con el lugar de celebración. De lo contrario, cuando la oferta es realizada de modo universal, como en Internet, difícilmente se le puedan aplicar los criterios del lugar de recepción de la publicidad. Qué se considere publicidad u oferta, o bien actos tendientes a o integrantes de la celebración, queda librado a la *lex fori*¹⁷⁴². Así, habrá que analizar si cumple con estos requisitos la oferta realizada por el sistema de compra telefónica o por catálogos, y utilizando cualquier medio de comunicación. En los contratos a distancia, Brasil, por ejemplo, aplica el derecho del lugar de emisión de la oferta, ya que

¹⁷⁴¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores...”, p. 19. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de Leyes...*, p. 91. Así, interpretado literalmente, si el consumidor llevó a cabo en España los actos necesarios para la celebración del contrato, pero el proveedor no dirigió allí sus ofertas ni publicidad, igual podría abrirse la jurisdicción española, lo que resulta excesivo y podría convertirse en un caso de foro exorbitante. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “Pluralidad de jurisdicciones...”, p. 53.

¹⁷⁴² En el derecho patrio, si la publicidad está dirigida a un grupo indeterminado de personas, obliga en sus propios términos. Pero eso no quiere decir que en sí misma sea una oferta. Puede faltar alguno de los elementos esenciales del contrato, como la determinación del sujeto o ser incompleta por faltar alguna especificación del objeto, o estar sujeta a la condición de “existir stock” o una previa calificación crediticia. Es lo que sucede con las pautas publicitarias televisivas que incluyen la leyenda “publicidad válida sólo en el territorio de la República Argentina”, aunque sean emitidas en una cadena de alcance universal o extraterritorial, como el cable o la señal satelital. Por lo general las aclaraciones tienen en vista limitar la validez espacial del precio y así facilitar la segmentación de mercados; pero también procuran establecer límites jurídicos a los efectos de la oferta: garantías, aspectos fiscales, lugar de entrega, etc.

ese es el lugar de celebración. Allí el principio general es que las obligaciones se rigen por la ley del país donde se constituyen¹⁷⁴³.

En definitiva, el lugar de celebración del contrato es un contacto jurisdiccional que puede presentar dificultades operativas, ya que el juez puede verse obligado a resolver cuestiones sustanciales antes de admitir la causa a juicio. Al no resultar evidente por sí mismo en todas las circunstancias, parece correcta la postura de limitar su ámbito de aplicación, o bien exigirse especiales cualificaciones, como la publicidad previa o actos preparatorios en el mismo lugar de celebración.

VII. G. 2. El lugar de celebración en el contexto digital

Las operaciones del *e-commerce* celebradas por consumidores constituyen un acuerdo común de voluntades destinado a reglar derechos. Sólo cambia el medio que se utiliza para prestar el consentimiento contractual. Es una modalidad particular que no desnaturaliza el sentido humano de la exteriorización de la voluntad; al menos mientras no se admita el consentimiento electrónico automatizado¹⁷⁴⁴. Sin embargo, de acuerdo al régimen vigente de fuente interna para los contratos en general, correspondiente a los arts. 1154 y siguientes del CC y 213 y 215 del CCom, puede resultar difícil establecer el lugar de celebración de los contratos electrónicos. Las categorías de tiempo y espacio que se utilizan tradicionalmente para determinar si estamos ante un contrato entre presentes o entre ausentes, y que han llevado a establecer los criterios

¹⁷⁴³ §2 del art. 9 del Código Civil Brasileiro: la obligación resultante de un contrato se considera constituida en el lugar donde reside el proponente.

¹⁷⁴⁴ Argumento de acuerdo al art. 35 de la LDC. “Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efective”. No se admitiría semejante consentimiento tácito para los consumidores.

de la expedición o la recepción y sus distintas combinaciones, pueden generar cierta confusión en el plano internacional y en Internet¹⁷⁴⁵.

En consecuencia, si una de las partes emite una oferta completa — el sitio oferente— y la otra manifiesta su asentimiento completando el formulario predispuesto, el contrato está celebrado, sin que interese la distancia temporal. Y si, por el contrario, el sitio emite una invitación a ofertar, la que luego es efectuada por el consumidor al enviar un formulario y se requiere la confirmación posterior del comerciante del sitio Web, el momento de celebración será este último, cuando confirma la operación, sin importar que posteriormente sea recibida o no la confirmación por el consumidor¹⁷⁴⁶. Para evitar estas dificultades, conviene soslayar la clasificación entre contratos entre presentes y entre ausentes, por cuanto esta distinción no brinda una solución satisfactoria, más aún cuando el punto de conexión “lugar de celebración” en los contratos internacionales es de aplicación residual, al menos para el sistema argentino de Derecho Internacional Privado¹⁷⁴⁷.

¹⁷⁴⁵ La distinción tradicional de contratos entre presentes y entre ausentes, con la consecuente aplicación de las teorías mencionadas, tenían sentido en otro contexto económico y tecnológico. En el pasado, la distancia física originaba una brecha temporal. Hoy día, al mediar muchas veces un intervalo de tiempo irrisorio a pesar de las enormes distancias físicas, debe prevalecer el factor tiempo al momento de establecer si se trata de contratos entre presentes o entre ausentes. Cfr. FRESNEDA SAIEG, Mónica, y HERNÁNDEZ, Carlos A, “La protección del consumidor en los contratos a distancia celebrados por medios informáticos”, RRCyS, Año III Nro. 5, Septiembre-Octubre de 2001, p. 69.

¹⁷⁴⁶ Para el análisis clásico de los principios de celebración entre presentes y entre ausentes, cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos, Parte General*, Ed. Zavallía, 4ª Edición, Buenos Aires, 1996, Tomo I, p. 210 y ss. En definitiva, lo que interesa no es tanto la distancia temporal o física, sino la “distancia jurídica” que existe entre las partes al momento de la emisión de las declaraciones (oferta y aceptación), lo que llevará a la aplicación de uno o varios regímenes jurídicos en armonía o contradicción. María Elsa UZAL agrega que el comercio internacional tiene hoy día como características estables la dilatación espacial y la contracción temporal. UZAL, María Elsa, “Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas de Internet”, 2004, ED 208, pp. 719-729, en 720.

¹⁷⁴⁷ Internet en general, y la contratación a distancia, en particular, afectan la jurisdicción desde la perspectiva de la tradicional ‘frontera’. Si la jurisdicción es el ámbito donde se ejerce soberanía y los Estados pueden regular la contratación en su territorio y ejercer imperio sobre su comunidad, este concepto resulta perimido. Debe elaborarse una nueva noción de ‘comunidad’ sobre quienes ejercer jurisdicción. Cfr. SCHIFF BERMAN, “The globalization of jurisdiction”, p. 324.

Fijar el lugar de celebración en el tipo de contratos que nos ocupa, coadyuva a establecer el ámbito de aplicación espacial del régimen protectorio. Se trata de determinar si prevalece como elemento localizador el domicilio del consumidor o el lugar de perfeccionamiento de la transacción, muchas veces coincidente con el domicilio del proveedor o incluso de un tercer Estado¹⁷⁴⁸. Como principio general, se deben evitar los conflictos móviles, a fin de otorgar certeza a la relación jurídica establecida y poder asignar indubitablemente la jurisdicción¹⁷⁴⁹.

En los contratos celebrados en la red generalmente se siguen al menos cuatro etapas, que a su vez pueden agrupar a otras: a) contacto entre proveedor y usuarios, que no implica necesariamente un contrato pero que puede generar la puesta en juego de otros aspectos, como los requisitos de una oferta, la publicidad comparativa o engañosa, la difamación, etc, o la mera navegación por sitios de acceso pasivos, en los cuales simplemente puede haber un intercambio de información o una puesta a disposición de información en beneficio de los usuarios; b) etapa de orden de la mercadería o el servicio; c) el pago; d) etapa de la entrega, que diferirá de acuerdo al tipo de negocio, pudiendo tratarse de actos únicos, sucesivos o continuados. Aún cuando cualquiera de estas

¹⁷⁴⁸ En la práctica, las declaraciones de los sitios Web son por lo general invitaciones a ofertar, no tanto por estar dirigidas a personas indeterminadas, lo cual no sería obstáculo para la emisión de una oferta (art. 7 LDC), sino por la falta de completividad y ánimo de obligarse.

¹⁷⁴⁹ En cuanto a las dificultades de localización del contrato y el Derecho aplicable dependiente del lugar de celebración o de otros puntos de conexión derivados de la relación jurídica postcontractual, puede consultarse el trabajo de GONZÁLEZ, César Daniel, "Comercio Electrónico. Enfoque legal. Perspectiva internacional", LL 2001-B, 1263. Allí se comentan dos casos. En el primero, en una causa impetrada en Alemania: Amazon.com fue demandada por vender *on line* libros prohibidos. En el caso no queda claro si quien infringe la normativa es Amazon.com por ofrecerlos y venderlos, el consumidor que los compra o la empresa de correos que hace la entrega en Alemania, para determinar quién cometió el ilícito. El segundo es la causa Desktop Technologies, Inc. v. Colorworks Reproduction & Design, Inc., en la que un tribunal de Pennsylvania no se consideró competente al establecer que en el sitio sólo se emitía publicidad y se lo calificó como publicidad pasiva. De ahí la complejidad de la localización del contrato, porque las relaciones generadas pueden ser muy diversas ante la facilidad para intercambiar información y otros bienes transfronteriza. Cfr. también UZAL, "Jurisdicción y derecho aplicable...", p. 724.

etapas revista ciertas particularidades, consideramos que se registrarán en términos generales por los principios básicos de la contratación¹⁷⁵⁰.

Parece razonable que en los casos de ausencia de regulación específica para contratos *online*, se adopte la presunción de que se aplicarán los mismos principios que para los contratos *offline*, otorgando a la tecnología un carácter neutral. Los aspectos relativos a la oferta y aceptación admitidos tradicionalmente en el derecho doméstico se pueden adaptar sin dificultad al ámbito del comercio electrónico¹⁷⁵¹. Se aplicarán, por tanto, los principios generales de los contratos, especialmente los referidos a los contratos de adhesión.

Los llamados *contracts performed entirely online* son aquellos donde tanto la celebración como la ejecución de sus prestaciones son *online*. Aquí las dificultades de localización son mayores¹⁷⁵². La mayor parte de estos contratos no son compraventas de mercaderías ni prestaciones de servicios, sino contratos de locación de espacio virtual, licencias de uso,

¹⁷⁵⁰ Los contratos a distancia conforman una subcategoría dentro de los contratos de consumo, que tiene como notas particulares: a) Iniciativa del vendedor, que está organizado y emite ofertas o invitaciones a ofertar; b) para esto utiliza técnicas de comunicación a distancia; y c) el contrato se celebra sin la presencia física simultánea de las partes. Cfr. FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ "La protección del consumidor en los contratos a distancia...", p. 65.

¹⁷⁵¹ SMITH, "The third industrial revolution...", p. 315 y ss. También BUGALLO MONTAÑO, *Internet...*, p. 47. En palabras de OYARZABAL, "[L]os desafíos creados por la revolución de la información no son nuevos. Son problemas de grado, no de sustancia. Tampoco los principios generales que regulan los conflictos de jurisdicciones han variado: la exigencia de un contacto razonable entre el caso o las partes y el foro, el derecho efectivo de acceso a la justicia y el equilibrio entre las partes. Ellos constituyen el fundamento de las normas de jurisdicción internacional y han de orientar siempre su interpretación y aplicación". Cfr. OYARZABAL, "Juez competente y contratos electrónicos...", p. 1011.

¹⁷⁵² Cfr. ØREN, "International jurisdiction...", p. 693. COX, "The extraterritorial enforcement...", p. 79. La Propuesta de CIDIP VII establece la presunción de que el lugar de celebración, en el caso del consumidor pasivo, es el domicilio de este, entendido como aquel informado en el contrato (art. 4.2). De aquí se podrá desprender que un proveedor, conociendo que le será aplicable el derecho del domicilio del consumidor, pueda limitar su campo de actividad comercial con ciertos y determinados Estados. La mera declaración del consumidor de su domicilio no elimina las incertidumbres, pero acota los riesgos. La presunción es *iuris tantum* y el proveedor podría demostrar que el consumidor contrató en un Estado distinto al de su domicilio. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 224-226.

cesiones temporales de derechos y de bienes de la propiedad intelectual o industrial. En algunos casos se envía información al consumidor y en otros éste la toma del servidor del prestador, generalmente mediante *downloading*. En consecuencia, el lugar de ejecución resulta incierto¹⁷⁵³.

Un ejemplo de estas dificultades se puede presentar cuando el consumidor celebra el contrato en un país distinto al de su domicilio. Pongamos por hipótesis que un turista argentino se traslada a Uruguay, allí se conecta a Internet, compra un bien mueble a un proveedor uruguayo, la recibe en su lugar de residencia transitoria, y finalmente regresa a su país (domicilio) con la cosa adquirida. Parecería excesivo que el proveedor uruguayo deba someterse luego al tribunal domiciliario del consumidor en Argentina. No dirigió su actividad a consumidores argentinos; incluso pudo haber limitado su área de negocios a su propio país¹⁷⁵⁴. Para este proveedor, el lugar de celebración será muy importante a los fines de limitar su responsabilidad. La situación es peor todavía si se trata de la provisión de servicios en línea o bienes inmateriales como las bases de datos, software o descarga de videos¹⁷⁵⁵.

Una solución a la que podemos echar mano frente a la falta de localización de las partes al momento de celebrar el contrato viene dada por las regulaciones locales de las “ventas domiciliarias” y “ventas por correspondencia” (arts. 32 y 33, respectivamente, de la LDC). Son aquellas ventas en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. Sin duda alguna los contratos celebrados en Internet se

¹⁷⁵³ Algunos autores, como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, consideran que estos contratos conforman un grupo especial respecto de los cuales se exige teleológicamente que la localización de la ejecución debe fijarse de modo ficticio en el país de la sede o residencia habitual del prestador del producto o servicio. Distinta es la situación cuando hay entrega de elementos físicos (*off line*), ya que en estos contratos las garantías por productos y otros aspectos contemplados en el sistema protectorio difícilmente puedan ser dejadas de lado, teniendo preeminencia el lugar de cumplimiento como elemento localizador. Cfr. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de Leyes...*, p. 52.

¹⁷⁵⁴ El ejemplo es una adaptación del que utiliza ØREN, “International jurisdiction...”, p. 674-675.

¹⁷⁵⁵ Cfr. COX, Noel, “The extraterritorial enforcement of consumer legislation and the challenge of the internet”, *Edinburgh Law Review*, Vol. 8 No. 1, 2004, pp. 60-83, en 79.

encuadran en esta definición¹⁷⁵⁶. La regulación específica para este tipo de contratos prevé que no se permite la publicación del número postal como domicilio; adicionalmente, el proveedor debe disponer de un domicilio físico. Si bien el *url* (localizador uniforme de recursos) no es un número postal, se puede interpretar perfectamente que estaría vedado para un sitio Web la falta de determinación de un domicilio estable, aún cuando la entrega de los bienes se realice electrónicamente¹⁷⁵⁷.

Esta solución no elimina las dificultades, ya que la normativa interna no impide que un proveedor extranjero omita el dato y así oculte su identidad y localización geográfica. Se ve con toda claridad la potencial incertidumbre que podría existir al momento de iniciar los reclamos. El *url* no coincidirá necesariamente con la denominación de la empresa con la que negocia el consumidor. Puede ser que éste no sepa exactamente a quién le está comprando ni el país de origen del sitio¹⁷⁵⁸.

Por mi parte, creo que ante la duda respecto de cuál es el lugar de celebración, se deberá aplicar el *in dubio pro consumptore*, con fundamento en la falta de información jurídica respecto de cuáles son los efectos que provoca la distancia o la multiplicidad de jurisdicciones involucradas. No se trata en este caso de interpretar la prueba del lugar de celebración del contrato de modo favorable, sino de la asignación de efectos jurisdiccionales en beneficio de aquel que de lo contrario podría quedar privado de un fuero protectorio. A tal fin, son muy recomendables los criterios localizadores de la Propuesta de CIDIP VII, que distingue entre los consumidores pasivos y activos. Los contratos celebrados

¹⁷⁵⁶ Ya hice mención a la difícil aplicación del derecho interno y su imperatividad respecto a la facultad revocatoria prevista en el art. 34 LDC. Cfr. p. 403 y ss.

¹⁷⁵⁷ Cfr. FRESNEDA SAIEG y HERNÁNDEZ, "La protección del consumidor en los contratos a distancia...", p. 69.

¹⁷⁵⁸ Concomitantemente, un defecto comprobado de los sitios Webes que muchas veces no advierten con suficiente antelación con qué países esa plataforma efectuará transacciones; llegado el momento de cerrar la operación, el consumidor se encuentra con la sorpresa de que el sitio no admite operaciones desde ese país. Cfr. "¿Debería Comprar? Compras online 2001: un estudio internacional comparativo sobre el comercio electrónico", *Consumers International*, septiembre de 2001, disponible electrónicamente en www.consumersinternational.org

por los primeros, se presume que el lugar de conclusión es la residencia habitual del consumidor. Por el contrario, en los casos que el consumidor se ha trasladado —turista, por ejemplo—, será el lugar donde consumidor o proveedor o profesional se encuentren físicamente presentes para la conclusión del contrato¹⁷⁵⁹.

La aplicación de los criterios localizadores adoptados por las organizaciones empresarias o las convenciones internacionales pueden resultar de ayuda. Si bien las operaciones de consumo quedan excluidas de su ámbito de referencia, se pueden utilizar esas pautas cuando resultan en beneficio del consumidor. Así quedó planteado *ut supra* (cfr. p. 317). De todos modos la utilidad de estos criterios es bien relativa. El art. 2 de la Convención de la CNUDMI sobre comercio electrónico excluye de su ámbito de aplicación los contratos con parte débil. El motivo principal radica que en los objetivos de esta Convención se considera de modo principalísimo la seguridad jurídica, a la que se llega mediante una serie de presunciones. Por ejemplo, la regla del art. 10, 2º párrafo, presume la recepción de una comunicación electrónica a partir del momento en que pueda ser recuperada por el destinatario; desde ya que la situación no es apropiada. Un particular puede leer su correo electrónico de modo esporádico; a veces es difícil distinguir entre ofertas y publicidad, amén del problema de los correos no solicitados o *spam*. No se les puede exigir a las personas que actúan con fines personales la misma diligencia que a los comerciantes¹⁷⁶⁰.

De todos modos, aunque la exclusión de la Convención aparece como absoluta, nada obsta para que el modo de tenerse por concluido un contrato en los términos allí previstos, pueda ser considerado un elemento indiciario de que el proveedor ha querido obligarse. No se le pueden exigir esas condiciones al consumidor, pero sí cuando se trata de la operatoria tradicional entre empresarios, o bien cuando forman

¹⁷⁵⁹ Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, pp. 122-127.

¹⁷⁶⁰ Cfr. “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, Nueva York, 2007, párrafos 71-73.

parte de una costumbre internacional: allí el proveedor no podría excusarse.

En la UE, el art. 22 de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico indica que el contrato se considerará celebrado en el lugar donde el prestador del servicio está establecido. Sin embargo, la protección es la misma que tiene un consumidor en su residencia habitual, aún cuando se aplique el “principio de origen”. Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. De este modo, el lugar de celebración, considerando éste al del asentamiento del prestador, no es relevante para enervar la protección de las normas imperativas del domicilio del consumidor. Esto lo favorece ampliamente pero perjudica en demasía al empresario *online*, el que quizá no tuvo intención de “asaltar” comercialmente el mercado extranjero y, por ejemplo, sólo realizó publicidad institucional.

VII. G. 3. Lugar de cumplimiento

Como dije, en el caso de la jurisdicción contractual, doy preferencia por la prórroga válida de los tribunales competentes. Luego, el domicilio del demandado, por su carácter universal. Además, en caso de que exista una regulación adecuada, es de gran interés el foro del domicilio del consumidor pasivo. Ahora pondré atención en otra jurisdicción que goza de alta aceptación, tanto en el Derecho Internacional Privado general de los contratos, como en las legislaciones que contemplan específicamente el fenómeno del consumo transfronterizo. Me refiero al lugar de cumplimiento. Es de interés fundamental del consumidor que el contrato se cumpla, ya que se relaciona con el proveedor para satisfacer una necesidad personal y no con fines especulativos¹⁷⁶¹.

¹⁷⁶¹Por este motivo, aún cuando por lo general el lugar de cumplimiento es subsidiario, creemos debería ser considerado con prioridad respecto del lugar de celebración. Una muestra de este interés superior por el cumplimiento es que, ante una cláusula abusiva, al consumidor no le interesa la nulidad del contrato, que pasaría a ser un premio para el proveedor. De aquí que el juez integre el contrato reemplazando la cláusula inválida. En sentido inverso, en el derecho común, la nulidad es parcial y la cláusula inválida

Las ventajas de la relación *forum e ius* se muestran con especial claridad cuando corresponde entender en la causa a los jueces del lugar de cumplimiento. En caso de ausencia o invalidez de la cláusula de derecho aplicable, esos mismos jueces tenderán a aplicar sus propias normas, ya que resulta natural que el contrato esté ligado a su cumplimiento. Ese es su fin, se celebró para ser cumplido, y la conformidad entre lo debido y lo ejecutado dependerá del lugar en que la obligación es exigible. Allí es donde el contrato llevará a cabo su función económicamente típica, sin que las partes puedan desinteresarse del Derecho vigente propio del lugar que les interesó económicamente¹⁷⁶².

Explica VICO que la intención de SAVIGNY fue aunar el foro con la ley, ya que comúnmente el lugar de ejecución coincide con el domicilio del deudor. Ante su incumplimiento, será demandado primeramente en su domicilio. Así, lugar de ejecución y lugar de presentación de la demanda se identifican. No es una identidad total pero será frecuente, evitándose la disociación de ambas leyes. Desde el punto de vista de la obligación el elemento más importante es el deudor, ya que su prestación es la sustancia de la expectativa del acreedor. También interesa al deudor, para quedar desobligado, ya que no le es indiferente el lugar donde debe cumplir, presuponiéndose que el de su domicilio lo beneficia¹⁷⁶³. Esto implica que hay que ver cuál es la obligación a cumplirse, su *ubi*, y hacia allí se orientan la jurisdicción y el derecho aplicable.

El concepto 'lugar de cumplimiento', ya sea como contacto (jurisdicción) o punto de conexión (derecho aplicable), es multívoco. A través de él, y cualquiera sea el modo de celebración, si el lugar de ejecución es Argentina, nuestro sistema de Derecho Internacional Privado nos brinda pautas para establecer, en primer lugar, qué juez es competente y luego (aunque podrá ser de modo simultáneo), cuál es el derecho aplicable para un contrato internacional. Ante la carencia normativa, como ya in-

no es reemplazada. Si es posible, el contrato sigue vigente sin esa estipulación; de lo contrario la nulidad es total. Cfr. art. 37 último párrafo LDC y art. 1039 CC.

¹⁷⁶² Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, p. 217.

¹⁷⁶³ Cfr. VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. III, Ariel, Buenos Aires, 1927, pp. 121 y 122.

diqué, el régimen general de los contratos se aplicará sólo en la medida que no afecte negativamente al consumidor. Teniendo en cuenta este parámetro, habrá que aplicar en primer lugar los tratados internacionales vigentes y, subsidiariamente, los principios generales.

En lo que se refiere a la jurisdicción en materia contractual con contacto argentino, los tratados de Montevideo de 1889 están vigentes entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú. En su versión de 1940, que nos liga con Uruguay y Paraguay, dejó de estar vigente en lo referido a jurisdicción contractual, luego de la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires. El art. 56 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 establece que las acciones personales deben entablarse bien ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, o ante los jueces del domicilio del demandado; la ley del acto jurídico (contrato) se establece por el art. 37 en aquel lugar donde el contrato debe cumplirse. Por su parte, el Protocolo de Buenos Aires no son normas aplicables de modo directo por cuanto expresamente quedan excluidos de su órbita los contratos de “ventas a consumidores”¹⁷⁶⁴.

Fuera del ámbito de estos Tratados, los arts. 1215 y 1216 CC someten los casos a los jueces del domicilio del demandado o a los del país de cumplimiento del contrato que se reclama¹⁷⁶⁵. Como quedó claro en el caso Buenos Aires Exportadora S. A. c. Holliday Inn., la calificación “lugar de cumplimiento” es distinta, ya se trate de determinar la competencia

¹⁷⁶⁴ Ya me referí al tema *supra*, en la nota 1348. La intención de los redactores fue excluir completamente todos los contratos referidos a consumidores, aún cuando la expresión pareciera limitarse a las “ventas a consumidores”. Así lo manifestó Alicia PERUGINI: “Estimo que los que trabajamos en su elaboración cometimos el error de excluir sólo a los contratos de venta al consumidor. Hubiera sido deseable que la exclusión hubiere sido más abarcativa”. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 41, nota 126. Creo que un proveedor de servicios, por ejemplo, no podría ampararse en la aplicación del Protocolo de Buenos Aires, a pesar de la estrechez de su exclusión.

¹⁷⁶⁵ Entre otros, cfr. CIURO CALDANI, “Hacia un derecho internacional privado...”, p. 1051.

(contacto procesal) o de establecer el Derecho aplicable (punto de conexión sustancial)¹⁷⁶⁶.

El principio general de nuestro sistema jurídico es que las partes pueden establecer el contenido obligacional del contrato de modo autónomo, incluyendo la determinación de la jurisdicción competente, en consonancia con el art. 1 del CPCyCN. Si esa autonomía no fuera ejercida o no hubiere tratado, y quedara incompleta la predeterminación de los derechos y obligaciones, habrá que verificar si existe un lugar de cumplimiento, ya sea que lo hayan o no determinado las partes. Si el lugar de cumplimiento está predeterminado y es Argentina, serán competentes los jueces argentinos conforme al art. 1215 del CC. Según esta norma el cumplimiento del contrato podrá demandarse ante el juez local, ya que el lugar de ejecución fija la jurisdicción competente¹⁷⁶⁷.

A los fines jurisdiccionales, se debe entender “cualquier lugar de cumplimiento”. Es razonable que así sea, para facilitar la apertura de la jurisdicción en tantos foros concurrentes como existan. La jurisdicción debe ser lo más fácil de resolver y por eso se indica una regla de competencia tan precisa y a su vez tan amplia. Es cierto que esto puede dar lugar a jurisdicciones concurrentes, lo que nos sitúa ante la dificultad de la eficacia de sentencias contradictorias o ante el problema de la litispendencia internacional. Pero este problema no debe confundirse con una multiplicidad de regímenes jurídicos aplicables al fondo del asunto¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁶ Sentencia de la CSJN del 20 de octubre de 1998, publicada en ED 186-287, con nota de Raúl Alberto RAMAYO, y en LL 2000-A, 403, con nota de Carolina Daniela IUD. A los fines de la jurisdicción, por “lugar de cumplimiento” se debe entender cualquier lugar de cumplimiento, como el pago, la entrega, la ejecución de una garantía, etc. Con anterioridad a este fallo, resultó también muy relevante el caso Espósito e Hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu, CNCom., Sala E, 10/10/1985, publicado en LL 1986-D, 46, con nota de Werner GOLDSCHMIDT. También la Quilmes Combustibles c/ Vigan S.A., CNCom, Sala C, publicado en ED 150-307.

¹⁷⁶⁷ Cfr. RAMAYO, Raúl Alberto, “Los Contratos Internacionales y la Jurisdicción Internacional”, ED 186, 287-300, en pp. 290-291. Para un análisis completo y sistemático del sistema argentino de DIPr contractual, puede consultarse el trabajo de NOODT TAQUELA, “Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en la Argentina”, ya citado.

¹⁷⁶⁸ Por tanto, no hay directa correlación entre el riesgo de un proveedor de ser demandado en múltiples jurisdicciones con aquel otro de estar sometido a múltiples de-

De aquí que el punto de conexión para la determinación del Derecho aplicable trate de lograr la aplicación de un solo Derecho, a los fines de evitar el fraccionamiento de la solución.

El lugar de cumplimiento no será sencillo de establecer, requiriéndose un análisis del fondo del asunto. Por este motivo la interpretación referida del art. 1215 CC no fue siempre uniforme. Para GOLDSCHMIDT, lugar de cumplimiento a los fines jurisdiccionales, significa que el actor no puede presentar la demanda ante los jueces del país en el que debió cumplir (y cumplió), sino que debe hacerlo o en el domicilio del demandado o en el lugar en donde éste debió cumplir con la prestación con miras a la cual la demanda fue incoada, coincida o no con la prestación más característica¹⁷⁶⁹. Aquí se puede ver que la tesis de la prestación más característica no repercute en la asignación de jurisdicción¹⁷⁷⁰. Se trata de que si se condena a cumplir, la prestación pueda ser cumplida donde debía ser cumplida originalmente¹⁷⁷¹.

rechos sustanciales. Cfr. ØREN, "International jurisdiction...", p. 668. RAMAYO, "Los Contratos Internacionales...", p. 294.

¹⁷⁶⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 396. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 83. El criterio es coincidente con el art. 5.1) del Reglamento 44/2001: "Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda". Tiene sentido cuando el foro general es el del domicilio del demandado, y de modo amplio se pueda presumir que el lugar de cumplimiento es en su propio domicilio. Sin esta salvedad, claramente no es una conexión apta para la protección del consumidor.

¹⁷⁷⁰ Hay que dejar a salvo de esta afirmación el ámbito mercosureño, ya que en virtud del art. 8 inc. 1 del Protocolo de Buenos Aires, se califica lugar de cumplimiento como aquel donde haya sido o debido ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Quedan así establecidos dos criterios: en el MERCOSUR, lugar de cumplimiento de la obligación reclamada, como calificación autárquica; los demás casos, "cualquier lugar de cumplimiento", como estableció la CSJN. Cfr. RAMAYO, "Los Contratos Internacionales...", p. 298. Entre las críticas a la prestación más característica como criterio localizador en las relaciones de consumo, se puede mencionar la opinión de Nadia de ARAUJO, que llevó a cambiar el texto de la Propuesta de CIDIP VII. Cfr. de ARAUJO, "Contratos internacionales e consumidores nas Américas e no Mercosul...", p. 147.

¹⁷⁷¹ "El actor no debe ir a los tribunales del país en donde se ejecutará (o se habrá ejecutado ya) la prestación característica, sino que debe ir a los jueces del país en donde el demandado debe llevar a cabo la prestación con miras a la cual la demanda fue inco-

La aplicación de esta doctrina a una relación de consumo nos presenta las siguientes situaciones: a) si el demandante (proveedor) entregó las cosas en su propio domicilio (en el extranjero), y el consumidor no paga, el proveedor debe demandar en el domicilio del consumidor o donde este debía pagar (suele coincidir con su domicilio); b) por el contrario, si el consumidor demanda por incumplimiento al proveedor (por ejemplo en la entrega de la cosa), y ya pagó, no puede demandar en su propio domicilio, sino en el domicilio del vendedor o donde debía efectuarse la entrega, que por lo general será en la sede del proveedor; pero, si resulta que el lugar de entrega pactado es el domicilio del consumidor, este podría demandar allí, lo que constituye un contacto razonable.

Por el contrario, de acuerdo a lo que interpreta BOGGIANO, 'lugar de cumplimiento' tiene una función procesal, que es hacer evidente a las partes y a los jueces los lugares en que se pueden entablar las pretensiones "antes de entablarlas". Es un problema de seguridad jurídica; por eso el actor puede demandar en su propio domicilio, donde debía cumplir y cumplió. Esta última posibilidad es lo establecido en el art. 7.c) del Protocolo de Buenos Aires, debido a que en ausencia de acuerdo, tienen jurisdicción, a elección del actor "Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación". Creo que esta solución beneficiaría claramente al consumidor demandante. No así si quien reclama es el proveedor.

En definitiva, a los fines de la jurisdicción no es conveniente determinar el lugar de cumplimiento a través de la "prestación más característica". En primer lugar, difícilmente un contrato origine una sola prestación. Luego, cuando hay prestaciones recíprocas, son relevantes ambas, aún cuando cada parte tenga interés fundamental en las que tiene a cargo su contraparte. Por lo tanto, si la prestación a reclamarse fuera la

ada, y que puede, por cierto, coincidir con la prestación característica; ello es así por la sencilla razón de que sólo en este supuesto la localización del tribunal brinda la ventaja de la fácil realización de una eventual condena". GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 412.

no dineraria, el contacto resultaría así claramente desfavorable para el consumidor¹⁷⁷².

a) *Lugar de cumplimiento en la entrega de bienes muebles*

Las condiciones generales de contratación no necesariamente establecen como lugar de entrega el domicilio del consumidor en el extranjero; por el contrario la mayoría de los documentos de venta indican que la operación será en condiciones CIF o FOB. De este modo, el riesgo del envío se trasladaría al consumidor en el domicilio del sitio Web desde donde se despacha la mercadería o donde está ubicado el servidor desde donde se descarga la información. Por tanto, creo que resulta definitorio que 'lugar de cumplimiento', a los fines de la relación de consumo, sea interpretado como el lugar donde se hace posible el disfrute o puesta a disposición del producto para su consumo (ya me he referido a este punto, cfr. *supra* p. 309).

Se trata de una concreción del lugar de destino, a su vez vinculado a la residencia, para los contratos en que la prestación se relaciona con el domicilio habitual. Si la prestación se cumplirá en otro país, ese será el lugar de cumplimiento, relacionado con el destino y no con el origen. Para el proveedor, no se trata solamente de donde lo pone a disposición, sino de aquella disposición acorde con la finalidad del contrato: consu-

¹⁷⁷² Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 45. Igualmente, en atención a la selección del derecho aplicable, hay que ser cuidadoso con la aplicación indiscriminada de la prestación más característica. Ésta nunca será la prestación dineraria a cargo del consumidor, sino la obligación de entrega o la acción llevada a cabo por el proveedor; de aquí que el consumidor puede haber pagado y no recibir o recibir inadecuadamente el bien o servicio por el que ya pagó. Vale esta aclaración porque el lugar de cumplimiento (ejecución) en Argentina determina que se juzgará el contrato en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por el derecho argentino (art. 1209 CC) por ser éste el punto de conexión que designa el derecho aplicable (y no el de celebración). OYARZABAL agrega que si el lugar de cumplimiento de la prestación típica no está designado, el destinatario de los bienes no podría reclamar en el domicilio de su residencia (foro del demandante), ya que si no hay lugar designado, el precio debe abonarse en el establecimiento o domicilio del vendedor (arts. 461 CCom y arts. 749, 1410 y 1424 CC, art. 57 Convención de Viena de 1980). Cfr. OYARZABAL, "Juez competente y contratos electrónicos...", p. 1015.

mir. Esto se debe a que, en la mayoría de los casos, la calificación finalista de la relación de consumo, en cuanto implica un uso no profesional —o bien un uso personal, familiar o doméstico o ajeno a la actividad profesional—, localiza el lugar de cumplimiento donde es posible el uso personal o del grupo familiar o social.

En resumen, es inadecuado que el lugar de entrega lo establezca el proveedor en su propio domicilio. Lo correcto es que lo ponga a disposición para el consumo, especialmente en los casos internacionales, y que no se libere de responsabilidad con la entrega en el punto de despacho, dejando en manos del consumidor la responsabilidad por pérdida y daños de la mercadería. Esto se reafirma con la elección del transportista y del asegurador, que corre por cuenta del sitio Web exportador. De aquí que se trastoque la práctica comercial vinculada al riesgo por la integridad de la mercadería, la fecha de entrega, el adecuado embalaje y otras condiciones contractuales, impropios para la utilización de los Incoterms mencionados. Esto es así por cuanto la realidad de los negocios lleva a que el sitio Web exportador se preocupe sobremanera —pues en ello radica su éxito comercial— de que el cumplimiento exacto sea lo ordinario y permanente: la misma tecnología que le facilita las ventas hace correr velozmente los rumores de incumplimiento que eventualmente se puedan asociar a su establecimiento comercial virtual.

Aunque aparentemente el sitio Web quiera trasladar el riesgo o transferir la propiedad en su domicilio o lugar de embarque, lo cierto es que en la práctica está asumiendo a su cargo todas las vicisitudes y eventualidades necesarias para lograr un cumplimiento perfecto en todas y cada una de las operaciones. Lo que resulta normal en el tráfico de consumo masivo que implica pequeñas sumas de dinero, resulta impensable en las grandes operaciones del comercio internacional. Para evitar estos riesgos y uniformar las condiciones contractuales se idearon los Incoterms como costumbre mercantil internacional, parte integrante de la *lex mercatoria*.

Es más difícil atribuir al sitio extranjero que envía mercadería a un cliente domiciliado en la Argentina la calidad de “importador”, ya que el sitio Web, si bien contrata y remite, no hace la introducción de la mer-

cadería ni la nacionalización; el mismo documento de venta está emitido en el extranjero, y quien hace el pago de impuestos es el comprador argentino, que será considerado el importador, como toda persona física o jurídica que introduce mercaderías en el territorio de la República.

Si se pudiera decir que el lugar de cumplimiento es el lugar de despacho de las mercaderías, esto determinaría —al menos desde la perspectiva del Derecho argentino— que ese lugar de embarque localizaría ciertas obligaciones tenidas en vistas para proteger al consumidor. Entre otros, cabe mencionar el servicio técnico obligatorio; la entrega de manuales en idioma nacional (idioma del lugar de entrega) y quién se hace cargo de los fletes por ulteriores reparaciones; disponibilidad de repuestos, etcétera. Lo que por otra parte resulta sumamente razonable para los comerciantes: ningún consumidor que compra un electrodoméstico o artículo electrónico por Internet a un proveedor de otro país debería tener la expectativa de recibir servicio técnico en su propio domicilio. Si ese fuera su deseo, lo debería adquirir directamente de un importador en su lugar de residencia habitual, al menos desde la perspectiva de la legislación existente, que no ha logrado ni buscado eliminar las fronteras de los Estados nacionales¹⁷⁷³. Queda a salvo, claro está, la oferta del proveedor que publicita la llamada “garantía global”.

Podemos diferenciar dos situaciones según se refiera a bienes físicos que se introduzcan en la República a pedido de un consumidor, previo paso por la autoridad aduanera, con o sin pago de derechos de acuerdo con la mercadería involucrada, o bien que se trate de datos enviados sin soporte físico, simplemente descargados digitalmente por la red. En ambos casos estamos ante la recepción y el envío de “bienes”, incluidos en la categorización de los arts. 2311 y 2312 del Código Civil¹⁷⁷⁴. Ya se trate de archivos o paquetes de datos que se convierten en imáge-

¹⁷⁷³ Esto se refuerza con la práctica aduanera, ya que el proveedor del extranjero no es considerado importador en la aduana argentina: quien nacionaliza la mercadería y paga los derechos es el consumidor, que termina resultando el importador de la mercadería.

¹⁷⁷⁴ Cfr. ALAIS, Horacio Félix, “Tributación en el comercio electrónico”, I Coloquio Internacional de Derecho Tributario, Centro de Extensión Universitaria, San Pablo, 1999.

nes, sonidos, *software*, con o sin derechos de autor y de propiedad intelectual, o cualquier tipo de servicio cuya utilización o aplicación efectiva se lleve a cabo en el país (cfr. art. 10 del Código Aduanero). Nos parece que, a los fines de precisar qué tipo de bienes o servicios pueden ser vendidos o prestados a consumidores argentinos por sitios Web extranjeros es útil la analogía del concepto de “mercadería” que se desprende de la lectura del Tratado de Asunción, y que comprende todos los objetos susceptibles de ser importados o exportados y que como tales se hallan identificados y codificados en las diversas nomenclaturas arancelarias.

Nada impide que los términos comerciales referidos se utilicen en compraventas con consumidores, siempre y cuando no sean desnaturalizados. ¿Estaremos ante una nueva costumbre comercial propia de estos contratos, complementaria o modificatoria de otra costumbre reglamentada, propia de los profesionales? ¿Será oportuno generar uno o más Incoterms específicos de operaciones de consumo o al menos para el mercado virtual?

b) Lugar de cumplimiento en la prestación de servicios

Los servicios suelen recibirse en el lugar de situación del prestador, lo que significa que el consumidor se ha trasladado hasta allí, o bien que el proveedor se ha dirigido al país del consumidor para cumplir el servicio en el domicilio del cliente. La situación ha sido contemplada en el Reglamento de Roma I, que establece la no aplicación del régimen protectorio a los “contratos de prestación de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual” (art. 6. 4.a)¹⁷⁷⁵.

Si bien el Reglamento 44/2001 no incorpora esta distinción, los contratos de prestación de servicios quedarán incluidos en la protección sólo cuando el proveedor ejerciere actividades comerciales o profesio-

¹⁷⁷⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, “La tutela de los consumidores en el mercado global”, nro. 21”

nales en el Estado del domicilio del consumidor (art. 15.1.c). Por tanto, la jurisdicción competente será la del lugar de prestación del servicio. La doctrina entiende que para que no se aplique la jurisdicción domiciliaria del consumidor la “totalidad” de las prestaciones deben ser brindadas en el domicilio del prestador. Esto se puede deducir del art. 5.1.b): “cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios”. A su vez, se complementa con el párrafo anterior, que indica que por lugar de cumplimiento se entiende aquel donde debe cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda¹⁷⁷⁶.

Aunque no se refiere a consumidores, el Protocolo de Buenos Aires, distingue varias alternativas, que por su generalidad son igualmente útiles como criterios localizadores. Si los servicios recaen sobre cosas, se consideran prestados donde las cosas se encontraban al momento de la celebración (nro. 1); esto podría aplicarse, por ejemplo, a los casos de servicios de reparaciones. Para el caso de que la prestación se relacione con algún lugar especial, aquél donde hayan de producirse sus efectos; por ejemplo, donde se deba poner a disposición la habitación del hotel, o donde corresponda brindar los servicios de catering, o la atención de medicina prepaga (nro. 2). Fuera de estos casos, el criterio general será el domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato¹⁷⁷⁷.

c) El lugar de cumplimiento en el contexto digital

El lugar de cumplimiento, si se transmite información, será el lugar donde esta información es “descargada”, debido a que siempre es nece-

¹⁷⁷⁶ La situación de la jurisprudencia europea previa a la puesta en marcha del Reglamento 44/2001 respecto de la interpretación “lugar de cumplimiento”, está muy bien relatada y resumida por IUD, “Contrato internacional...”, pp. 412-416.

¹⁷⁷⁷ De acuerdo al art. 8. 2. del Protocolo de Buenos Aires, “El cumplimiento de la obligación reclamada será: [...] d) En los contratos que versen sobre prestación de servicios: 1. Si recaen sobre cosas, el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; 2. Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, aquél donde hayan de producirse sus efectos; 3. Fuera de estos casos, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato”.

sario un soporte físico para almacenar o leer los contenidos digitales. No creo que se pueda hablar de “falta de espacialidad” en los contratos electrónicos. Prefiero aferrarme, en cuanto al cumplimiento se refiere, a un realismo y materialidad inescindible de la naturaleza corporal de los contratantes.

Lo mismo se puede decir si fuera el caso de personas jurídicas, mediante la utilización de las categorías de “principal asiento de los negocios”, o “domicilio social”, etc. La razón de ser del derecho está determinada en parte por la naturaleza física, tanto de las personas, como de los elementos corporales o incorporeales (aunque para estas últimas se deba utilizar alguna ficción jurídica). Aún los más inmateriales, desde una perspectiva normativa, siempre deben ser aprehendidos por los sentidos para que sean objeto de alguna relación jurídica, cualquiera sea el soporte en que se asienten y manifiesten¹⁷⁷⁸. Como ya dijimos, estamos ante la recepción y el envío de “bienes”, incluidos en la categorización de los arts. 2311 y 2312 del Código Civil. De todas formas, aun cuando no se aplique la calidad de importador a los operadores de sitios en el extranjero, le son aplicables los principios de la LDC por cuanto distribuyen o comercian cosas o servicios (arts. 2 y 4 LDC).

El ‘lugar de entrega’, entonces, es donde esos bienes se disfrutarán: donde se hace el *download* o alojamiento de la música, la obra audiovisual, el software, el juego electrónico, la información. Donde son puestos a disposición en condiciones de ser utilizados o disfrutados sensorialmente. Podrá tratarse del equipo donde se aloja el intangible, ya sea el disco rígido o la memoria que permite su utilización, o el lugar de disfru-

¹⁷⁷⁸ Así, por ejemplo, en el caso *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.*, se resolvió que el hecho de aparecer en computadoras norteamericanas las imágenes producidas por un sitio italiano que estaba infringiendo una marca registrada en USA, era suficiente para obligar al sitio italiano a que tomara las medidas para cesar en la operación del sitio, o bien impedir que los usuarios norteamericanos accedieran a él, aunque reconocía que no podría prohibir la creación de sitios alrededor del mundo, ni prohibir a Tattilo (el titular del sitio) que operara el sitio Web italiano aun estando en infracción frente a una marca registrada en USA. El tribunal consideró que había “distribución” en USA porque las imágenes aparecían en pantallas de computadoras en Norteamérica. *Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publ’g, Inc.*, 939 F. Supp. 1032, 1039 (S.D.N.Y. 1996).

te si se trata de un servidor ubicado en otro país y el servicio es prestado en red en tiempo real¹⁷⁷⁹. Esto incluirá las prestaciones para consumidores transeúntes o bien deslocalizadas, desde la perspectiva del prestador. Por ejemplo los servicios de correo electrónico o de memoria de archivos, que pueden estar disponibles de modo indiferenciado en una pluralidad de jurisdicciones. En este sentido, no debería ser suficiente la declaración limitativa de responsabilidad del prestador.

Ahora bien: ¿es una limitación válida la exclusión de responsabilidad en ciertas jurisdicciones? Habrá que verificar la posible abusividad de esa cláusula. Si el prestador habilitó el uso, sabiendo del domicilio extranjero del usuario, el conocimiento de la situación es demostrativo de la responsabilidad, y por lo tanto de la potencial jurisdicción domiciliaria del consumidor. Pero, si anticipadamente declara la exclusión de determinada jurisdicción, y no coincide con la declarada por el usuario, allí sí queda exonerado de una jurisdicción más gravosa¹⁷⁸⁰.

Es decir que, aunque las partes no acuerden expresamente cuál es el lugar de cumplimiento, hay que entender que queda establecido en el lugar de entrega, de descarga, o eventualmente en su domicilio (art. 1213 CC). A tal respecto, parece que el referido “cualquier lugar de cumplimiento” se verificaría sólo cuando exista al menos algún contacto *offline*. Queda pendiente establecer ese lugar de cumplimiento para los contratos *performed entirely on-line* ya que existe un vacío en la normativa argentina¹⁷⁸¹. ¿Sería razonable generar Incoterms propios de los

¹⁷⁷⁹ Cada tipo de actividad tendrá sus particulares ‘cumplimientos’. Así, en el juego *online* o *gambling*, ¿la relación se localiza donde el consumidor está jugando y pagando—por ejemplo su domicilio— o donde se cobra el premio? Podrían ser ambas, ya que una parte importante del ‘disfrute’ es percibir las sumas derivadas de haber triunfado en el juego de azar.

¹⁷⁸⁰ Es el problema que plantea la falta de concreción del art. 5.2 de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, en cuanto indica que el vendedor debe tomar “medidas razonables” para no concluir contratos con consumidores que residen habitualmente en determinado Estado.

¹⁷⁸¹ Cfr. UZAL, “Jurisdicción y derecho aplicable...”, p. 724. En el caso del Reglamento 44/2001, se interpreta que si los servicios deben ser prestados enteramente en línea, el domicilio del prestador es irrelevante a los fines de localizar la relación de consumo, y

contratos *performed entirely on-line*, que contemplen tanto los costos como la transmisión de los riesgos asociados a la transferencia de información no vinculada a soporte físico alguno?

En los Estados Unidos se ha propuesto regular esta dificultad del comercio electrónico mediante una normativa uniforme, denominada UCITA (*Uniform Computer Information Transaction Act*), promovida por empresas de *software*. En las secciones 109 y 110 contiene propuestas de derecho aplicable y de jurisdicción competente¹⁷⁸². En esta normativa se establece que una cláusula de elección de foro no será aplicable si altera una protección obligatoria de los consumidores, la que permanecerá vigente¹⁷⁸³. También se indica que en los contratos de consumo en los que se requiere entrega física, la jurisdicción competente será la del lugar de la entrega, no así los casos de entrega electrónica, que se rigen por el lugar donde el licenciante está ubicado al momento de celebrarse el acuerdo. El principio general fija la jurisdicción por el domicilio del consumidor, pero será válida la prórroga si el derecho del tribunal pro-

por lo tanto queda sujeta al domicilio del consumidor. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, "La tutela de los consumidores en el mercado global...", nro. 21.

¹⁷⁸² La normativa de UCITA no modifica las tendencias anteriores respecto a las provisiones del foro competente. Básicamente sigue los lineamientos de art. 1-105 del *Uniform Commercial Code* y del *Restatement (Second) Conflict of Law*. Ya es habitual aceptar las cláusulas de prórroga de jurisdicción a partir del caso *Carnival Cruise Line Inc. v. Shute*, ya citado. Cfr. SMITH, Matthew J., "An overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation. Why UCITA should be renamed «The Licensors Protection Act»", 25 *Southern Illinois Law Journal* (2001), p. 389. En el caso *Groff, Lawrence c. AOL Inc.*, se resolvió a favor de la prórroga de jurisdicción, indicando que recae sobre el actor la carga de convencer al Tribunal que la cláusula de elección de jurisdicción en su contrato con la demandada no fue razonable. Puede consultarse una traducción resumida en la RRCyS, Año II Nro. 4, *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 2000, pág. 223 y sig. En sentido similar se resolvió en *Spera, C. c. AOL Inc.*, en la misma publicación. Y en el caso *Caspi, Steven et al. C. The Microsoft Network LLC y Microsoft Corp.* se resolvió que no basta demostrar la diferencia de tamaño en el poder de negociación, sino que además debe demostrarse que: 1) la cláusula es el resultado de un dolo o de un poder de negociación "desmesurado"; 2) su ejecución implicaría la violación de políticas públicas esenciales (en este caso de New Jersey); o 3) su ejecución complicaría gravemente una decisión judicial. *Idem*, p. 239 y ss.

¹⁷⁸³ Cfr. MAZZOTTA, Francesco, "A guide to e-commerce. Some legal issues posed by e-commerce for American businesses engaged in domestic and international transactions", *Suffolk Transnational Law Review*, Nro. 24, p. 252.

rrogado ofrece las mismas protecciones que las otorgadas por la jurisdicción del propio domicilio. Incluso la sección 110 de la UCITA permite a las partes acordar un fuero exclusivo, derogando el natural del lugar de entrega, si las partes lo han pactado expresamente y la prórroga no es injusta o irrazonable¹⁷⁸⁴.

VII. G. 4. Lugar de pago

Creo que el pago que realiza el consumidor, a los fines de la jurisdicción, debe ser analizado como una forma especial de lugar de cumplimiento, aún cuando la prestación dineraria no sea considerada 'la característica' (para los sistemas que la utilizan como criterio localizador).

El pago del consumidor implica "el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar" (art. 725, CC). Debe realizarse en primer lugar donde se haya pactado (arts. 618 y 747 CC), o en su defecto donde la obligación se contrajo, o en el domicilio del deudor al tiempo del vencimiento (art. 618 CC); en caso de ventas, el lugar de pago será donde deba hacerse la tradición de las cosas objeto del contrato (arts. 749, 1411 y 1424 CC); si se trata de ventas a crédito, el pago deberá efectuarse en el domicilio del comprador (art. 1424 CC). De modo aparentemente diferente, para casos multinacionales, si el contrato se celebra en el mismo domicilio del deudor, o fuera de ese domicilio pero sin que sea el lugar de cumplimiento, este será el lugar de pago (arts. 1212 y 1213 CC). En definitiva, el criterio subsidiario del lugar de pago será siempre el domicilio del deudor. Lo mismo establecen los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, de 1889 y 1940, de acuerdo a los cuales el orden de prelación estaría dado por: a) el lugar convenido; b) el lugar indicado por la naturaleza de la obligación; y c) el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración. Por tanto, en el

¹⁷⁸⁴ *Ibid*, p. 253.

marco de Montevideo, el criterio residual es el lugar de celebración, no el domicilio del deudor¹⁷⁸⁵.

a) *El pago cancelatorio en relaciones de consumo*

El efecto cancelatorio, determinado por el derecho aplicable, y por tanto efectivo lugar de cumplimiento, establecerá la jurisdicción de modo preciso¹⁷⁸⁶. Si estas circunstancias se verifican y el consumidor canceló su obligación, resulta de plena aplicación el principio del Protocolo de Buenos Aires por el cual el demandante (consumidor) puede reclamar en su domicilio cuando demostrare haber cumplido. En una propuesta *de lege ferenda*, esta conexión jurisdiccional resultaría de amplia aceptación en un sistema protectorio del consumidor¹⁷⁸⁷.

Respecto del lugar de pago, se puede observar una diferencia importante respecto de la aplicación del derecho de los comerciantes y el de los consumidores. La Convención de Viena de 1980 establece como lugar de pago el establecimiento del vendedor, salvo que el mismo dependa de la entrega de las cosas o de los documentos comerciales; en es-

¹⁷⁸⁵ Cfr. HOOFT, Eduardo R., "El lugar de cumplimiento de las obligaciones en el Código Civil argentino y el Derecho Internacional Privado", JA 2008-II, pp. 1087-1098, en pp. 1088 y 1089. "Por lo expresado anteriormente, el domicilio actual del deudor será el lugar del cumplimiento únicamente, si están agotadas las otras posibilidades (lugar designado, el indicado por la naturaleza de la obligación o por las circunstancias del caso, lugar de la celebración si lo fue en el domicilio del deudor)" *Idem*, p. 1090.

¹⁷⁸⁶ "El proceso cognitivo y lógico es: i) contrato internacional; ii) ley que rige el contrato internacional; iii) el lugar de cumplimiento como punto de conexión del Derecho extranjero; iv) calificación de este punto de conexión; v) el lugar del cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero; (...)" *Idem*, p. 1092.

¹⁷⁸⁷ Así lo aprueba JAYME, "La Droit International Privé du nouveau Millénaire...", p. 33. En este supuesto la analogía sería de gran utilidad, ya que estaríamos ante una conexión valorativamente orientada: proteger al consumidor que ha quedado desguarnecido una vez que ya cumplió con el desembolso dinerario. Sin duda la analogía es un recurso interpretativo por el que las normas de una fuente no requieren ser aplicadas en su totalidad, y las normas análogas pueden adaptarse a la situación huérfana de normas, en este caso en la medida que el análisis valorativo se corresponda con el principio de protección al consumidor. Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 40, nro. 87, y las observaciones respecto de la analogía que realicé en el punto II. A, especialmente p. 129 y ss.

te caso, el pago deberá realizarse en el lugar de entrega de la mercadería (art. 57). Adicionalmente, se reputa lugar de entrega al establecimiento del vendedor (art. 31). A esto se agrega que cuando el contrato implique el transporte de los efectos, el lugar de entrega será el del primer porteador. Vemos aquí un desmembramiento de responsabilidades, ya que si bien el contrato se cumple cuando el comprador recibe la mercadería, el vendedor se libera de responsabilidad cuando entrega las cosas al transportista. Esta situación es a todas luces inadmisibles para el consumidor, ya que no podría estar obligado a pagar y a su vez hacerse responsable de las cosas en el domicilio extranjero del proveedor. Por este motivo, creo que en caso de contratos a distancia, si el vendedor acepta que el consumidor pague en su propio domicilio, este será el lugar de cumplimiento acordado por las partes, el que resultará preponderante para facilitar la jurisdicción domiciliaria.

b) El pago mediante tarjeta de crédito

En el caso de que se utilicen tarjetas de crédito, el lugar de pago es aquel donde se hace uso de la apertura de crédito concedida por el banco o el operador de la tarjeta¹⁷⁸⁸. Estos habilitan al consumidor a cancelar sus obligaciones (pago de la operación de consumo) con el proveedor de modo indirecto, mediante el uso del instrumento que acredita la relación crediticia (tarjeta)¹⁷⁸⁹. El proveedor recibirá luego la transferencia dineraria de parte del banco o el operador, quienes a su vez se re-

¹⁷⁸⁸ El pago mediante tarjeta de crédito es el más utilizado en el comercio internacional con consumidores, y el que brinda mayores garantías. Lo dicho en este apartado se puede referir igualmente para otros sistemas de pago electrónico, como "PayPal". Cfr. CALLIES, "Transnational Consumer Law...", pp. 14-15.

¹⁷⁸⁹ En el derecho argentino, de acuerdo a la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, art. 1º: "Se entiende por sistema de Tarjeta de Crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales cuya finalidad es: a) Posibilitar al usuario efectuar operaciones de compra o locación de bienes o servicios u obras, obtener préstamos y anticipos de dinero del sistema, en los comercios e instituciones adheridos. b) Diferir para el titular responsable el pago o las devoluciones a fecha pactada o financiarlo conforme alguna de las modalidades establecidas en el contrato. c) Abonar a los proveedores de bienes o servicios los consumos del usuario en los términos pactados.

integrarán de los fondos adeudados por el consumidor, mediante el débito de la cuenta abierta al efecto. Finalmente, el consumidor deberá cubrir el saldo de esa cuenta, efectuando el correspondiente depósito cancelatorio (pago de la relación de crédito).

El proveedor del bien o servicio, que verifica debidamente los recaudos de autenticidad y validez del crédito abierto por el emisor de la tarjeta, resulta desinteresado al momento de confirmar la operación y aceptar el débito¹⁷⁹⁰. A los fines de esa relación de consumo, es verdadero pago, más allá de que la efectiva recepción de los fondos se difiera hasta que estos son acreditados por el emisor de la tarjeta. Por tanto, el lugar de pago puede ser considerado doblemente: a) donde el consumidor haga uso de la potestad crediticia abierta a su favor; b) el domicilio del banco que emitió la tarjeta, la mayor parte de las veces coincidente con el domicilio del consumidor¹⁷⁹¹. De aquí que aún cuando este sea

¹⁷⁹⁰ El proveedor deberá recibir el pago por parte del emisor, sin que este le pueda oponer sus relaciones con el titular de la tarjeta. En el derecho interno, tan cancelatorio es el pago mediante el uso de la tarjeta, que a partir de ese momento el consumidor puede reclamar cualquier incumplimiento por parte del proveedor. A su vez, en caso de incumplimientos mutuos, el emisor es ajeno a estas controversias. Asimismo, si el emisor incumple con el proveedor, esto no podrá oponerse al consumidor, que ha quedado liberado (arts. 43, 44 y 45 de la Ley de Tarjeta de Crédito).

¹⁷⁹¹ En el derecho argentino, la ley aplicable a las relaciones entre el titular y el emisor es la del lugar de celebración, es decir la emisión o apertura de crédito coincidente con el común domicilio de ambos. Esta conclusión es unívoca, ya sea que la apertura de crédito se considere un mutuo, como contrato real, o bien consensual. Si es un contrato real, hay un único lugar de cumplimiento, que es la devolución o pago, ya que la entrega inicial del dinero es un requisito del perfeccionamiento del contrato. Si fuera consensual, hay dos lugares de cumplimiento: tanto el de entrega del dinero por parte del prestamista como el de la devolución a cargo del mutuario. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, p. 396 y PERUGINI ZANETTI, *10ª Actualización al Derecho Internacional Privado*, de Werner GOLDSCHMIDT, p. 616. A esto se agrega que específicamente el art. 3 de la Ley de Tarjeta de Crédito, para las tarjetas emitidas en Argentina, establece como aplicable la legislación nacional. Esta prescripción se refiere a los contratos con contactos locales; pero si un banco extranjero emitiera una tarjeta a un titular domiciliado en Argentina la situación puede ser diferente. En este caso, creo que el contrato de tarjeta se regirá de modo general por el lugar de emisión, y eventualmente habrá que atenerse al lugar de cumplimiento de la obligación reclamada. Considero que en virtud de tratarse de un contrato de crédito, la localización será la del domicilio del banco abridor, donde está la cuenta, aún cuando el consumidor se domicilie en otro Estado. De todos modos,

transeúnte, el lugar de pago, cuando se realiza mediante tarjeta de crédito, será tanto su domicilio o donde haya sido emitida la tarjeta, como donde la utilizó efectivamente. Allí él cumplió, ya que la obligación quedó en cabeza del emisor, en virtud de que, en definitiva, el consumidor hizo ejercicio de la autorización de pago concedida en la apertura de crédito.

La relación entre el emisor y el proveedor es otra cuestión, debido a que ha ocurrido una novación por sustitución de deudor. El proveedor ahora resulta acreedor del emisor, en la medida que haya aceptado el pago del consumidor dentro de los límites y condiciones autorizadas y haya seguido los procedimientos de seguridad establecidos (art. 37 Ley de Tarjeta de Crédito). A los fines de la operación de consumo, el pago resulta cancelatorio, por tanto para el proveedor, su verdadero deudor es el emisor. En caso de transferencias bancarias, la situación es diferente, y el lugar determinante será tanto donde se acreditan los fondos como donde se depositan, aunque este último tenga mayor vinculación con el banco cobrador que con el proveedor¹⁷⁹².

En una compra por Internet, el lugar de pago relevante es el de emisión de la tarjeta de crédito, no siendo responsable el consumidor si los fondos no llegan al proveedor. El cliente utilizó el sistema de pago organizado por el vendedor; a los fines del cumplimiento el pago ya se efectivizó, y salvo que el mismo consumidor detenga el proceso, los fondos ya fueron puestos a disposición del proveedor extranjero. El proveedor le dijo qué hacer, y el consumidor lo hizo, por tanto queda desobligado. Sería abusivo cargar al consumidor con acciones que están fuera de su alcance, control o ámbito de influencia. Le bastará, por tanto, demostrar que la suma le fue debitada, ya se trata de un único pago, o una o más cuotas de una operación a plazo.

no es ahora nuestro problema, ya que no estamos analizando el contrato de tarjeta sino el uso que se hace de esta como medio de pago respecto de un tercero proveedor.

¹⁷⁹² De acuerdo al art. 33 del Tratado de Montevideo de 1940 de Derecho Civil, los créditos se localizan en el lugar donde deben pagarse, en este caso el domicilio del banco.

VII. G. 5. Lugar de acaecimiento del hecho dañoso

Dentro de las relaciones de consumo típicas, ya me he referido a las extracontractuales, como aquellas que nacen sin convención (ver *supra*, V. G. 3, p. 555). La amplitud del concepto obliga a delimitar el ámbito de aplicación de esta calificación¹⁷⁹³. Los accidentes de tránsito, los derivados de contratos de transporte, la contaminación transfronteriza, la violación del derecho a la intimidad, la financiación abusiva, etc., son todas circunstancias que podrían estar incluidas en este acápite¹⁷⁹⁴. Sin embargo, aún cuando no sea posible atender a todas las situaciones particulares, resulta de interés dejar establecidos los criterios generales.

Un criterio general de atribución de jurisdicción es el lugar donde se localizan los daños o las conductas productoras de éstos. Estas localizaciones se asimilan al supuesto del lugar donde debieron cumplirse las obligaciones incumplidas¹⁷⁹⁵. En este sentido, puede tratarse del sitio donde el proveedor debía cumplir con una garantía de indemnidad o se debía salvaguardar la integridad física de la persona, donde el consumidor recibió el servicio defectuoso, o el lugar donde se emitió o recibió la información deficiente o fraudulenta. En el ámbito de los Tratados de Montevideo, las obligaciones extracontractuales son juzgadas por los tribunales donde se produjo el hecho que causa el daño, o bien, en caso de existir una relación jurídica previa, por los jueces cuyo derecho corresponde decidir la cuestión (arts. 56 y 43 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940)¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹³ Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Obligaciones extracontractuales", en FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado* de los Estados del MERCOSUR, pp. 1157-1198, en 1157 y 1159.

¹⁷⁹⁴ Cfr. SOTO, *Temas estructurales...*, p. 223.

¹⁷⁹⁵ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 84. En el caso Benettar c. Benetton se consideró que lugar de cumplimiento, en el marco de los arts. 1215 y 1216, era el lugar donde se localizan los efectos de las obligaciones que se sostienen incumplidas, de las que se quiere derivar el objeto demandado. Se trataba de un caso de responsabilidad precontractual. Benettar S.A.:I.C. c. Benetton S.P.A. s/ ordinario, CNCom., Sala C, 11/12/2001, publicado en ED-197, 315.

¹⁷⁹⁶ Art. 43: "Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley

De esta manera, si entre consumidor y proveedor existen obligaciones previas, estas localizan la relación extracontractual al tiempo que permiten atribuir jurisdicción. Por ejemplo, si en el lugar donde se emite información comercial o publicitaria se debe garantizar la veracidad de la misma, ese lugar es el relevante para localizar tanto el derecho aplicable como el juez competente. Asimismo, considero que esta localización es extensible a los daños producidos en el contexto digital, típico caso de delito a distancia¹⁷⁹⁷.

En caso de productos defectuosos, pueden ser competentes los tribunales del lugar de elaboración del producto como aquel donde se produjeron sus efectos. El segundo corresponderá generalmente al del domicilio del consumidor, que es donde suele consumir. Todos ellos deberían ser potencialmente aptos para facilitar la jurisdicción¹⁷⁹⁸. Parece razonable que el consumidor, en su carácter de actor-damnificado, pueda demandar en su domicilio; así lo prevé, por ejemplo, el Protocolo de San Luis para accidentes de tránsito. Esta última norma, al menos en el ámbito del Mersocur, es justificable analógicamente, ya sea por la espe-

que regula las relaciones jurídicas a que responden". De acuerdo a las conclusiones del X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989) es posible interpretar que la redacción de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional, tanto de 1889 como 1940 (arts. 38 y 43 respectivamente), al indicar el "lugar donde el hecho se produjo", incluye el lugar donde se exterioriza la conducta como así también aquél donde se producen sus consecuencias. Esta interpretación es válida para la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente. Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Obligaciones extracontractuales", pp. 1160-1161. Este criterio, como puede verse, plantea un supuesto de paralelismo, el que puede generar ciertas dificultades en la medida que el derecho del foro esté imbuido del orden público, situación más frecuente en los actos ilícitos multijurisdiccionales que en el régimen de los contratos. Así, el riesgo de la litispendencia aumenta, debido a que un juez no declinará tan fácilmente la jurisdicción ante la existencia de un ilícito en su territorio. Asimismo, aplicará su derecho, con un resultado previsiblemente disímil frente a las de los otros foros competentes. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 137.

¹⁷⁹⁷ Cfr. UZAL, "Jurisdicción y derecho aplicable...", p. 724.

¹⁷⁹⁸ Cfr. SOTO, "El orden público...", p. 393.

cificidad del espacio común como por el acierto de sus reglamentaciones¹⁷⁹⁹.

En definitiva, a los fines jurisdiccionales, podemos utilizar analógicamente los puntos de conexión sobre derecho aplicable. De esta manera, la conexión tradicional de la *lex loci delicti commissi* puede ser interpretada en forma flexible, sea como lugar de la conducta de competencia abusiva (*place of wrongful conduct*), sea como lugar de efectos (*place of impact or relevant market*); inclusive puede considerarse el lugar de toma de decisión de la empresa, en caso de ilícitos complejos¹⁸⁰⁰. Los criterios valorativos son especialmente tenidos en cuenta por la doctrina comparada. Así, una calificación amplia del "lugar donde el hecho se produjo", puede inculir no sólo aquel donde se exterioriza la conducta

¹⁷⁹⁹ *Ibid*, p. 394. Dejo a salvo mi opinión de que el ámbito del mercado común tiene reglas que no son perfectamente válidas en todos los contextos, debido principalmente a la existencia de autoridades supranacionales. En el ámbito del Tratado de Montevideo de 1940, resultan concurrentes las jurisdicciones correspondientes al tribunal cuyo derecho resulta aplicable, como el domicilio del demandado (art. 56), a elección del actor. Se ve claramente que no hay riesgo de *forum shopping* ya que, cualquiera sea el juez, aplicará el mismo derecho: no hay lugar a la opción del derecho. Esta es la conclusión de la jurisprudencia en Sastre, Tomás, c. Bibiloni, Filiberto N. y otro, SC Buenos Aires, junio 25, 1968, con nota de Werner GOLDSCHMIDT, "La jurisdicción internacional en los Tratados de Montevideo", ED 24-1 y ss. Se trataba de un accidente en la Avda. Gorlero, Punta del Este, Uruguay. Los demandados tenían domicilio en La Plata, Argentina. Éstos opusieron excepción de incompetencia, entendiéndolo que el único fuero es el de los tribunales del derecho aplicable (derecho uruguayo por lugar de perpetración del delito), y que el tribunal del domicilio del demandado sólo era posible si éste lo consentía. El juez de primera instancia, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazaron la excepción, aunque fue admitida por la Cámara. La crítica que realiza FRESNEDO de AGUIRRE al "domicilio del damnificado demandante" creemos no son aplicables a las relaciones de consumo. Cfr. "Obligaciones extracontractuales", p. 1187. Si bien puede ser riesgoso para un demandado colisionante en un accidente de tránsito ser requerido ante tribunales foráneos, no es igual en casos de consumidores. En los accidentes de tránsito se supone cierta situación de igualdad, mientras que no es así en caso de consumidores. Por otra parte, el victimario suele contar con el apoyo de su compañía aseguradora, no así el consumidor víctima.

¹⁸⁰⁰ Estas afirmaciones se refieren a la protección de la competencia leal, pero es aplicable flexiblemente para los hechos ilícitos que afectan a consumidores. Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1529. También se suele distinguir entre *lex actus* o *lex injuriae*. Cfr. EHRENZWEIG, Albert A., *Private International Law, General Part*, Oceana, New York, 1967, p. 136.

sino también aquél donde se producen sus consecuencias. Pero, por las mismas razones, se puede excepcionar el criterio cuando la localización derivada de este principio resulta meramente aleatoria¹⁸⁰¹.

a) El juez del domicilio del consumidor en supuestos de daños personales producidos por defectos del producto o servicio

Es cada vez más frecuente que utilicemos productos fabricados o diseñados en otros países: automóviles, aparatos electrónicos, electrodomésticos, alimentos y bebidas, medicamentos, indumentaria, etc. Cuando en razón de los defectos de ese producto o uno de sus componentes el consumidor muere, o sufre daños en su persona o alguien de su grupo familiar o social, o es dañada su propiedad (distinta del mismo objeto defectuoso), estamos ante un supuesto particular de relación de consumo. Bajo ciertas circunstancias, la situación merece la atención del Derecho Internacional Privado¹⁸⁰².

En materia de daños por productos defectuosos, el art. 40 LDC establece la responsabilidad de los distintos integrantes de la cadena de aprovisionamiento, lo que puede dar lugar a múltiples demandados¹⁸⁰³. De acuerdo a esta norma, cualquiera de los proveedores reclamados puede demostrar la inexistencia de nexo de causalidad entre su actividad y el daño producido. Será tarea del juez verificar qué obligaciones entran en la esfera de responsabilidad de cada uno de los participantes, incluyendo las previsiones domiciliarias de solidaridad; este aspecto puede significar una cuestión previa a la determinación jurisdiccional, ya que el productor podría oponer las excepciones de falta de legitimidad pasiva o de incompetencia. Así, el fabricante extranjero puede igno-

¹⁸⁰¹ Cfr. Conclusiones del X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (celebrado en Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989), citadas por FRESNEDO de AGUIRRE, "Obligaciones extracontractuales", p. 1160.

¹⁸⁰² FAWCETT hace hincapié en los conflictos sucedidos dentro de la UE, pero es perfectamente posible que un vehículo ensamblado en México tenga un motor coreano, neumáticos norteamericanos, frenos alemanes y amortiguadores brasileños. Cfr. FAWCETT, "Products liability...", pp. 26-27.

¹⁸⁰³ Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", p. 60.

rar qué pasa con su producto después de la exportación, y, aunque es considerado parte de la relación de consumo por la normativa local, en su domicilio puede no resultar responsable si el daño se produce fuera de su ámbito de actividad o control¹⁸⁰⁴.

A los fines de la jurisdicción, la extensión del nexo causal será considerada inicialmente de acuerdo a la *lex fori*, que determinará, por ejemplo, si el fabricante puede ser responsable por un daño ocurrido fuera del país de producción¹⁸⁰⁵. En una segunda instancia, la *lex causae* indicará el grado de responsabilidad o de excusabilidad, ya que las legislaciones evalúan de modo diferente el deber genérico de seguridad, la garantía por la calidad del producto, la existencia de caso fortuito, los límites indemnizatorios e inclusive la consideración o no del llamado riesgo del desarrollo¹⁸⁰⁶. Esta es la consecuencia de aplicar la *lex loci actus* a los actos ilícitos o daños, que puede localizar la relación tanto en el domicilio del establecimiento principal del proveedor como en el lugar de adquisición del producto¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁴ Por este motivo la legislación iusprivatista existente suele eximir de responsabilidad al productor que no consintió en la comercialización de ese producto en el país donde ocurrió el daño. Cfr. art. 135 inc. 2 de la Ley federal suiza de derecho internacional privado, art. 63 de la Ley Nro. 218 del 31 de mayo de 1955 de la República Italiana, art. 99 del Código belga de Derecho Internacional Privado de 2004 y art. 5 del Reglamento Roma II de la UE. Citados por NAJURIETA, "Una categoría autónoma...", pp. 261-267.

¹⁸⁰⁵ En la Conferencia de La Haya quedó claro que el juez puede determinar sólo de acuerdo a su propio derecho la naturaleza del conflicto: contractual o extracontractual. Cfr. NYGH y POCAR, *Report of the Special Commission...*, p. 58. En la frustrada *Hague Draft Convention* se estableció como regla jurisdiccional, en el art. 10, la competencia tanto de los tribunales donde ocurrió el hecho o la omisión que produjo los daños, como los del país donde los daños efectivamente se produjeron.

¹⁸⁰⁶ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, pp. 657-658. Las denomina "metodología de elección materialmente orientada". Las soluciones de fondo estarán siempre relacionadas con el orden público; de allí que el art. 10 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos establece que las disposiciones del derecho señalado por las normas de conflicto no serán aplicables si son manifiestamente contrarias al orden público del juez. De aquí también que se deban considerar las normas sustantivas, como el caso de la Directiva Europea sobre la seguridad de los productos. Cfr. FAWCETT, "Products liability...", p. 30.

¹⁸⁰⁷ Cfr. TONIOLLO, "La protección internacional del consumidor...", p. 110, interpretando el art. 43 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940.

A los fines de la jurisdicción podría tratarse de cualquier lugar de acaecimiento del daño, a fin de permitir la protección del consumidor cuando los efectos son posteriores, a consecuencia de hechos comenzados antes y en otra jurisdicción¹⁸⁰⁸. De todos modos habrá que estar atentos a la conexión del caso con el foro y cuál es la causa real del daño. La producción global y parcializada, la a veces incierta cadena de distribución y la movilidad de las personas brindan gran complejidad a los casos y son fuente de incertidumbres para los fabricantes.

Por ejemplo, si un medicamento producido en el país A, es comprado en el país B, ingerido en C, y cuyos efectos se producen en un lugar de tránsito D o en el domicilio E, ¿la situación es diferente en cada país? ¿Cambia la solución si es ingerido en el mismo lugar B donde se compró, pero los efectos son en C o D? Da la impresión que si en un país sólo fue ingerido, pero no fue ni comprado ni tuvo allí los efectos perniciosos, el contacto es irrelevante. Lo que importa es que a partir de la compra en B está en condiciones de consumirse, hay puesta a disposición para el consumo, más allá que éste se dilate hasta arribar a C. En definitiva, son relevantes los lugares de comisión del “hecho” (fabricar, poner a disposición) y donde se producen los efectos, por lo general donde se consume (donde satisface o dis-satisface la necesidad).

Advierto que el ejemplo es incompleto, ya que no dije en qué consiste el daño ni la causa del mismo: podría tratarse de un producto mal fabricado, o mal conservado en la “cadena de refrigeración”, o mal administrado por el médico, o vencida su fecha de vigencia. Como vemos, la expresión “acaecimiento del daño” no es unívoca. Una cosa es el primer impacto o efecto, como por ejemplo establece la Convención de la Haya sobre productos defectuosos¹⁸⁰⁹. Distinto es el lugar donde el daño

¹⁸⁰⁸ FAWCETT se pregunta cuál es el lugar donde ocurre la responsabilidad por daños, y ejemplifica con el caso hipotético del neumático diseñado en Bélgica, fabricado en Alemania, vendido en Italia a un turista británico, y que explota y causa daños en Francia. Luego de un tiempo de internación, la real magnitud de las lesiones son manifiestas en el domicilio de Inglaterra. Se pregunta: “*Does the harmful event occur in Belgium, Germany, Italy, France or England?*” FAWCETT, “Products liability...”, p. 64.

¹⁸⁰⁹ *Idem*, p. 67.

finalmente se padece, que puede ser coincidente con el domicilio del demandante.

Los problemas se presentan en la relación del foro con el derecho aplicable. En este último aspecto, y en beneficio del consumidor, LIMA MARQUES considera que el tradicional contacto *lex loci delicti commissi* debe interpretarse de modo flexible¹⁸¹⁰. Las dudas que esta solución puede presentar han sido largamente discutidas por los autores¹⁸¹¹. Se suelen poner de manifiesto las posibles injusticias que se pueden derivar de un acto que es de por sí inocente en el domicilio del demandado o donde efectivamente se cometió, pero que se convierte en ilícito donde es juzgado. La aplicación de la *lex fori* de modo indiscriminado traería como consecuencia directa la admisión del *forum shopping*. Tampoco es suficiente el criterio *loci delicti commissi*. Por ese motivo los autores anglosajones se inclinan por el *proper law of the tort*, por el cual se busca relacionar el caso con el sistema jurídico que mejor se vincula con los objetivos de política pública que regulan los hechos y las consecuencias. Cada situación fáctica se desenvuelve en un lugar donde razonablemente rigen determinadas leyes y principios. Un suceso con consecuencias dañosas debe ser juzgado de acuerdo al contexto donde se produjo¹⁸¹²

Sin embargo, pese a las críticas que se pueden presentar a la solución del lugar de efectivo padecimiento para determinar el derecho aplicable, no sucede igual con la fijación del tribunal competente. La noción de daño será la del lugar de acaecimiento del hecho, sin que el tribunal pueda convertir en ilícito lo que no lo es. Por tanto el tribunal será competente en razón de una interpretación amplia del “lugar de acaecimiento”, pero el derecho será aquel que determine los deberes de conducta del agente. Por tanto, en un daño producido en tránsito, es perfectamen-

¹⁸¹⁰ Cfr. LIMA MARQUES “La insuficiente protección...”, p. 12.

¹⁸¹¹ Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, “Obligaciones extracontractuales”, pp. 1163-1167.

¹⁸¹² Cfr. CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Tenth Edition, Butterworth, 1979, pp. 258 y ss, donde transcriben las palabras del Juez Holmes, “But as the only source of this obligation is the law of the place of the act, it follows that that law determines not merely the existence of the obligation, but equally determines its extent”. *Slater v. Mexican National Rail. Co.* (1904), 194 U.S. 120.

te posible que entienda en la causa el tribunal del domicilio del consumidor, pero aplicando la legislación del lugar de acaecimiento del hecho dañoso. Adicionalmente, el derecho aplicable podrá ser uno de los argumentos a tener en cuenta respecto qué juez será competente en la causa¹⁸¹³.

b) La responsabilidad por conexidad y la jurisdicción

Hay que reconocer que a partir de la instauración del sistema protectorio, el principio del efecto relativo de los contratos, por el cual estos obligan a las partes y no a terceros (art. 1195 CC), ha sufrido una mutación¹⁸¹⁴. Sin embargo, creo que este nuevo paradigma debe ser aplicado discrecionalmente en el plano internacional. Las restricciones del marco interno no deberían tener la misma extensión en el contexto transfronterizo. El empresario puede haber perdido el control que tiene sobre las relaciones que desarrolla un tercero frente al consumidor, quedando al margen de su capacidad de verificación y vigilancia en cuanto a la calidad de las prestaciones o la conservación de productos¹⁸¹⁵. En este sen-

¹⁸¹³ Es lo que entendió el 7th Federal Circuit cuando hizo lugar al *forum non conveniens* alegado por el demandado en el caso *Abad v. Bayer Corp.*, citado *supra*, nota 1514. El juez preopinante, Richard POSNER, consideró que en Argentina sería aplicable el derecho argentino, siendo coincidente el lugar de residencia de los damnificados y el de acaecimiento del daño. Mientras que si el juicio tramitaba en USA, se aplicaría derecho argentino, siendo el lugar de la *lex loci delicti*: donde se efectuó el contagio, ya que antes de este no hay daño. No consideró a la fabricación defectuosa la causa inmediata del daño, ya que tampoco había certeza de si Bayer era el culpable, al haber intervenido otros proveedores. Cfr. RINALDI, "Forum Non Conveniens, the Availability and Adequacy of the Argentine Forum...", nro. V.

¹⁸¹⁴ Cfr. QUAGLIA, "La relación de consumo...", p. 907.

¹⁸¹⁵ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado propone en su art. 91 que será aplicable, a elección de la víctima, el derecho del lugar del establecimiento del productor o el correspondiente al de comercialización, siempre que se hubieran desarrollado actividades concretas en ese mercado. "Art. 91. - Responsabilidad por causa de un producto. La responsabilidad fundada en los defectos de un producto se rige, a elección de la víctima, por el derecho del Estado en el que se encuentra el establecimiento o el domicilio del productor, o por el del Estado en el que el producto ha sido adquirido, siempre que allí exista un servicio técnico autorizado o se hubiese realizado publicidad en medios locales".

tido, se puede decir que estamos ante un problema de cuestión previa: se debe determinar la responsabilidad del fabricante de acuerdo a que exista o no conexidad contractual¹⁸¹⁶.

Se justifican ciertos límites a la posibilidad de que el proveedor sea demandado en cualquier país donde su producto haya sido comercializado o consumido¹⁸¹⁷. A fin de no nacionalizar arbitrariamente la relación de consumo, la aplicación de la teoría del uso jurídico nos llevará a determinar la responsabilidad del fabricante de acuerdo a la normativa del lugar de producción, ya que esa es la limitación de sus obligaciones. Sin embargo, este contenido de la relación obligacional es acumulativo con el correspondiente al del lugar de efectivo consumo o de venta, debido a que las políticas regulatorias del mercado son de orden público¹⁸¹⁸.

En principio, es competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las prestaciones; entre otros, el importador tiene responsabilidad frente al consumidor de acuerdo al lugar de entrega. El límite de la conexidad lo marca la calificación que hace el juez del foro. Sería distinto si se tratara de una responsabilidad directa. Es un típico supuesto de *forum et ius*: el juez deberá establecer si hay conexidad de

¹⁸¹⁶ Aunque referida al derecho aplicable, así se prevé en el art. 8 de la Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos: "La ley aplicable determinará en especial lo siguiente: 1. los requisitos y la extensión de la responsabilidad; 2. las causas de exoneración, así como cualquier limitación o partición de responsabilidad (...)".

¹⁸¹⁷ Por ejemplo, la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, del 2 de octubre de 1973: art. 7: "No será aplicable la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, previstas en los artículos 4, 5 y 6, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo habrían de comercializarse en el Estado de que se trate". Se procura evitar situaciones caprichosas, ajenas a toda consideración de asunción razonable de riesgos. Si bien se refiere al derecho aplicable, esta disposición obedece al mismo fundamento que debería asignar la jurisdicción.

¹⁸¹⁸ En este sentido, art. 9 de la Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos: "La aplicación de los artículos 4, 5 y 6 no obstará para que se tomen en consideración las normas de seguridad vigentes en el Estado en cuyo territorio se hubiere introducido el producto en el mercado".

acuerdo a su propio derecho, y recién ahí se considerará o no competente respecto de ese proveedor en particular. Abierta la jurisdicción, luego verificará de acuerdo a la *lex causae* si existe o no nexo causal. De aquí que la vinculación de una de las partes con el consumidor pueda considerarse contractual (el vendedor minorista), y extracontractual la de los otros miembros de la cadena: el importador, distribuidor, fabricante o transportista¹⁸¹⁹. En cada caso, la norma de jurisdicción será diferente. De aquí que sea relevante complementar el criterio localizador con la conexidad jurisdiccional o con el recurso a los múltiples demandados (cfr. *supra* nro. VI. C. 3.b), p. 617).

c) Forum et ius: el lugar de fabricación y los estándares de producción

Ante la verificación de que el daño al consumidor se produjo como consecuencia de un problema de fabricación o diseño, y en extraña jurisdicción a la del fabricante, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de la calificación del “lugar de fabricación”. La situación no debería presentar mayores problemas, y el lugar donde el producto es manufacturado coincidirá con el domicilio del demandado. Las dificultades surgen cuando hay múltiples participantes en la cadena de producción, o el fabricante es un productor a maquila, anónimo para el consumidor medio¹⁸²⁰.

De acuerdo al art. 40 LDC las responsabilidades son independientes pero solidarias de cada uno de los integrantes de la cadena de aprovisionamiento. El fabricante es responsable de la fabricación “defectuosa”. Los requisitos de calidad están dados por el lugar de producción, pero también acumulativamente con los del lugar de comercialización o

¹⁸¹⁹ Esta resulta una aplicación del art. Art. 43 Del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. “Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden”. Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, “Obligaciones extracontractuales”, p. 1161.

¹⁸²⁰ Recordamos el caso “Mattel”, relatado en p. 556, en el cual el fabricante de juguetes tercerizaba la producción en productores de otros países.

puesta a disposición. Así, no debería ser responsable un fabricante que ha cumplido con los estándares de calidad del lugar de fabricación y el daño se produce porque el producto se utiliza en un territorio que incorpora otros parámetros técnicos, dónde él no quiso comercializarlo¹⁸²¹. Lo mismo si el uso resulta incorrecto sin culpa del fabricante, que nunca pensó ni quiso que sus productos fueran vendidos en ese país¹⁸²².

En esta última circunstancia, el lugar de fabricación donde deben cumplirse con los estándares o con las normas regulatorias funciona a modo de 'lugar de cumplimiento'. Esto impactará tanto en aspectos procesales, jurisdiccionales o sustanciales: una diferente interpretación del nexo de causalidad, distintos plazos de prescripción, o modo de probarse los hechos, etc¹⁸²³. Lo mismo se puede decir respecto de los estándares de calidad, cuando difieren entre una u otra jurisdicción, y proyectan sus efectos sobre la demostración de la culpa, el deber de diligencia, el cumplimiento de normativas regulatorias, etc¹⁸²⁴. En este sentido también se interpreta el contenido del "estado del arte" como causa excul-

¹⁸²¹ Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", p. 71.

¹⁸²² Le serían así aplicables las normas de orden público económico del comercio interior del lugar de venta de los productos o servicios. Un ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en la Resolución 319/99 de la Secretaría de Comercio, Industria y Minería, que aprueba distintos requisitos técnicos para la comercialización de aparatos eléctricos de uso doméstico que cumplan determinadas funciones. Ya hice mención al problema que puede resultar de la aplicación de la teoría de la apariencia cuando el producto lleva la marca del fabricante y esa es la causa de la relación de consumo. Cfr. SCHÖTZ, "Los titulares de marcas...", p. 986.

¹⁸²³ En este sentido, de acuerdo al art. 8 de la Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos, la ley aplicable determinará en especial "8. la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de responsabilidad; 9. las normas de prescripción y caducidad, fundamentadas en la expiración de un plazo, comprendidos el inicio, la interrupción y la suspensión de los plazos".

¹⁸²⁴ La legislación comparada se ocupa del problema y presenta una solución coherente. El art. 102 del Código de Derecho Internacional Privado belga prevé que, en cuanto a las reglas de seguridad y comportamiento, deberán tenerse en cuenta las que estuvieren en vigor en el lugar y momento del hecho dañoso. Cfr. NAJURIETA, "Una categoría autónoma...", p. 263. En este sentido debe interpretarse el límite de la garantía o la determinación de la naturaleza de la cosa o del servicio, que "al haberlo conocido el contratante, no la habría adquirido o habría dado menos por ella" (art. 2164 CC).

patoria¹⁸²⁵. Estos límites y deberes de conducta del proveedor, desde el punto de vista del consumidor demandante en extraña jurisdicción, son parte de la *lex fori* que aquí se identifican con la *lex causae*. La conexión en este caso no está construida sobre el *locus actio*, ya que el daño se reclama en virtud de la ilicitud consistente en incumplir con los deberes de fabricación.

También puede ser relevante para optar por la jurisdicción del tribunal del lugar de fabricación las mayores posibilidades que tiene el consumidor de obtener una adecuada reparación. En los países industrializados es más alto el estándar de responsabilidad que obliga a los productores —y por tanto más clara la demostración de la culpa o negligencia¹⁸²⁶. El tribunal debe aplicar los estándares de fabricación o de responsabilidad propios; por tanto, la regla de jurisdicción se puede derivar del derecho aplicable (cfr. *supra*, p. 601 y ss.)¹⁸²⁷.

La teoría de la apariencia viene nuevamente en nuestra ayuda. El producto manufacturado en un país, y así indicado y publicitado frente al consumidor, genera una expectativa de calidad vinculada a ese lugar de fabricación. No en vano las leyes de lealtad comercial obligan a consignar ese origen, como elemento informativo relevante frente a la decisión de consumo. Por tanto de aquí se puede obtener una regla de competencia: cuando el juez debe aplicar normas de orden público interno, resulta automáticamente competente.

¹⁸²⁵ La expresión *state of the art* es utilizada tanto para designar el nivel de calidad usual alcanzado y esperable en una industria como para referirse a las normas reglamentarias que obligan a cumplir estándares de fabricación. Es el límite de la negligencia, y por tanto de la presunción de culpabilidad. Cfr. SPRADLEY, Garey B., "Defensive Use of State of the Art Evidence in Strict Products Liability", *Minnesota Law Review*, Vol. 67, 1982, pp. 343-439, en la *Introduction*.

¹⁸²⁶ Cfr. GARRO, "Forum non conveniens...", pp. 96-97.

¹⁸²⁷ VISCHER considera que es una buena razón para justificar el *forum et ius* la existencia de procedimientos o regulaciones administrativos que obligan a los jueces o autoridades a aplicar su propio derecho. Más aún si las cuestiones sustanciales obedecen a intereses públicos. Cfr. VISCHER, "General Course on Private International Law", pp. 230-232.

En Argentina, la Ley 22.802 de Lealtad Comercial es clara en cuanto a la obligación de indicar el origen de un producto, sin admitir excepciones ni atenuantes:

Art. 1: “Los frutos y los productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visible sobre sus envases (...) b) Nombre del país donde fueron producidos o fabricados”¹⁸²⁸.

Queda claro que la indicación del lugar de fabricación es un mensaje, con las características de “signo distintivo”, al menos desde la óptica del consumidor. La indicación legítima de que un producto es “Made in Germany”, “Made in Japan”, “Made in Sweden”, “Swiss made”, “Product of China” o “Product of Malaysia”, manifiesta al consumidor que la cosa cumple con los estándares de calidad que identifican la “marca país”.

d) Corolario

En definitiva, el consumidor tiene ante sí distintas alternativas: a) puede reclamar en el lugar de fabricación y por tanto demandar al proveedor en la sede de sus negocios (domicilio), haciendo aplicación también de los estándares vigentes en esos países; b) a su vez, puede recla-

¹⁸²⁸ Art. 2 “Los productos fabricados en el país y los frutos nacionales, (...) llevarán la indicación Industria Argentina o Producción Argentina. A ese fin se considerarán productos fabricados en el país aquellos que se elaboren o manufacturen en el mismo, aunque se empleen materias primas o elementos extranjeros en cualquier proporción”. “La indicación de que se han utilizado materias primas o elementos extranjeros será facultativa. En caso de ser incluida deberá hacerse en forma menos preponderante que la mencionada en la primera parte de este artículo”. Art. 3: “Los frutos o *productos de origen extranjero* que sufran en el país un proceso de fraccionado, armado, terminado o otro análogo que no implique una modificación en su naturaleza, deberán llevar una leyenda que indique dicho proceso y *serán considerados como de industria extranjera. En el caso de un producto integrado con elementos fabricados en diferentes países, será considerado originario de aquel donde hubiera adquirido su naturaleza*”. Art. 4: “[...] Quienes comercialicen en el país frutos o productos de procedencia extranjera deberán dar cumplimiento en el idioma nacional a las disposiciones del artículo 1º de esta ley”. Art. 5: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases (...) palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, *origen*, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o *técnicas de producción*”.

mar en su propio domicilio como lugar de acaecimiento del daño; en este último caso, podrá invocar la aplicación de los estándares de calidad del país de origen acumulativamente con los propios, en razón de tratarse de reglamentaciones de cumplimiento obligatorio; c) también podrá demandar al fabricante en su sede social o principal asiento de los negocios, como ya hemos visto en VII. F, al mencionar el foro de patrimonio, o en el clásico domicilio del demandado; d) finalmente, si se tratara de una situación propia de un mercado común, podrá demandar al importador en el Estado de su domicilio, distinto al del domicilio del consumidor¹⁸²⁹.

¹⁸²⁹ Cfr. FAWCETT, "Products liability...", pp. 46-47. Este autor, en el marco de la UE, y considerando la aplicación conjunta del Convenio de Bruselas (ahora Reglamento 44/2001) y la Directiva Europea sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, considera que el consumidor demandante tiene a su disposición una excesiva cantidad de foros. Por una parte, cree que esto puede ser desequilibrado respecto del demandado. Además, favorece el *forum shopping* y crea riesgos ciertos de litispendencia. *Idem*. pp. 82-88.

CONCLUSIONES

Terminada la exposición, corresponde hacer un balance de las conclusiones de tipo general más relevantes a las que se arriba en este trabajo. La finalidad de este estudio ha sido, como señalé en la introducción, analizar las relaciones de consumo transfronterizas, con el objeto de hacer previsible la solución de controversias sin afectar el libre comercio. Tuve especialmente en cuenta la posición de debilidad relativa de un consumidor frente a un proveedor especializado, en aquellas situaciones que existen elementos que convierten el caso en multinacional. Establecí que esta posibilidad se presenta cuando las partes tienen domicilios en Estados diferentes (criterio personal), o cuando el lugar de entrega del bien o prestación del servicio está localizado en otro país (criterio conductista), o bien el lugar de celebración junto con el de cumplimiento ocurren en diferentes jurisdicciones, o los bienes objeto de la relación están localizados en otro territorio, o alguna otra circunstancia que pueda aportar al caso un “elemento de extranjería” relevante. Luego, procuré obtener criterios universales de localización de las relaciones de consumo internacionales con el fin de establecer los foros competentes en conflictos multinacionales.

También dejé establecido, como presupuesto, la ausencia de normas de fuente interna o internacional que solucionaran los conflictos que involucran a consumidores, tanto en lo referido a jurisdicción competente como el derecho aplicable. Esto se debe a que las normas jurisdiccionales y sustantivas, o bien ignoran el problema transfronterizo, o bien no tienen en cuenta la situación de debilidad del consumidor. De

aquí que fuera necesario construir un sistema o teoría general que resolviera los distintos problemas, aunque luego el foco estuviera puesto sobre los aspectos jurisdiccionales.

Como primer punto de partida para la construcción de un sistema de Derecho Internacional Privado de las relaciones de consumo, manifesté que la protección de la parte débil, y en general de la persona humana, es un objetivo de todo sistema jurídico, tanto desde el punto de vista del derecho interno como del Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público. Esta situación de debilidad de los consumidores frente a los proveedores se acentúa por las distancias, los diferentes idiomas de contratación, el desconocimiento de las reglas extranjeras, etc.

La otra consideración preliminar se refiere a que los particularismos de las regulaciones protectivas del derecho del consumidor pueden, sin embargo, brindar cierta uniformidad en el plano internacional, ya que los hábitos y pautas de proveedores y consumidores en sus relaciones suelen ser similares por efecto de la globalización y —especialmente— por la actuación transfronteriza de las empresas, que procuran atender a “clientes de clase mundial”. Sin embargo, cada Estado procura resguardar a sus ciudadanos mediante la aplicación de reglas nacionales, bajo el prisma del orden público. Esto último, si bien puede solucionar casos de iniquidad, también puede soslayar el elemento extranjero de la relación de consumo transfronteriza.

Recordados los presupuestos que se encuentran tras el planteo del trabajo, pasaré a las principales conclusiones alcanzadas:

1. Las relaciones de consumo que suponen intercambios en un contexto internacional deberían tender a un régimen jurídico propio, tanto desde el punto de vista del conflictualismo como desde la posible solución material del caso. No se puede dejar de advertir la interrelación entre los conflictos del derecho aplicable y la efectividad de la solución a que arribe el juez que ha sido designado como competente, ya que no es posible abstraerse de los tres problemas básicos del

Derecho Internacional Privado sin dejar de tener en cuenta la especial naturaleza de los conflictos privados multinacionales.

- 1.1. El sistema que tenga en cuenta la debilidad estructural del consumidor deberá fundamentarse en los principios básicos de la justicia, donde la perspectiva filosófica da luces para establecer los parámetros universales de esa asignación. La razón filosófica es la más general porque acude al fin último o la razón de ser última de las cosas. Desde este punto de vista, es posible establecer una “razón para la acción”, autosuficiente y justificatoria. Dos, al menos, son decisivas.
- 1.2. En primer lugar, el consumo es un bien para el hombre, por cuanto facilita la consecución de muchos de los bienes humanos básicos. Desde una perspectiva antropológica y cultural, el acto de consumir, que se sirve de los intercambios privados, es instrumental en razón de medio a fin para que las personas alcancen su plenitud, de acuerdo al estado actual de la sociedad y el desarrollo humano. En el fondo late la existencia de una persona y su dignidad, que requiere satisfacer necesidades corpóreas, espirituales y sociales.
- 1.3. Luego, como fundamento y justificación de un régimen protectorio, es posible verificar la existencia de una específica comunidad con su propio bien común, integrada por los consumidores y proveedores transfronterizos, como asimismo por los Estados a que pertenecen esas personas y empresas. La noción de “bien común” da sustento a la regulación social, y en el caso particular a la disposición de tribunales adecuados donde plantear los litigios y poder arribar a soluciones efectivas. Para el caso concreto, se trata del bien común de la comunidad internacional integrada por una persona o grupo de ellas consumiendo en esta comunidad internacional. La función distributiva es requerida en virtud de que muchas de las medidas de protección de los menos dotados se concretan en potestades que buscan

restablecer el equilibrio. Desde este punto de vista, la solución internacionalista deberá considerar las distintas conexiones de los regímenes locales, sin imponer de modo apriorístico la validez de algunas de ellas en desmedro de otras.

- 1.4. Por tanto, ha quedado definido que esta comunidad participa de un bien común global porque algunos de los valores o bienes son participados por todos los miembros de esa comunidad, ya sea como personas individuales o como Estados que componen esa comunidad internacional. Es una condición o conjunto de condiciones que capacita al consumidor transfronterizo para alcanzar objetivos razonables.
2. El sistema protectorio, al igual que todo sistema jurídico, estará constituido por principios y reglas.
 - 2.1. Son necesarios ambos ya que los derechos básicos no pueden quedar como meros deseos y aspiraciones, debiendo ser reglamentados por la ley positiva de acuerdo a las posibilidades que la situación histórica permite. Algunos de los principios protectorios del consumidor transnacional son propios, otros son compartidos con otras ramas jurídicas, y otros serán aplicación de principios generales del derecho.
 - 2.2. El recurso a la tónica jurídica permite primero identificar el problema, para luego poder responder a la situación planteada. Los principios tienen una misión fundante y estructural del sistema "en construcción". Faltará un sistema hermético y absolutamente previsible de todos los supuestos, pero es posible delinear un marco aproximado, capaz de brindar la solución en el caso concreto.
 - 2.3. Entre los principios fueron tenidos en cuenta los generales del derecho, los propios del derecho internacional público, del Derecho Internacional Privado, de las relaciones entre particulares y del derecho del comercio internacional. Cada una de estas

disciplinas hará su aporte su aporte, con directa injerencia en las soluciones regulatorias. Deberá ser considerada la metodología intrasistemática: reconocimiento, jerarquía, colisión, preferencias. Y esto último, tanto para el funcionamiento de los principios entre sí como en su interacción con las normas o para la validación de estas.

3. Entre los principios generales, a modo de estructura de todo el sistema protectorio, propongo el *favor debilis* junto con su aplicación concreta del *in dubio pro consumptore*.
 - 3.1. Esta prioridad fundante se manifiesta, por ejemplo, en la distinción entre contratos de consumo y comerciales. Afirmino que no se trata de un diferente conjunto de principios, sino más bien en una distinta gradación de ellos, que es receptada por las decisiones de política legislativa. Sostengo que el *favor debilis* es un principio general de todo el sistema jurídico y no sólo del régimen contractual ni tampoco exclusivo del sistema protectorio del consumidor. Por tanto, hay un punto de encuentro que permite aplicar soluciones del derecho del comercio internacional a la protección del consumidor transfronterizo. Fuera de la incidencia preponderante que corresponde al principio protectorio, el sistema continúa siendo uno.
 - 3.2. Nada impide que los principios y reglas de la *lex mercatoria* coadyuven a lograr los objetivos de la protección del consumidor transfronterizo, esto es: a) proporcionarles protección legal en sus relaciones con los proveedores; b) proporcionarles beneficios económicos aumentando la disponibilidad y disminuyendo los costos de los productos; c) brindarles mayor confianza en el mercado. Estos objetivos pueden ser compatibles con los propios de la *lex mercatoria*, a modo de relación de lo particular que restringe lo general. Estos últimos fines o características deseables son: a) el carácter universal; b) flexibilidad y dinamismo en su conformación, a fin de adaptarse a las cambiantes

circunstancias; c) informalidad y agilidad en la celebración de los negocios; d) confianza en los usos y prácticas

- 3.3. El cuadro general entonces sería el siguiente: a) de existir una regulación expresa en el ámbito internacional a favor del consumidor se aplica esta, por su carácter imperativo; por ejemplo, la autorización de la cláusula de *prorrogatio fori* sólo *post litem natam* (Protocolo de Santa María); b) si la regulación internacional no existiera, las partes pueden establecer los derechos correspondientes —tarea por lo general a cargo del empresario—, pero los principios protectorios tendrán la virtualidad de modificar lo que las partes establecieron, cuando se afecte indebidamente los intereses del consumidor; por ejemplo, permitiendo al consumidor invalidar la cláusula de prórroga si se afectara gravemente su defensa en juicio; c) si las partes nada han establecido en una cuestión determinada, se resolverá por las costumbres, insufladas por los principios protectorios; es decir que se aplica en subsidio la *lex mercatoria* en lo que no fuera incompatible; por ejemplo, la validez de una cláusula compromisoria a favor de un sitio de mediación en línea.
4. Una vez identificados los principios informadores del sistema, fue necesario dar un paso adelante, y en vista de la pretendida seguridad jurídica, establecer los derechos subjetivos del consumidor transfronterizo.
 - 4.1. Fue necesario aclarar la virtualidad jurídica de las profusas declaraciones, recomendaciones y cláusulas constitucionales protectorias. Quedó claro que no toda expresión de deseos o normas programáticas pueden dar lugar a derechos subjetivos. De los valores que trasuntan los principios hubo que hacer explícitos y en algunos casos educir los derechos subjetivos del consumidor. Ya que estos son un justo reparto, las directivas del ordenamiento deberán formalizarse como potestades o derechos subjetivos: qué condiciones se requieren para que cada

una de las partes pueda considerarse como titular de una potestad reclamable. La solución llega a través de la enunciación de los derechos en “tres términos”: una persona determinada, una descripción de un tipo de acto y otra persona determinada.

- 4.2. Un primer aspecto consistió en aclarar que los derechos fundamentales no tienen la misma virtualidad ni se aplicarán en igual medida si el caso tiene relación con un derecho o tribunal extranjero. De modo general —al menos en sus orígenes—, las garantías fundamentales se dirigen principalmente a la protección del ciudadano frente al Estado, y no a la realización de políticas estatales en situaciones privadas transfronterizas. Por tanto, se requiere un esfuerzo adicional para incluir la característica de la internacionalidad en el razonamiento jurídico que aplica o se deriva de derechos fundamentales.
- 4.3. La tarea de concreción buscó tanto no caer en la proliferación indiscriminada o “inflación” de derechos humanos, como en la falta de concreción de los derechos fundamentales. Como resultado se pudo establecer que los derechos del consumidor transfronterizo, en el marco de la relación de consumo, no pueden ser considerados derechos humanos, ni públicos, ni políticos. No derivan de su condición de persona ni de ciudadano, sino de su capacidad de obrar. Son derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, sin distinguir entre nacionales o extranjeros. La distinción tiene consecuencias muy importantes en el plano internacional, especialmente en cuanto a la distinción del orden público interno e internacional.
- 4.4. Por tanto, se puede predicar de los derechos fundamentales del consumidor y como consecuencia de su estructura normativa y la efectividad que de allí se deriva, que constituyen por sí mismos un mínimo inderogable, sin que la reglamentación o un contrato puedan ignorarlos. A su vez, tienen pretensiones de operatividad; esto permitiría reclamar al Estado la puesta en

ejecución en la medida de los recursos disponibles. También brindan pautas para su aplicación por los tribunales si están suficientemente especificados. Algunos de estos derechos pueden fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una norma que se les opone en un grado tal que implica su derogación. Adicionalmente, su ejercicio puede implicar la ineficacia contractual, tal como la aplicación del principio *favor debilis* contenido en los arts. 3 y 37 de la LDC.

- 4.5. En el caso que nos ocupa, para el consumidor esta garantía significa que no podrá ser privado de la propiedad sin la previa tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece una ley dotada de todas las garantías del proceso de sanción parlamentario, aun cuando esta misma ley les haya permitido elegir el tribunal extranjero, estatal o privado. Entre los principios procesales a considerar, tiene especial importancia la bilateralidad en el proceso contradictorio, que en su expresión fundamental requiere la audiencia de la otra parte. Por tanto, se deberá considerar si es razonable que un consumidor que reclama por un monto económicamente poco relevante, sea constreñido a defenderse o a demandar en otra jurisdicción distinta a la de su propio domicilio.
- 4.6. Estas conclusiones tienen especial impacto en la validez de la cláusula de prórroga de jurisdicción, tan usual en la práctica. Entre otros aspectos, se valorará si del caso resulta patente que litigar en otra jurisdicción le ocasiona graves e irreparables perjuicios, por la distancia y el costo de la defensa con relación al reclamo; o si resulta onerosa en demasía la presentación de la prueba o el traslado de los testigos; si el tiempo que demandará la obtención de una sentencia es excesivo o perjudica la eficacia del resultado; si será factible la presentación de la prueba conducente a conocer la verdad objetiva; si resultará imposible compeler a los testigos a presentarse; si él mismo podrá pre-

sentarse útilmente para su participación en el proceso; si existe posibilidad en la jurisdicción en la que es demandado de proveerse los medios de defensa, como un patrocinio letrado acorde a su situación económica, así como el reconocimiento del beneficio de litigar sin gastos; si los plazos del proceso incoado permiten una adecuada defensa, etc.

5. También es posible derivar derechos subjetivos para la protección del consumidor transfronterizo mediante la aplicación del orden público internacional.
 - 5.1. La LDC establece en su art. 65 que es una norma de orden público, sin discriminar entre el orden público interno del internacional. Pero este análisis es insuficiente, ya que el orden público interno se aplica a casos nacionales, mientras que el internacional tiene vocación extraterritorial. Pero la legislación interna —al menos en algunas de sus disposiciones— debe ser considerada preponderante para el orden público internacional porque hay un especial interés en los ordenamientos en resguardar la defensa del consumidor. Su inclusión como una salvaguarda con rango constitucional puede ser vista como parte del “espíritu de la legislación” en toda la amplitud que le otorga el art. 14 inc. 2 del Código Civil, lo cual la convierte en una barrera para la aplicación del Derecho extranjero o como característica negativa que rechaza una jurisdicción inicialmente competente.
 - 5.2. En todos los casos debe quedar claro que si bien las disposiciones protectorias pueden ser consideradas de Derecho Público o normas del orden público interno o como normas coactivas, las mismas no pueden ser ‘exportadas’ y aplicadas a casos extranjeros, aunque sí lo sean a casos internos. A su vez deben ser distinguidas de las “normas de policía”, ya que estas sólo contemplan casos multinacionales típicos, específicos, que en nuestra LDC no existen, aún cuando podrían constituirse en una solu-

ción deseable. Deberá quedar claro para el operador jurídico que, al menos desde la legislación protectoria actual en Argentina, no contamos con normas de policía, entendidas como aquellas que captan en su tipo legal un caso jusprivatista multinacional y lo somete al derecho material propio delimitando expresamente su ámbito de aplicación espacial. Si tuviéramos este tipo de normas, no habría posibilidad de aplicar derecho extranjero ni lugar a la autonomía de las partes.

- 5.3. En cambio, sí podemos asegurar que nuestra LDC, siendo una norma imperativa o de orden público, no capta un tipo legal con elemento multinacional, de allí que su coactividad no tenga — en principio— efectos transfronterizos. Sin embargo, de las normas imperativas pueden desprenderse principios, y así se podrá dejar de aplicar derecho extranjero en virtud de la cláusula de reserva. Todas estas distinciones están adecuadamente delineadas en la Propuesta de CIDIP VII.
- 5.4. También, en este proceso de concretización, fue necesario resolver las mal llamadas “antinomias” entre derechos fundamentales.
- 5.5. Dentro del sistema protectorio, y de acuerdo a las prácticas comerciales, cobran especial relevancia las conductas de los empresarios, quienes habitualmente tienen a cargo estandarizar la relación jurídica. Por tal motivo, también cupo analizar el rol de las buenas prácticas empresarias, los códigos de conducta y las leyes modelo, tratando de determinar la obligatoriedad de sus disposiciones. Como conclusión, se puede establecer que en la medida que las asociaciones de consumidores han participado en la elaboración de directrices de buenas prácticas, acordadas con una industria determinada, o los formularios fueron previamente aprobados por la autoridad de contralor, es posible determinar derechos subjetivos en el orden internacional.

- 5.6. Como conclusiones de la primera parte de esta tesis, enuncié un catálogo conceptual de derechos subjetivos del consumidor transnacional en la relación de consumo, ya sea que se trate de obligaciones nucleares o deberes colaterales a cargo del proveedor
6. Definidos los derechos subjetivos del consumidor en el marco del sistema protectorio, cupo establecer el ámbito de aplicación de este sistema.
 - 6.1. En Argentina y otros países el marco de protección del consumidor está dado por la relación de consumo. A ella hace referencia el art. 42 CN y la LDC. De estos artículos se desprende que la disciplina de la defensa del consumidor transfronterizo se estructura y fundamenta sobre la relación de consumo y no sobre el consumidor en sí mismo considerado, aún cuando éste sea el sujeto de derecho tenido en cuenta por el microsistema.
 - 6.2. Para la aplicación del régimen protectorio debe existir una relación de consumo con un régimen particular de Derecho Internacional Privado, con características distintivas. Esta relación de consumo transfronterizo no ha sido hasta ahora determinada de modo uniforme, y la disparidad de criterios es notable. Resultará relevante cuál es el sistema jurídico donde la relación de consumo se desarrolla, cuál es su 'hábitat' natural. La debilidad del consumidor no puede deslocalizar una relación jurídica, de manera que una situación en la que no hay contacto razonable entre el juez y el foro, en virtud de la *lex fori* quede sustraída de la realidad. Si por el lugar de celebración, de cumplimiento o cualquier otro contacto relevante la relación era de derecho común, sería abusivo aplicar un régimen protectorio por el solo hecho de abrir la jurisdicción en un país no relacionado con el caso.
 - 6.3. La definición de la relación de consumo —o la presencia de un consumidor, en su caso— establecerá el marco objetivo y subje-

tivo para la aplicación del régimen protectorio internacional. Es preciso delimitar quiénes y en qué situaciones serán protegidos. Si existen dudas en cuanto a la caracterización de una operación determinada como de consumo, la calificación deberá ser establecida de acuerdo a la *lex fori*.

- 6.4. Respecto de la categoría de proveedor, su definición es relacional: sólo lo será cuando actúe vinculado a un consumidor. Un punto particular se presenta para los proveedores que actúan en conexidad contractual. Aquí se abre la posibilidad de establecer una calificación autárquica: “Revestirán igualmente la calidad de proveedores quienes, sin haber celebrado el contrato con el consumidor o sin ser los directos obligados, han participado de un negocio jurídico complejo, en el cual sus obligaciones respecto del contratante principal han sido determinantes del cumplimiento de la prestación”. Esta calificación será útil tanto a los fines sustanciales como procesales.
- 6.5. La condición de consumidor de las personas jurídicas, o bien la situación de los proveedores que son subsidiarias o sucursales de la casa matriz, también presentan problemas de calificaciones o de cuestión previa, según los casos.
- 6.6. También estará a cargo de la *lex fori* establecer cuando un titular de un derecho de propiedad intelectual será proveedor en una relación de consumo transfronteriza.
7. A los fines de elaborar una calificación autárquica, parece difícil encasillar el amplio universo de alternativas.
 - 7.1. Por este motivo, resulta más práctico dejar abierta la posibilidad de que todo tipo de prestaciones pueda ser objeto de la relación jurídica, y, eventualmente, hacer luego los “recortes” necesarios a la rica realidad. Resultarán relevantes sólo aquellos bienes o prestaciones que puedan ser objeto de relaciones transfronterizas, ya sea por el lugar de entrega, fabricación, co-

bertura, lugar de pago, etc., circunstancia que habilitará un régimen protectorio internacional de excepción.

- 7.2. Razones de política legislativa y la posibilidad que tengan los Estados de llegar a un acuerdo permitirán establecer los parámetros para definir la relación de consumo transfronteriza en Tratados y Convenios. Sería este un buen paso.
8. Quedó establecido que el supuesto de hecho consistirá en la existencia de una relación de consumo transfronteriza. Luego, queda determinar la consecuencia jurídica: qué tribunales son competentes.
 - 8.1. Ante la carencia de normas de fuente interna o internacional que califiquen los contactos en su referencia a relaciones de consumo transfronterizo, deberemos integrarlos analógicamente, siempre teniendo en cuenta una valoración finalista. La consideración del *favor debilis*, el *in dubio pro consumptore*, los principios generales de la jurisdicción y, de modo amplio, todos los *topoi*, tienen en vista lograr una justa asignación de jurisdicción. De aquí que las conexiones deberán ser valorativamente orientadas, ya que el uso de los términos implica de por sí un reparto.
 - 8.2. Los criterios de competencia interna no son equiparables a los propios de la jurisdicción internacional, debido a la falta de consideración del elemento extranjero. Sin embargo, ante algunos problemas puede ser importante evaluar la capacidad de actuación de los órganos administrativos, cuando el asunto haya sido legítimamente nacionalizado, o bien cuando el consumidor extranjero pueda acudir a las oficinas regulatorias locales. Es importante dejar claro la necesidad de que exista conexión razonable del caso con el foro. Son bienvenidas las recomendaciones de la Ley Modelo Interamericana que presentó Estados Unidos para ser considerada en al CIDIP VII.

- 8.3. Un principio general a tener en cuenta en el diseño de conexiones jurisdiccionales es el hecho de que debe existir certeza del tribunal competente, antes de que se entable la demanda. Este aspecto, en conflictos que involucran a una parte débil, es fundamental, en razón también de economía procesal. Hay que reducir al máximo las posibles excepciones de incompetencia. Entonces, el primer elemento a considerar es la seguridad de contar con un juez competente en la esfera internacional, claramente establecido.
- 8.4. Asimismo, los problemas generales de la jurisdicción internacional, deberán ser modalizados cuando nos encontremos con una relación de consumo transfronteriza. Para resolver los problemas de calificaciones o cuestiones previas, acudiremos una vez más al *in dubio pro consumptore*. Atendiendo a la debilidad del consumidor, se deberán minimizar los casos de *forum shopping*, la litispendencia o la conexidad jurisdiccional. En los supuestos de jurisdicción exclusiva, no deberá convertirse en un obstáculo a la garantía de defensa en juicio, entendida esta de modo amplio. Por el contrario, las jurisdicciones concurrentes, alternativas o subsidiarias, deberían establecerse a favor del consumidor, de modo de favorecer su acceso a los tribunales. Los límites —flexibles por cierto— estarán dados por el *forum non conveniens* y el *forum necessitatis*. Respecto de estas dos últimas instituciones, es recomendable su regulación internacional.
9. Al momento de evaluar la jurisdicción más adecuada al consumidor no se pueden dejar de lado los aspectos procesales, vinculados al principio *lex fori regit processum*.
 - 9.1. Los problemas que plantean los procesos colectivos, el beneficio de litigar sin gastos, el cumplimiento de los recaudos probatorios, la tramitación de medidas cautelares o diligencias probatorias anticipadas, los costos de ejecución de la eventual sen-

tencia, son todos aspectos a considerar por el juez a los fines de asumir o rechazar la jurisdicción.

- 9.2. El problema particular de la participación de consumidores extranjeros en class actions iniciadas en el domicilio del proveedor, puede facilitar el acceso a la jurisdicción y a una efectiva protección del consumidor.
10. En cuanto a cuál sea la jurisdicción que más tenga en cuenta la extraterritorialidad y la debilidad, se hace necesario considerar las propuestas existentes, las que en su mayoría se orientan hacia los tribunales domiciliarios del consumidor. Esta conclusión, lejos de ser un lugar común, tiene sustento en distintos principios. Sin embargo, esta preferencia valorativa no deberá crear foros exorbitantes.
 - 10.1. Las conexiones jurisdiccionales valorativamente orientadas, como el foro domiciliario del consumidor, favorece la justicia sustancial. Por tanto los motivos y razones que sustentan los puntos de conexión de las normas de conflicto servirán también para sostener los contactos jurisdiccionales. En la elaboración de las normas se tendrán en cuenta estos criterios, pero el juez podrá luego efectuar correcciones en vistas del resultado de la aplicación práctica. Nuevamente el *favor debilis* deberá terciar a fin de evitar la denegación de justicia.
 - 10.2. Un esquema similar se propone para la validez de las cláusulas de prórroga. La autonomía de la voluntad es de por sí un criterio valioso, ya que respeta la libertad de las partes, siempre que esta sea efectiva y no ficta u obtenida de modo abusiva. Por tanto la autonomía deberá ejercerse de modo limitado: en relación a tribunales que se presuponen ventajosos para el consumidor o con relación directa al tipo de negocio que involucra a las partes. Las propuestas del Protocolo de Santa María o la Propuesta canadiense de CIDIP VII resultan adecuadas.

10.3. Es consistente con la apreciación anterior el hecho de que no se puedan evaluar con el mismo criterio o estrictez las cláusulas prorrogatorias en el plano interno que en el internacional. No toda cláusula de prórroga vulnerará el principio constitucional de defensa en juicio, sino cuando se torne gravoso en demasía para el consumidor el hecho de acudir a otro tribunal, ya sea privado o estatal. En cada caso habrá que verificar estos supuestos, y si se llegase a esos extremos, el demandante podrá abrir la jurisdicción ante el juez del Derecho aplicable al fondo del asunto (*forum causae*) o del lugar de cumplimiento o de celebración, coincidentes con el domicilio del consumidor.

11. Finalmente, se han analizado conexiones particulares.

11.1. Se debe confirmar la validez universal del criterio jurisdiccional del domicilio del demandado, más aún tratándose del proveedor. La facilidad de ejecución de la sentencia, la existencia de bienes, la sede de los negocios, son todos elementos que favorecerán la situación del consumidor. La propuesta del Protocolo de Santa María es adecuada a estos fines.

11.2. Faltaría agregar alguna aclaración para el caso de demandados en razón de conexidad contractual. La existencia de uno de los proveedores en el domicilio del consumidor permitiría localizar la relación, y atraer hacia allí a los otros proveedores conexados.

11.3. Los tribunales domiciliarios del consumidor toman especial relevancia cuando son coincidentes con el lugar de cumplimiento de la prestación. Por el contrario, el lugar de celebración, que puede ser contingente, resulta adecuado cuando es coincidente con otro criterio, como el de cumplimiento o de pago.

11.4. El domicilio del consumidor suele ir relacionado con la categoría de “pasivo”, es decir, cuando los actos previos, la celebración o la ejecución han ocurrido en su país, o bien cuando el

proveedor dirigió acciones comerciales hacia esa plaza. Es un buen indicador del riesgo que quiso asumir el comerciante al desarrollar negocios en ese mercado. La actividad del empresario, en el contexto digital, deberá calificarse de modo especial, tal como lo hace la UE. También resultan admisibles los criterios jurisprudenciales norteamericanos, expresados en el “Zip-po test”.

- 11.5. El denominado foro de patrimonio puede también ser útil a los fines protectorios. Al respecto, la situación de la matriz que controla la subsidiaria, o la sede de la compañía aseguradora, son buenos ejemplos.
- 11.6. La situación de los bienes, cuando se trata de relaciones de consumo reales, es también un criterio localizador y que permite asignar la jurisdicción. Habrá que estar atentos a que esa jurisdicción, en principio exclusiva por razón del *forum rei sitae*, no se confunda con aspectos contractuales que originen reclamos personales. De lo contrario, un criterio absoluto podría provocar la indefensión. El criterio general deberá ser, de acuerdo al principio protectorio, la interpretación restrictiva de los foros exclusivos. La razón de ser de la exclusividad, la particular política pública involucrada, deberá balancearse con otra política pública: la protección de la parte débil.
- 11.7. El lugar de celebración no arroja precisión localizadora a los fines jurisdiccionales, pero puede ser complementario de otros, como el domiciliario, o el lugar de pago o de cumplimiento de la prestación reclamada. La incertidumbre mayor se presenta en el contexto digital, debido a que el proveedor puede predeterminar el lugar de celebración y así establecer a su favor la localización de los tribunales. Como principio general, se deben evitar los conflictos móviles, a fin de otorgar certeza a la relación jurídica establecida y poder asignar indubitablemente la jurisdicción.

- 11.8. El lugar de cumplimiento es más adecuado que el de celebración para asignar jurisdicción, siempre que esté localizado donde haya efectiva ejecución: esto es, aquel lugar donde se recibe la prestación destinada al consumo. La causa de la relación jurídica radica en el “consumir”, en el uso final, y hasta tanto el bien o servicio no esté disponible bajo este criterio, no se puede hablar de efectivo cumplimiento. De aquí que haya propuesto modificar los términos comerciales uniformes (Incoterms) de tal modo de adaptarlos a la realidad de este tipo particular de operaciones. El lugar de entrega, por ejemplo, en una venta por Internet, será la del domicilio del consumidor, o al menos en el despacho de aduana de su país, y no el lugar de entrega al courier que hará el transporte transfronterizo.
- 11.9. Queda establecido que el lugar de cumplimiento, será cualquier lugar de cumplimiento, para permitir la disponibilidad de jurisdicciones concurrentes. Resulta limitativo e inconveniente el criterio de “cumplimiento de la prestación más característica”. Por el contrario, es útil la opción por “el domicilio del demandante que demostró haber cumplido (Protocolo de Buenos Aires)”, cuando el consumidor cumplió, generalmente mediante el pago, en su propio domicilio.
- 11.10. El lugar de cumplimiento en los contratos *on line*, podrá estar dado tanto por el lugar de descarga de los archivos, como de disfrute del servicio en línea, ambos en el domicilio del consumidor.
- 11.11. Un lugar especial de cumplimiento es el de pago, generalmente en el mismo domicilio del consumidor. Lo mismo se puede afirmar en el caso de pagos mediante tarjeta de crédito u otros instrumentos cancelatorios. A esto se agrega el domicilio del banco que emite la tarjeta u organiza el sistema, también coincidente con el domicilio del consumidor.

12. Finalmente, en cuanto a la localización de las relaciones extracontractuales, los tradicionales foros de acaecimiento del hecho dañoso o de sufrimiento de las consecuencias son adecuados para proteger al consumidor damnificado. En el caso de daños producidos por productos elaborados, el lugar de fabricación debería agregarse entre los foros disponibles. En este sentido, las normas y regulaciones del lugar de producción, obligatorias para el productor, junto con la indicación distintiva de la “marca país”, que genera una expectativa razonable, tienen suficiente peso localizador.
13. En definitiva, queda patente la necesidad de establecer un sistema protectorio específico para las relaciones de consumo transfronterizas, como requerimiento del bien común de la comunidad internacional. Este sistema se sostendrá en principios y reglas. Estas últimas, ante su ausencia, ya sea de fuente interna como internacional, deberán considerar tanto la debilidad del consumidor como la relevancia del elemento extranjero. La necesidad de asegurar una jurisdicción efectiva se presenta como más urgente y a la vez asequible. La experiencia de la Unión Europea, aun siendo limitada, es relevante. Las soluciones a los conflictos de jurisdicción llegaron antes que los de derecho aplicable: Bruselas vino antes que Roma; la Directiva 44/2001 antes que los Reglamentos Roma I y Roma II. A su vez, el MERCOSUR logró antes un Protocolo de Buenos Aires para resolver los conflictos jurisdiccionales relativos a contratos internacionales, sin lograr acuerdos en cuanto a derecho aplicable o normas materiales. Del mismo modo, esperamos con ansia la aprobación del Protocolo de Santa María o alguna norma semejante.

BIBLIOGRAFÍA

- AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional), Conclusiones del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra. Berta Kaller de Orchansky”, celebrado en Rosario, 13 al 15 de octubre de 2005, disponible en www.aadi.org.ar/doctrina/CONCLUSIONES.doc
- ALAIS, Horacio Félix, “Tributación en el comercio electrónico”, Ier Coloquio Internacional de Derecho Tributario, Centro de Extensión Universitaria, San Pablo, 1999.
- ALL, Paula M. y DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentados Por Brasil y Uruguay”, Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA). Disponible en www.oea.org
- ALL, Paula y DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Consideraciones generales sobre el artículo 2 del Proyecto de reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores presentados por Brasil”. Presentado al Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA), disponible en www.oea.org
- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”, en *Derecho de Daños, Segunda Parte*, Homenaje al profesor doctor Félix A. TRIGO REPRESAS, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, directora, y Carlos A. PARELLADA, coordinador, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 539-559.
- “Derecho Internacional de los Contratos”, LL 2009-A, 671-700.
 - “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (el armado de un sistema)”, LL 2009-D, pp. 740-761.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón, *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, La Ley, Madrid, 2009.

- AMISSAH, Ralph, "Revisiting the Autonomous Contract. Transnational contracting, trends and supportive structures", disponible en www.lexmercatoria.org
- ANAYA, Jaime Luis, "Meditaciones sobre los derechos del consumidor", ED 177-230.
- AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, "Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", (2003) *Oxford University Comparative Law Forum*. Disponible en <http://ouclf.iuscomp.org/>
- ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, "El 'Merchandising'", LL 1997-B, 1331.
- ARENAS GARCÍA, Rafael, "Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968, Revista Española de Derecho Internacional v.48, no.1 (1996).
- ARIAS CÁU, Esteban Javier y VERA MOHORADE, Guillermo M., "La potestad reglamentaria y la dudosa constitucionalidad de la Resolución (SCDDC) 53/03", *Boletín MicroJuris* del 17 de septiembre de 2010, MJ-DOC-4890-AR | MJD4890.
- ASHER, Allan "Going Global, a New Paradigm for Consumer Protection", Colston Warne Lecture, *Journal of Consumer Affairs*, Vol. 32, No. 2, 1998.
- AURIOLES MARTÍN, Adolfo, *Introducción al derecho turístico*, Tecnos, Madrid, 2002.
- AZAR, María José, "Los daños masivos en la jurisprudencia", en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 125-162.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Cuarta reimpresión, Temis, Bogotá, 1998.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, "The UNIDROIT Principles – A Possible Model for the Harmonization of International Contract Law. Regional Integration in MERCOSUR", en *Los principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas? Actas del Congreso Interamericano*. Unidroit, Roma, 1998, pp. 119-135.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Roldo Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, París, reedición, 2002.
- BATIFFOL, Henri, y LAGARDE, Paul, *Droit International Privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 8e édition, Paris, 1993.
- BERGER, Klaus Peter, "Transnational Commercial Law in the Age of Globalization", *Centre di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 2001.

- «The Concept of the “Creeping Codification” of Transnational Commercial Law», Disponible en <http://www.tldb.net/>
 - *The Creeping Codification of the Lex mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999.
- BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas*, Heliasta, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “El derecho a la jurisdicción en Argentina”, ED 11, 954-974.
 - *Manual de la Constitución reformada*, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1998.
- BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, Librería y Editorial Castellví, Santa Fe, 1961.
- BOGGIANO, Antonio, “International Standard Contracts, a Comparative Study”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 170, La Haya, 1981.
 - “Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones”, LL 1989-E-303.
 - *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*, La Ley, Buenos Aires, 1993.
 - *Derecho Internacional – Derecho de la Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos y Derechos Humanos*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
 - *Derecho Internacional Privado*, 4ª Ed., Tomos II y III, Depalma, Buenos Aires, 2001.
 - *Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed., Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 2005.
 - “*Lex mercatoria non est lex*”, *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, Vol. 2007-B, pp. 373-427.
- BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*, Second enlarged Edition, Transnational Publishers, New York, 1997.
 - “The Unidroit principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice”, disponible en www.pace.edu.
- BOUGEN, Christopher D., “Conflicting Approaches to Conflicts of Jurisdiction: The Brussels Convention and *Forum non conveniens*”, *Victoria University Wellington Law Review* (VUWLR), (2002) 33, pp. 261-285.
- BOURGOIGNE, Thierry *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Gobierno Vasco, Vitoria 1994.
- BOUTIN, Gilberto, “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho Internacional Privado panameño”, en *Avances del Derecho Internacional Privado*

do en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

BRIZZIO, Claudia, "Contratación mediante click wrapping", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año II Nro. VI, Ed. La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2000, pág. 217 y sig.

- *Regulación del contrato en la economía globalizada*, *Revista de Doctrina del Colegio de Abogados de la Capital Federal*, Nro. 3, Buenos Aires 2001.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2003.

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2000.

BURBANK, Stephen, "Jurisdictional Equilibration, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law", 49 *American Journal of Comparative Law*, 2001, pp. 203-247.

CALLIES, Galf-Peter, "Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce", *Comparative research in law & political economy, Law Research Institute Research Paper Series*, Research Paper 3/2007, Vol. 03 No. 03 (2007), disponible en <http://ssrn.com/abstractid=988612>

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *El Sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, trad. de la 2ª ed. alemana de Juan Antonio GARCÍA AMADO (*Systemdenken und Systembegriff in den Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2. überarbeitete Auflage. Berlin, 1983).

CANARIS, Claus-Wilhem y GRIGOLEIT, Hans Christoph "Interpretation of Contracts" en *Towards a European Civil Code*, Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA, Edgar DU PERRON, Muriel VELDMAN, Coords., Nijmegen 2004.

CANO BAZAGA, Elena, *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Reglamento "Roma I" Núm. 593/2008 de 17 Junio 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y ley estatal elegida por las partes" COMPLETAR LA CITA

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado – Introducción a sus problemas fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

CARRIZO ADRIS, Gustavo, "La determinación del juez competente en la transacción vía internet. Jurisdicción en internet", *JA* 2005-II, 1311-1321.

CESCATO, Paola, "Acerca del artículo 42 de la Constitución Nacional", *LL* 1999-E-211.

- CHESHIRE, Geoffrey, y NORTH, P.M., *Private International Law*, Tenth Edition, Butterworth, 1979.
- CHIJANE DAPKEVICIUS, Diego, *Derecho de Marcas*, Reus, Madrid, 2007.
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- "Interpretación por analogía, derecho constitucional de emergencia y justicia", en *Interpretación Constitucional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2005.
 - "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre -diciembre de 2003.
 - "Problema y Sistema, una aproximación al pensamiento de Theodor Viehweg", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Vol. 25, Buenos Aires, 2006, pp. 33-41.
 - *El ejercicio regular de los derechos - Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- CILOTTA, Pablo, "El pacto de *foro prorrogando*: ¿cláusula abusiva del contrato bancario? Su invalidez por ser interpretada a la luz de las normas protectoras del consumidor", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, 1998, año 31, pág. 715 y sig.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Hacia un derecho procesal internacional privado (Derecho justicial material: la jurisdicción internacional)", LL 1975-A, 1045 a 1060.
- "Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)", ED 159, pp. 1022-1029.
 - *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del MERCOSUR*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998.
 - *Los contratos conexos en la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1999.
 - "Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 2006, pp. 9-25.
 - "Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo", comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado, nro. 13.

- "La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo", Investigación y Docencia, Vol. 28 (1997), Rosario, pp. 33-36.

- "Reflexiones para la jusfilosofía del consumo", Investigación y Docencia, Vol. 33 (2000), Rosario, pp. 85-90.

CONSUMERS INTERNATIONAL, "¿Debería Comprar? Compras online 2001: un estudio internacional comparativo sobre el comercio electrónico", *Consumers International*, septiembre de 2001, disponible electrónicamente en www.consumersinternational.org

- "Credibility on the Web. An international study of the credibility of consumer information on the Internet". November 2002. Disponible en www.consumersinternational.org

CONTE-GRAND, Julio, "Las relaciones de consumo. Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral", en *Defensa del Consumidor*, LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 27-62.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 256 y ss. Traducción castellana de *Law and Economics*, Adisson-Wesley Educational Publishers Inc., 1997, a cargo de Eduardo L. SUÁREZ.

COSSARI, Nelson G.A., "Tiempo compartido. Impacto de la ley 26.356 sobre el sistema de Derechos Reales", LL 2008-F, 1266-1277.

COX, Noel, "The extraterritorial enforcement of consumer legislation and the challenge of the internet", *Edinburgh Law Review*, Vol. 8 No. 1, 2004, pp. 60-83.

DALLA VIA, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo Perrot, 2ª Edición, Buenos Aires, 2006.

DE ARAUJO, Nadia, "Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma convenção interamericana na CIDIP VII", em *Direito Internacional Privado – União Européia e Mercosul*, Luiz Otavio PIMENTEL, Carlos ESPLUGUES MOTA, Welber BARRAL (Organizadores), Fundação Boiteaux, Florianópolis, 2007, pp. 129-155.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, reimpresión de la edición original, Civitas, Madrid, 2002.

DE DOMINGO, Tomás, "El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho", *Derechos y Libertades*, *Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, 2002, Vol. VII, pp.251-289.

DE LORENZO, Miguel Federico, "Contrato de consumo y derecho del arrepentimiento", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 393-414.

- DELI, Armanda, "International norms and *lex mercatoria*: a perspective on consumer protection in information technology", *Indian Journal of International Law*, Vol. 41, New Deli, 2001, pp. 257-274.
- DÍAZ DE GARCÍA, Luciana, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Vol IX, 1999, Córdoba, pp. 149-160. Disponible en www.aaadi.org.ar/doctrina
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia: una visión transatlántica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006 (1), pp. 19-60.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre Consumo*, Nro. 85, Madrid, 2008, pp. 23-44.
- DENNIS, Michael J., "Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 219-237.
- DESPOTOPOULOS, Constantin, "El synallagma", *Revista Ius Publicum*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 2005, Vol. 14, pp. 11-25.
- DICEY, V., MORRIS, J.H.C., COLLINS, Lawrence, *The Conflict of Laws*, London, Sweet and Maxwell, 2006.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Vol. I.
- DOLINGER, Jacob, "Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 283, La Haya, 2000, pp. 187-503.
- DOWNES, Noemí, *Los contratos internacionales de timesharing, Un enfoque internacionalprivatista de la comercialización transfronteriza de la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido*, Eurolex, Colección de Estudios Internacionales, Madrid, 1998.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita, *Trámites judiciales internacionales*, Zavallá, Buenos Aires, 2005.
- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 6ª Edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- EHRENZWEIG, Albert A., *Private International Law, General Part*, Oceana, New York, 1967.

- ESBORRAZ, David, y FERNÁNDEZ, Carlos, "La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales", *Jurisprudencia Argentina*, 1997-III, pp. 662-671.
- EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, "Soft law and the consumer interest", ECLG/071/ - Bruselas, 2001.
- FAWCETT, James.J, "Products liability in Private International Law: a European perspective", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 238, La Haya, 1993, pp. 9-246.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., (coordinadora) MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B., *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, Edición electrónica gratuita. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008. Texto completo disponible en www.eumed.net/libros/2008c/435/
- FENTIMAN, Richard, "Civil jurisdiction and third States: Owusu and after", *Common Market Law Review*, Vol. 43 [2006], pp. 705-734.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Coord. *Derecho Internacional Privado* de los Estados del MERCOSUR, Zavallá Editor, Buenos Aires, 2003.
- "La redefinición de la codificación americana del Derecho Internacional Privado - ¿Hay vida después de la CIDIP VII?, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 73-95.
 - "Complicaciones europeas en torno a la jurisdicción internacional exclusiva en materia inmobiliaria", www.ElDial.com suplemento de Derecho Internacional Privado, de 30 de junio de 2006.
 - "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", en *Estudios de Derecho Internacional - Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*, T. II (*Derecho internacional privado*), Santiago, Librotecna, 2008, pp. 117-152.
- Editor, *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y ALL, Paula M., "Apreciación general acerca de la elaboración de una reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores", Comunicación presentada el Foro de Expertos para la preparación de la CIDIP VII, disponible en www.oea.org
- FERNÁNDEZ, Raymundo L., GÓMEZ LEO, Osvaldo R., AICEGA, Maria Valentina, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Tomo I-A, 2ª Edición, Buenos Aires, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

- FEUILLADE, Milton C., *Competencia internacional civil y comercial. Elementos judiciales en el proceso internacional*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- *La sentencia extranjera*, Ábaco, Buenos Aires, 2008.
 - "Legitimación procesal, representación y poderes internacionales", LL 2007-F, 1398-1404.
 - "La ley que rige el proceso en los casos iusprivatistas multinacionales", LL 2008-E, 965-978.
 - "La prueba en el proceso con elementos extranjeros", LL 2009-A, 1197-1214.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*, 1980, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino*, Tomo I, Parte General, 4ª Edición, Zavalía, Buenos Aires, 1986.
- FRESNEDA SAIEG, Mónica, y HERNÁNDEZ, Carlos A., "La protección del consumidor en los contratos a distancia celebrados por medios informáticos", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año III nro. 5, septiembre-octubre de 2001.
- FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Obligaciones extracontractuales", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Coord. *Derecho Internacional Privado* de los Estados del MERCOSUR, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 1157-1198.
- FRICK, Pablo D., "¿Riesgo empresario vs. Riesgo consumidor? La carga de la prueba en el proceso judicial sobre relaciones de consumo", *Diario Jurídico ElDial.com*, Suplemento de Derecho Empresario. Disponible en http://www.eldial.com/suplementos/empresarial/i_doctrinaNP.asp última visualización el 8/04/2009.
- GALGANO, Francesco, "Interpretación del contrato y lex mercatoria", *Revista de Derecho Comparado*, N° 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Editorial Civitas, 1ª Ed., Madrid, 1988.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Consumers and citizens: globalization and multicultural conflicts*, Minneapolis, MN; London: University of Minnesota Press, 2001.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA SELLART, Marcelo, "Algunas reflexiones sobre el régimen legal de las indicaciones geográficas en la Argentina", en *Derechos Intelectuales* Vol. 10, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 40-65.
- GARDELLA, Lorenzo, "La equidad en derecho del consumo", JA 2000-II-829.
- GARRO, Alejandro, "Forum non conveniens: 'availability' and 'adequacy' of latin american fora from a comparative perspective", *Inter-American Law Review*, Vol. 35:1 (2003-2004), pp. 65-99.

- GAUDEMONT-TALLON, H el ene, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- GHERSI, Carlos A., *Cláusulas Abusivas 1, nulidad e ineficacia*, Ed. Juris, Rosario, 1999.
- GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia, IPPOLITO, Silvia, *Contrato de medicina prepaga*, 2a Ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999
- GIMÉNEZ CORTE, Cristián, "Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el MERCOSUR", RDCO, 2002, pp. 75-109.
- GIULIANO, Mario y LAGARDE, Paul, "Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations", European Union, *Official Journal* NO. C282, 31 de octubre de 1980, ps. 1 a 50.
- GLENN, Patrick, "The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?", *Uniform Law Review*, Vol 4, 2004, pp. 829-845.
- GOLDMAN, Lee, "My way and the highway: the law and economics of choice of forum clauses in consumer form contracts", *Northwestern University Law Review*, vol 86, Spring 1992, p. 717.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho, (estructura del mundo jurídico)*, Aguilar, Buenos Aires, 1962.
- *Justicia y Verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978.
 - "Jurisdicción internacional directa e indirecta", *Revista Prudentia Iuris*, UCA, Nro 1, Buenos Aires, 1980, pp. 9-26.
 - "Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta", ED-93, pp. 961 a 964.
 - *Derecho Internacional Privado*, 5 a edición, Depalma, Buenos Aires, 1985.
 - *Derecho Internacional Privado*, 10 a edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, actualizado por Alicia PERUGINI ZANETTI y otros colaboradores.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, 5 a Edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ, César Daniel, "Comercio Electrónico. Enfoque legal. Perspectiva internacional", LL 2001-B, 1263.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, 2 a Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
- GORDO, Guillermo A., "Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos", en *Derechos Humanos*, GORDILLO, Agustín, (director), Capítulo V, Fundación de Derecho Administrativo, 5 a ed., Buenos Aires, 1999.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977.

- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26.361", JA 2008-II, 1261-1271
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HARTLEY, Trevor C., "Mandatory rules in international contracts: the common law approach", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1998, Vol. 266, pp. 337-425.
- HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp.55-76.
- HERBERT, Ronald, "El concepto de jurisdicción exclusiva en el art. 539.1.4 del Código General de Proceso", en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 239-287.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, "La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado", *Estudios sobre Consumo* 79, Madrid, 2006, pp. 17-34.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, 1ª. Ed. Peruana, 1999.
- HERZOG, Peter E., "Constitutional limits on choice of law", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1992-III, Vol. 234, pp. 239-329.
- HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003.
- HINESTROSA, Fernando, "Des principes généraux du droit aux principes généraux des contrats". *Uniform Law Review*, Vol. III, 1998 -2/3, p. 501 a 517.
- HOGARTH, Jeanne M., ENGLISH, Maureen P., "Consumer complaints and redress: an important mechanism for protecting empowering consumers", *International Journal of Consumer Studies*, 26, 3, September 2002, pp. 217-226.
- HOOFT, Eduardo R., "El lugar de cumplimiento de las obligaciones en el Código Civil argentino y el Derecho Internacional Privado", JA 2008-II, pp. 1087-1098.
- HOWELLS, Geraint, "European Consumer Law — the Minimal and Maximal Harmonization Debate and Pro Independent Consumer Law Competence", en *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002.
- "The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", *Journal of Law and Society*, Volume 32, Number 3, Cardiff University Law School, September 2005, pp. 349-370.
 - "The Rise of European Consumer Law — Whither National Consumer Law?", *Sydney Law Review*, 2006, SydLRev 4.

- ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE), *Putting it right. Best practices for customer redress in online Business*, Paris, 2003. Disponible en <http://www.iccwbo.org/>
- *Código Consolidado CCI en Materia de Publicidad Comercial y Mercadotecnia*, París, 2007. Disponible en <http://www.iccwbo.org/>
- IEZZI, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la Red*, Ábaco, Buenos Aires, 2005.
- ISSACHAROFF, Samuel, "Group Litigation of Consumer Claims. Lessons from the U.S. Experience", *Texas International Law Journal*, Vol. 34, 1999, pp. 135-150.
- IUD, Carolina Daniela, "Contrato internacional y juez competente", LL 2000-A, 404-426.
- "Mecanismos de Protección al Consumidor ante un Acuerdo de Prórroga de Jurisdicción", ponencia en el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Rosario, octubre de 2005. Publicado en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración del 30/6/2006.
- JAPAZE, Belén, "Financiación para el Consumo", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 229-261.
- JAYME, Erik, "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, Nro. 82, 1991, pp. 216-270.
- "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 251, La Haya, 1995, pp. 9-268.
- "La Droit International Privé du nouveau Millénaire: La Protection de la Personne Humaine face á la Globalisation, Académie de Droit International", *Recueil des Cours*, Vol. 282, La Haya, 2000, pp. 9-40.
- JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Centesimus Annus*, 1 de mayo de 1991.
- JUNYENT BAS, Francisco y DEL CERRO, Candelaria, "Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2010-C, pp. 1281-1297.
- KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As.
- KELLY, Julio y ELBERT, Cristian, "El artículo 40 de la ley 24.240", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 21, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 247-268.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Derecho de los consumidores y derecho de la libre competencia", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV, Número 38, 2000, pp.261-333.

- "Publicidad y Consumidores", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Nro 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 142-169.
- KERTON, Robert, "The Consumer Interest in Trade Agreements: Trade or Betrayed?" *Consumer Interest Annual*, Volume 47, 2001.
- KESAN, Jay "Personal Jurisdiction in Cyberspace: Brief Summary of Personal Jurisdiction Law" <http://www.cyberspacelaw.org/kesan/>
- KESSEDIAN, Catherine, "Electronic Commerce and International Jurisdiction", Summary of discussions, Ottawa, 28 de febrero de 2000. Disponible en www.hcch.net
 - "Electronic Data Interchange Internet and Electronic Commerce", Nro. III.1. disponible en www.hcch.net
- KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice, *International Economics, Theory and Policy*, Third Edition, Harper Collins College Publishers, New York, 1994.
- LACASSE, Nicole "Le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de Vente Internationale de Merchandises", en *Actes du colloque sur la vente internationale*, autores varios, Wilson Lafleur Itée, Montreal, 1989.
- LANDO, Ole, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Similarities, Differences and Perspectives". Centro di Studio e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, conferenze e Seminari, Nro. 49, Roma, 2002.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LEIBLE, Stefan, "Comercio exterior y seguridad jurídica", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 397-428.
- LIMA MARQUES, Claudia, *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*, Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, Volumen I, Parte 2, El Derecho Internacional Privado en las Américas, (1974-2000), Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002.
 - "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". Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm, última visualización 24/8/2010.
 - "La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo", pp. 24-27. Disponible en

http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf, última visualización 24/8/2010.

- *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor* (Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico), Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2004.

- "Las teorías que se encuentran detrás de la propuesta brasilera de CIDIP", Informe al Comité de Juristas, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm.

- "O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior", DeCITA Nro. 4, 2005, pp. 261-293.

- *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, Editora Revista Dos Tribunais, 5ª edição, São Paulo, 2006.

- "Brésil", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 47-95.

LISSKA, Anthony J., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*. Clarendon Press, Oxford, 1996.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, 15ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, T. I

LÓPEZ CAMARGO, Javier, "Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica", *REVISTA e - Mercatoria*, Volumen 2, Número 2. (2003), pp. 1-42. Disponible en <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/derechos.pdf>

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los Contratos, Parte General*, Zavalía, 4a ed., Buenos Aires, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis, "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240", LL 1994-C-918.

- "El derecho privado como protección del individuo particular", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, pp. 53 a 86.

- *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1995.

- *Comercio Electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2001

- "La relación de consumo", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

- *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.

LORENZETTI, Ricardo, LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

LUTZ, Mark A. y LUX, Kenneth, *Humanistic Economics, the new challenge*, The Bootstrap Press, New York, 1988.

- MAC DONALD, Andrea Fabiana, MAC DONALD, Andrea Fabiana, "El consumidor, la asimetría de la información y los precios discriminatorios", *El Dial*, Suplemento de Derecho del Consumidor, 4 de febrero de 2005, disponible en http://www.eldial.com.ar/bases/xacceso_link.asp?base=50&id=1368, último acceso 24/8/2010.
- MANN, F.A., "The Doctrine of International Jurisdiction revisited alter twenty years", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 186, pp. 9-116.
- MARZORATI, Osvaldo, "Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en Internet", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo Lorenzo IDIARTE, Coords, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 304 y ss.
- *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La falacia de la falacia naturalista*, Editorial Idearium, Mendoza, 1995.
- MATTEO SECO, Vivien, "La contratación mercantil y la añoranza del *jus commune*", *ELDial*, suplemento de Derecho Internacional Privado, disponible en www.eldial.com.ar.
- MAZZOTTA, Francesco, "A guide to e-commerce. Some legal issues posed by e-commerce for American businesses engaged in domestic and international transactions." *Suffolk Transnational Law Review*, Nro. 24, Summer 2001.
- MEDINA, Flavia y BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera, "El ciberarbitraje, ¿mito o realidad?", en FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., (coordinadora) MEDINA, Flavia A., RODRÍGUEZ, Mónica S. y SCOTTI, Luciana B., *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado*, Edición electrónica gratuita. ISBN-13: 978-84-691-6788-5. España. 2008. Texto completo disponible en www.eumed.net/libros/2008c/435/
- MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor", en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo A.N. ROUILLON (Dir.) y Daniel F. ALONSO (Coord), Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 1249-1271.
- MEYERSON, Michael I. "The reunification of contract law: the objective theory of consumer form contracts", *University of Miami Law Review*, Mayo 1993, pp. 1264-1306.
- MIDDLETON, Gaye L. y ABOUD, Jocelyn A., "Jurisdiction and the Internet", en *Going Digital 2000*, 2nd Edition, Australia.
- MOCHÓN MORCILLO, Francisco y BECKER, Víctor Alberto, *Economía, Principios y Aplicaciones*, McGraw-Hill, Segunda Edición, Madrid, 1997.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, y TINTI, Guillermo, "El consumo, el derecho del consumidor y la regla favor debitoris", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo,

- Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 99-111.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *Contratos electrónicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, "La CIDIP VII y el tema de protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual". Documento presentado al Foro de Expertos de la OEA, 6/05/2006, disponible en www.oea.org.
- "La Convención de México sobre el derecho aplicable a la contratación internacional", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 107-158.
- MORSE, C.G.J., "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, January 1992.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia Contractual*, EDIAR, Buenos Aires, 1977.
- "Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma. El rol de los jueces", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, pp. 87 a 99.
 - *Contratos Conexos – Grupos y redes de contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
 - *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª Edición actualizada, Santa Fe, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A, *Código Civil Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- NACIONES UNIDAS, "Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor" (en su versión ampliada de 1999)
- "Informe de la Reunión de expertos sobre los intereses de los consumidores, la competitividad, la competencia y el desarrollo", Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, 17 a 19 de octubre de 2001. TD/B/COM.1/EM.17/L.1, 24 de octubre de 2001.
 - "Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales", Nueva York, 2007, disponible en www.uncitral.org, última visualización 20 de agosto de 2009.
- NAHID CUOMO, María de los Ángeles. y RODRÍGUEZ GIAVARINI, María de las Mercedes, "La prórroga de jurisdicción en árbitros en contratos internacionales: el supuesto de los contratos de adhesión", ED, 206-1007.

NAJURIETA, María Susana, "Conflicto de jurisdicciones en casos que involucran a consumidores", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1991, Vol. 141, p. 225.

- "Reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana (Convención aprobada por Ley 23.720), ED 141, 929-948.

- "Los principios generales del derecho en el desarrollo del Mercosur", JA 1999-III-868.

- "Prórroga abusiva de la competencia en un contrato de adhesión", ED-181, 296-311.

- "Una categoría autónoma del derecho internacional privado: responsabilidad frente al consumidor perjudicado por defecto del producto", en *Protección de los consumidores en América*, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (Coord.), La Ley, Asunción, 2007, pp. 259-272.

NOODT TAQUELA, María Blanca, "Los acuerdos de elección de foro en el Mercosur", JA 1996-II, 738-747.

- "Jurisdicción internacional y derecho aplicable al reaseguro en la Argentina", *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, 1999, pp. 727-764.

NOVOA BOLÍVAR, Lorena Catalina, "Comercio electrónico B2C: la protección de los consumidores en Colombia", *REVIST@ e - Mercatoria* Volumen 1, Número 1. (2002), disponible en www.emercatoria.edu.co

NYGH, Peter y POCAR, Fausto, *Report of the Special Commission*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Preliminary Document Nro. 11 of August 2000, for the attention of the Nineteenth Session of June 2001. Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmppd11.pdf>, última visualización 12 de junio de 2009.

OCDE (OECD), Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, 1999, disponible en <http://www.oecd.org/publications/>. Última visualización el 10 de marzo de 2010.

- "Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas", Recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, del 11 de junio de 2003. Disponible en <http://www.oecd.org/publications/>. Última visualización el 10 de marzo de 2010

- "OECD Governments Join Forces to Protect Consumers from Cross-Border Fraud", OCDE, Digest of Electronic Commerce Policy and Regulation 26, París, 2003, pp. 101-104.

- "Recomendación de la OCDE sobre Resolución de disputas y resarcimiento a consumidores", París, 2007. Disponible en www.oecd.org/document/
 - Directorate for Science, Technology and Industry Committee on Consumer Policy, "Roundtable on economics for consumer policy", Documento DSTI/CP(2007)1/final, 26 de julio de 2007, disponible en www.oecd.org/document/
- OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), *El papel de la propiedad industrial en la protección de los consumidores*, Ginebra, 1983.
- ØREN, Joakim ST, "International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, July 2003, pp. 665-696.
- OTAMENDI, Jorge, "Nuevamente la protección de la marca notoria", JA 2005-I, 355-360.
- OYARZABAL, Mario, *El contrato de seguro multinacional*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- "Juez competente y contratos electrónicos en Derecho Internacional Privado", JA 2002-IV, pp. 1010-1019.
- PABLO VI, Carta Encíclica *POPULORUM PROGRESSIO*, Sobre el Desarrollo de los Pueblos, 26 de marzo de 1967.
- PAIVA, Roberto Martín, *El incumplimiento esencial en la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Austral, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- "Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos", Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, "Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos", en *Libro en homenaje a Enrique Butty* (en prensa).
- PALACIO, Lino Enrique, "El 'apagón' de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo", LL 2000-C, 395 a 400.
- PALLARÉS, Beatriz, "Interrogantes acerca de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, la soberanía y seguridad jurídica", en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opperti Badan*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 704-732.
- "Bienes materiales", en FERNÁNDEZ ARROYO (Coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, p. 875 a 904.
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio, "La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro", *Estudios sobre Consumo*, Vol. 79, Madrid, 2006, pp. 75-87.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1996.
- PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, "El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT — Ámbito de aplicación y Disposiciones

- Generales”, Revista de Derecho Mercantil, Vol. 223, Madrid, 1997, pp. 221 a 297.
- PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “El derecho de acceso al consumo como derecho subjetivo”, *ElDial.com*, Suplemento de Derecho del Consumidor. Disponible en <http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/doctrina/dc040507-b.asp> última visualización el 07/05/2004.
- *Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- PÉREZ DE VELAZCO, José Ramón, “España, las condiciones generales de la contratación electrónica”, Revista Electrónica de Derecho Informático (R.E.D.I., julio de 2000). [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 20 - Marzo del 2000/2](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.20-Marzo del 2000/2)
- PÉREZ VERA, Alicia, (directora), ABARCA JUNCO, P., Calvo Caravaca, A.L., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., VIRGOS SORIANO, M. (colaboradores), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 4ª edición, UNED, Madrid, 1992.
- PERMUY VIDAL, Gonzalo, “El reparto de competencias entre Nación y Provincias en el ejercicio del poder de policía de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 513-529.
- PERUGINI, Alicia M., “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, JA, 1997-III, pp. 892-899.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia M., “Aspectos jurídico-económicos de la jurisdicción internacional en el ámbito del consumidor”, *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, Número 22, Sección de Contenido, 2000, pp. 29-34.
- “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, Relato del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado, Rosario, 2005.
- *10ª Actualización al Derecho Internacional Privado*, de Werner GOLDSCHMIDT, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- PICASSO, Sebastián, “Sobre ciertas resistencias a la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, LL 2004-B, 473-477.
- PITA, Enrique Máximo y MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, “Ley de Defensa del Consumidor”, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo A.N. ROUILLON (Dir.) y Daniel F. ALONSO (Coord), Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 1095-1246.
- PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, BUERES, Alberto José y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directores), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 378-395.

- POCAR, Fausto, "La protection de la partie faible en droit international privé", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 188, La Haya, 1984.
- PODESTÁ COSTA, L.A., RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, 5ª Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1979.
- POLO, Leonardo, *Quién es el hombre. Un espíritu en el mundo*. Rialp, Madrid, 1991.
- PORTO MACEDO JÚNIOR, Ronaldo, "Globalização e Direito do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, Nro. 32. También publicado en Revista de FESMPDFT, Brasilia-DF, ano 7, Nro 14, jul./dez. 1999.
- QUAGLIA, Marcelo Carlos, "La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales", LL 2006-C, pp. 903-920.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona, 1990.
- RADZYMSKI, Alejandro, "El régimen de las notificaciones provenientes del extranjero en el derecho procesal civil internacional argentino", ED 141, 549-562.
- "Las cláusulas de elección de foro insertas en contratos internacionales", ED 150, 304-319.
- RAMAYO, Raúl Alberto, "Los Contratos Internacionales y la Jurisdicción Internacional", ED 186, 287-300.
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- REICH, Norbert, "Transnational Consumer Law — Reality or Fiction", *Penn State International Law Review*, Vol. 27, Spring 2009, pp. 859-868.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, "Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas", *Estudios sobre Consumo* 79, Madrid, 2006, pp. 59-73.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- RINALDI, Cecilia, "Forum Non Conveniens, the Availability and Adequacy of the Argentine Forum, and the Balance of Private-Public Factors in "Abad v. Bayer Corp." 563 F.3d 663 (7th Cir. 2009)", paper presentado para su publicación en la *Duke Journal of Comparative and International Law*, inédito al 9 de julio de 2010, *pro manuscripto* de la autora.
- RINESSI, Juan Antonio, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- RIVERA, Julio César, "El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino", en www.rivera.com.ar/archivos.
- "Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor. Dos aportes de la Corte de Luxemburgo", LL 1998-C, 518-522.

- "Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales", La Ley 2005-F, 1005-1026.
- RODRÍGUEZ, Luis Ernesto, "Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable y la jurisdicción exclusiva (tres niveles de exclusividad)", DECITA 04.2005, pp. 147-173.
- RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Editorial Eurolex, Madrid, 1997.
- RUBAJA, Nieves y LOWENSTEIN, Vanesa, "Contratos de consumidores celebrados on-line: Un antivirus a la jurisdicción internacional", JA 2004-III, pp. 779-786.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, 2ª Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1997.
- «El control de constitucionalidad de la "norma importada"», LL 2003-D, 1327-1330.
- SALVAT, Raymundo L., ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, 9ª Edición, TEA, Buenos Aires, 1950.
- SÁNCHEZ HERRERO, Andrés "Comentario a la ley 22.362", en *Código de comercio, Comentado y Anotado*, Adolfo A. N. ROUILLON (director), Daniel F. ALONSO (coordinador), Bs. As., La Ley, 2006, tomo V, p. 1294.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, "Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, KLEINHERSTERKAMP, Jan, LORENZO IDIARTE, Gonzalo, Coordinadores, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 207-252.
- "El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR", *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Internacional Privado del 26 de octubre de 2007, disponible en www.eldial.com
- SANZ, Carlos Raúl, "Reflexiones ius-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato", LL 1978-D-945.
- SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.
- SCHIAVONE, Elena, "Indicaciones Geográficas", en *Derechos Intelectuales*, Vol. 10, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 15-38.
- SCHIFF BERMAN, Paul, "The Globalization of Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, December 2002, pp. 311-533.
- SCHIFFMAN, Leon G. y LAZAR KANUK, Leslie, *Comportamiento del Consumidor*, Prentice Hall, México, quinta ed., 1997.
- SCHÖTZ, Gustavo, "Una introducción al estudio del factoring internacional en el MERCOSUR", ED 186, 1218-1232.

- "El consumidor en Internet", en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 443-486.

- "Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet", *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones*, Vol. 201, Depalma, Bs. As. 2003, pp. 23-74.

- "Los titulares de marcas y las modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2008-E, pp. 979-995.

SCHU, Reinhard, "Consumer Protection and Private International Law on Internet Contracts", disponible en www.lexmercatoria.org

SERRA CAMBACERES, Antonino, "Implementación de las Directrices para la Protección del Consumidor de Naciones Unidas", Consumers International - Oficina para América Latina y el Caribe Consumers International, disponible en <http://www.consumersinternational.org>

SIERRALTA RÍOS, Aníbal, "Comentarios liminares del Derecho Internacional del Comercio: un enfoque latinoamericano", en Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo A. LORENZO IDIARTE (coord.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, 255-286.

SIKLIAR, Juan Ignacio, "Implementación de los derechos de los consumidores. Acceso a la Justicia", en STIGLITZ, Gabriel A. (Director), *Manual de Defensa del Consumidor. Ley 24.240. Diez años de vigencia*, Editorial Iuris, Rosario, 2004, pp. 279-308

SMITH, Bradford L., "The third industrial revolution: law and policy for the Internet", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, La Haya 2000, vol. 282.

SMITH, Matthew J., "An overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation. Why UCITA should be renamed «The Licensors Protection Act»", 25 *Southern Illinois Law Journal* (2001).

SOTO, Alfredo Mario, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

- "El abuso del derecho y la autonomía en materia jurisdiccional internacional", comentario al fallo Rosario Soccer Asociados S.A. c. Iván C. G., de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, 2001/03/23, LL 2003-C, 701-705.

- "El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario*, Nros. 17/18, Rosario, 2006, pp.389-405.

- *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2009.

- SPELLENBERG, Ulrich, "La influencia de la Constitución sobre el derecho privado", *Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones*, Depalma, Bs. As, 1998, pp. 231-253.
- SPOTA, Alberto Gaspar, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1974.
- SPRADLEY, Garey B., "Defensive Use of State of the Art Evidence in Strict Products Liability", *Minnesota Law Review*, Vol. 67, 1982, pp. 343-439.
- STRATTA, Alicia Josefina, *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión 685/95) — Su influencia en los contratos*, Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho de la Empresa, Buenos Aires 2001.
- STIGLITZ, Gabriel A. (Director), *Manual de Defensa del Consumidor. Ley 24.240. Diez años de vigencia*, Editorial Iuris, Rosario, 2004.
- STIGLITZ, Rubén, "Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo", JA 2005-II, pp. 1403-1416.
- STRENGER, Irineu, "Extraterritorialidade do direito processual", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo Lorenzo IDIARTE, Coords, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 471-488.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", en *Derechos Humanos*, GORDILLO, Agustín, (director), Capítulo IX, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 1999.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, "Condición procesal y asistencia judicial internacional", en KLEINHEISTERKAMP, Jan e IDIARTE, Gonzalo Lorenzo, Coords, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
- "Nuevas regulaciones regionales en materia de jurisdicción internacional. Los vigentes Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito", Suplemento de Derecho Internacional Privado de ELDial.com, 29 de septiembre de 2006, última visualización el 10 de marzo de 2010.
 - "Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 209-217.
- TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Williams Eerdmans Publishing Company, Michigan, 1997.

- TOLLER, Fernando, "Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales, una metodología de interpretación constitucional alternativa a la Jerarquización y el *Balancing Test*", en *Interpretación Constitucional*, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2005, T. II, pp. 1199-1284.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los gentiles*, traducción a cargo de María Mercedes BERGADÁ, Club de Lectores, Buenos Aires, 1951.
- TONIOLLO, Javier Alberto, "La protección internacional del consumidor - Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino", *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Ed. La Ley, Nro. 6, Buenos Aires, 1998, pp. 94-117.
- TRANCHINI, Marcela, "Sistemas turísticos de tiempo compartido. Ley 26.356", LL 2008-C, 1171-1189.
- TRIMBOLI, Juan, "Derechos de los Consumidores y Responsabilidad Social de la Empresa", *Consumers International*, Oficina para América Latina y el Caribe, disponible en www.ceda.ort.ec, última visualización 15/04/09.
- UCÍN, María Carlota, "Deconstruyendo a Halabi", *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Procesal, 27 de julio de 2009, disponible en www.eldial.com, última visualización 5 de marzo de 2010.
- URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, "Simetrías y asimetrías en materia contractual", en *Economía Globalizada y MERCOSUR*, Ada LATTUCA y Miguel CIURO CALDANI (Coord), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 73-98.
- UZAL, María Elsa, "La protección al consumidor en el derecho internacional privado", RDCO, Nro. 139-141, 1991, pp. 239-258.
- "Los particulares y el acceso a la jurisdicción en el marco del Mercosur (Protocolos de Las Leñas, Ouro Preto y Buenos Aires)", RDCO, 1995-B, pp. 347-362.
 - "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al MERCOSUR)", ED-179, 1185-1201.
 - "Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas de Internet", 2004, ED 208, 719-729.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar E., *Protección y Defensa del Consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 2, Capítulo IV, C), Principios de derecho del trabajo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.
- VEIRAS PAZ, Jorge, "Consideraciones preliminares sobre diversos aspectos vinculados a la normativa sobre Protección Internacional del Consumidor", Documento presentado al Foro de Expertos convocado para la CIDIP VII. Disponible en www.oea.org.

- VELASCO SAN MARTÍN, Cristos, "Observaciones y Consideraciones a las propuestas de Convención sobre Ley Aplicable a algunos contratos e Consumidor y Ley Modelo sobre Jurisdicción y Conflicto de Leyes aplicables al Consumidor", p. 1. Documento presentado en el Foro de Expertos de la OEA, convocado para la discusión de la CIDIP VII. Disponible en www.oea.org.
- VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, *La protección al consumidor on line en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*, CEDEP, Asunción, 2009.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Ariel, Buenos Aires, 1927.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. De Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1986.
- VIGO, Rodolfo L., "Los principios generales del derecho", JA 1986-III, p. 863
- *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.
- VISCHER, Frank, "General Course on Private International Law", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 232, La Haya, 1992, pp. 9-256.
- WAI, Robert "Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 209-274.
- WAJNTRAUB, Javier, "Primeras reflexiones acerca del nuevo reglamento sobre cláusulas abusivas (Resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 53/2003) JA 2003-II, pp. 989-996.
- WALKER, Janet, "The Utility of the ALI/UNIDROIT Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", *Uniform Law Review*, Vol. 4. 2001, pp. 803-818.
- WAUTELET, Patrick, "What is international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?", en *Globalization and Jurisdiction*, P. J. SLOT (ed.), Kluwer Law international, 2004, pp. 55-77.
- WILHELMSSON, Thomas, "Is there a European Consumer Law and Should There be one?", Centro di studi e ricercché di diretto comparato e stranero, Saggi Conferenze e Seminari, Nro. 41, Roma 2000.
- "Internacional *Lex mercatoria* and Local Consumer Law: an Impossible Combination?" Paper delivered at the 75th Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002.

- WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa, por Antonio MARÍN LÓPEZ, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- WOODWARD, William J. Jr., "Sale of law and forum and the widening gulf between consumer and nonconsumer contracts in the UCC", *Washington University Law Quarterly*, 1997, Nro. 75, pp. 257-287.
- "Finding the contract in contracts for law, forum and arbitration", *Hastings Business Law Journal*, Vol. 2:1, Winter 2005, pp. 1-46.
- WUST, Graciela, "La autonomía de la voluntad en los Principios de Unidroit y en la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas predispuestas", ponencia en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en www.jornadas-civil.org
- YEPES STORK, *Fundamentos de Antropología. Un ideal de la excelencia humana*, Pamplona, Eunsa, 1996.
- ZALDUENDO, Eduardo A., *Economía: ciencia y realidad*, Macchi, Buenos Aires, 1980.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes complementarias*, Depalma, 1964, Vol. I.

JURISPRUDENCIA

ARGENTINA

- Cámara 1ª de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, 10/08/82, "Narbaitz, Guillermo y Cía S.C.A. y otros c. Citibank N.A", 1983-III, 215/220.
- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, "González, María E. c. Persa S.A.", 1/4/97.
- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c. Alvarez, Elva B.", 15/5/1997, LLBA, 1997-1095
- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Martinelli J.A. c. Banco del Buen Ayre", 20/11/1997, LLBA, 1998-511.
- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, "Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro", 08/05/2008, Lexis Nº 70046380, 12/ 08/ 2008.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville, Provincia de Córdoba, "Banco de Galicia y Bs. As. c. Capello, Horacio L.", 18/10/2006, La Ley Córdoba, febrero de 2007.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, "Moriconi, Marcelo y otra c. Banco Argencoop Ltda.", 28/2/1997, LL 1999-B-273.
- CFCyCN, "Houlder Brothers & Co. Ltda. c. Soc. Gral. de Control (S.R.L.)", 22/4/1958, JA 1960-IV-104.
- CFCyCN, Sala I, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR", 16/3/2000, LL 2000-C, 401
- CNCiv., Sala C, "Sucesores de Scheri, José c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires Hospital Italiano", 19/8/2004, www.eldial.com.
- CNCiv., Sala E, "Snitovsky, Luis y otro c. Cordimar Empresa de Viajes y Turismo de Priami S.A.", 10/07/2006, RRCyS, 2006-X-82.
- CNCiv., Sala F, "Marta M.G. c. Stehlin, Carlos J. s/nulidad del matrimonio", 03/11/1988, ED 127-602.

- CNCiv., Sala H, "Herrera, Zulema Z c. Silvia S.A.", 11/3/1999, LL 1999-F-194.
- CNCiv., Sala I, "Marotta, Luis A. c. Hosokawa, Roberto", 22/05/03, JA 2003-IV-114.
- CNCiv., sala K, "BankBoston National Association c. Koleff, Jorge A.", 12/10/2003, publicado en LL 2004-B, p. 472,
- CNCom., "Nefrón S.A. c. Gambro Sales A.B. s/ordinario", 14/9/1988, RDCO, 1988, p. 969.
- CNCom., Sala A, "Artemis Construcciones SA c. Diyón SA y otro", 21/11/2000, LL, 2001, B - 839; DJ, 2001, 2 - 345.
- CNCom., Sala A, "Chiappetta Graciela Monica y otro c. Iquique Turismo S.A. s/ ordinario", 30/06/2008, publicado en www.eldial.com
- CNCom., Sala A, "Galante, José L. c. Banco de Crédito Argentino", 28/5/1999, LL 1999-E-522.
- CNCom., Sala B, "Pellegrini, Carlos D. c. Acedra S.A.", ED 88-404.
- CNCom., Sala B, "Schojat de Rosemberg, Beatriz c. Axa Assistance y otros", 17/04/08, JA 2008-III, p. 424.
- CNCom., Sala B, "Tonello, Alicia Cristina y otro c. Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A. y otro s. sumarísimo". 27/06/05, Publicado en El Dial AA2CB4.
- CNCom., Sala B, "V., M. C. c. UBS AG (ex Unión de Bancos Suizos)", 22/06/2005, LL 2005-D, 836.
- CNCom., Sala B, V.M.C. y M.W. c. UBS AG (Ex Unión de Bancos Suizos), 22/06/2005, LL 2005-D, 836.
- CNCom., Sala C, "Benettar S.A.:I.C. c. Benetton S.P.A. s/ ordinario", 11/12/2001, ED-197, 315.
- CNCom., Sala C, "Quilmes Combustibles c. Vigan S.A.", 20/10/89, ED 150-307.
- CNCom., Sala D, "Guzmán, Jorge y otros c. Agro Industrias INCA S.A.", 15/12/1997, JA 1997-III-103.
- CNCom., Sala E, "Espósito e Hijos S.R.L., Antonio c. Jocqueviel de Vieu", 10/10/1985, LL 1986-D, 46.
- CNCom., Sala E, "Ogden Entertainment services Inc. c. Eijo, Néstor y otro", 20/09/04.
- CNFed Contencioso-administrativo, Sala I, "Organización Privada de Extensión Cultural S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", 13/10/1998, LL 1999-D-620.
- CNFed Contencioso-administrativo, Sala III, "Abbott Laboratories Argentina S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", 30/3/1999, LL 1999-C-518.

- CNFed Contencioso-administrativo, Sala V, "Citibank NA c. Secretaría de Comercio", LL 2000-E-880, sumario 42.995.
- CNFed Contencioso-administrativo, Sala V, "Diners Club S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones (de la Resolución del Director Nacional de Comercio Interior)", 4/3/1998, RRCyS, 1999, p. 434.
- CNFed Contencioso-administrativo, Sala V, "Plan Rombo S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", 24/3/1999, LL 1999-D-380.
- CNFed Contencioso-administrativo, Sala V, "Mazzei Smurra S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", 25/11/97, LL 1999-D-776.
- CSJN, "Banco Río de la Plata S.A. c/ Industrias J. Matas S.C.A. y otro s/ ejecución especial ley 24.441", 13/3/2007, Fallos 330:803.
- CSJN, "Cámpoli, Gabriel Andrés c. DeRemate.com.", 1/6/2000, Fallos 323:1534.
- CSJN, "Cavura de Vlasov, Emilia c. Vlasov, Alejandro s/ divorcio y separación de bienes", 25/2/60, Fallos 246:87 y JA, 1960-III-216.
- CSJN, "E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios", 13/03/2001, Fallos 324:677, también publicado en LL 2001-B, 687 y LL 2001-E, 22.
- CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", 7/7/92, Fallos 315:1492.
- CSJN, "Exportadora Buenos Aires S. A. c. Holiday Inn's Worldwide Inc.", 20/10/1998, 321:2894, LL 2000-A, 404, DJ 2000-1, 849 y ED 186, 290.
- CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04", 24/2/2009, Fallos 332:111.
- CSJN, "Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres", 26/12/1995, Fallos 318:2639, en LL 1996-C, 499-507.
- CSJN, "Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo ley 16.986", 14/4/2004, Fallos 329:4066.
- CSJN, "Paris Video Home S.A. c/ Societa Per Azioni Commerciali Iniziative Spettacolo (SACIS)", 12/03/1996, 319:227.
- CSJN, "R.V. de D.S., María c. Qualitas Médica S.A.", 15/12/1998, Fallos 321:3493, también publicado en LL 1999-B, 118.
- CSJN, "Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad", 14/06/2005, Fallos 328:205
- CSJN, "Sniafa SACIF v. Banco USB AG", 14/9/2004, Fallos 327:3701 y ED 211-462.
- CSJN, "Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad", 11/7/2007, Fallos 330:3098.
- CSJN, "Zapata Timberlake c. Sthelin", 3/11/88, Fallos 311:2247.

Juz. Nac. Com. 13, secretaría 26, "Ocerín, José P. c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera S.A. Taim S.A.", 12/4/1976.

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Choqui, Néstor Petronio c. Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi, Cumplimiento de contrato", 17/9/2008.

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Sastre, Tomás, c. Bibiloni, Filiberto N. y otro", 25/6/1968, ED 24-1.

Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala I, "Agüero, Pedro J c. Aseguradores de Cauciones, S.A. Cía. de Seguros", 09/11/1997, publicado en ED 181-295.

UNIÓN EUROPEA

TJCE C—336/03, EasyCar (UK) Ltd. c. Office of Fair Trading, D.O.C.E. 14.5.2005, C 115/4, 10/3/2005.

TJCE C-388/07, "The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing", 05/03/2009.

TJCE C-308/07, "Koldo Gorostiaga Atxalandabaso", 19/02/2009.

TJCE C—150/77, "Société Bertrand v Paul Ott KG" [1978] ECR 1431.

TJCE C—89/91, "Shearson Lehman Hutton v TVB", [1993] ECR I-139.

TJCE C—269/95, "Benincasa v Dentalkit Srl", [1997] ECR I-3767 y LL 1998-C, p. 519.

TJCE C—464/01, "Johann Gruber v. Bay Wa AG", 20/1/2005.

TJCE C—73/04, "Brigitte y Marcus Klein c. Rhodos Management Ltd.", 13/10/2005.

BRASIL

STF, 2ª T., Resp 172720-9-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 6.02. DJ 21.02.1997.

Panasonic, SJT. REsp. 63.981-SP, 4 de mayo de 2000.

Telebras, 1ro TACivSP, 24/11/1998, Juiz Antonio de Pádua Ferraz.

ESPAÑA

TSE Recurso 6358/02, "Simón", 19/6/2008

Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, "Rosario Soccer Asociados S.A. c. Iván C. G.," LL 2003-C-701.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Abad v. Bayer Corp., 563 F.3d 663 (7th Cir. 2009)

America Online, Inc. v. Booker, 781 So. 2d 423 (Fla. Dist. Ct. App. 2001)

Britt a. Shaw et al. v. Marriott International, inc. United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 05-1138 (GK), *Motion to dismiss*.

- Britt A. Shaw v. Hyatt International Corporation, USCA, 7th Circuit, 461 F.3d 899 (2006).
- Britt A. Shaw, et al., v. Marriot International Inc., USCA, DC Circuit, No. 08-7142, (2010).
- Burger King Corp., v. Radzewicz, 471 U.S. 462 (1985)
- Calden v. Jones, 465 U.S. 783 (1984).
- Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 499 U.S. 585 (1991).
- Caspi v. Microsoft Network L.L.C., 732 A.2d 528, N.J. Superior Ct. July 2, 1999.
- CompuServe, Inc. v. Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996)
- Desktop Technologies, Inc. v. Colorworks Reproduction & Design, Inc., No. CIV. A. 98-5029, 1999 WL 98572 (E.D. Pa. February 25, 1999).
- Groff, Lawrence v. America Online Inc (1998 WL 307001), R.I. Superior Ct. 1998. También en RRCyS, Año II Nro. 4.
- International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).
- Keeton v. Hustler Magazine, 465 U.S. 770 (1984).
- Matthew Pavlovich v. The Superior Court of Santa Clara County S100809 (2002).
- Minnesota v. Granite Gate Resorts Inc., 568 NW 2nd 715 (1997)
- Panavision International v. Toepfen, 141 F.3d 1316 (9th Cir. 1998)
- Playboy Enterprises, Inc. v. Chuckleberry Publ'g, Inc., 939 F. Supp. 1032, 1039 (S.D.N.Y. 1996)
- Spera v. America Online, Inc., N.Y. Supreme Court, January 27, 1998.
- Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, 169 F. Supp. 2d 1181, 1192 (N.D. Cal. 2001)
- Zippo Manufacturing Co.v. Zippo Dot. Com. Inc 952 F.Sups.1119 (W.D.Pa. 1997)

FRANCIA

- Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, disponible en [HTTP://WWW.JURISCOM.NET/TXT/IURISFR/CTI/TGIPARIS2000522.HTM](http://www.juricom.net/txt/iurisfr/cti/tgiparis2000522.htm)

VARIOS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos "Cantos v. Estado de la República Argentina", 28/11/2002.
- Opinión Consultiva 1/2007 del Tribunal Permanente de Revisión, en la causa Norte S.A. Importadora y Exportadora c. Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s. indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante.