

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTICULO 2 DEL PROYECTO DE
REGLAMENTACIÓN INTERAMERICANA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS
CONSUMIDORES PRESENTADOS POR BRASIL**

**Enviado por la Prof. Paula M. All y la Prof. Adriana Dreyzin de Klor al Foro
de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación
de la CIDIP VII (OEA)**

Sumario: I. El derecho aplicable y el papel de la autonomía de la voluntad: admisión o rechazo. II. Derecho aplicable.

	PLM	PTB
Protección contractual general/ Derecho aplicable	<p>Art. 2. Protección contractual general</p> <p>1. Los contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores, especialmente los contratos celebrados a distancia, por medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono, encontrándose el consumidor en el país de su domicilio, serán regidos por la ley de ese país o por la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes, sea la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación más característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios.</p> <p>2. Los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del país en el cual se domicilia se regirán por la ley que resulte elegida por las partes, quienes podrán optar por la ley del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución o la del domicilio del consumidor.</p> <p>Fuente del art. 2.1: indirectas, el art. 5 de la Convención de Roma 1980 (UE) y el art. 7 del Proyecto de La Haya de 1980, art. 3117 <i>Code Civil du Québec</i>, directas: doctrina de Neuhaus, von Hoffmann,</p>	<p>Capítulo III- Derecho aplicable Artículo 8</p> <p>1. Si el domicilio del consumidor y del proveedor coincide en un mismo Estado, el contrato de consumo se regulará por el derecho de ese país.</p> <p>2. El contrato de consumo se regulará por la ley del Estado del domicilio del consumidor, aún cuando el domicilio del proveedor se encuentre en otro país, cuando el contrato haya sido celebrado en el Estado de domicilio del consumidor o la contratación haya sido precedida en ese país de actividades de publicidad de parte del proveedor o de sus representantes legales.</p> <p>3. Fuera de la hipótesis contemplada en la última parte del numeral anterior, el contrato de consumo celebrado a distancia -por correspondencia, fax o medios electrónicos- así como cuando hubiere sido celebrado por el consumidor fuera del Estado de su domicilio, se regulará por el derecho más favorable a la protección del consumidor, a elección del tribunal actuante, entre:</p> <p>a) el derecho del Estado de la prestación del servicio o entrega del producto; o</p> <p>b) el derecho del Estado de celebración del contrato (entendiéndose por tal en los contratos celebrados a distancia, aquel del cual partió la oferta aceptada).</p>

<p>Zweigert, Köpholler (limitando la autonomía de voluntad de los contratantes más fuertes), de Jayme (permitiendo la autonomía de la voluntad con límites para contratos de consumo), Boggiano y Toniollo (eligiendo la conexión más favorable al consumidor), Lando y Lorenzetti (eligiendo la ley de domicilio del consumidor).</p> <p>Fuente del art. 2.2: indirectas, art. 5 de la Convención de Roma 1980 (UE), Art. 6, frase 1 del proyecto de convención de La Haya de 1980; art. 3117 <i>Code Civil du Québec</i>, directas: leyes nacionales sobre contratos entre presentes (<i>lex loci celebrationes</i>), doctrina de Neuhaus, Zweigert, Lando (limitando la autonomía de la voluntad de los contratantes más fuertes), de Jayme (permitiendo la autonomía de la voluntad con límites para contratos de consumo).</p>	
--	--

I. EL DERECHO APLICABLE Y EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ADMISIÓN O RECHAZO

La autonomía de la voluntad es uno de los puntos en los que los proyectos presentados difieren de manera considerable. Mientras el PLM admite expresamente que las partes pueden determinar la ley aplicable (art. 2), al igual que la PC, el PTB (art. 13) elimina directamente esta facultad, tanto para la determinación de la ley aplicable como del juez competente.

Tal como anteriormente se sostuvo en el mensaje enviado por los Profesores Diego P. Fernández Arroyo y Paula M. All, “la Profesora Lima Marques ha explicado que su apuesta por mantener un ámbito (limitado) para la actuación de la autonomía de la voluntad en materia de consumidores se justifica por su carácter dinamizador del crecimiento del comercio mundial¹. Consideramos válida, en general, esta apreciación. Eliminar toda posibilidad de impacto de la voluntad sobre la determinación del derecho aplicable puede ser, en muchos casos, perjudicial para quien en principio se pretende proteger. Pero los autores europeos citados por ella siempre han partido de la idea de que en materia de contratos con parte débil no existe verdaderamente un ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino la imposición de la voluntad de una de las partes respecto de la otra. Si lo que se pretende, en la línea de lo expresado por Erik Jayme, es no cerrar las puertas a un elemento que es

¹ C. LIMA MARQUES, “Las teorías que se encuentran detrás de la propuesta brasilera de CIDIP”, documento presentado en este FORO, p. 8.

altamente dinamizador del comercio internacional, la redacción y el contenido concreto de la propuesta tendría que ser diferente.”²

Volvemos a remarcar lo dicho por Fernández Arroyo y All con respecto a la redacción dada al art. 2. Coincidimos en que “la referencia en ambos párrafos del art. 2 del PLM a la ‘elección’ por las partes, debería sustituirse por ‘lo establecido en el contrato’. Precisamente, si se trata de una disposición contenida en cláusulas predispuestas, hablar de ley ‘elegida’ por las partes puede hasta sonar a burla. La única posibilidad más o menos cierta de elección o, lo que es lo mismo, de auténtico ejercicio (bilateral) de la autonomía de la voluntad, se daría una vez surgida la controversia. En dicho momento, el consumidor, teniendo la posibilidad de que se aplique la ley (o, mejor, alguna de las leyes) dispuesta por la convención puede preferir pactar la aplicación de una ley diferente. Así lo indica expresamente la PC, tanto para la jurisdicción como para el derecho aplicable.

Teniendo en cuenta lo anterior, por lo tanto, en cuanto al contenido concreto de las normas contenidas en el art. 2 del PLM (que admiten la autonomía de la voluntad, pero restringiendo el campo de las opciones), nos parece que la limitación de las leyes aplicables puede tener algún sentido cuando la definición de la ley concreta aplicable se encarga al juez³. Pero si se trata de abrir opciones a las partes (como se hace en el PLM), esas limitaciones carecen de sentido. La misma *policy* de aplicar la norma sólo cuando sea más favorable al consumidor ya actúa como restricción a los posibles abusos (además, claro está, de la presencia vigilante del orden público). Por otra parte, nos parece que debe establecerse expresamente la posibilidad de que la elección del derecho se efectúe después del surgimiento de la controversia, en lo que sería, como hemos dicho, el único caso de auténtica manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes de la relación de consumo.”

EL PLM distingue dos situaciones:

a) si el consumidor se encuentra en el país de su domicilio: las partes tienen la posibilidad de elegir la ley más favorable al consumidor (ya sea la del lugar de celebración del contrato, la ley del lugar de ejecución, de la prestación característica, o la ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios).

Ahora bien, cuando el art. 2.1 del PLM se refiere a la “prestación característica” surgen algunas dudas: de un lado, la prestación característica podría conducir al domicilio del proveedor de los productos

² D. P. FERNÁNDEZ ARROYO / P. M. ALL, “Apreciación general acerca de la reglamentación interamericana sobre protección de consumidores”, Mensaje enviado a este FORO el 04/05/06.

³ Como de hecho sucede en otros ámbitos muy diferentes a éste en los que se utilizan normas indirectas de referencia alternativa, o como se propone en el art. 8.3 del PTB.

o servicios (como sujeto que lleva a cabo o tiene a su cargo la prestación más tipificante del contrato), con lo cual la última alternativa del art. 2.1 no tendría sentido por ser redundante (vale decir, la ley del domicilio o sede del proveedor); de otro, puede interpretarse que el PLM quiso referirse al “lugar de ejecución de la prestación característica”, con lo cual estaría sobrando, en términos sintácticos, la coma que separa las expresiones “ley del lugar de ejecución” y “de la prestación característica”⁴. Tal alternativa podría referirse en tal caso, al lugar de cumplimiento o ejecución fáctica de la prestación característica. En síntesis, siguiendo el razonamiento, no serían cuatro las alternativas planteadas sino solamente tres.

El PLM cita como fuente de esta norma, entre otras, al Convenio de Roma de 1980; la redacción del CR es más clara: se refiere a la ley del país en el que la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual o su administración central. Creemos que sería necesario establecer con precisión la redacción de esta parte de la norma.

b) Si el consumidor se encuentra fuera del país de su domicilio, puede elegir entre la ley del lugar de celebración, la ley del lugar de ejecución o la ley del domicilio del consumidor.

En este supuesto no aparece la idea de ley más favorable al consumidor. Tampoco la opción de la ley “de la prestación característica”, ni de la “ley del domicilio o sede del proveedor de los productos o servicios”.

Llama la atención en este punto la redacción dada al art. 2.2 ya que en el art. 2.1 se deja claro que, más allá de la elección de las partes, los “contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores” se regirán por la ley del domicilio del consumidor o por la ley que fuera más favorable al consumidor. En el supuesto del art. 2.2 nada se dice acerca de qué sucede en el supuesto de que las partes no elijan el derecho. Creemos que debería dejarse en claro qué derecho rige a falta de elección.

Otra cuestión de redacción pasa por la terminología utilizada: en el art. 2.1 se alude a los “contratos y las transacciones realizadas en las que participen consumidores”, mientras que el art. 2.1 menciona solamente a los “contratos celebrados por el consumidor”. Debería, quizás, analizarse la posibilidad de unificar tal terminología.

⁴ El uso de la coma podría conducir, tal vez, a interpretaciones erróneas.

II. DERECHO APLICABLE

Como se señaló en el mensaje de los Profesores Diego P. Fernández Arroyo y Paula M. All, “tanto el PLM como el PTB basan en principio la reglamentación en la aplicación de la ley del domicilio del consumidor. La PC, en cambio, prefiere la residencia habitual. La cuestión quedaría sujeta a la eventual definición del término que se adopte” (más allá de que estimamos pertinente que debería acudirse a la noción de residencia habitual en lugar de la del domicilio)⁵. “En cualquier caso, los tres documentos consagran esta regla como regla de base. Sin embargo, en PLM la misma es sólo aparente ya que la verdadera regla de base pasaría en todo caso por la posibilidad de aplicar la ley más favorable al consumidor, lo mismo que sucede en el PTB respecto de los contratos celebrados a distancia o celebrados por el consumidor fuera de su domicilio (art. 8.3).”

Finalmente, otra cuestión de mera redacción, pero de potencial importancia –ya señalada en el mensaje enviado por Fernández Arroyo y All-, radica en que todas las propuestas son más bien escuetas en cuanto a los medios a través de los cuales se puede entablar una relación de consumo a distancia. El PLM se refiere a “medios electrónicos, de telecomunicaciones o por teléfono” (art. 2.1); el PTB habla de “correspondencia, fax o medios electrónicos” (art. 8.3); la PC dice que la reglamentación que se adopte “debe ser tecnológicamente neutra”. Consideramos que habida cuenta del ritmo que presentan las innovaciones tecnológicas empleadas en la comunicación, debe incluirse una referencia a “otros medios de comunicación”, aprovechando las fórmulas establecidas en los textos modernos sobre comercio electrónico, como los preparados en el ámbito de UNCITRAL. Si se quiere evitar cualquier tipo de enumeración, debe quedar claro que la normativa se aplica con independencia del medio de comunicación empleado, que es a lo que se refiere la PC con la neutralidad tecnológica.

⁵ Tal como lo hace el art. 3117 del Código Civil de Québec, el art. 74 del Proyecto argentino de Código de DIPr. y el art. 49 del Proyecto uruguayo de ley de DIPr.

⁶ C. LIMA MARQUES (nota 1), p. 8.

