

PERMANENT COUNCIL OF THE
ORGANIZATION OF AMERICAN STATES
COMMITTEE ON JURIDICAL AND POLITICAL AFFAIRS

OEA/Ser.G
CP/CAJP-2837/10
21 April 2010
Original: English/Spanish

UNITED STATES RESPONSE TO PROPOSALS FOR A CONVENTION AND MODEL LAW ON
JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

DRAFT INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO
INTERNATIONAL CONSUMER CONTRACTS
AND TRANSACTIONS

RESPUESTA DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PROPUESTAS SOBRE JURISDICCIÓN Y
DERECHO APLICABLE

PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A
ALGUNOS CONTRATOS Y TRANSACCIONES INTERNACIONALES DE CONSUMO

RESPUESTA DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PROPUESTAS SOBRE JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE

Resumen Ejecutivo

La delegación de los Estados Unidos de América desea expresar su agradecimiento a los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay, así como a Canadá, por las respectivas propuestas que enfocan su atención en esta temática tan importante. Sin embargo, a esta altura del proceso no estamos preparados para brindar nuestro apoyo a las propuestas de dichos Estados. Consideramos que el impacto económico de las propuestas relativas a los consumidores y la situación del mercado en la OEA exigen un análisis más detallado, en particular en lo que respecta a las operaciones en el ámbito del comercio electrónico. En nuestra opinión, las propuestas de derecho internacional privado que se encuentran en estudio, tanto en materia de jurisdicción como de derecho aplicable, con considerables limitaciones a la autonomía de las partes en cuanto al derecho aplicable, pueden resultar tan sólo en protecciones prácticas de carácter limitado, y podrían llegar a generar aumentos en los precios a los consumidores así como una reducción en cuanto a las opciones de dichos consumidores en lo que respecta al acceso a muchos productos.

Por otra parte, no consideramos que las propuestas, en la forma actualmente planteada, puedan lograr alcanzar una armonización regional, en virtud de la tensión existente entre las distintas concepciones relativas al derecho aplicable y jurisdicción competente (según se refleja en los enfoques de las dos propuestas que se han planteado sobre ambos temas). Las propuestas de CIDIP-VII en materia de jurisdicción son ilustrativas de las muy distintas concepciones que existen en los Estados en este tema. La propuesta de Protocolo Adicional sobre Jurisdicción Internacional en materia de Ciertos Contratos y Transacciones de Consumo es similar al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (MERCOSUR, 1996), el cual nunca ha entrado en vigencia. Por su parte, la Ley Modelo canadiense sobre jurisdicción en los contratos de consumo tampoco representa una posición de consenso. Esta propuesta está basada en la legislación modelo del año 2003 de la Conferencia sobre Derecho Uniforme de Canadá (*Uniform Law Conference of Canada*) para la protección de los consumidores a nivel provincial o territorial en Canadá. Sin embargo, en los seis años que han transcurrido desde la aprobación de esta legislación modelo, ninguna de las jurisdicciones del *common law* en Canadá ha adoptado dicho modelo. Por lo demás, la propuesta canadiense sobre jurisdicción es sustancialmente similar a una propuesta que fue estudiada y rechazada por los países participantes en las negociaciones del Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta solución resultó ser en extremo controvertida a la luz de su potencial impacto negativo con respecto a los vendedores en las operaciones de comercio electrónico. En última instancia, y luego de prolongadas deliberaciones y negociaciones, el texto definitivo del Convenio excluyó de su ámbito de aplicación a los convenios en que sea parte un consumidor.

Durante las negociaciones en La Haya, la posición de los Estados Unidos fue que no iba a apoyar una norma absoluta que fuera contraria a las cláusulas de elección del

foro en las operaciones de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico. Tanto en los Estados Unidos como en otras jurisdicciones del *common law* (incluyendo jurisdicciones en Canadá), las citadas cláusulas de elección del foro pueden resultar ejecutables en virtud de demandas judiciales interpuestas por los consumidores, siempre que las mismas hayan sido debidamente informadas y se encuentren dentro de los límites de la justicia y de la razonabilidad.

Por los motivos aquí expuestos, no consideramos que resulte posible llegar a una posición de consenso con respecto al tema de jurisdicción en el ámbito de la CIDIP-VII.

En lo que respecta a las propuestas sobre derecho aplicable, surgen serias interrogantes en cuanto a la interpretación de cada una de las propuestas, las cuales deberán ser analizadas con mayor detenimiento. Ambas propuestas generan incertidumbre en cuanto a en qué momento y en qué medida cuentan las partes con la libertad de elegir el derecho aplicable a los contratos de consumo, y cuáles serían los beneficios prácticos y cargas que se generarían para los consumidores y para el mercado. A modo de ejemplo, desde un punto de vista práctico, ¿cómo se podría determinar si el derecho elegido por las partes es la “ley más favorable al consumidor” según se plantea en la propuesta conjunta de Convención Interamericana? Por otro lado, ¿cómo es posible determinar si el derecho elegido por las partes proporciona al consumidor una protección mayor que los reglamentos obligatorios del derecho del consumidor, según se plantea en el comentario a la propuesta de Ley Modelo canadiense en materia de ley aplicable? ¿Es posible que, en ambas propuestas, la solución varíe de un caso a otro, y de un tema a otro? ¿Es posible que las soluciones sean distintas dependiendo de si el tema a tratar se refiere a la validez del contrato, a la carga de la prueba, a las consecuencias del incumplimiento, al posible monto de la restitución, a la posibilidad de obtener reparación en virtud del derecho sustantivo del país (incluso si dicha reparación fuera menor al monto que potencialmente se podría restituir), al alcance de los daños, al plazo de prescripción, o a otros estándares? ¿Sería posible que para un reclamo en particular se deba aplicar más de una legislación?

Por otra parte, cabe destacar que ambas propuestas, además de no ser consecuentes entre sí ni de guardar una coherencia interna, también se encuentran en conflicto con las decisiones adoptadas por los países miembros de la OEA al tratar el tema del derecho aplicable en la CIDIP-V (Ciudad de México, 1994), que tuvo como resultado la elaboración de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, la cual reconoce, en general, el principio de autonomía de las partes. En líneas generales, el enfoque que adopta la Convención de Ciudad de México en cuanto a la autonomía de las partes es consistente con la posición de los Estados Unidos. En Estados Unidos, las normas de conflicto que permiten la autonomía de las partes se encuentran sujetas a la excepción ampliamente admitida en materia de orden público, que puede impedir la renuncia, por vía contractual, a normas fundamentales o imperativas de protección al consumidor.

A modo de resumen, la identificación de normas especiales en materia de jurisdicción y de derecho aplicable con respecto a los reclamos transfronterizos de los consumidores que se plantean por la tradicional vía judicial puede no resultar el mecanismo más efectivo, actualmente, a efectos de proteger los intereses de los

consumidores. Estados Unidos ha planteado propuestas que cuentan con el potencial de proporcionar beneficios prácticos a los consumidores (por ej., un marco cooperativo a nivel regional para la solución de reclamos en línea, una la ley modelo para la protección de los pagos con tarjeta, y la propuesta de ley modelo a efectos de fortalecer a las autoridades de defensa del consumidor). En virtud de que tanto la OEA como sus países miembros cuentan con recursos limitados a efectos de atender múltiples proyectos de reforma de manera simultánea, y a efectos de generar una mayor experiencia y datos concretos en materia de ventas por Internet en los mercados en desarrollo, cabe concluir que sería mejor enfocarse en estas propuestas prácticas antes de proceder a desentrañar las decisiones políticas y las incertidumbres económicas que se generan en virtud de las propuestas de derecho internacional privado en materia de derecho aplicable y jurisdicción competente.

I. Introducción.

El objetivo de los proyectos presentados en materia de jurisdicción y derecho aplicable es el de proporcionar a los consumidores protecciones de derecho privado a sus relaciones contractuales con los proveedores, brindar a los consumidores beneficios económicos al aumentar la disponibilidad y selección y disminuir los costos de los productos, proporcionar confianza en el mercado, y brindar un marco legal que promueva el carácter predecible de las operaciones y disminuya los costos para todas las partes, para generar en definitiva un beneficio a los consumidores.¹ La delegación de los Estados Unidos de América quiere agradecer a los gobiernos de Brasil, Paraguay, Argentina y Canadá por las respectivas propuestas que enfocan su atención en esta temática tan importante.

Consideramos que las propuestas cuentan con aspectos positivos y, por lo demás, plantean temas que deberán ser objeto de mayor análisis. En forma paralela, los riesgos que se encuentran en juego en virtud de dicha regulación económica son muy altos, y el marco adecuado para la protección del consumidor resulta crítico para que los consumidores puedan alcanzar todos los posibles beneficios del comercio electrónico en las Américas. El llegar a entender los efectos prácticos de estas propuestas requiere, a la vez, entender los detalles del mercado de comercio electrónico y los efectos prácticos de los distintos aspectos de estas propuestas.

Adicionalmente, muchos de los aspectos legales analizados resultan altamente polémicos. La falta de consenso con respecto a estos temas, tanto a nivel internacional como a nivel nacional en algunos países, apunta a la gran dificultad inherente a cualquier intento de definir un enfoque uniforme. A la luz de todos estos temas pendientes, consideramos que sería necesario un mayor análisis de las propuestas y problemáticas vinculadas a las mismas, así como la consideración de otras alternativas adicionales, antes de que resulte posible adoptar una decisión sobre las propuestas planteadas.

El Comité Jurídico Interamericano, luego de analizar las propuestas, reconoció la problemática inherente a ambos enfoques y enfatizó que para que el resultado de las negociaciones de la CIDIP-VII “sea exitoso, ésta deberá estar orientada por la necesidad de asegurar a los consumidores involucrados en transacciones comerciales transfronterizas los recursos que guarden relación con el valor de la reclamación y que garanticen una adecuada, efectiva y rápida reparación.”²

¹ Véase la *Introducción Explicativa de la Reunión de Expertos llevada a cabo por la OEA - Porto Alegre, Brasil, 2-4 de diciembre de 2006*, que se incluye como anexo al *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General de la OEA – 2007* (pág. 134 a 136), disponible en <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2007.ESP.pdf>. Ambas propuestas destacan en sus Preámbulos ciertas consideraciones principales que son idénticas en su esencia.

² Véase CJI/RES. 144 (LXXII-O/08), Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), parágrafo 3 (12 de marzo de 2008); esta resolución forma parte del *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General de la OEA (OEA/Ser.Q/VII.39 CJI/doc. 316/08)*, pág. 131, disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/2009/CP21542S.pdf>. La Asamblea General de la OEA, en sus instrucciones al Consejo Permanente con respecto al Grupo de Trabajo sobre protección al consumidor, destacó *inter alia* “el importante trabajo del Comité Jurídico Interamericano

Derecho aplicable. Estados Unidos considera que aún existen serias interrogantes en cuanto a los beneficios relativos y cargas que se generan tanto para los consumidores como para los proveedores como resultado de estas propuestas en el ámbito del derecho contractual. Por otra parte, surgen interrogantes en cuanto a la interpretación de cada una de las propuestas, las cuales deberán ser analizadas con mayor detenimiento. A modo de ejemplo, en el caso del derecho aplicable, nuestra preocupación es que ambas propuestas generan incertidumbre en cuanto a en qué momento y en qué medida cuentan las partes con la libertad de elegir el derecho aplicable a los contratos de consumo, y cuáles serían los beneficios prácticos y cargas que se generarían para los consumidores y para el mercado.³

sobre el tema de la protección al consumidor, en particular los documentos CJI/doc.288/08 rev. 1 “Estado de las Negociaciones sobre Protección al Consumidor en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado” [el “Estudio del Dr. Pérez”]... “y CJI/RES. 144 (LXXII-O/08), “Séptima Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado” (ver AG/RES. 2527 (XXXIX-O/09) (4 de junio de 2009). El Estudio del Dr. Pérez, mencionado por la Asamblea, aclara lo siguiente:

A esta altura del proceso, parecería que ninguna de las propuestas actuales serviría de marco efectivo para brindar a los consumidores la confianza que sus legítimas expectativas en la ejecución de los contratos por parte de los proveedores extranjeros estarán protegidas mediante el acceso a recursos eficaces. En cuanto a la elección de la ley aplicable, la propuesta brasileña ofrece una solución excesivamente inclusiva, ya que impide acuerdos entre consumidores y productores posiblemente eficaces para solucionar problemas relativos a la incertidumbre jurídica y, en última instancia una solución ineficaz, ya que no aborda. . . la ejecución de las resoluciones judiciales en la jurisdicción en la que pueden encontrarse los activos del proveedor extranjero. De manera similar, la propuesta canadiense no admite formas de solución de controversias y de ejecución efectiva fuera del ámbito judicial potencialmente eficaces, ni ofrece una orientación plausible para solucionar problemas complejos que surgen debido a las diferencias entre los sistemas nacionales para determinar la jurisdicción. . . . La sustancia de la propuesta contempla la jurisdicción mundial y, por consiguiente, pasa por alto limitaciones importantes, a veces de naturaleza constitucional, sobre el ejercicio de la jurisdicción de conformidad con la legislación de muchos sistemas nacionales.... Además, en las negociaciones de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado relativas al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil ya se reconoció que dichas diferencias eran insuperables. El fracaso de la Conferencia de La Haya en este sentido sugiere que – incluso en el Hemisferio Occidental, donde también se observan diferencias entre los distintos conceptos de competencia judicial – una convención sobre principios acordados en materia de jurisdicción en el ámbito del comercio electrónico entre empresas y consumidores (B2C) tampoco sería negociable.

Véase, Dr. Antonio Pérez, ESTADO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA SÉPTIMA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CJI/doc.288/08, rev.1), incluido en el *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano*, págs. 65, 84. El Comité Jurídico Interamericano presentó este estudio al Consejo Permanente calificándolo como “un estudio que brindará un aporte significativo a las discusiones del tema.” (ver *Informe Anual*, pág. 63).

³ A modo de ejemplo, y desde un punto de vista práctico, ¿cómo se determina si el derecho elegido por las partes es el “más favorable al consumidor” según se plantea en la propuesta conjunta de Convención Interamericana? Tampoco resulta claro cómo se aplicarían los demás criterios vinculados a la elección del derecho, incluyendo la aplicación a favor del consumidor de las normas internacionalmente imperativas del foro (Art. 7.1), de las normas imperativas del Estado de domicilio del consumidor en algunos casos de actividades de mercadeo (Art. 7.2), de la cláusula de corrección material (Art. 8), así como la cláusula de

Jurisdicción. En lo que respecta a la jurisdicción, ambas propuestas parecen incluir una norma estricta en contra de las cláusulas de elección de foro en las operaciones de consumo en el ámbito del comercio electrónico, y optan en cambio por la jurisdicción de los jueces y tribunales del país del consumidor. Esta solución también genera cuestionamientos que ameritan un mayor estudio. A modo de ejemplo, estas propuestas proporcionarían una solución conveniente y predecible para los consumidores, pero generan mayores demandas a los proveedores. En los Estados Unidos y en otras jurisdicciones del *common law* (incluyendo en Canadá), las citadas cláusulas de elección del foro pueden resultar ejecutables en virtud de demandas judiciales interpuestas por los consumidores, siempre que las mismas hayan sido debidamente informadas y se encuentren dentro de los límites de la justicia y la razonabilidad.⁴ Las cláusulas de elección del foro no resultan ejecutables de manera automática, pero tampoco debe descartarse automáticamente su ejecutabilidad. De conformidad con la legislación estadounidense, deberá realizarse un análisis de la justicia y razonabilidad de todas las cláusulas de elección del foro, basado en los hechos y circunstancias planteados ante el tribunal correspondiente. A modo de ejemplo, en un caso reciente un tribunal realizó este análisis en el caso de un contrato celebrado por Internet donde la cláusula de elección del foro designaba un foro fuera de los Estados Unidos en una operación relativa a consumidores. En este caso en particular, el tribunal decidió que la cláusula era válida.⁵ En otros casos, y dependiendo de las circunstancias, la solución podría ser distinta.⁶

Preocupaciones generales. Estados Unidos considera que el impacto económico de las propuestas con respecto a los consumidores y a los mercados en la OEA amerita un mayor análisis, especialmente en lo que respecta a las operaciones de comercio electrónico:

- Esta limitación, ¿brindaría una mayor confianza a los consumidores en cuanto a la protección de sus derechos en las operaciones transfronterizas?
- ¿Cuáles serían los efectos de las distintas limitaciones propuestas (en materia de libertad de las partes para elegir el foro y el derecho aplicable a una operación de consumo transfronteriza) en lo que respecta al acceso de los consumidores a productos y precios competitivos en el mercado en línea?

armonización (Art. 9). Por otra parte, ¿de qué manera se podría determinar que “la legislación que fue seleccionada [por las partes] en el contrato de consumo ofrece al consumidor más protección que los reglamentos obligatorios de su Estado”, según se indica en la propuesta canadiense de Ley Modelo sobre Leyes Aplicables? ¿En posible que en ambas propuestas, la solución varíe caso por caso y tema por tema? ¿Serían distintas las soluciones dependiendo si el tema a tratar se refiere a la validez del contrato, a la carga de la prueba, a las consecuencias del incumplimiento, al posible monto de la restitución, a la posibilidad de obtener indemnización en virtud del derecho sustantivo del país (incluso si dicha indemnización fuera menor al monto que potencialmente se podría restituir), al alcance de los daños, al plazo de prescripción, o a otros estándares? ¿Sería posible que para un reclamo en particular se deba aplicar más de una legislación?

⁴ Véanse los casos: *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 17, 92 S.Ct. 1907, 32 L.Ed.2d 513 (1972) (disponible en idioma inglés en <http://laws.findlaw.com/us/407/1.html>); y *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 587, 591, 111 S.Ct. 1522, 113 L.Ed.2d 622 (1991) (disponible en idioma inglés en <http://laws.findlaw.com/us/499/585.html>).

⁵ Véase el caso: *Wong v. Partygaming Ltd.* 589 F.3d 821 (CA 6 2009) (disponible en idioma inglés en <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/09a0432p-06.pdf>).

⁶ Véase el caso: *Doe I v. AOL LLC.* 552 F.3d 1077 (CA 9 2009).

- ¿Cuáles serían los efectos de estas propuestas con respecto a los consumidores en los países más pequeños, en donde los altos costos operativos podrían resultar en un menor número de proveedores dispuestos a participar en esos mercados?
- ¿Cuáles serían los efectos de estas propuestas en cuanto al acceso que tendrían los consumidores a ofertas realizadas por pequeñas y medianas empresas?
- ¿Cuáles serían los efectos de estas propuestas en la creación de nuevas empresas comerciales en los países en desarrollo?

En lo que resta de este documento intentaremos proporcionar algunos detalles adicionales con respecto a estas interrogantes.⁷ En particular, quisiéramos destacar los siguientes aspectos que consideramos ameritan un detallado análisis adicional:

- Estados Unidos, como todos los países de la OEA, desea asegurarse que los consumidores se encuentren adecuadamente protegidos en sus operaciones transfronterizas, incluyendo en las operaciones en el ámbito del comercio electrónico.
- Los instrumentos de derecho internacional privado que limitan en forma considerable la autonomía de las partes pueden llegar a resultar en la práctica en una protección limitada, y pueden tender a aumentar los precios que pagan los consumidores y reducir las opciones disponibles para acceder a un gran número de productos.
- Las propuestas, en la forma planteada, pueden no resultar en una armonización regional, en virtud de la tensión existente entre las distintas concepciones relativas al derecho aplicable y jurisdicción competente (según se refleja en los enfoques de las dos propuestas que se han planteado sobre ambos temas).
- En el corto plazo, la solución más práctica a efectos de la protección de los consumidores en las operaciones transfronterizas puede consistir en facilitar el acceso a mecanismos alternativos de reparación, efectivos y de bajo costo, para la solución de controversias en las operaciones de consumo, así como en fortalecer las soluciones a nivel del derecho público y las facultades de las autoridades de defensa del consumidor para cooperar e iniciar acciones para la protección de sus ciudadanos.

II. El crecimiento del comercio electrónico genera la necesidad de crear un marco práctico para la protección de los consumidores en las Américas.

Los consumidores en las Américas podrían verse ampliamente beneficiados por el desarrollo del comercio electrónico a nivel internacional. En efecto, el comercio electrónico de empresas a consumidores (“business to consumer” o B2C) se ha incrementado en más de seis veces a nivel de las Américas desde el inicio de las

⁷ Hemos planteado ciertas interrogantes técnicas relativas a cada una de las propuestas, que se incluyen como anexos a este documento.

negociaciones de CIDIP-VII. Sólo en los Estados Unidos, el comercio electrónico B2C ha generado más de US\$225.2 billones en ventas desde el año 2008, mientras que el comercio electrónico entre empresas (B2B) generó US\$3.1 trillones.⁸ En América Latina, las ventas a consumidores en el marco del comercio electrónico ascendieron a cerca de US\$11 billones en el año 2007.⁹ Adicionalmente, las encuestas en Internet señalan que actualmente existen más de 330 millones de usuarios de Internet en las Américas,¹⁰ y que aproximadamente un 79% de dichos usuarios han realizado compras en línea.¹¹

Internet puede contribuir a la creación de empleos y de oportunidades a nivel industrial y del sector servicios; puede promover el comercio internacional; atraer la inversión extranjera; y, en general, puede contribuir a la creación y disseminación de conocimientos. Por otra parte, Internet ofrece importantes oportunidades a los países en desarrollo al proporcionar a sus industrias acceso directo al mercado global.¹² En este contexto, no es posible exagerar la importancia que conlleva la creación de un marco práctico dentro de la CIDIP-VII para la solución de las controversias de los consumidores.

La OCDE ha hecho referencia a estudios recientes que revelan que las operaciones de consumo transfronterizas en el ámbito del comercio electrónico no han crecido tan rápidamente como cabría de esperarse, y esto se debe, en parte, a la preocupación en cuánto a dónde deberán recurrir las partes cuando surge un reclamo.¹³ Uno de los factores que complica aún más la creación de este marco práctico es el hecho de que el valor de cada reclamo individual es sumamente bajo. Los clásicos ejemplos de artículos de bajo valor que los consumidores en las Américas compran por Internet incluyen libros, DVDs, vestimenta, calzado y pasajes aéreos.¹⁴

En resumen, la ausencia de un marco práctico para la protección de los consumidores en las Américas puede llegar a limitar el crecimiento futuro del comercio electrónico B2C a nivel transfronterizo y, en particular, puede tener un efecto nefasto en

⁸ OCDE, Conferencia para apoyar a los consumidores en el ámbito electrónico: Fortalecimiento de la Protección a los Consumidores en la Economía por Internet, 8-10 de diciembre de 2009, par. 10, *disponible (en idioma inglés) en:* http://www.oecd.org/dataoecd/44/13/44047583.pdf?bcsi_scan_DA3493EE5FC9D524=0&bcsi_scan_filena_me=44047583.pdf.

⁹ *Visa y América Economía Intelligence*, "Informe Sobre Comercio Electrónico (B2C) en América Latina: Rompiendo los pronósticos," junio de 2009.

¹⁰ Estadísticas relativas al uso de Internet en las Américas, *documento disponible (en idioma inglés) en* <http://www.internetworldstats.com/stats2.htm>.

¹¹ E-Marketer Mexico Online 2009, *disponible (en idioma inglés) en* <http://www.slideshare.net/Engelnator/e-marketer-mexico-online-2009-presentation>.

¹² Véase, en general, el documento preparado para la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, titulado "El Impacto de Internet sobre el Proyecto relativo a las Resoluciones Judiciales: Planteamientos para el Futuro", Documento Preliminar Nro. 17 de febrero de 2002, pág. 10, *disponible (en idioma inglés) en* http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd17e.pdf.

¹³ OCDE, Conferencia para apoyar a los consumidores, *supra* nota 8, par. 11 (mencionando los estudios realizados por la Comisión Europea).

¹⁴ Valores promedio de las ventas B2C en el comercio electrónico en México, por categoría de producto, año 2008 – AMIPCI (Asociación Mexicana de Internet), "Estudio de Comercio Electrónico 2008" solicitado por Visa, 097820, *disponible en:*

<http://www.emarketer.com/Results.aspx?Ne=1047&N=861+709&xsrc=TopicsPanel>.

la selección de productos para los consumidores y en la promoción de nuevas actividades comerciales en los países en desarrollo.

III. Las propuestas de derecho privado en materia de jurisdicción y derecho aplicable sólo pueden jugar un papel limitado en brindar a los consumidores recursos efectivos y de bajo costo.

Según analizó en su informe el Relator del Comité Jurídico Interamericano, las operaciones de consumo a nivel transfronterizo, y en particular las realizadas a través del comercio electrónico, generalmente se refieren a reclamos de menor cuantía que no se adecuan fácilmente a los mecanismos de resolución por vía judicial:

[L]a mayoría de las compras que realizan los consumidores son de productos o servicios de un costo relativamente bajo. El valor de estos productos o servicios, y en esto concuerdan casi todas las partes, casi nunca garantiza el uso de los mecanismos de cumplimiento sumamente costosos que caracterizan los pleitos civiles comunes en todos los países ...

[C]uando se trata de un proveedor extranjero, la habilidad del consumidor para procurar y obtener compensación enfrenta otros obstáculos. Es poco probable que el proveedor extranjero esté dispuesto a celebrar el juicio en la jurisdicción del consumidor, que éste posea activos en dicha jurisdicción que puedan utilizarse para ofrecer al consumidor una compensación eficaz, o que éste provenga de un estado que reconozca y haga cumplir una resolución judicial emitida por un juez de la jurisdicción del consumidor (y aún así, a un costo que no resulte prohibitivo para un consumidor individual o un grupo de consumidores que interpongan una demanda colectiva).¹⁵

El Acuerdo de 2003 entre Consumers International y el Diálogo Empresarial Global sobre Comercio Electrónico (Global Business Dialogue on Electric Commerce – GBDe) también ha reconocido los desafíos que se plantean cuando se resuelven los reclamos resultantes de las operaciones de consumo en el ámbito del comercio electrónico por vía judicial:

Las empresas reconocen que la aplicación del principio del “país de origen” de modo exclusivo puede no resultar suficiente a efectos de promover la confianza en las operaciones en línea, dado que los consumidores posiblemente no recurran a los tribunales de otros países en los cuales se encuentren ubicados los comerciantes. Por otra parte, la aplicación del principio del “país de destino” (el país en el cual reside el cliente) tampoco resulta una solución adecuada, ya que los comerciantes no verán con mucho entusiasmo aquellas operaciones internacionales que puedan someterles a la aplicación de una amplia gama de leyes, procesos y competencias distintas en cada uno de los países en que se encuentren ubicados sus clientes en línea. **Por lo demás, es posible que en el caso**

¹⁵ Estudio del Dr. Pérez, en *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano*, supra nota 2, pág. 68.

de los consumidores este principio tan sólo proporcione una protección ilusoria, ya que en muchos casos los costos y complejidad de los procesos de ejecución a nivel transfronterizo obstaculizan la efectiva reparación.¹⁶

En resumen, en virtud de la baja cuantía de la mayor parte de los reclamos de los consumidores, parecería que la solución tradicional de recurrir a la vía judicial para resolver los reclamos transfronterizos individuales no sería de un gran valor práctico para los consumidores.¹⁷

IV. Impacto de las propuestas en el costo y disponibilidad de los productos.

Las limitaciones propuestas en cuanto a la facultad de las partes de elegir el foro y el derecho aplicable en los contratos de consumo transfronterizos puede tener el resultado no buscado de restringir el acceso de los consumidores a productos competitivos en el mercado en línea. Será necesario analizar, para cada una de las limitaciones propuestas, cuál es el alcance de este impacto, y si el mismo se ve contrarrestado por las protecciones que se obtienen gracias a dichas limitaciones.¹⁸

¹⁶ Lineamientos para la Solución Alternativa de Controversias, Acuerdo entre Consumers International y el Diálogo Empresarial Global sobre Comercio Electrónico (Global Business Dialogue on Electronic Commerce) (Noviembre de 2003), *disponible (en idioma inglés) en:* http://www.gbd-e.org/ig/cc/Alternative_Dispute_Resolution_Nov03.pdf; véase *asimismo* Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (U.S. Federal Trade Commission): “Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace,” 2000, para un análisis resumido de los distintos desafíos que el marco regulatorio internacional plantea en el ámbito de la protección a los consumidores. Este análisis (en idioma inglés) se encuentra disponible en <http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.shtm>.

¹⁷ Algunos aspectos similares fueron identificados durante las negociaciones vinculadas al Reglamento de la Unión Europea (EC) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 17 de junio de 2008, en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>). El Parlamento Europeo, al proponer durante las negociaciones enmiendas de transacción en el área vinculada a los contratos de consumo, cuestionó la eficacia de la protección que brindan las normas de conflicto especiales en esta materia, en los siguientes términos:

En relación especialmente con los contratos de consumo, el recurso a los tribunales debe considerarse como una última instancia. Las actuaciones judiciales, sobre todo si ha de aplicarse una legislación extranjera, son costosas y lentas . . . **la protección brindada a los consumidores por las disposiciones de conflictos de leyes es en gran medida ilusoria, en vista de la escasa cuantía de la mayoría de los litigios de consumo y del coste y el tiempo que entrañan los recursos ante los tribunales.** A modo de conclusión consideramos que, por lo que se refiere al comercio electrónico, la norma relativa a los conflictos debe estar respaldada por el uso más fácil y extendido de modalidades alternativas de solución de conflictos (ADR, por su sigla en inglés) en línea. Se insta a los Estados Miembros a promover dichas modalidades. (Énfasis agregado.)

Parlamento Europeo, Enmiendas de Transacción, disponibles en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/am/681/681958/681958es.pdf.

¹⁸ En octubre de 2009, la Comisión Europea circuló un comprehensivo estudio estadística relativo al comercio transfronterizo en el ámbito del comercio electrónico dentro de la Unión Europea. El estudio

Adicionalmente, y según ya se indicó, las propuestas específicas en cuanto a jurisdicción aplicable tendrían posiblemente el efecto de generar cierta incertidumbre en cuanto a si las partes contratantes tendrían la libertad de elegir el foro y el derecho aplicable en las operaciones de consumo. En consecuencia, las normas especiales propuestas en cuanto a la elección del derecho y la jurisdicción pueden llegar a proporcionar menos beneficios que los deseados y, en cambio, agregar costos adicionales (los cuales, claramente, serán trasladados a los consumidores), limitando así el acceso de los consumidores a productos y precios competitivos en el mercado en línea.¹⁹

reveló que, en teoría, los consumidores en la UE podrían lograr ahorros significativos en sus costos, así como un mayor acceso a los productos a través de las operaciones transfronterizas de comercio electrónico. En efecto, en al menos la mitad de las búsquedas realizadas en este estudio, los consumidores encontraron ofertas en otro país de la UE por un valor al menos 10% inferior (incluyendo costos de envío y otros costos). Sin embargo, el estudio también reveló que un 61% de la totalidad de las potenciales compras transfronterizas no llegaron a realizarse ya que los comerciantes se negaron a vender a los consumidores ubicados en otros países de la UE. El estudio indica que muchos consumidores no pudieron registrarse en las páginas en Internet de un comerciante localizado en otro país de la UE, que en muchos sitios de Internet no es posible realizar envíos al país donde se encuentra el consumidor, y que muchos mecanismos de pago no se encontraban disponibles para las operaciones transfronterizas. Véase “Mystery Shopping Evaluation of Cross-Border E-Commerce”, informe final, realizado en nombre de la Comisión Europea, 20 de octubre de 2009, disponible (en idioma inglés) en http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/EC_e-commerce_Final_Report_201009_en.pdf.

Con anterioridad a este estudio, la Comisión Europea había publicado otro informe en el que se indicaba que si bien un 51% de los comerciantes minoristas en los 27 países de la UE venden sus productos a través de Internet, tan sólo un 21% realiza actualmente operaciones a nivel transfronterizo (un número inferior al del año 2006, que ascendía a 29%). La Comisión informó que la principal barrera regulatoria para poder operar a nivel pan-europeo consistía en la fragmentación de la normativa nacional, incluyendo en el área de protección al consumidor, y el impacto de esta fragmentación en la aplicación de las normas sobre conflictos de leyes en el Reglamento Roma I. La Comisión informó lo siguiente:

Los efectos de la fragmentación afectan a las empresas en virtud de la aplicación de normas de conflicto (y en particular el Reglamento Roma I, que obliga a los comerciantes a no ir por debajo del nivel de protección que reciben los consumidores extranjeros en su país de origen). Como resultado, un comerciante que desee vender sus productos a nivel transfronterizo, en otro Estado Miembro, deberá incurrir en costos legales y otros costos de cumplimiento a efectos de asegurarse que se ha respetado el nivel de protección al consumidor vigente en el otro país. Eventualmente, estos costos se transmiten a los consumidores o, lo que es peor, los comerciantes se niegan a realizar ventas transfronterizas. En ambos casos, el bienestar de los consumidores pasa a estar por debajo del nivel óptimo... Los costos administrativos estimados que se imponen en virtud de las leyes de protección al consumidor de la UE a los comerciantes que operan exclusivamente a nivel nacional ascienden a € 5,526 para los comerciantes a distancia y € 6,625 para los comerciantes directos. Estos costos aumentan a € 9,276 para los comerciantes a distancia y € 10,375 para los comerciantes directos que pretendan vender a consumidores localizados en otros países (1 o 2) de la UE. Los costos administrativos estimados para quienes deseen operar en los 27 Estados Miembros ascienden a € 70,526 para los comerciantes a distancia y € 71,625 para los comerciantes directos.

Véase el Documento de Trabajo del Personal del CE, 2008, adjunto a la propuesta de directiva sobre derechos del consumidor. Informe de Evaluación de Impacto, disponible (en idioma inglés) en http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf.

¹⁹ De manera similar, se comprueba un incremento en los costos de los productos en aquellos casos en que no se otorga validez a la autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable en el ámbito de las operaciones de empresa a empresa (B2B). Véase, Dana Stringer, *Choice Of Law And Choice Of Forum In Brazilian International Commercial Contracts: Party Autonomy, International Jurisdiction, And The*

V. Las propuestas analizan temas polémicos con respecto a los cuales aún no existe consenso.

No confiamos en que las propuestas puedan, desde un punto de vista práctico, lograr armonizar la posición de los países con respecto al derecho aplicable y a la jurisdicción competente en las operaciones de consumo transfronterizas.²⁰

Elección del Foro. En sus etapas iniciales, el borrador de Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro incluía una propuesta en materia de jurisdicción competente que hubiera tenido como resultado invalidar el acuerdo de las partes en materia de elección del foro en los contratos B2C, a menos que el foro seleccionado fuera el país de destino. Sin embargo, esta norma resultó ser en extremo controvertida a la luz de su potencial impacto negativo con respecto a los vendedores en las operaciones de comercio electrónico. En última instancia, y luego de prolongadas deliberaciones y negociaciones, el texto definitivo del convenio excluyó de su ámbito de aplicación a los convenios en que sea parte un consumidor.²¹ La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya describió la problemática de derecho internacional privado en cuanto a la relación empresa/consumidor de la siguiente manera:

El enfoque del “país de origen” es, en general, el adoptado por el sector empresarial y otros usuarios de Internet cuya preocupación consiste en que se les pueda forzar a defenderse ante reclamos planteados en una multiplicidad de jurisdicciones sin que tengan la posibilidad de limitar el alcance de dicha jurisdicción ampliada en virtud de que una página en Internet se transmite en forma global y resulta prácticamente imposible determinar con certeza dónde se encuentra localizado el cliente. Otra preocupación muy vinculada a este problema consiste en que cada jurisdicción habrá de aplicar, en forma no coordinada, sus propias normas en cuanto al derecho aplicable, las cuales en una gran parte de los casos resultan en la aplicación del derecho sustantivo del foro, lo cual resulta a su vez en que una gran parte de las empresas que se dedican al comercio

Emerging Third Way, 44 Colum. J. Transnat'l L. 959 (2006). En este artículo se indica que al prohibir las cláusulas de elección del derecho aplicable y al generar incertidumbre en cuanto a la ejecutabilidad de las cláusulas de elección del foro competente, las normas de conflicto brasileñas generan incertidumbre legal así como costos operativos que se deben trasladar a las contrapartes en Brasil.

²⁰ El Acuerdo de 2003 entre Consumers International y GBDe indicó que:

Existe una amplia gama de posiciones contrapuestas que han sido expresadas por los gobiernos (incluyendo a nivel regional en la Unión Europea y a nivel nacional en los EE.UU.) en cuanto a cuál debe ser el alcance y la naturaleza de la protección al consumidor. En teoría, la solución ideal consistiría en una armonización total del derecho aplicable y de los convenios internacionales en materia de jurisdicción competente, pero desde un punto de vista práctico es difícil que esta solución se pueda implementar de manera satisfactoria. . . .

Véase Lineamientos para la Solución Alternativa de Controversias, *supra* nota 16.

²¹ El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, de 30 de junio de 2005, se encuentra disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98. Véase asimismo, Ronald A Brand, *The New Hague Convention on Choice of Court Agreements*, ASIL Insights, 2005, disponible (en idioma inglés) en <http://www.asil.org/insights/2005/07/insights050726.html>.

electrónico y de los usuarios de Internet deban someterse a un gran número de marcos legales que posiblemente puedan ser conflictivos entre sí. Esta situación se complica aún más en vista de la proliferación de normas legales en los distintos países en lo que respecta a Internet, así como el reciente desarrollo de nuevas doctrinas legales relativas específicamente a Internet. En otras palabras, resulta particularmente difícil para los usuarios el poder mantenerse al tanto de todas las nuevas tendencias en múltiples jurisdicciones y, asimismo, resulta difícil para los Estados el poder evaluar el impacto del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, en su redacción actual, debido a la constante fluctuación en la normativa legal que puede afectar a los usuarios de Internet en sus jurisdicciones

La Oficina Permanente reconoció expresamente la falta de consenso existente:

Muchos países aún están analizando cuál es el enfoque que resulta preferible [es decir, país de origen o país de destino], y los resultados de algunas de sus deliberaciones habrán de depender del desarrollo, por ejemplo, de técnicas en línea para la solución de las controversias que puedan proporcionar una alternativa válida mediante la cual los consumidores puedan lograr soluciones efectivas. Por lo demás, es posible que Internet haga que los legisladores deban replantearse las doctrinas legales tradicionales aplicables a los consumidores y a las empresas y que se basan en la presunta desigualdad en el poder de negociación de las partes. Debido a que las empresas que operan en Internet pueden ser muy pequeñas, así como al hecho de que los consumidores tienen acceso instantáneo a una enorme cantidad de información, a herramientas analíticas altamente sofisticadas, y a una amplia gama de opciones en línea, el poder relativo de las partes no siempre resulta muy claro. Quizás resulte necesario, entonces, volver a analizar la capacidad con la que cuentan los consumidores de optar por el derecho aplicable o la jurisdicción competente.²²

Las propuestas de la CIDIP-VII en materia de jurisdicción son ilustrativas de las diferencias existentes en las posiciones adoptadas por los Estados en esta temática, y del por qué no será posible llegar a un consenso en las Américas en materia de jurisdicción en el ámbito de la CIDIP-VII. La propuesta de Protocolo Adicional sobre Jurisdicción Internacional en materia de Ciertos Contratos y Transacciones de Consumo es similar al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (MERCOSUR, 1996), el cual nunca ha entrado en vigencia.²³ El enfoque

²² Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, "El Impacto de Internet sobre el Proyecto relativo a las Resoluciones Judiciales: Planteamientos para el Futuro", *supra* nota 12, págs. 8-11.

²³ MERCOSUR, *Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo* (Fortaleza, 1996). De conformidad con su Art. 15, el Protocolo entrará en vigor, con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen, treinta días después que el segundo país proceda al depósito del instrumento de ratificación. Véase, Diego P. Fernández Arroyo, *Current Approaches Towards Harmonization of Consumer Private International Law in the Americas*, 58 *Int'l Comp. Law Quarterly*, 411, 419-420 (2009) ("la negociación del foro y otros temas jurisdiccionales resulta la tarea más difícil a efectos de lograr un consenso, ya que la jurisdicción se vincula de manera intrínseca con el ordenamiento

adoptado en el Protocolo de Santa María (y en el Protocolo Adicional propuesto, en su redacción actual) no resulta consistente con ciertos aspectos del Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro (2005).²⁴ Por su parte, la ley modelo sobre jurisdicción propuesta por Canadá tampoco representa una posición de consenso. Esta propuesta está basada en la legislación modelo del año 2003 de la Conferencia sobre Derecho Uniforme de Canadá (*Uniform Law Conference of Canada*) para la protección de los consumidores a nivel provincial o territorial en Canadá. Sin embargo, en los seis años que han transcurrido desde la aprobación de esta legislación modelo, ninguna de las jurisdicciones del *common law* en Canadá ha adoptado dicho modelo en materia de jurisdicción o derecho aplicable.²⁵ Tan sólo Québec ha adoptado una legislación similar.²⁶

jurídico nacional y a menudo se la considera como un tema de soberanía. . . Los intentos fallidos de otros organismos [los problemas generados por las deliberaciones vinculadas al convenio sobre resoluciones judiciales en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como la falta de efectividad del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción en los contratos de consumo, adoptado en 1996 y que aún no se encuentra en vigencia] también influyeron en la decisión de no incluir esta temática en el borrador brasileño” para CIDIP VII), citando a Claudia Lima Marques, *As Lições da Reunião Preparatória de Porto Alegre da Conferência Especializada e Direito Internacional Privado--CIDIP VII--de Proteção dos Consumidores e das Negociações Posteriores*, en *Protección de los Consumidores en América*. Trabajos de la CIDIP VIII 79, 202, D.P. Fernández Arroyo & J.A. Moreno Rodríguez eds. (2007).

²⁴ Existe una superposición entre el Protocolo de Santa María y el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, en virtud de un anexo al Protocolo que define al consumidor de tal manera que, en algunas instancias, una empresa también puede ser considerada como un consumidor a efectos del Protocolo, mientras que en el Convenio de La Haya éste no sería el caso. El conflicto surge en virtud de que el Convenio de La Haya admite los acuerdos de elección de foro que se celebren antes de que surja la controversia, mientras que el Protocolo de Santa María aparentemente excluye todas las bases de jurisdicción que no se encuentren mencionadas o permitidas por el Protocolo, incluyendo los acuerdos de elección de foro. El mismo conflicto existiría con respecto al Protocolo Adicional sobre jurisdicción internacional en materia de ciertos contratos y transacciones de consumo (III) propuesto para la CIDIP-VII (el cual tiene como base al Protocolo de Santa María), en la medida que el anexo Protocolo Adicional sobre Definiciones (I) permite que las pequeñas empresas puedan ser consideradas consumidores. Véase el documento de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, *The American Instruments On Private International Law, A Paper On Their Relation To A Future Hague Convention On Exclusive Choice Of Court Agreements*, Documento No. 31 de junio de 2005, disponible (en idioma inglés) en http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3518&dtid=35, págs. 22-23.

²⁵ Véase el caso *Rudder v. Microsoft Corp.*, 2 C.P.R. 4(th) 474 (Ont. S.C.J. 1999).

²⁶ En conclusión, si bien la normativa modelo canadiense cuenta con el apoyo de ciertos sectores de la sociedad civil de aquel país, no se puede decir que cuente con el apoyo de todos los sectores interesados. La Conferencia sobre Derecho Uniforme de Canadá señala que “[e]n su mayor parte, las organizaciones empresariales estuvieron en contra de la propuesta, prefiriendo una posición que acepte la libertad de contratación, la auto-regulación, y un número reducido de requisitos de cumplimiento multi-jurisdiccionales. Por el contrario, las organizaciones de defensa de los consumidores apoyaron la propuesta, aunque algunas expresaron su preferencia por normas más firmes en favor de la jurisdicción de destino.” Véase el Informe del Grupo de Trabajo, *Jurisdicción y Protección al Consumidor en el Proyecto de Comercio Electrónico*, 10-14 de agosto de 2004, pág. 2, disponible (en idioma inglés) en http://www.ulcc.ca/en/poam2/Jurisdiction_CP_E-Commerce_En.pdf.

Por esta razón, resulta dudoso que la legislación modelo pueda servir como base para la armonización legislativa en las Américas (y por la misma razón, tampoco consideramos que la revisión propuesta por los Comisionados de Derecho Uniforme de los EE.UU. en el año 2001 para reformar el Artículo 1-301 del Código de Comercio Uniforme de los EE.UU. en materia de derecho aplicable (véase *infra*, nota 28), pueda proporcionar la base para una reforma legislativa en las Américas).

Elección de la Ley. En el ámbito del derecho aplicable, y según se indicó inicialmente, ambas propuestas planteadas a la CIDIP-VII generan una incertidumbre innecesaria e incontrolable en lo que respecta la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable a las operaciones de consumo. Por otra parte, cabe destacar que ambas propuestas, además de no ser consecuentes entre sí ni de guardar una coherencia interna, también se encuentran en conflicto con las decisiones adoptadas por los países miembros de la OEA al tratar el tema del derecho aplicable en la CIDIP-V (Ciudad de México, 1994). En efecto, la CIDIP-V elaboró la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (la “Convención de Ciudad de México”), que se aplica, *inter alia*, a los contratos de consumo.²⁷ La convención en sí no contiene disposiciones especiales para la protección del consumidor como parte más débil. El Artículo 7 de la Convención señala que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El Artículo 11 aclara que se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. El Artículo 11 también concede al foro la potestad, a su discreción, de aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. En consecuencia, la Convención exige que se apliquen las normas de carácter imperativo de protección al consumidor de otros estados que tengan vínculos más estrechos con la operación (incluyendo la normativa legal del lugar de residencia habitual del consumidor).

Cabe señalar que en el Estudio de Factibilidad sobre el Tratamiento del Derecho Extranjero que se realizó en el año 2007, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya se refiere en forma favorable a la posición adoptada por la Convención de Ciudad de México (Doc. No. 22B, pág. 12):

49. Hartley señala que la norma relativa a los consumidores en el Convenio Europeo sobre Contratos [actualmente designado como Reglamento Roma I], si bien resulta interesante en teoría, difícilmente resulte de importancia práctica en virtud de la regla general sobre normas de carácter imperativo que se incluye en el mismo Convenio. En efecto, las interrogantes que surgen con respecto a las partes más débiles pueden ser solucionadas en forma más simple a través de las excepciones impuestas en virtud de las normas de carácter imperativo y del orden público. La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales sigue esta línea de razonamiento, y no contiene normas específicas con respecto a las partes más débiles, sino excepciones en materia de orden público y normas de carácter imperativo.

En general, el enfoque que adopta la Convención de Ciudad de México (CIDIP-V) en cuanto a la autonomía de las partes es consistente con la posición de los Estados Unidos. En Estados Unidos, las normas de conflicto que permiten la autonomía de las partes se encuentran sujetas a la excepción ampliamente admitida en materia de orden

²⁷ La Convención, por su parte, permite la exclusión de ciertos tipos de contratos. El Artículo 1 dispone que “[c]ualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.” Los dos Estados que han ratificado la Convención hasta el momento, México y Venezuela, no han excluido a los contratos de consumo.

público, que puede impedir la renuncia, por vía contractual, a normas fundamentales o imperativas de protección al consumidor.²⁸

En definitiva, en las discusiones y negociaciones del grupo de trabajo se deberán evaluar y solucionar los conflictos que existen entre la solución adoptada en la Convención de Ciudad de México y las que se plantean en las dos propuestas para CIDIP-VII. En nuestra opinión, otra posibilidad podría consistir en negociar un protocolo a la Convención de Ciudad de México que incluya soluciones específicas para los consumidores.

VI. Necesidad de un enfoque práctico para la protección de los consumidores en las Américas.

En sus conclusiones, el Relator del Comité Jurídico Interamericano recalcó lo siguiente:

No obstante, una cosa está clara. Los reclamos de menor cuantía relacionados con el comercio transfronterizo entre empresas y consumidores (B2C) no pueden abordarse a través del modelo tradicional de litigación privada por parte de peticionarios individuales, que procuran resoluciones judiciales en el estado de domicilio del consumidor que sean ejecutables en el estado de domicilio del proveedor o dondequiera que se encuentren sus activos. Los beneficios de este tipo de litigación simplemente no garantizan sus costos para los consumidores, y los costos de los litigios transnacionales son incluso mayores que los costos de los litigios internos. **Los Estados Miembros de la OEA deben considerar modelos alternativos, tales como las demandas colectivas transnacionales, el arbitraje o medios privados para la solución de controversias, si es que el proceso de la CIDIP va a guardar relación con el problema que procura abordar. Si los gobiernos no son más creativos y flexibles en su búsqueda de soluciones, las únicas soluciones disponibles serán aquellas ofrecidas por los propios**

²⁸ Véase el Artículo 187(2) del *Restatement Second of Conflict of Laws* (1971, con las modificaciones introducidas en 1988); este artículo permite la identificación del derecho de una jurisdicción en particular, si la operación tiene una vinculación razonable con la jurisdicción en cuestión o si existe un fundamento razonable para la elección realizada por las partes, si bien se limita específicamente la autonomía de la voluntad cuando el derecho así identificado resulte violatorio del orden público (*fundamental policy*). El proyecto de reforma del Artículo 1 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (UCC), presentado en el año 2001, propuso, entre otras iniciativas, normas de conflicto de leyes especiales para los contratos de consumo, de manera muy similar a lo planteado en el modelo europeo que actualmente forma parte del Reglamento Roma I. Sin embargo, ninguno de los Estados de los EE.UU. aceptó la modificación a la norma de conflicto de leyes, y en el año 2008 la propuesta fue retirada y el texto oficial del UCC se revirtió a la norma original que permite la autonomía de las partes en los contratos de consumo (así como en los contratos que no sean de consumo), siempre que la ley elegida tenga contactos razonables con la operación correspondiente, y en ciertas situaciones sujeto a limitaciones de orden público impuestas por los tribunales. En mayo del año 2008, el Instituto de Derecho Norteamericano (*American Law Institute*) aprobó esta solución, la cual ya había sido aprobada por la Comisión de Derecho Uniforme. Véase Propuesta para Modificar el Texto Oficial del Artículo 1-301 (Aplicación Territorial; Facultad de las Partes de Elegir el Derecho Aplicable) del Artículo 1 Revisado del UCC (2008), disponible (en idioma inglés) en <http://www.ali.org/doc/uccamendment.pdf>.

mercados. El riesgo de que el aspecto gubernamental carezca de importancia, por consiguiente, debería instar a los Estados Miembros que participan en la CIDIP-VII a enfocarse en un problema específico claramente definido – a saber, el tema de las demandas de menor cuantía cuyo valor excede en gran medida los costos ordinarios de la solución de controversias y de ejecución. Será bastante difícil responder a las necesidades verdaderas de los consumidores mediante la solución de este problema. Una agenda más ambiciosa podría resultar ser más perjudicial que beneficiosa.²⁹

En virtud de preocupaciones similares, el Artículo 27 del Reglamento Roma I exige que a más tardar en el año 2013 la Comisión Europea presente un informe especial al Parlamento Europeo con respecto a la aplicación de la disposición de conflicto de leyes excepcional de Roma I para los contratos de consumo. Al solicitar un informe especial, el Parlamento Europeo hizo referencia a la necesidad de promover, entre otros ... “los mecanismos alternativos de solución de controversias en el campo del comercio electrónico y ... analizar en qué medida se podrían utilizar mecanismos de solución en línea... para aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico y obviar la necesidad de los procesos judiciales...” De considerarse adecuado, el informe especial incluirá propuestas para modificar la disposición de conflicto de leyes excepcional de Roma I en materia de contratos de consumo.³⁰

En forma más reciente, en Octubre de 2009 la Comisión Europea comunicó al Parlamento Europeo las bases de una estrategia que, entre otros, tiene como objetivo desarrollar un marco legal integrado, a nivel de la Unión Europea, en lo que respecta a las operaciones de consumo, a través de una nueva Directiva relativa a los derechos de los consumidores, de la promoción de los sistemas alternativos de solución de litigios, de mejores mecanismos de pago a nivel transfronterizo, de la promoción del nuevo procedimiento europeo para los reclamos de escasa cuantía, y de la promoción de una mayor eficiencia en el cumplimiento transfronterizo por parte de las autoridades competentes.³¹

Claramente, los países de la OEA no deberán arribar automáticamente a la conclusión de que las medidas de protección que resultan aplicables para la Unión Europea serían también adecuadas para la OEA. La integración europea ha resultado en una menor disparidad en cuanto a las políticas económicas y a las políticas de protección del consumidor. A modo de ejemplo, a diferencia de la Unión Europea, en la OEA no sería posible contar con un cuerpo legal único para las Américas, a través de directivas de la OEA que lleven a la armonización del derecho del consumidor. Por otra parte, si se determina que ya sea el Reglamento Roma I en materia de derecho aplicable, o el

²⁹ Estudio del Dr. Pérez, en *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano*, supra nota 2, pág. 87-88.

³⁰ Parlamento Europeo, Enmiendas de Transacción, versión final 104 Artículo 23(b) (nuevo), *disponible (en idioma inglés) en:* [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/juri_oj\(2007\)1119_romei_am_/juri_oj\(2007\)1119_romei_am_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/juri_oj(2007)1119_romei_am_/juri_oj(2007)1119_romei_am_en.pdf).

³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE, 22 de octubre de 2009, párrafos 19-21, 25-27, 30-31, y 45-47, *disponible en* http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/COM_2009_0557_4_es.pdf.

Reglamento Bruselas I en materia de jurisdicción competente³² incluyen disposiciones que imponen un costo significativo al desarrollo del comercio electrónico, resulta mucho más fácil para la Unión Europea realizar reformas a estos cuerpos legales que para la OEA tratar de reformar cualquier Convención adoptada en el marco del proceso de las CIDIP. Los países que participan en las negociaciones de la CIDIP tienen que asegurarse que las nuevas soluciones que se adopten habrán de resistir el paso del tiempo.³³ En conclusión, resulta apropiado llevar a cabo estudios adicionales.

Por otra parte, resulta necesario mencionar que, en el área de protección al consumidor no resulta de tanta importancia analizar los temas de derecho aplicable o jurisdicción competente en materia de reclamos individuales, ya que existe una considerable dimensión pública del derecho y de las políticas de protección al consumidor. Resulta necesario realizar la distinción entre cuáles son las normas de derecho internacional privado que se habrán de aplicar a una operación en particular, y cuál es la autoridad regulatoria u obligatoria en la jurisdicción respectiva que habrá de actuar con respecto a las operaciones y actividades entre empresas y consumidores. Las propuestas de Canadá y de Brasil/Argentina/Paraguay se refieren exclusivamente al primer aspecto, es decir, a las normas de derecho internacional privado que se habrán de aplicar a una operación en particular. Estas propuestas no tienen ningún efecto sobre la autoridad regulatoria u obligatoria que habrá de actuar (en virtud de que no existe una relación contractual vinculante con las autoridades regulatorias). Esta distinción resulta importante en virtud del rol preponderante que tienen las autoridades públicas en la defensa de los consumidores en las Américas.

Un informe sobre Jurisdicción Regulatoria preparado para la Oficina de Asuntos del Consumidor del Ministerio de Industria de Canadá (Office of Consumer Affairs, Industry Canada) observa que los mejores resultados para los consumidores son los que se alcanzan a través de la protección regulatoria, y no a través de normas de derecho internacional privado en materia de jurisdicción y derecho aplicable:

si bien los aspectos de derecho privado de los contratos de consumo resultan importantes, a menudo su análisis es puramente académico: el valor de los contratos de consumo, y en particular los que se realizan por Internet, tiende a ser sumamente bajo, mientras que los costos que implica un litigio privado son altos. . . . En consecuencia, las interrogantes relativas al lugar en el que se habrá de incoar el litigio y la normativa que resultará aplicable no se plantean muy a menudo. . . . En virtud de que los reclamos de los consumidores, en el contexto de los problemas del comercio electrónico, habrán de resultar en meras victorias pírricas, incluso si resultan exitosos, las autoridades de defensa del consumidor serán quienes jueguen un papel de particular importancia a efectos de asegurarse que las prácticas comerciales que se apliquen a las operaciones

³² Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_es.htm.

³³ Véase el documento de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, *supra* nota 12, pág. 15.

en línea resulten justas, y de proporcionar a los consumidores una sensación de seguridad en la práctica de sus compras en línea.³⁴

A estos efectos, la propuesta de los Estados Unidos incluye una ley modelo que prestaría asistencia efectiva a las autoridades de defensa del consumidor en sus esfuerzos por asegurar la justicia de las prácticas empresariales en el comercio electrónico transfronterizo que involucra a los consumidores. La propuesta de Estados Unidos incluye:

- Una ley modelo relativa a la creación de autoridades de defensa del consumidor competentes, a la facultad de obtener reparación para los consumidores, a la cooperación con sus contrapartes en otros países y a la facilitación de la ejecución de ciertas sentencias para la restitución a los consumidores a nivel transfronterizo.
- Una iniciativa de la OEA en materia de mecanismos en línea para la solución de controversias (ODR, por su sigla en inglés) de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico transfronterizo, diseñada a efectos de promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico al proporcionar la solución de los reclamos y el cumplimiento rápido de las decisiones más allá de las fronteras, de los idiomas y de las diferencias legales.
- Una ley modelo para la solución alternativa de reclamos transfronterizos B2C en el ámbito del comercio electrónico, en virtud de la cual las entidades emisoras de tarjetas de pago son las responsables del manejo de los casos planteados por el consumidor contra un comerciante en virtud del uso no autorizado, de la falta de entrega o en caso de productos o servicios que no cumplen con lo pactado.
- Una ley modelo sobre procedimientos judiciales de menor cuantía que ofrece a los consumidores la oportunidad de obtener una restitución monetaria a un costo y con un nivel de complejidad que no resulta desproporcionado con respecto al monto del reclamo en sí.
- Una guía legislativa en materia de restitución y solución de controversias que incluye disposiciones que recomiendan a los países permitir las acciones legales colectivas o representativas a efectos de solucionar los reclamos que sean comunes a grupos de consumidores.

Insistimos en la necesidad de analizar y considerar seriamente estas propuestas; en definitiva, es posible que las mismas proporcionen soluciones más efectivas y eficaces

³⁴ Véase *Online Consumer Protection: a Study on Regulatory Jurisdiction in Canada*, preparado para la Oficina de Asuntos del Consumidor del Ministerio de Industria de Canadá (Industry Canada), julio de 2001 (Roger Tassé, O.C., Q.C., Maxime Faille, Gowling Lafleur Henderson LLP), disponible (en idioma inglés) en <http://www.ulcc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4n>. Véase asimismo el artículo 45 del Cap. 15 del Código de los Estados Unidos (15 U.S.C. ss. 45) (con las modificaciones introducidas en el año 2006); este artículo se refiere a la prohibición de prácticas engañosas o injustas, e incluye prácticas en el comercio internacional que ocasionen o puedan ocasionar perjuicios en Estados Unidos, o que incluyan actividades sustanciales dentro de los Estados Unidos, y los recursos disponibles incluyen la reparación a las víctimas tanto a nivel nacional como en el exterior.

a efectos de proteger a los consumidores en las Américas, en contraposición con las soluciones que proponen normas excepcionales con respecto al derecho aplicable y a la jurisdicción competente para resolver litigios que pueden nunca llegar a plantearse.

Conclusiones

Nuestra sugerencia es que la identificación de normas especiales en materia de jurisdicción y de derecho aplicable a los reclamos transfronterizos de los consumidores planteados por la tradicional vía judicial puede no resultar el mecanismo más efectivo, actualmente, a efectos de proteger los intereses de los consumidores. Estados Unidos ha planteado propuestas que cuentan con el potencial de proporcionar beneficios prácticos a los consumidores (por ejemplo, la propuesta de Estados Unidos de una ley modelo que fortalezca a las autoridades de defensa del consumidor, un marco cooperativo a nivel regional para la solución de reclamos en línea, y la ley modelo para la protección de los pagos con tarjeta). En virtud de que tanto la OEA como sus países miembros cuentan con recursos limitados a efectos de atender múltiples proyectos de reforma de manera simultánea, y a efectos de generar una mayor experiencia y datos concretos en materia de ventas por Internet en los mercados en desarrollo, cabe concluir que sería mejor enfocarse en estas propuestas prácticas antes de proceder a desentrañar las decisiones políticas y las incertidumbres económicas que se generan en virtud de las propuestas de derecho internacional privado en materia de derecho aplicable y jurisdicción competente.

En lo que respecta al procedimiento, resulta importante solicitar las opiniones de los organismos reguladores en materia de defensa del consumidor, de las empresas, asociaciones industriales, grupos de defensa del consumidor, y de la sociedad civil en general, en virtud del impacto directo que tienen las propuestas en todos estos grupos, amén de la experiencia práctica con la que cuentan muchos de estos grupos en temas vinculados al comercio electrónico a nivel transfronterizo.³⁵

Esperamos poder continuar colaborando con los participantes del Grupo de Trabajo sobre Protección al Consumidor a efectos de explorar mecanismos para conciliar las posiciones contrapuestas y salvar los obstáculos que enfrenta la identificación de principios predecibles y justos en materia de elección del foro y del derecho aplicable.

Como punto de partida para las futuras deliberaciones de los países miembros que participen en la próxima etapa de los trabajos de análisis de las propuestas, incluimos a continuación una serie de interrogantes y comentarios adicionales con respecto a la Convención propuesta por Brasil, Argentina y Paraguay (Anexo I) y a la propuesta de ley modelo planteada por Canadá (Anexo II).

³⁵ En Estados Unidos, el Departamento de Estado convocó a cuatro reuniones públicas de su Grupo de Estudio para el proceso CIDIP de la OEA; estas reuniones se celebraron el 14 de diciembre de 2009, el 15 de enero de 2010, el 1ro. de febrero de 2010 y el 9 de abril de 2010 para continuar con las deliberaciones sobre los temas de elección de la ley, derecho aplicable, jurisdicción, ejecución de sentencias y mecanismos de solución de controversias que están siendo analizados como parte del proceso de CIDIP de la Organización de Estados Americanos. Los participantes incluyeron a representantes de organismos reguladores de EE.UU. en materia de defensa del consumidor, empresas, asociaciones empresariales, grupos de protección al consumidor, y la sociedad civil.

ANEXO I

Preguntas adicionales relativas a la Propuesta Conjunta de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Algunos Contratos y Transacciones Internacionales de Consumo

Hemos planteado las siguientes preguntas preliminares con la esperanza de que las respuestas a las mismas puedan ayudar a los miembros del Grupo de Trabajo a lograr un mejor entendimiento de la propuesta Convención Interamericana (aclaramos asimismo que si el Grupo de Trabajo decide seguir adelante con la Propuesta Conjunta, Estados Unidos y otros países posiblemente planteen preguntas más detalladas).

Capítulo 1 – ÁMBITO DE APLICACIÓN I – DEFINICIONES

Artículo 1. Definición de Consumidor

1. Definición de Consumidor

¿Resulta adecuado definir el ámbito de aplicación y el alcance de la Convención mediante la definición del término “consumidor” o, de manera alternativa, de los términos “contrato y transacción internacional de consumo” y “contratación internacional de consumo a distancia”?³⁶

Si el comprador de los bienes o servicios actuó fuera del ámbito de su actividad profesional y, en consecuencia, actuó en calidad de consumidor, pero el vendedor no tenía conocimiento ni hubiera podido razonablemente tener conocimiento de este hecho, ¿se considera entonces que la operación cae dentro o fuera del ámbito de aplicación de la Convención?

Con respecto a la pregunta anterior, el Artículo 2(a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CCIM) indica que la convención no se aplica a 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...” A efectos de conseguir una mayor seguridad y de poder predecir los resultados de la interacción entre la normativa propuesta y la CCIM, ya que ambas pueden llegar a aplicarse a una operación en particular, será necesario que la definición de consumidor en la propuesta de Convención Interamericana aclare que la misma no tiene aplicación si el vendedor no tuvo conocimiento ni tenía motivos para tener conocimiento que el comprador celebró el contrato con fines personales, familiares o domésticos.

³⁶ Véanse los Artículos 2 y 3, *infra*; véase asimismo el Artículo 6(1) del Reglamento Roma I.

Artículo 2. Definición de Contrato y Transacción Internacional de Consumo

1. ¿Resulta apropiado utilizar el término “domicilio” cuando el significado del término incluye aspectos subjetivos (es decir, la intención de permanecer en un lugar) que el vendedor normalmente no conoce o no tiene motivos para conocer?
2. Nótese que la convención hace referencia tanto a “contrato y transacción internacional de consumo” como a “contrato y transacción internacional” a efectos de definir su ámbito de aplicación. ¿Cuál es la diferencia entre un “contrato internacional de consumo” y una “transacción internacional de consumo”? ¿No sería mejor que la convención definiera su ámbito de aplicación de manera que comprenda los “contratos internacionales” que se celebren con los consumidores, según se definen en el Artículo 1, de manera consistente con el enfoque adoptado en la Convención de Ciudad de México?
3. La Convención debería aclarar que tan sólo se aplica a un contrato internacional de consumo cuando tanto el consumidor como el vendedor residen de manera habitual en países que son parte de la Convención. La Convención no debería aplicarse cuando tan sólo el consumidor reside de manera habitual en un país que es parte de la Convención.

II – ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 3. Temas excluidos

Consideramos que sería necesario contar con una larga sesión a efectos de deliberar acerca de las otras clases de contratos internacionales y reclamos vinculados a contratos internacionales que deberían quedar excluidos del ámbito de cualquier convención (además de los mencionados en el texto entre corchetes). Algunos de los contratos que razonablemente podrían quedar excluidos incluyen los siguientes:

¿Contratos por servicios prestados exclusivamente en un lugar que no sea un país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual? ¿Ver Artículo 6(4)(a) del Reglamento Roma I?

¿Contratos para el transporte de pasajeros y de carga? ¿Ver Artículo 6(4)(b) del Reglamento Roma I?

¿Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamientos de bienes inmuebles? ¿Ver Artículo 6(4)(c) del Reglamento Roma I?

¿Derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva? ¿Ver Artículo 6(4)(d) del Reglamento Roma I?

¿Los contratos celebrados dentro de un sistema multilateral que reúna los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros? ¿Ver Artículo 6(4)(e) del Reglamento Roma I?

¿Los contratos vinculados a propiedades o bienes que dependan de las fluctuaciones del mercado financiero, o los contratos celebrados en mercados con reglas estándar, como ser los mercados de valores?

¿Los contratos para la prestación de servicios financieros, operaciones con tarjetas de crédito, o contratos de préstamo? Si existe preocupación con respecto a las operaciones financieras y a las operaciones con tarjetas de crédito, ¿no resulta más útil que los países se concentren en el análisis de las mejores prácticas y de los regímenes legales o regulatorios específicos disponibles para la protección de los titulares de tarjetas, remitiéndose a dichos efectos a la propuesta de los Estados Unidos de una ley modelo sobre tarjetas de pago de los consumidores? Las disposiciones relativas a las instrucciones financieras, ¿necesitarían de la revisión y aprobación por parte de los reguladores de los servicios financieros?

¿Reclamos vinculados con la validez de los derechos de propiedad intelectual, o con violaciones a los derechos de propiedad intelectual?

Capítulo 2 – DERECHO APLICABLE I – REGLAS GENERALES

Artículo 4. Protección contractual en la contratación a distancia

1. (Elección limitada y válida del derecho aplicable al consumidor pasivo).

¿Resulta apropiado excluir la elección del derecho realizada por las partes si la ley elegida no es la ley “más favorable al consumidor”? ¿No sería mejor mantener la situación actual por la cual las partes tienen el derecho de elegir la ley aplicable en virtud del Artículo 7 de la Convención de Ciudad de México? ¿No resultan suficientes, a efectos de la protección de los consumidores, las limitaciones incluidas en los Artículos 11 y 18 de dicha Convención?³⁷

¿Cómo se realiza la identificación de la “ley más favorable al consumidor” que propone el Artículo 4(1)? La comparación de los distintos regímenes de protección al consumidor existentes ¿no resulta de por sí intrínsecamente subjetiva?

³⁷ Véase la Convención de Ciudad de México, Artículo 11 (el cual indica que “se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo” y que “[s]erá discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.”), y también el Artículo 18 (que permite que se excluya el derecho designado por la Convención sólo “cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro”); véase *asimismo* el Reglamento Roma I, Artículos 6 y 9.

La aplicación de la ley “más favorable” a los consumidores tan sólo en el contexto de los casos internacionales, ¿no conllevaría una discriminación en favor de los productores nacionales (quienes sólo tendrían que cumplir con el derecho interno)?³⁸

La propuesta de Convención, ¿tiene como resultado efectivo el imponer una obligación de diligencia debida a las empresas consistente en analizar el derecho contractual de todos y cada uno de los países en los que proporcionen bienes o brinden servicios, a efectos de determinar cuáles son las normas de protección al consumidor que resultan imperativas?

¿Puede considerarse que una ley es “más favorable” al consumidor si la misma tiene como efecto un incremento sustancial en el costo de un bien o servicio determinado, o si la misma limita severamente la competencia?³⁹

¿Existen otros instrumentos internacionales en materia de derecho aplicable que utilicen un estándar similar de “ley más favorable” en los casos vinculados al consumo? ¿Existen instrumentos a nivel regional o internacional en materia de derecho aplicable que limiten la libertad de las partes tan sólo a la ley que resulte más favorable al consumidor? ¿Existen países en la región que actualmente regulen que la libertad de las partes de elegir la ley aplicable tan sólo será válida si se refiere a la ley “más favorable al consumidor”?

³⁸ Una de las interrogantes que nos han planteado durante las reuniones públicas ha sido si la propuesta de convención tendría un efecto discriminatorio para las empresas en distintos países, desde el punto de vista comercial y de la competencia. Si interpretamos bien el texto de la propuesta de convención, los exportadores podrán encontrarse sujetos al derecho del país exportador o al derecho del país importador, dependiendo de cuáles sean las leyes que son más favorables al consumidor. Por el contrario, una empresa localizada en el país importador sólo deberá someterse a las normas de ese país, dado que la propuesta de convención tan sólo se aplica a los contratos internacionales transfronterizos. Dado que es razonable asumir que si la “ley más favorable al consumidor” es la del país exportador y no la del país del consumidor, esto significa que las normas del país exportador se aplicarán en el caso de una operación internacional, mientras que si la operación es interna se aplicarán las normas del país del consumidor. Si el derecho del país exportador impone al productor mayores costos que los que se generan en virtud del derecho del país importador, esto resultaría en una ventaja injusta y un costo discriminatorio en contra de los productores extranjeros. Los exportadores de cualquier país en una región se enfrentarían a los mismos costos adicionales cuando se considere que sus leyes de protección al consumidor, ya sea en parte o en su totalidad, resultan “más favorables al consumidor” que las leyes del país del consumidor. Como resultado, a los exportadores de cualquier país les será cada vez más difícil operar en un nivel de igualdad con los productores locales en el resto de la región. El daño que esto ocasionaría al comercio internacional en toda la región también contrarrestaría los esfuerzos que se estén realizando para permitir a las pequeñas y medianas empresas beneficiarse a través de su participación en un mercado expandido y, en definitiva, se socavarían las potenciales oportunidades de crecimiento económico en la región que resultan tan necesarias en este período de recesión global.

³⁹ Luego de planteado un reclamo, la aplicación de la ley que resulte más favorable a un consumidor determinado (o, dicho de otra manera, la aplicación de la ley que resulte más perjudicial a una empresa determinada) no siempre habrá de generar un entorno que proporcione los mayores beneficios económicos a los consumidores considerados como grupo.

2. Determinación de la ley más favorable al consumidor pasivo.

¿Cómo operarían en la práctica las opciones contenidas en el Artículo 4(2)? ¿Deben interpretarse como presunciones o como criterios determinantes imperativos?⁴⁰ Si la intención es que se interpreten como presunciones, y si la ley del domicilio del consumidor es más favorable que la ley elegida por las partes, pero no tan favorable como la ley del lugar de celebración del contrato, ¿qué ley se aplica?

¿Proporciona el Artículo 4(2) una lista razonable de las alternativas que las partes deberían tener a su disposición al elegir la ley que se aplica al contrato? A modo de ejemplo, ¿por qué debería aplicarse la Convención si existe un lugar de residencia común entre el consumidor y una de las sucursales del proveedor de bienes o servicios (propuesto Artículo 4 2(b))?

En el ámbito del comercio electrónico, ¿cuál sería el lugar de celebración o el lugar de ejecución (propuesto Artículo 4(c))? ¿Cuál es el lugar de celebración o de ejecución si el comerciante vende licencias de software al consumidor y el consumidor descarga el software directamente de Internet? ¿Debe interpretarse necesariamente que un contrato celebrado en línea por el consumidor fue “realizado” por el consumidor en su país de residencia habitual? ¿Debe interpretarse que todos los contratos celebrados en línea en forma electrónica fueron realizados por el consumidor en su país de residencia habitual, incluso si el consumidor no se encontraba en ese país al momento de celebrarse el contrato?

¿No debería realizarse una distinción entre un comerciante que ofrece un producto en una página en Internet y no toma medidas razonables para evitar el contacto con el foro del consumidor, y un comerciante que sí toma medidas razonables para evitar el contacto con el foro del consumidor?

3. (Lugar de celebración en la contratación a distancia)

¿Qué significa contratación internacional a distancia? ¿Existen diferencias entre contratación internacional a distancia (Artículo 4(3)) y contratación internacional de consumo a distancia (Artículo 4(4))?

4. (Aplicación subsidiaria de la ley del domicilio del consumidor – Consumidor Pasivo)

Apreciamos la inclusión del texto entre corchetes en el artículo 4(4) en virtud del cual el proveedor de un producto podrá basarse en la información de domicilio proporcionada por el consumidor al momento de concluirse el contrato, a efectos de

⁴⁰ Si se trata de criterios imperativos, entonces se deberá revisar el texto para aclarar que las partes tendrán libertad de elegir el derecho aplicable cuando se encuentren presentes los puntos de contacto descritos en el numeral 2.

determinar cuál es la residencia habitual del consumidor. ¿Se trata en este caso de una presunción absoluta o relativa?

5. (Regla subsidiaria para el consumidor pasivo)

¿Es posible que como resultado de la aplicación de la regla subsidiaria propuesta para los consumidores pasivos se fomente que los proveedores no especifiquen en el contrato una cláusula de elección del derecho, en aquellos casos en que celebren contratos con consumidores cuya residencia habitual es un país que no cuenta con normas adecuadas de protección al consumidor?

¿No resulta más adecuada la solución del Artículo 9 de la Convención de Ciudad de México, en virtud de la cual si las partes no han elegido el derecho aplicable, o si su elección resulta ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos?

Si las partes no han elegido el derecho aplicable, ¿es posible concluir necesariamente que el derecho del país de residencia habitual del consumidor activo el lugar de celebración del contrato en el caso del consumidor pasivo, proporcionan una protección adecuada al consumidor?

6. (Elección en Línea)

¿Qué significan las expresiones “en línea a distancia” y “elección interactiva”?

En el caso de una operación de comercio electrónico en la que exista una página en Internet o un mensaje de correo electrónico que especifique las opciones en cuanto al derecho aplicable, ¿se interpretaría que esa información fue comunicada de forma clara en forma previa? Si la cláusula relativa al derecho aplicable que utiliza el vendedor fue “comunicada de forma clara y destacada en las informaciones previas brindadas al consumidor”, ¿por qué no resultaría aplicable el derecho del país identificado en dicha cláusula?

Artículo 5. Protección contractual al turista o consumidor activo

1. (Elección limitada y válida del derecho aplicable al consumidor activo)

Si un consumidor activo celebra un contrato con un vendedor, ¿podrá el contrato regirse por el derecho indicado en el mismo, si dicho derecho también coincide con el lugar de las negociaciones, el lugar donde se ubica el objeto del contrato, o el lugar de domicilio, sede, residencia o lugar de negocios del vendedor? ¿Podría existir una presunción en cuanto a que el contrato se regirá por el derecho que se indica en el contrato si el derecho elegido tiene vínculos razonables con las partes?

2. (Regla subsidiaria para el consumidor activo)

¿Cuál es el lugar de celebración en el caso de operaciones de comercio electrónico?⁴¹

Artículo 6. Elección e información del derecho aplicable

1. (Información del consumidor sobre la elección)

¿Siempre resulta necesario que la elección de las partes con respecto al derecho aplicable sea expresa, o es posible que en caso que no exista un acuerdo expreso, la misma se pueda probar en virtud de la conducta de las partes o de otras cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto, tal y como se expresa en el Artículo 7 de la Convención de Ciudad de México?⁴² ¿Es posible que la elección de las partes del derecho aplicable se refiera “a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”?⁴³

La referencia “si es posible, en el contrato mismo” ¿es un requisito sustancial? ¿Pueden las partes elegir tan sólo un derecho aplicable?

2. (Elección *a posteriori*)

¿Es posible que en cualquier momento las partes puedan acordar que el contrato quede sometido a un derecho distinto a aquel que lo regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes – según lo que prevé el Artículo 8 de la Convención de Ciudad de México?⁴⁴

¿Es factible limitar la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable luego de suscitado el conflicto tan sólo a “las opciones previstas en el artículo 4 y 5”?

3. (Derecho aplicable a las informaciones previas)

¿Cuáles son las otras reglas de la Convención que se refieren a informaciones previas? ¿Cuál es el derecho “presumiblemente aplicable” al contrato una vez que se haya celebrado? ¿No sería mejor si fuera la ley del foro la que determinara la naturaleza y validez del consentimiento de las partes del contrato, según se prevé en la Convención de Ciudad de México, Arts. 12 y 13?

Artículo 7. Normas internacionalmente imperativas.

⁴¹ Véanse los comentarios al Artículo 4.3.

⁴² Véase *asimismo* el Reglamento Roma I, Art. 3(1).

⁴³ Véase *asimismo* la Convención de Ciudad de México, Art. 7, y el Reglamento Roma I, Art. 3(1).

⁴⁴ Véase *asimismo* el Reglamento Roma I, Art. 3(1).

1. (Normas imperativas del foro)

La propuesta de Convención, ¿impone una limitación en cuanto a la aplicación de las disposiciones esenciales del derecho del foro que tengan carácter imperativo, en contraposición con las “normas internacionalmente imperativas”? ¿Cuál es la diferencia entre el concepto de normas internacionalmente imperativas y las normas del foro de carácter imperativo a que hace referencia el Artículo 11(1) de la Convención de Ciudad de México y el Artículo 9 del Reglamento Roma I?

2. (Normas imperativas del Estado de domicilio del consumidor)

¿Cómo aplicaría un tribunal las “normas internacionalmente imperativas” del Estado de domicilio del consumidor, “si fuera posible”? ¿Dependería dicha aplicación del análisis acerca de si las normas internacionalmente imperativas del Estado de domicilio del consumidor serían más favorables al consumidor que las normas imperativas del foro y que el derecho más favorable al consumidor que resulte de la aplicación de los Artículos 3 y 4? ¿No sería mejor que el foro pudiera, a su discreción, “aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”?⁴⁵

Artículo 8. Cláusula de corrección material (Hard Clause)

Nos preocupa la naturaleza impredecible y difusa de la cláusula de excepción. ¿Cómo podría determinar un tribunal que “la conexión con el derecho indicado como aplicable [resulta] superficial y el caso se [encuentra] más estrechamente vinculado con otro derecho más favorable al consumidor”?

A modo de ejemplo, podría un juez rechazar: (a) la aplicación del derecho del lugar de celebración en el caso del consumidor activo, si no existe una elección válida del derecho, según lo dispuesto en el Artículo 6(5); (b) la elección del derecho realizada por las partes, si la misma se basa en el domicilio o sede del proveedor de bienes o servicios, y resulta ser la ley más favorable al consumidor, según el Artículo 4(2); o (c) la elección del derecho realizada por las partes, si se basa en el lugar de celebración o ejecución del contrato, y se trata de un consumidor activo, Art. 6(4)? ¿Es la intención de esta disposición permitir que un juez pueda rechazar la aplicación de la Convención si la elección de la ley resulta particularmente injusta con respecto al vendedor (por ej., en aquellos casos en los cuales el consumidor en forma activa busca un proveedor en otra jurisdicción)?

Artículo 9. Cláusula de armonización

¿Cómo habrá de funcionar esta disposición en la práctica? ¿Resulta posible que un tribunal utilice el derecho de distintos países para resolver distintos temas (es decir, realizando un *dépeçage*) o, de manera alternativa, debe la ley más favorable al consumidor ser aplicada a todos los aspectos legales de una operación? Por ejemplo,

⁴⁵ Véase la Convención de Ciudad de México, Artículo 11(2).

¿podría un tribunal aplicar las leyes de distintos países al considerar cada uno de los aspectos que afectan al consumidor, como ser el monto de la restitución, el plazo de prescripción, o el derecho sustantivo aplicable a la controversia?

II – REGLAS PARA SITUACIONES ESPECÍFICAS

Artículo 10. Contratos de viaje y turismo

El artículo 10 parece limitar la autonomía contractual de manera inaceptable en el ámbito de los contratos de viaje y turismo. ¿Permite el Artículo 10 que las partes en un contrato de viaje individual puedan elegir la ley del lugar del proveedor de servicios (como ser la agencia de alquiler de autos, el hotel, o un restaurante)? ¿En qué consisten los “viajes individuales contratados en paquete o con servicios combinados”? ¿Quedan comprendidos en el Artículo 10 los cruceros, los pasajes de avión combinados con reservaciones de hotel, o los alquileres de autos combinados con reservaciones de hotel? ¿Cómo se determina dónde “fue realizada” la oferta en un contrato en el ámbito del comercio electrónico?

Artículo 11. Contratos de tiempo compartido

De manera general, y por motivos prácticos, el derecho del lugar de ubicación física del bien inmueble sujeto al contrato de tiempo compartido deberá ser el que rija la mayor parte de los aspectos del contrato. ¿Debe interpretarse que en virtud del Artículo 11 ciertos aspectos vinculados al bien inmueble (por ejemplo, transferencias de títulos, tarifas del condominio, etc.) se regirán por el derecho del lugar donde se realizaron las actividades de mercadeo, y no por el derecho del lugar de ubicación del tiempo compartido? ¿Debe interpretarse que en virtud del Artículo 11 tan sólo las normas que resulten favorables al consumidor se habrán de aplicar de modo acumulativo?⁴⁶ ¿Será aplicable la Convención a otros bienes inmuebles que no sean tiempos compartidos?

Capítulo 3 – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 12. Derecho de un Estado no Parte

¿Es intención de esta propuesta que la Convención se aplique a operaciones en las cuales el Estado donde el consumidor tiene su residencia habitual, el Estado de la sede del proveedor de bienes o servicios, o el Estado del lugar de celebración no sean parte de la Convención?

Nótese que la Convención de Ciudad de México permite la autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable y, en consecuencia, la elección no se encuentra limitada al lugar de residencia habitual del consumidor, al lugar de la sede del proveedor de bienes o servicios, o al lugar de celebración del contrato. La finalidad de esta Convención fue la de promover la certeza y el carácter predecible de las operaciones,

⁴⁶ Cf., Convención de Ciudad de México, Art. 9.

favoreciendo así el flujo comercial. Los nuevos instrumentos que se adopten en materia de derecho aplicable deberían buscar lograr este mismo objetivo.

Artículo 13. Reservas

El artículo relativo a las reservas debería ser consistente con el Artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y con el Artículo 23 de la Convención de Ciudad de México. En virtud de estos instrumentos, así como del derecho internacional privado en general, se permiten las reservas siempre que las mismas no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención. El planteamiento de que tan sólo se pueden formular reservas que sean compatibles con el fin de lograr la protección más favorable al consumidor resulta contrario a los principios del derecho internacional.

Artículo 14. Orden público internacional

¿En qué se diferencia esta disposición en comparación con el Artículo 18 de la Convención de Ciudad de México? ¿Cómo se aplicaría esta disposición en la práctica?

Artículo 15. Notificaciones y seguimiento

¿Cuál sería el rol de la Comisión? ¿Cómo se seleccionaría a sus miembros? ¿Estaría dicha comisión a cargo de la interpretación de la Convención? ¿Quién pagaría los gastos de la comisión?

Capítulo 4 – CLÁUSULAS FINALES

Nos reservamos el derecho de realizar comentarios a las cláusulas finales.

PROTOCOLO ADICIONAL SOBRE DEFINICIONES (I)

La inclusión de protocolos adicionales que resultan opcionales, ¿no corre el riesgo de crear una multiplicidad de regímenes legales, contribuyendo así a la fragmentación – y no a la armonización – del derecho internacional privado en materia de derecho aplicable? ¿Resulta correcto asumir que cada uno de los protocolos incluiría cláusulas finales?

Artículo 1. Consumidor como destinatario final

¿Estaría un contrato dentro del ámbito de aplicación de la Convención si el comprador y el vendedor se encuentran ubicados en la misma jurisdicción pero el destinatario final está en otro país?

Artículo 2. Posibilidad de extensión de la definición de consumidor

¿Resulta apropiado que a través de un protocolo opcional se autorice a un juez o al poder legislativo de un país a que dejen de lado las decisiones específicas adoptadas por los países miembro de la OEA al definir el ámbito de aplicación de la Convención? ¿No se utilizaría una disposición de esta naturaleza para permitir que algunos países miembros puedan crear un régimen legal distinto para los contratos transfronterizos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención? ¿Tendría un país entera discreción para definir el alcance y significado del término consumidor de “forma más amplia” y “favorable”? ¿Podría un país definir a un “consumidor” como una entidad (en contraposición a las personas naturales) que opera una pequeña empresa, independientemente de cualquier posición contraria adoptada en la OEA? ¿Qué pasos o medidas deberá tomar el juez para “tener en cuenta esa extensión del ámbito de aplicación de la Convención, si fuese más favorable a los intereses del consumidor”? ¿Debería incluirse una excepción explícita con respecto a las pequeñas empresas? Y, en caso afirmativo, ¿cómo se formularía la misma? ¿No resultaría mejor aclarar que, al momento de la ratificación o adhesión a la Convención, cada Estado parte podrá declarar cuáles son las categorías de contratos a los cuales no se aplicará la Convención?⁴⁷

¿Por qué se incluye una definición de contrato o transacción internacional de consumo tanto en el Artículo 2 de la Convención como en el Artículo 3 del Protocolo Adicional? A efectos de la determinación de los contactos reales y objetivos, ¿se tendría en cuenta tanto el domicilio como la residencia habitual de las partes? ¿Qué significa la expresión “situación de los bienes”?

Artículo 4. Definición de contratación internacional de consumo a distancia

Según se indicó anteriormente en los comentarios al Artículo 2 de la Convención, la Convención deberá aclarar que sus disposiciones se aplican tan sólo a contratos

⁴⁷ Véase la Convención de Ciudad de México, Artículo 1.

internacionales de consumo cuando tanto el consumidor como el vendedor residen de manera habitual en países que son parte de la Convención.

Artículo 5. Definición de domicilio del consumidor

¿No sería mejor que la Convención definiera y utilizara el término residencia habitual, en lugar de domicilio del consumidor, de conformidad con la terminología utilizada en la Convención de Ciudad de México y en el Reglamento Roma I?⁴⁸ Habíamos entendido que en oportunidad de las negociaciones en Porto Alegre la delegación de Brasil había estado de acuerdo en cambiar la referencia a “residencia habitual”, y no utilizar el término “domicilio”.

En el Artículo 5(b), ¿debería aplicarse la Convención a situaciones en las que el consumidor no tenga una residencia habitual?

En el Artículo 5(c), ¿debería hacerse depender la residencia del consumidor del hecho que la persona incapaz haya sido abandonada por su representante legal? ¿Cuándo será posible que una persona pueda invocar el derecho de otro país a efectos de determinar la incapacidad?⁴⁹

Artículo 6. Reservas

Ver los comentarios relativos al Artículo 13 de la Convención. Nótese que la numeración de este artículo deberá cambiar, de 7 a 6.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, la Convención de Ciudad de México, Art. 1, 2, 22.

⁴⁹ Véase el Reglamento Roma I, Artículo 11.

PROTOCOLO ADICIONAL SOBRE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN (II)

Artículo 1-2. Armonización

El Artículo 2 del Protocolo Adicional repite el texto del Art. 9 de la Convención.

Artículo 3. Derecho aplicable al contrato

¿Qué significa la frase: “una ley estatal o el derecho de un Estado”? ¿Qué situaciones quedarían excluidas por esta frase? ¿Por qué debe limitarse a las partes a elegir tan sólo una ley aplicable?

Artículo 4. Criterios de la cláusula de corrección material

Ver comentarios al Artículo 8 de la Convención.

Artículo 5. Existencia y validez del contrato y de la elección

¿Cómo se habrá de determinar cuál es el derecho aplicable a las condiciones de existencia y validez si el derecho de la *lex fori* es distinto o es contrario “al dispuesto en esta Convención” y al derecho más favorable al consumidor? ¿No sería mejor que la ley del foro fuera la que determinara la existencia y validez del consentimiento de las partes del contrato, como es el caso en los Arts. 12 y 13 de la Convención de Ciudad de México? (¿Y cómo se coordina esta disposición con el Artículo 8 de la Convención principal?)

Artículo 6. Normas imperativas del Estado de localización física de los bienes inmuebles utilizados

¿Debe interpretarse que en virtud del Art. 6 tan sólo las normas que resulten favorables al consumidor se aplican en forma acumulativa?⁵⁰ Ver los comentarios al Artículo 11.

Artículo 7. Exclusión del reenvío

¿Cuál es el significado de esta disposición, en particular cuando se la compara con el Art. 17 de la Convención de Ciudad de México y el Art. 20 del Reglamento Roma I?

Artículo 8. Información y prueba del derecho del consumidor

¿Cómo se implementará esta disposición en el caso de un estado federal? En el caso de Estados Unidos, ¿se prevé que se designen 50 autoridades centrales, ya que la normativa en cada uno de los estados varía considerablemente en lo que respecta al derecho aplicable? Existe preocupación en cuanto a las dificultades prácticas para la implementación de esta disposición.

Artículo 9. Reservas

Ver comentarios al Artículo 13 de la Convención.

⁵⁰ Cf., Convención de Ciudad de México, Art. 9.

PROTOCOLO ADICIONAL SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CIERTOS CONTRATOS Y TRANSACCIONES DE CONSUMO (III)

Artículo 1. Regla general

¿Existe una diferencia entre contratos de consumo y transacciones de consumo? Y en caso afirmativo, ¿en qué consiste la misma? ¿Se aplica esta norma incluso en aquellos casos en que el consumidor haya celebrado el contrato en persona, en otro país, y cuando el contrato se ejecutó en ese otro país?

Artículo 2. Soluciones alternativas

¿Cuál es el lugar de prestación del servicio en casos como los contratos de software, si el contrato se celebra en línea y el software se descarga por vía electrónica? ¿Cuál es el domicilio del demandado persona jurídica? ¿La sede identificada en los estatutos? ¿El lugar principal de negocios? ¿La sede central de administración?

Artículo 3. Filiales, sucursales, agencias o representantes

En una operación por Internet, ¿cómo es posible determinar si el proveedor actuó “dentro de la relación de consumo a través de una filial, sucursal, agencia o cualquier otro tipo de representación”?

Artículo 4. Pluralidad de demandados

¿Es la finalidad de esta norma la de aplicarse a casos en que los proveedores no tienen ninguna vinculación entre sí, y sus operaciones no tienen ninguna vinculación entre sí más allá del hecho de que el consumidor participó en ambas operaciones?

Artículo 5. Actos procesales practicados a distancia

¿Cómo funcionaría esta disposición si el tribunal que tiene competencia realiza un proceso con jurado? ¿Cómo funcionaría la disposición en cuanto a los testimonios, y no a la presentación de documentos? ¿Sería necesario que el abogado del consumidor viajara a la jurisdicción del proveedor para realizar preguntas a los testigos, observar actitudes, etc?

Anexo II

Preguntas adicionales relativas a la Ley Modelo canadiense sobre Jurisdicción y Ley Aplicable a los Contratos con el Consumidor

Hemos planteado las siguientes preguntas preliminares con la esperanza de que las respuestas a las mismas puedan ayudar a los miembros del Grupo de Trabajo a lograr un mejor entendimiento de la Ley Modelo propuesta (aclaramos asimismo que si el Grupo de Trabajo decide seguir adelante con la propuesta canadiense, Estados Unidos y otros países posiblemente planteen preguntas más detalladas).

Artículo 1. Ámbito de aplicación

A efectos de la ley modelo, ¿deberá definirse “contrato internacional” en sentido amplio o estricto? ¿Por qué es distinto el factor de internacionalidad que genera la aplicación de la Ley Modelo al que genera la aplicación de la Convención de Ciudad de México?

¿Por qué utiliza la Ley Modelo un criterio distinto en materia de internacionalidad cuando se trata de temas vinculados al derecho aplicable y otro en materia de jurisdicción?

¿Cuáles son los “otros elementos” que se habrán de considerar en el numeral 2?

¿Se ha considerado la exclusión del ámbito de la aplicación de la Ley Modelo a ciertas clases especiales de contratos (por ej., los contratos de transporte, contratos relativos a derechos sobre bienes inmuebles, contratos relativos a instrumentos financieros y otros contratos especiales en el ámbito comercial, etc.)? Se deberá realizar un análisis cuidadoso de las excepciones a efectos de poder realizar una evaluación comprehensiva de la Ley Modelo propuesta.

¿Deberían aplicarse las disposiciones a una operación si el vendedor demuestra que no tenía conocimiento ni motivos para presumir que el consumidor celebró el contrato por motivos personales, familiares y domésticos, y que dicho vendedor no hubiera celebrado el contrato si lo hubiera sabido? ¿Deberían aplicarse las disposiciones a una operación si el vendedor demuestra que no tenía conocimientos ni motivos para conocer el lugar de residencia habitual del consumidor y, en conclusión, no sabía ni tenía motivos para saber que el contrato de consumo iba a generar un “caso internacional”?

Artículo 2. Definiciones

En virtud del Artículo 2(1)(d), ¿qué nivel de profesionalismo se exigirá a un vendedor de tal manera que la operación no constituya un contrato de “consumidor a consumidor” que no se encuentra incluido según se indica en los comentarios al artículo?

Un coleccionista o un vendedor que dedica parte de su tiempo a las ventas en línea, ¿quedaría comprendido dentro de la definición de “vendedor” a efectos de la ley modelo?

Artículo 3. Reglas relativas a la competencia para los contratos de consumo

El término “persona”, ¿se refiere tan sólo a individuos (personas naturales), o también a las personas jurídicas?

Artículo 4. Conexión sustancial

La aplicación cabal de la Ley Modelo a efectos de determinar que existe competencia sobre los vendedores podría llegar a implicar un desafío, y quizás hasta una violación, con respecto a las limitaciones constitucionales que existen en los Estados Unidos en materia de competencia. ¿Serían estos criterios violatorios de las limitaciones que existen en otros Estados miembros?

Artículo 5. Limitación a las cláusulas de elección de foro

Las limitaciones en cuanto a las cláusulas de elección del foro ¿se aplican exclusivamente cuando se trata de foros judiciales, o se aplicarían asimismo en el caso de mecanismos alternativos de solución de controversias?

Artículo 6. Discreción sobre el ejercicio de competencia.

Queremos hacer notar nuestra apreciación por el hecho de que la propuesta canadiense en materia de jurisdicción incluye en su Artículo 6 la exigencia de que los tribunales puedan contar con poderes discrecionales en cuanto a su competencia (es decir, el principio de *forum non conveniens*). En virtud de la legislación canadiense, así como de la legislación de la mayor parte de los países del *common law*, incluyendo a los Estados Unidos, un tribunal puede negarse a ejercer su competencia si considera que un tribunal de otro país también cuenta con competencia sobre el caso y que dicho tribunal se encuentra en mejores condiciones de emitir una decisión, en virtud de las circunstancias. Somos conscientes de que la propuesta entra en conflicto con la posición de los países de tradición de derecho civil, en donde normalmente no se reconoce el concepto de *forum non conveniens*. Por el contrario, en estos países, cuando se cumple con los requisitos de jurisdicción, el tribunal debe dar trámite al caso, aunque en ciertas circunstancias se pueden suspender los procedimientos. Sin embargo, cabe notar que algunas jurisdicciones de tradición civilista, como Québec en Canadá,⁵¹ y Louisiana en los Estados Unidos⁵² también han adoptado el importante principio de *forum non conveniens*.

⁵¹ Véase el Código Civil de Québec de 1994, Art. 3135 (“En los casos en que una autoridad de Québec resulte competente para entender sobre una disputa, dicha autoridad podrá de manera excepcional y a solicitud de parte, declinar jurisdicción si considera que las autoridades de otro país se encuentran en una mejor posición para decidir el caso.”).

⁵² Véase el Código Procesal Civil Anotado de Louisiana, Art. 123(B) (West Supp. 1993) (“Excepto por lo dispuesto en el literal C, existiendo una moción contradictoria por parte de cualquier demandado en un

Artículo 7. Ley aplicable a los contratos de consumo

¿Por qué se excluyen en el numeral 1 los contratos orales en materia de derecho aplicable o los contratos en que se encuentran implícitos los acuerdos sobre derecho aplicable?

El Comentario no parece guardar relación con el texto en sí del Artículo 7(2). El texto del artículo no menciona los “reglamentos obligatorios” ni limita su aplicación a situaciones en las que “los reglamentos obligatorios del Estado de residencia habitual del consumidor ofrezcan al consumidor más protección que la protección que le otorga la legislación que fue seleccionada en el contrato de consumo.” ¿Es la intención de Canadá que el Artículo 7(2) se interprete de la forma descrita en el Comentario? Y, en caso afirmativo, ¿qué pasos o medidas tendría que tomar el tribunal a efectos de determinar si los reglamentos obligatorios del derecho del Estado del consumidor le brindarían “más protección” que la ley seleccionada por las partes?

En virtud del Artículo 7(2), según la explicación del Comentario, si existe en el contrato de consumo una cláusula de elección del derecho aplicable, el consumidor tendrá los beneficios del derecho que le ofrezca una mayor protección, ya sea el derecho elegido o el derecho del Estado de residencia habitual del consumidor. Por otra parte, si no existe un acuerdo entre las partes con respecto al derecho aplicable, se aplica entonces el Artículo 7(4), que no contiene una disposición relativa a la “mayor protección”. ¿Por qué se realiza esta distinción? ¿No tendría esto como resultado crear un incentivo para que los vendedores no incluyan una cláusula de elección de la ley aplicable?

¿Qué pasa en los casos en que no exista un acuerdo válido en materia de derecho aplicable, y tampoco se plantee ninguna de las circunstancias descritas en los literales (a)-(c)?

juicio civil planteado ante una corte de distrito de este estado, en un reclamo o acción cuyo fundamento legal es exclusivamente una ley federal y que se refiere a actos u omisiones ocurridos fuera de este estado, si se demuestra que existe un foro más apropiado fuera de este estado, tomando en cuenta el lugar en el que ocurrieron los actos que dan lugar a la acción, la conveniencia de las partes y de los testigos, y el interés de la justicia, el tribunal podrá sobreseer la causa . . .”).