CONSEJO PERMANENTE DE LA
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS

OEA/Ser.G
CP/CAJP-2823/10
14 abril 2010
Original: inglés

LISTA DE COMENTARIOS DE CANADÁ A LA PROPUESTA CONJUNTA DE ARGENTINA, BRASIL Y PARAGUAY PARA UN PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A ALGUNOS CONTRATOS Y TRANSACCIONES INTERNACIONALES DE CONSUMO (CP/CAJP-2652/08 ADD. 4 CORR.1)

Misión Permanente de Canadá ante la
Organización de los Estados Americanos

NOTA N.º 083

La Misión Permanente de Canadá ante la Organización de los Estados Americanos saluda atentamente al Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, de esta Organización y tiene el honor de enviar, adjunto a la presente, una lista de comentarios de esa misión a la Propuesta conjunta de Argentina, Brasil y Paraguay para un proyecto de Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo.

La Misión Permanente de Canadá aprovecha esta oportunidad para reiterar al Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, de la Organización de los Estados Americanos las seguridades de su más alta y distinguida consideración.

Washington, D. C. a 1 de abril de 2010.

LISTA DE COMENTARIOS DE CANADÁ A LA PROPUESTA CONJUNTA DE ARGENTINA, BRASIL Y PARAGUAY PARA UN PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A ALGUNOS CONTRATOS Y TRANSACCIONES INTERNACIONALES DE CONSUMO

A continuación se presentan algunos puntos que Canadá considera que requieren ser aclarados, discutidos o negociados con mayor detalle en el seno del Grupo de Trabajo.

Traducciones:

Hemos agregado algunas sugerencias para corregir las traducciones oficiales en inglés y francés con el fin de que, a nuestro juicio, se ajusten más a la versión en español.

Protocolos facultativos separados:

Será necesario que a lo largo de las negociaciones se aclaren las repercusiones jurídicas y prácticas en la aplicación del proyecto de Convención si se tienen protocolos facultativos separados, en virtud del hecho de que los Estados pueden decidir ser parte del proyecto de Convención pero no necesariamente de los protocolos. Será necesario también discutir acerca de las repercusiones legales de las reservas contenidas en los proyectos de protocolos.

Definición de consumidor (artículo 1):

Definición principal: Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle acerca de la pertinencia y repercusiones jurídicas/prácticas de definir al "consumidor" como cualquier persona física que actúe con fines personales, familiares o domésticos y con fines que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional, y de agregar "*o con el propósito de revender*" a la definición. Además, es necesario aclarar/discutir las diferencias entre la definición principal de "consumidor" y la definición de "consumidor como destinatario final" (artículo 1 del Protocolo I). Debe tenerse en cuenta también la uniformidad entre las versiones en español, francés e inglés.

"Consumidor por asimilación": Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle acerca de la pertinencia de incluir al destinatario final en la definición de consumidor en virtud de cuestiones tales como la privacidad del contrato. La definición propuesta también plantea algunos problemas en cuanto a la interpretación de los contratos internacionales de consumo (artículo 2 del proyecto de Convención) y de la contratación internacional de consumo a distancia (artículo 4 del Protocolo I), la determinación de la ley aplicable y la aplicación del artículo 6 del proyecto de Convención.

Definiciones de consumidor encontradas en el Protocolo I: Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle acerca de la pertinencia y repercusiones jurídicas/prácticas de tener definiciones adicionales de consumidor en el Protocolo I y sobre la forma en que tales definiciones afectarán el nivel de certidumbre jurídica.

Definición de contrato o transacción internacional de consumo (artículo 2):

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

El significado de los términos: transacción, operación y contrato.

El significado de los términos "*domicilio*" y "*sede*" (y "sucursales" según se utiliza en otras partes del documento).

La necesidad de dar una definición de "domicilio" de la persona jurídica.

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle acerca de las consecuencias jurídicas y prácticas de trasladar la definición de "contrato y transacción internacional de consumo como operación" ("Operaciones incluidas", artículo 2(2) del proyecto anterior de Convención presentada por Brasil) al Protocolo I. También necesitamos discutir acerca de la definición misma.

Otros puntos relacionados con las definiciones:

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

Las consecuencias jurídicas y prácticas de trasladar la definición de "domicilio del consumidor" al Protocolo I así como el contenido de la definición misma, pues al parecer un consumidor puede tener más de un domicilio.

Las repercusiones de trasladar la definición de "contratación internacional de consumo a distancia" al artículo 4 del Protocolo I , en particular la aplicación de los párrafos 4(4) y 4(5) del proyecto de Convención. Asimismo, la definición de "contratación internacional de consumo a distancia" suscita varias interrogantes, principalmente por lo que se refiere a la intención de "*sin la presencia física de las partes en el mismo Estado al momento de concluirse el contrato*".

Ámbito de aplicación:

Por el momento, el ámbito de aplicación se define en el artículo 3 sólo mediante la indicación de los temas excluidos. Por lo tanto, necesitamos aclarar y discutir acerca de cuáles son los contratos de consumo que se pretende cubrir con el proyecto de Convención: los contratos entre partes que tienen domicilios en diferentes Estados, contratos entre partes que tienen domicilio en diferentes Estados contratantes, los contratos en los que por lo menos una de las partes tiene domicilio en un Estado contratante, etc.

Deberá también discutirse la lista de temas excluidos que se indican en el artículo 3.

Determinación de derecho aplicable:

El segundo capítulo es el meollo de la propuesta conjunta y, por lo tanto, es necesario discutir ampliamente acerca de si es adecuado establecer diferentes reglas para casos de conflictos de derecho originados por el "consumidor pasivo" y el "consumidor activo" (en particular, en el caso del comercio electrónico) y si tales reglas con adecuadas.

Además, a continuación se presentan algunos de los temas que, a criterio de Canadá, requieren ser aclarados y negociados con más profundidad:

Artículo 4. Protección contractual en la contratación a distancia

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

La interacción entre los párrafos 4(1) y 4(2).

Si el párrafo 4(2) requiere una comparación formal o sustancial y si debe hacerse tal comparación por cada tema que surja en una controversia.

Si el término "residencia" que se utiliza en el párrafo 4(2)(b) se refiere a la mera residencia o residencia habitual y las repercusiones jurídicas y prácticas de tal hecho.

La interacción entre los párrafos 4(2)(c) y 4(3).

Si el párrafo 4(3) establece un suposición refutable o no refutable y cuál regla se aplicará en caso de fraude.

Es necesario que en las discusiones sobre el artículo 4 se incluya la interacción entre los artículos 7 y 8 de la Propuesta conjunta y el contenido de estas disposiciones.

Artículo 5. Protección contractual al turista o consumidor activo

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

En las transacciones de comercio electrónico, lo apropiado de tratar a los consumidores de manera diferente dependiendo de si están presentes en el Estado de su domicilio o fuera del mismo en el momento de la contratación.

Si el párrafo 5(2) se aplica cuando las partes están presentes físicamente una frente a otra o presentes físicamente en el mismo Estado.

En ausencia de una elección válida de derecho, cuál regla se pretende aplicar cuando el consumidor se encuentre fuera de su Estado de domicilio en el momento de la contratación pero no está en presencia del profesional, o si el consumidor y el profesional no están presentes en el mismo Estado.

Artículo 6. Elección e información del derecho aplicable

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle cómo se cumplirá el requerimiento "*por escrito*" para las transacciones de comercio electrónico y sobre la interpretación de los términos "*conocida y consentida en cada caso*" que aparecen en el párrafo 6(1).

Artículo 7. Normas internacionalmente imperativas

La propuesta de Canadá hace referencia a "normas imperativas", es decir, aquellas leyes sustantivas del Estado en el que el consumidor tiene su residencia habitual y que no pueden ser derogadas en un contrato de tal forma que el consumidor quede desprotegido (en concordancia con el artículo 3(3) del Convenio de Roma). La Propuesta conjunta hace referencia a "normas internacionalmente imperativas" en el artículo 7 y a "normas imperativas" en el artículo 11. Es necesario aclarar y discutir los conceptos de "normas imperativas" y "normas internacionalmente imperativas" y su aplicación en el contexto de la propuesta de Canadá y la Propuesta conjunta.

Por lo que se refiere al artículo 7 de la Propuesta conjunta, es necesario aclarar o discutir con profundidad lo siguiente:

> La aplicación de las normas internacionalmente imperativas en casos en los que puedan ofrecer menos protección que la ley aplicable de conformidad con el proyecto de Convención.
>
> En el caso de "consumidor pasivo", la interacción entre los párrafos 7(2), por un lado, y 4(1) y 4(2), por el otro.

Artículo 8. Cláusula de corrección material (*hard clause*)

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle cómo y en qué tipo de casos se aplicaría esta cláusula.

Artículo 9. Cláusula de armonización

El texto de esta disposición también aparece en el artículo 2 del Protocolo II, por lo que se requiere una aclaración.

Asimismo, es necesario aclarar o discutir con mayor detalle si los términos "*exigencias impuestas por la protección del consumidor*" tienen como objetivo abarcar algo diferente de "*derecho más favorable al consumidor*", y en caso de que esto sea así, qué abarca.

Artículo 10. Contratos de viaje y turismo

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle si es relevante tener normas separadas para contratos de viaje y turismo y, en caso de que se requieran normas separadas, si son relevantes tales normas.

Artículo 11. Contratos de tiempo compartido y contratos semejantes de utilización de bienes inmuebles por turnos

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

¿De qué manera la frase "*Sin perjuicio de las reglas anteriores*" pretende limitar la aplicación del artículo 11.

Los diferentes planteamientos utilizados en los artículos 7(2) y 11 y su efecto sobre la aplicación de normas imperativas.

La aplicación del artículo 11 en casos en los que las partes se encuentren en Estados diferentes en el momento de la suscripción de precontratos o contratos.

Capítulo Cuarto. Cláusulas finales

Una vez que se finalicen las disposiciones sustantivas, se requerirá un análisis y discusión más profundos sobre las cláusulas finales del proyecto de Convención propuesto. En general, deberán ser revisadas a la luz de disposiciones similares que aparezcan en otros instrumentos internacionales de derecho internacional, y deberá asegurarse que concuerden con estos.

A continuación se presentan algunos de los temas de interés que se han identificado:

Artículo 21

Será necesario revisar este artículo, en particular, con el objeto de fijar la fecha de la próxima entrada en vigor del proyecto de Convención respecto de una unidad territorial sobre la cual un Estados haya hecho una declaración, de conformidad con el párrafo 18(2) del proyecto de Convención propuesto.

Protocolo II

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

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle el razonamiento que se ha seguido para incluir el *derecho del foro* además del derecho que rija el contrato.

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

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

La ausencia de una referencia a las normas establecidas en el proyecto de Convención, contrario al artículo 11 del proyecto de Convención.

¿Por qué las normas imperativas del país en donde se encuentran las instalaciones "*pueden también ser consideradas*" por los tribunales, mientras que los artículos 7 y

11 del proyecto de Convención establecen que "*se aplicarán*" las normas imperativas?

Protocolo III

Debemos discutir la posibilidad de incluir reglas jurisdiccionales en el proyecto de Convención a fin de mejorar su eficacia.

Artículo 1. (Regla general)

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

El ámbito de aplicación de esta regla jurisdiccional especial que al parecer cubre situaciones en las que tal vez no sería justo dar por hecho que el profesional debe suponer que lo demandarán en la jurisdicción del consumidor.

La adición de un "concepto de selección" similar al que se encuentra en la propuesta de Canadá ("ofrecimiento de negocios") y otros instrumentos internacionales.

La necesidad de ofrecer al profesional la oportunidad de limitar su riesgo jurisdiccional.

Artículo 2. (Soluciones alternativas)

Es necesario aclarar o discutir con mayor detalle lo siguiente:

¿En qué medida este artículo ofrece realmente "soluciones alternativas" considerando las reglas aplicables al consumidor pasivo y activo conforme al proyecto de Convención?

Si las soluciones alternativas constituyen una conexión suficiente para establecer una jurisdicción.

La ausencia de reglas sobre la elección de tribunal, cláusulas/acuerdos, reconocimiento o contrademanda.

Artículo 3. (Filiales, sucursales, agencias o representantes)

Debe discutirse una redacción alternativa.

Artículo 5. Actos procesales practicados a distancia

Debemos discutir la principal aplicación de esta disposición en ausencia de mecanismos de cooperación administrativa y si puede ser el caso que existan otras opciones mejores como la videoconferencia.