

OBSERVACIONES Y PROPUESTAS SOBRE LAS REGLAS GENERALES Y EL CAMPO DE APLICACIÓN del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil

Parte III – Art. 3

Por Claudia Lima Marques, delegada brasilera

4. Observaciones breves sobre el Art. 3

Como explicamos en los textos anteriores, la propuesta de CIDIP intenta conciliar la pluralidad de métodos del Derecho Internacional Privado actual, con la tradición de las CIDIPS y la voluntad de evolucionar en la protección del consumidor en materia de conflictos. Así completa la propuesta un artículo sobre aplicación de normas imperativas (Art. 3), que es una oportunidad de complementar la normativa de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado en tema como el de contratos de consumo.

a. Consenso sobre el orden publico positivo (y negativo) y el art. 3

En el foro hubo consenso sobre la necesidad de mantener un artículo sobre leyes imperativas en tema de protección del consumidor, consenso también europeo con el art. 5 y 7 de la Convención de Roma de 1980 como modelo.¹

La manifestación de los honorables delegados fue positiva quanto al art. 3. La delegación de Brasil considera importante que se mantenga el Art. 3, en su espíritu protectorio o con el texto como fue propuesto por Brasil.

Sobre las aclaraciones demandadas por las honorables delegadas de Argentina, Adriana Dreyzin de Klor y Paula All sobre el Art. 3.1, son ejemplos de estas normas imperativas las reglas sobre forma, sobre informaciones obligatorias (en materia de servicios de credito, de comercio electronico, sobre los riesgos del producto, etc.) o reglas sobre el derecho de reflexión de la *lex fori*. En este sentido no se utiliza la expresión reglas de orden publico, pero imperativas (positivas) y cada Estado que ratificar la Convención sabe cuales son las reglas de su derecho del consumidor que considera como imperativas en DIPr., a exemplo del art. 7 de la Convención de Roma de 1980.²

A la delegación brasileña parece preferible también tener una norma clara autorizando al juez a utilizar sus leyes imperativas o orden pública positiva de protection

¹ Vea SINAY-CYTERMANN, Anne. La protection de la partie faible en droit international privé – les exemples du salarié et du consommateur, in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris: Dalloz, 2005, p. 745ss.

² Véase Convenio de Roma de 1980- "Artículo 7º - Disposiciones imperativas - 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija e contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación. 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

del consumidor (Art. 3 de la Propuesta) y la de la *lex contractus*, siempre a favor del consumidor. De esta forma, se evita que el proveedor pueda escapar de estas normas imperativas (qui son normalmente las sobre forma, informaciones y períodos de reflexión), pero se permite la previsibilidad através de la elección previa de la ley por el proveedor en sus contratos de adhesión. El Art. 3 es:

Art. 3 - Normas imperativas

1. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las normas del país del foro que tengan carácter imperativo, en protección del consumidor.

El art.3 se ocupa de los casos en que la legislación del foro desplaza el derecho aplicable conforme las reglas del art. 2. El art. 3.2 propone la acumulación de leyes en caso de marketing agresivo. El texto es:

Art. 3 - Normas imperativas ...

2. En el caso en que la contratación hubiera sido precedida por cualquier actividad negocial o de marketing, por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidades, correspondencias, e-mails, premios, invitaciones, filiales existentes o representantes y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y la atracción de clientela en el país del domicilio del consumidor, se aplicarán necesariamente las normas imperativas de ese país, para la protección del consumidor, acumulativamente con aquellas del foro y de la ley aplicable al contrato o relación de consumo.

El estudio de las honorables delegadas de Argentina Adriana Dreyzin de Klor y Paula All sobre el art. 4 considera positiva la inclusión de mas una regla sobre orden publico. Se bien el orden público como cláusula general no está incluido en proyecto brasileño nos parece complementar su inclusión en las clausulas finales.

En el proyecto de convención de la Haya de 1980 previó también la autonomía de la voluntad como conexión principal (Art. 6, frase 1), pero la ley elegida por las partes no podría privar al consumidor de la protección que le asegurasen las normas imperativas del país de su residencia habitual (Art.6, frase 2 del Proyecto) y las condiciones relativas a la existencia, a la validez y a la forma del consentimiento serían regidas por la ley del país de residencia habitual del consumidor en el momento de la declaración. (Art.6, 4 frase). El proyecto de 1980 también tiene una reserva de orden público típica de la Conferencia de La Haya (Art. 10: "L'application d'une loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.")³.

b. El problema de la "forma": como regla imperativa de la lex fori o en norma especial

La sugestión de CIDIP evita regular con una norma especial la forma del contrato de consumo, por dos motivos: primero porque con el comercio electrónico la localización de los contratos ya es difícil, cuanto mas su consecuencia en lo que refiere a la forma: *locus*

³ Véase VON MEHREN, Arthur , *Rapport explicatif - Loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in Actes et Documents de la Quatorzième session (1996), t. II, Ventes aux consommateurs, Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, La Haye, 1982, p. 2 y 3.

regit actum. En segundo lugar, pues los países difieren en cuanto a la forma de regular esta cuestión previa, unos afirmando como Brasil que se cualifica de forma independiente y poseyendo reglas específicas indica la ley del lugar de celebración: *locus regit actum*, otros cualificando de forma dependiente y mandando aplicar la *lex causae* o *lex contractus*. Al no regular de forma directa la forma, se evita problemas de aceptación de la convención. Solamente un problema de forma, que es también momento pre-contractual importante hoy y norma imperativa (mandatory) o de orden público positivo internacional en la mayoría de los países americanos, que es la información previa al consumidor. In[forma]r al consumidor es dar forma, exteriorizar, tornar común (comunicar) el conocimiento y las alertas necesarias a la libertad de elección, la elección racional del lego, el consumidor.

c. El problema e las informaciones obligatorias

En Europa, hay normas especiales sobre el tema, si bien que solamente en una Directiva de 2002. En nuestro proyecto de CIDIP no, porque imaginamos que en el nivel actual de protección de los consumidores de la región, mejor seria hacer una norma general sobre orden pública, que – dependiendo del país- incluiría (o no) las informaciones previas, así como el derecho de arrepentimiento. No hubo en las discusiones de la CIDIP la necesidad de una norma sobre informaciones previas. Se sabe que la solución europea es por la calificación dependiente y el uso de la futura *lex causae* para este problema de in[forma]ción.

La regla europea se encuentra en el Art. 3 número 4 de la DIRECTIVA 2002/65/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de Septiembre de 2002 relativa a la comercialización a la distancia de servicios financieros prestados a consumidores: "Art. 3. ... 4. *Las informaciones sobre las obligaciones contractuales, a comunicar al consumidor durante a fase pre-contractual, deben ser conformes con las obligaciones contractuales que resulten de la ley presumiblemente aplicable al contrato a distancia cuando este fuera celebrado.*"⁴

Repito lo que afirme anteriormente. Particularmente, pienso que si los delegados considerasen necesaria una norma de forma, ella debería ser mas detallada que la europea, cuidando de proteger la parte mas débil. Examinando las leyes europeas, como por ejemplo la ley Suiza, observamos que la norma pretende un *favor validatis* al determinar, en relación a la validez, la posibilidad del contrato satisfacer o la *lex causae* o la ley del lugar de conclusión del contrato: "Art. 124.1 *Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion. 2. La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats.*"

Normas semejantes se encuentran en el Art. 11, nr. 1 y 2 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán actual (EGBGB). La excepción en la ley Suiza es la protección de la parte más débil por la exigencia de una forma y el límite es que esta forma es de orden pública: "Art. 124 ...3 *La forme du contrat est exclusivement régie par le droit applicable au contrat lui même lorsque, pour protéger une partie, ce droit prescrit le respect d'une forme déterminée, à moins que ce droit n'admette l'application d'un autre droit.*"

⁴ Diario Oficial de la Comunidad Europea L 271/16. Agradezco la sugerencia y el texto enviado por mi mestre, Prof. Dr. Dr. h. c. Erik Jayme, de la Universidad de Heidelberg, como colaboración a las discusiones de la propuesta brasilera de CIDIP.

Ya los alemanes prefirieron incluir una norma especial sobre forma de los contratos de consumo y proteger específicamente a los consumidores, en el Art. 29, nr. 3 última frase: "*Die Form dieser Verträge unterliegt dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat*"(en traducción libre: "Art. 29. ... 3.La forma de estos contratos de consumo será regida por la ley del Estado de residencia habitual del consumidor"). Bien porque la opción europea fue separar en dos reglas diferentes las exigencias de información previa al consumidor y las exigencias generales de forma del contrato (en el sentido de la validez).

La opción de propuesta de Brasil es mas simple y deja mas espacio para la ley nacional o el derecho interno decidir si las informaciones previas (y el derecho de arrepentimiento o *cooling-off-period* que está intimamente ligado a estas informaciones!) es tema de orden pública o no para aquel país; si fuera, será esta la ley aplicada por el artículo 3, si no fuera, la ley del contrato las regulará. La opción de la propuesta de CIDIP es así mas concisa (através de la calificación) y elegante (uso del orden público positivo), sin ser imperativo donde los países americanos, en su derecho material y constitucional aún no decidieron la naturaleza de estas normas.

Repito que no habría oposición brasilera en copiar el modelo europeo de una regla especial sobre las informaciones previas, pero mejor sería hacer dos normas, una general sobre la forma de estos contratos, tomando como ejemplo el art. 29, nr. 3 do EGBGB alemán (indicando aplicable la ley del lugar de celebración para el Art. 2,2 y en los contratos a distancia en Art. 2,1, el domicilio del consumidor) y una sobre información previa, a ejemplo de la norma de la Directiva sobre servicios financieros a distancia (con la probable *lex causae*). En este caso, por lo tanto, como la calificación sería independiente de estas cuestiones de forma e información y de la *lex contractus*, en una pluralidad de leyes aplicables a los casos de consumo, mejor repetir una norma semejante a la del Art. 9 de la CIDIP sobre reglas generales de Derecho internacional privado de 1979 indicando la armonización de estas normas siempre a favor del consumidor. Tal regla podría ser así redactada:

"Artículo 5b. Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas de manera armónica, procurando realizar los fines coligados por cada una de las referidas legislaciones, siempre a favor del consumidor. Las dificultades que fueran causadas por su aplicación simultánea serán resueltas llevándose en cuenta las exigencias impuestas por la protección del consumidor y equidad del caso concreto."