

TEMA: PROTECCION INTERNACIONAL DEL CONSUMIDOR

*Javier Alberto Toniollo**

I.	INTRODUCCIÓN.	869
II.	DIFICULTAD PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y LA NECESARIA AMPLITUD DEL MISMO EN EL D.I.P.r.	870
III.	LOS AMBITOS DE PROTECCIÓN Y LA FUENTE DE LA RELACIÓN DE CONSUMO: ACTOS UNILATERALES, EL CONTRATO, LOS HECHOS LICITOS E ILÍCITOS.	873
IV.	PAUTAS METODOLOGICAS PARA BRINDAR SOLUCIONES ADECUADAS AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN.	875
V.	CONTRATOS CON CONTACTO ARGENTINO: LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL (ARTÍCULOS 1209, 1210, 1212, Y 1213 DEL CÓDIGO CIVIL).	875
	A. <i>El Sistema a Regular.</i>	875
	B. <i>Descartando la Teoría de la Prestación Característica.</i>	876
	C. <i>La Interpretación Adecuada a los Fines del Sistema.</i>	877
VI.	HACIA LA LEY DEL ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL O RESIDENCIA DEL PROVEEDOR: FACULTAD ELECTIVA DEL CONSUMIDOR.	878
VII.	CONTRATOS CON CONTACTO ARGENTINO O SIN EL: HACIA LA LEY DEL LUGAR DE ADQUISIÓN DEL PRODUCTO COMO FACULTAD ELECTIVA DEL CONSUMIDOR.	879
	A. <i>Lugar de Cumplimiento Como Lugar de Adquisición del Producto.</i>	879

* Profesor de Derecho Internacional Privado y Ley Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; abogado desde marzo, 1982; el autor ha sido publicado previamente en varias publicaciones.

B.	<i>Lugar de Celebración como Lugar de Adquisición del Producto.</i>	879
C.	<i>Acerca de la Irrazonabilidad de la Distinción en Cuanto a la Solución 1205, 1209, y 1210 del Código Civil</i>	880
VIII.	DESPLAZAMIENTO DE LA SOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1214 DEL CÓDIGO CIVIL.	881
A.	<i>La autonomía de la voluntad y sus límites.</i>	881
B.	<i>Acuerdo de Elección de la Ley: Forma Expresa o Implícita. Acuerdo Real, no Hipotético.</i>	881
C.	<i>La Autonomía Material.</i>	883
IX.	LA PUBLICIDAD U OFERTA EN EL PAÍS DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CONSUMIDOR (ARTÍCULO 5, CLAUSULA 2 DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980).	884
A.	<i>La Necesidad de Armonizar Normas Sustanciales Para la Efectiva Protección Internacional del Consumidor.</i>	885
B.	<i>Supuestos de Hechos Ilícitos.</i>	885
C.	<i>Solución de la Convención de la Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por el Hecho de los Productos.</i>	886
D.	<i>Solución en la Fuente Interna: la Residencia Habitual del Damnificado Coincidente con Lex Loci Actus.</i>	887
E.	<i>Solución Electiva a Favor del Consumidor: Establecimiento Principal de la Persona que se Pretenda Atribuir Responsabilidad; Lugar de Adquisición del Producto.</i>	888
X.	LIMITES AL DERECHO APLICABLE.	888
A.	<i>El Ambito de las Normas Rigurosamente Imperativas del Juez y de las Extranjeras Estrechamente Conectadas con el Caso.</i>	888
B.	<i>La Dimensión del Orden Público Internacional y la Función de los Jueces en la Protección Internacional del Consumidor.</i>	889

C.	<i>La Función Jurisdiccional en la Protección Internacional de los Consumidores</i>	890
D.	<i>La Residencia Habitual del Consumidor</i>	891
E.	<i>Domicilio del Demandado</i>	892
F.	<i>El Lugar de Adquisición del Producto: La Razonabilidad de Lex Loci Delicti (artículo 5 CPCCN) y Lugar de Cumplimiento (artículos 1215 y 1216 del Código Civil) Como Opción del Consumidor</i>	892
XI.	PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN.....	893
A.	<i>La Cláusula Compromisoria</i>	893
B.	<i>Consumidor Demandado (Obstáculos Procesales y Sustanciales)</i>	894
C.	<i>Consumidor Como Actor (el Carácter Facultativo Para el Consumidor)</i>	895
D.	<i>El Compromiso (Prórroga Post Litem Natam) y su Factibilidad</i>	895
XII.	REFLEXION FINAL.....	896

I. INTRODUCCIÓN

Es necesario hacer algunas consideraciones preliminares sobre esta materia a la que el derecho internacional privado debe proporcionar soluciones justas.

El derecho de los consumidores en el derecho privado se refleja como un *microsistema* jurídico de protección del consumidor. En este sentido, el Profesor Lorenzetti señala algunos puntos que evidencian la gestación del proceso de formación de los microsistemas:

- a) se instala un orden protectorio que deroga el principio general de la igualdad de los ciudadanos. El orden supletorio se torna imperativo, surgen las *nulidades virtuales* y pretende el mantenimiento del propósito práctico perseguido por los contratantes . . . módulos abiertos para la calificación de cláusulas contractuales abusivas, el *listado de cláusulas negras y grises*, el control administrativo previo, el desechamiento de algunas cláusulas manteniendo el negocio y rediseñándolo, aunque no son muy frecuentes en el Derecho Común; y

- b) existe un apartamiento del principio de *efectos relativos* de los contratos, al sugerir la imputación de daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca que no han celebrado contrato alguno con el consumidor como ocurre en la ley brasileña 8078/90.¹

Asimismo, prosigue el autor, se conceden acciones al consumidor, al usuario, a miembros del grupo familiar, a las asociaciones de consumidores, que tampoco han tenido vínculos convencionales previos.²

En la República Argentina, la reforma constitucional de 1994, en el artículo 42, ha producido la constitucionalización de derechos del consumidor, en la Relación De Consumo, como la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Busca, al decir del Profesor Farina, la conciliación entre los fines individuales y sociales que se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la persona humana.³

Nos encontramos sin duda frente a un derecho privado tuitivo, cargado de valores, por lo que el Derecho Internacional Privado no puede mantenerse aséptico, sino que debe constituirse en una herramienta apta para el desarrollo de finalidades básicas fundamentales, cual es la protección del consumidor. Todo el enfoque metodológico debe orientarse hacia este valor sustancial en juego.

II. DIFICULTAD PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y LA NECESARIA AMPLITUD DEL MISMO EN EL D.I.P.R.

La definición del concepto de consumidor debe ser lo suficientemente amplia para comprender las variadas situaciones necesitadas. Es preciso destacar las dificultades que surgen de la casuística para estructurar cualquier concepto, sin perjuicio de la inevitable y potencial circunstancia, generada por la intervención de Tribunales nacionales con diferentes interpretaciones sobre el tema. La importancia no es mínima ya que el concepto del consumidor constituye el ámbito

1. RICARDO LORENZETTI, LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO PRIVADO 16 (Rubinzal Culzoni, ed., 1995).

2. *Id.* a 16. Además señala que el ejemplo más evidente es el del Brasil, que ha considerado el tema a nivel constitucional, dictándose la ley 8078 que es un código de defensa del consumidor lo que permite coherencia, homogeneidad a determinada rama del derecho, posibilitando su autonomía.

3. JUAN M FARINA, DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO 5 (Astrea ed., 1995).

material de aplicación del principio de tutela y del régimen especial previsto para el mismo.

La doctrina ha destacado distintas coordenadas para definir al consumidor: el destino final de los bienes (uso familiar, personal o doméstico); la naturaleza profesional o no de la actividad del consumidor al concluir el contrato (si favorece o no la reintroducción del bien en el Mercado); la integración o no de los bienes al proceso productivo: destino final de la producción (aunque el destino final sea el consumo; ej., contratación de bienes y servicios con un destino final inmediato, pero mediatamente integran prestación a terceros: la compra de un equipo de computación o contratación de servicio de comidas); o simplemente, el hecho jurídico de "consumir" en una relación de consumo o en función de ella. Veamos algunas propuestas legislativas:

La Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales está en vigor desde el 1991 en la Comunidad Europea, en su artículo 5, define los *contratos concluidos con consumidores*, como los suministros o abastecimientos hechos a una persona "para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional."⁴

Similar definición negativa adopta la Convención de Bruselas, Lugano de 1978, dependiendo entonces del intérprete, si el uso podría ser considerado como ajeno a la actividad profesional del beneficiario (artículo 13).

Es problemática la delimitación subjetiva, como indica el Profesor Esplugues Mota con relación a este instrumento europeo. En cuanto implica, la necesidad de apreciar el hecho diferencial que desencadena la aplicación de la normativa de sistema especial de protección previsto por los artículos 14 y 15. La no profesionalidad del adquirente de bienes y servicios se yuxtapone a la consideración teleológica del destino, uso, final; o sea que el destino particular se verifica a partir de la negación del uso profesional.⁵

Esta configuración subjetiva del convenio ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, excluyendo la aplicación del sistema especial del mismo a individuos no necesitados de protección; como por ejemplo, cuando actúan en forma profesional. Conferencia la sentencia en la causa Bertrand c/ Ott KG del 21 de junio de 1978; pero con posterioridad fue más restrictiva, en la causa Hutton c/ TVB de 19 de

4. Vea Carlos Esplugues Mota, *Los Convenios De Bruselas y De Roma y La Protección De Los Consumidores En Europa*, REVISTA INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL ECONÓMICO Y EMPRESARIAL 10 (1994).

5. *Id.* a 10.

enero de 1993, en la que una empresa era cesionaria de derechos de un consumidor, no fue considerada por el tribunal como consumidor ya que “el demandante actúa como profesional y por lo tanto no tiene la condición de consumidor, *parte* de uno de los contratos enumerados en el primer párrafo de dicha disposición (el artículo 13)” ya que “sólo refiere al consumidor final privado, no involucrado en operaciones mercantiles o profesionales.”⁶

La legislación suiza combina el uso personal con la naturaleza profesional o no profesional de la actividad desarrollada por el consumidor al concluir el contrato. El artículo 120 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987,⁷ habla de “prestación corriente de consumo destinada a un uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con la actividad profesional o comercial del consumidor. . . .”⁸

En el Proyecto de la Haya de 1980, sobre “Convención sobre ciertas ventas a los consumidores” se definió al consumidor como “aquella persona que adquiriría mercaderías principalmente para uso familiar personal o doméstico,” añadiendo la exigencia de que el vendedor actúe “en el curso de sus negocios o profesión.”⁹

La Convención de Viena de 1980, sobre contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, excluye “el 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 ni debiera haber tenido conocimiento, de que las mercaderías se compraban para ese uso.”¹⁰

El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual excluye de su ámbito material de aplicación “las ventas al consumidor.” Esta estrechez del ámbito material ha sido también criticada.¹¹

6. *Vea* LUIS CARILLO POZO, COMENTARIO AL CONVENIO DE BRUSALES RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL Y A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIAL 274, 275 (Alfonso-Luis Calvo Caravaca, ed., 1995) Este autor además, es de la opinión que tal perspectiva formalista, que sólo protege a quien no contrata en ejercicio de su profesión, deja sin protección al pequeño comerciante que contrata con una gran empresa dominante en el mercado. . . . Se diseña así el control a dos niveles sucesivos, delimitando el aspecto subjetivo, con la triple exigencia de que se trate de consumidor final, de contrato tipificado, y parte del proceso. *Id.* a 279.

7. Swiss Law of Private International Law, art. 120 (1987).

8. *Id.* a 120.

9. Hague Project, arts. 1, 2 (1980).

10. *Vea generalmente* Vienna Convention (1980) (nota editorial: traducido del Inglés).

11. *Vea* JAVIER TONIOLLO, REFLEXIONES ACERCA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL MERCOSUR en la obra DEL MERCOSUR 246 (1996).

De todos modos, la idea que debe gravitar a los fines de establecer un concepto es la amplitud, y el principio que debe guiar la tarea del intérprete es la finalidad tuitiva. La necesidad de protección de la parte débil de la relación de consumo y por su condición de inferioridad frente a la otra es que justifica la utilización de términos amplios, que faciliten la posterior tarea de aplicación del derecho tuitivo. Que un eventual problema de calificaciones no entorpezca, ni dificulte la protección. La propuesta de construcción de un concepto de D.I.P.r. a partir de la consideración de los sistemas jurídicos con que el caso presenta conexión, nos conduce siempre a la posibilidad de utilizar como punto de partida el que tenga mayor amplitud para luego pasar a adoptar, naturalmente, el que más favorezca a sus intereses.

Es de sumo interés destacar que en el ámbito del Mercosur se ha propuesto una definición lo suficientemente amplia, acorde con la finalidad tuitiva. Se considera como consumidor, a “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipárase a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo.”¹²

En suma, la definición que debe adoptarse es la que tenga la amplitud necesaria como punto de partida y para el correcto funcionamiento del principio de protección del consumidor como parte débil de la relación de consumo, ampliando por supuesto el concepto de la *lex fori* si fuere más estrecho que el proporcionado por las legislaciones más próximas a la relación de consumo en cuestión.

Nos acercamos a la propuesta metodológica de la Profesora Uzal que propone definirlo por las características de las partes que intervienen en la negociación en que le atribuye tal papel, como por el uso de las mercaderías adquiridas o servicios comprometidos.¹³ Los problemas de calificaciones deben ser orientados hacia la solución que brinde mayor protección al consumidor.

III. LOS AMBITOS DE PROTECCIÓN Y LA FUENTE DE LA RELACIÓN DE CONSUMO: ACTOS UNILATERALES, EL CONTRATO Y LOS HECHOS LICITOS E ILÍCITOS

“En el Derecho Privado Interno, en el Proyecto boliviano, por ejemplo, se incluye junto a los contratos los actos (comportamientos)

12. Vea Richards Lorenzetti, *La Relación De Consumo: Conceptualización Dogmática En Base Al Derecho Del Area Regional Mercosur*, LA LEY (Dec. 3, 1996).

13. Vea Maria E. Uzal, *Protección Al Consumidor En El Derecho Internacional Privado*, R.D.C.O. 242 (June 1991).

unilaterales que crean una expectativa razonable sobre calidad o precio de un bien o servicio destinado a ser consumido.”¹⁴

El acto económico de consumir es un hecho jurídico: quien utilice el servicio es consumidor,¹⁵ quien es usuario puede no ser contratante, o puede ser que el titular de un grupo familiar o social no sea consumidor y haya usado el producto.¹⁶ Puede haber hechos ilícitos que den lugar a una relación de consumo: cuando los productos o servicios suministrados por el importador o titular de la marca, causen daño y generen la obligación de indemnizar, suponiendo que el suministrador no sea contratante. El derecho del consumo tiende a suprimir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.¹⁷

El Derecho Internacional Privado debe también tender a superar tal dicotomía (que pueden conducir a soluciones diferentes) y brindar protección por el acto dañoso en virtud de la existencia de una relación de consumo, haya o no contrato. El derecho del consumo, dice el Profesor Lorenzetti, forma parte de una concepción que, tomando en cuenta el acto de consumo en el mercado, no se basa en la contemplación de una sola de sus partes. Se trata entonces de una regulación del mercado.¹⁸ Simplemente, se trata de la necesidad de “proteger la propia economía de mercado,” ya que “un consumidor fortalecido implica un mercado más sólido y dinámico;”¹⁹ “no es una revuelta contra el mercado,” sino “una corriente a favor del mercado . . . que corrige los desvíos que amenazan la confiabilidad y estabilidad de las relaciones de intercambio.”²⁰

Lo que debe evitarse es que la solución a este eventual problema de calificaciones (responsabilidad contractual o extracontractual) sea utilizado para privar al consumidor de adecuados niveles de protección, ya que tradicionalmente las normas positivas del D.I.P.r. en materia de hechos ilícitos, son más rígidas que las contractuales.

14. LORENZETTI, *supra* nota 1, a 5.

15. CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE BRAZIL § 8078, art. 2.

16. Ley 24.240, art. 1 (22/1X/1994); BOLETIN OFICIAL 27/1X/1994.

17. LORENZETTI, *supra* nota 1, a 5

18. *Id.* a 3.

19. FARINA, *supra* nota 3, a 13.

20. Antonio Benjamin, *Protección Del Consumidor y Patentes: El Caso De Los Medicamentos*, III JA 689 (1994).

IV. PAUTAS METODOLÓGICAS PARA BRINDAR SOLUCIONES ADECUADAS AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Se tratará de buscar un sistema de Derecho Internacional Privado que supere la dicotomía responsabilidad contractual y extracontractual, para pasar a reglamentar unitariamente, *la relación internacional de consumo*. Se procederá al análisis de la fuente interna con la finalidad de realizar una tarea interpretativa e integrativa del sistema, procurando preservar el principio general de protección de la parte débil de la relación internacional de consumo.

Es preciso partir de la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado Contractual contenidas en los artículos 1205 al 1214 del Código Civil.²¹ Las normas distinguen entre contrato con contacto argentino y sin contacto argentino, aunque nuestra propuesta se centrará en la superación del mismo.

V. CONTRATOS CON CONTACTO ARGENTINO: LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL (ARTÍCULOS 1209, 1210, 1212, Y 1213 DEL CÓDIGO CIVIL)

A. *El Sistema a Regular*

La interpretación de tales normas debe tener en cuenta la naturaleza especial del *Microsistema* del Derecho del Consumo. En este sentido, si analizamos la naturaleza de las obligaciones que surgen de las relaciones contractuales de consumo debemos indicar que existe una debilidad manifestada de una de las partes frente a la otra por la que el legislador interviene, con una finalidad tuitiva y en términos más generales, con la razón de mantener un mercado sano, basado en el principio de solidaridad.²²

Como acertadamente lo ha destacado el Profesor Mosset Iturraspe, se produce un giro copernicano del derecho civil hacia la protección de los débiles de la sociedad civil, caracterizando al consumidor como *el torpe, el adolescente* del mercado, que se mueve con necesidades insatisfechas, falta de poder de negociación, inexperiencia, falta de conocimientos, etc. Es necesario crear un microsistema, prosigue el autor, que contemple las debilidades y lo proteja, que contenga normas y principios especiales

21. Cód. Civ. arts. 1205-1214.

22. *Vea generalmente* Jorge Mosset Iturraspe, *Introducción Al Derecho Del Consumidor*, REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 5.

algunas veces diversos a los del Código Civil o de Comercio y otras, contrarias a ellos.²³

Se trata naturalmente de un Microsistema "cargado de valores"²⁴ y es preciso "comunicarlos armoniosamente por el vehículo de la interpretación e integración del sistema de D.I.P.r."²⁵ Debemos tener en cuenta la advertencia del Profesor Von Mehren en el sentido de que la legitimidad de las decisiones de casos iusprivatistas descansa sobre la justicia sustantiva del resultado y no sobre la legitimidad formal (similar situación a los casos de orden jurídico interno).²⁶

La tradicional regla de conflicto neutral debe ser ajustada por valores sustantivos y requerimientos en el contexto de proteger a la parte considerada débil.²⁷ La tradicionales metas conflictuales de armonía de leyes y soluciones, en la reflexión del Profesor Vischer, han perdido un cierto grado de prioridad y abren camino hacia otras consideraciones, como las de coherencia sustantiva sobre la base, por ejemplo, de la prioridad de los derechos constitucionales, cuando los casos tienen suficiente contacto con el foro.²⁸

B. Descartando la Teoría de la Prestación Característica

En virtud de las normas conflictuales argentinas, reguladoras de los contratos con contacto argentino, la ley sobre lugar de cumplimiento es decisiva.²⁹ Ahora bien, la definición del lugar de cumplimiento que brinda el artículo 1212 del Código Civil,³⁰ entre sus posibilidades interpretativas, contiene referencias al domicilio del deudor.

La teoría de la prestación característica del Profesor Schnitzer, fue propuesta por el Profesor Boggiano, como criterio interpretativo y armonizador de las posibilidades que brinda el artículo 1212 del Código Civil; como aquella teoría que tiene *virtualidad localizadora*; precisando además, que no prevalece el lugar donde físicamente se debe cumplir la

23. *Vea Id.*

24. *Id.*

25. *Id.*

26. *Vea Recognition and Enforcement of Foreign Judgements*, R.C.D.I. (1980).

27. *Vea Antonio Boggiano, International Standard Contracts*, R.C.D.I. 59 (1981).

28. *Vea Arthur Taylor Von Mehren, General Course on Private International Law*, R.C.D.I. 95 (1986).

29. Cód. Civ. arts. 1209, 1210.

30. *Id.* art. 1212.

prestación característica, sino el lugar del domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica.³¹

La teoría de la prestación característica, desde la aguda óptica realista del Profesor Juenger, nació como un "*desempate* (tie-breaker) para satisfacer el anhelo de obtener un factor objetivo simple de conexión que funciona bien en el supuesto de domicilio común de las partes o de negocios simples. . . ."³² La ecuación era expresada por el prestigioso profesor: "A mayor complejidad, menor provecho se obtiene de la teoría."³³

Ahora bien, el punto más comprometedor de la teoría, en tal visión, es que tiende a conferir *injustificados privilegios*: el proveedor de mercaderías o servicios profesionales está usualmente en mejor posición de evaluar los riesgos que implican la realización de negocios internacionales y de aislarlos por cláusulas de elección de ley. Otorgar a tales empresas ventajas adicionales de tener su propia ley domiciliar de control, sirve para dar más fuerza a su poderosa situación.³⁴ La solución que logremos va a colocar en cabeza del proveedor la obligación de prever los sistemas jurídicos vigentes en el lugar de comercialización de sus bienes y servicios.

C. La Interpretación Adecuada a los Fines del Sistema

Es preciso, entonces, interpretar el artículo 1212 del Código Civil partiendo de *la naturaleza de las obligaciones*. En la relación de consumo no se debe perder de vista el elemento calificante, tipificante, y decisivo, que lo distingue de todo otro contrato y a los fines de someterlo a un régimen especial para brindarle la protección jurídica; esto es, el destino final de los bienes o servicios, o sea, el consumo final y ello es así desde que existen consumidores en la contratación.

Es entonces decisivo el derecho de la residencia habitual del consumidor. Esta solución coloca en la parte *fuerte* de la relación la obligación de conocer las normas protectivas de la residencia habitual de los consumidores, donde normalmente se producen los actos de consumo,

31. Vea ANTONIO BOGGIANO, *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO* 719 (1983). Este autor reconoce, no obstante, observaciones a tal teoría, respecto a la pretendida función de conexión del contrato con el ámbito socioeconómico de un país; así por ejemplo: el precio de una compraventa no es menos gravitatorio que la mercadería. Ver también *CONTRATOS INTERNACIONALES* 47 (Depalma ed.): las críticas y dificultades que presenta la teoría de la prestación característica, afirma el valor innegable para establecer una localización funcional del contrato, posibilitando razonable certeza, armonía internacional de decisiones y efectividad.

32. K.F. Juenger, *General Course on Private International Law*, R.C.D.I. 180 (1984) (menciona ejemplos de contratos de distribución). (Nota editorial: traducido del Inglés).

33. *Id.* a 180 (nota editorial: traducido del Inglés).

34. *Id.* a 181.

destino final de los bienes, y servicios. Sin perjuicio de ello, como veremos, también debe conocer las normas del lugar si los actos de consumo se producen fuera de la residencia habitual del consumidor.

VI. HACIA LA LEY DEL ESTABLECIMIENTO PRINCIPAL O RESIDENCIA DEL PROVEEDOR: FACULTAD ELECTIVA DEL CONSUMIDOR

La teoría de la prestación característica le brinda al proveedor la posibilidad de aplicación del derecho de su *centro de vida comercial*.

En tal lugar, el proveedor se encuentra naturalmente comprometido con la normativa tuitiva de los consumidores locales. No existe razón por la que el consumidor, no domiciliado en tal lugar, no pueda invocar tal derecho, si le es más favorable a sus intereses. El solo hecho de que el consumidor se encuentre residiendo en otro Estado que el de su establecimiento principal no es óbice para que pueda escaparse el proveedor de la ley local. Por supuesto, si es más favorable al consumidor con residencia en el extranjero.

Las normas de tal sistema acompañan naturalmente la producción y comercialización de bienes y servicios desde el establecimiento principal del proveedor. Así, por ejemplo, un vendedor con establecimiento en Brasil que contrata con un consumidor con residencia habitual en Argentina, frente a la opción de éste último, por el derecho del establecimiento (el derecho brasileiro). No existe razón para pretender, el proveedor, la inaplicabilidad de tal derecho, por la circunstancia de que el consumidor resida en otro mercado que el nacional. Si es su deber como parte fuerte de la relación y por encontrarse en mejores condiciones de hacerlo, prever la legislación de la residencia habitual del consumidor, con mayor razón debe hacerlo con la ley local de su establecimiento principal.

La posición de superioridad en la relación contractual carga sobre sus espaldas la obligación de prever los riesgos que implica realizar negocios internacionalmente. El principio general de la Buena Fe que debe reinar en las relaciones contractuales impide que por un contrato, el contratante *poteroso* pueda desligarse de su *estatuto natural* de derecho del consumo si es más favorable al consumidor que otros vinculados estrechamente.

La elección no puede ser neutral, por lo que se pregona el establecimiento de contactos alternativos fundados en la interpretación de nuestras normas de fuente interna, frente a los que puede optar el consumidor, descartando naturalmente el establecimiento de un punto de conexión simple. *La naturaleza de las obligaciones* implicadas así lo exige.

VII. CONTRATOS CON CONTACTO ARGENTINO O SIN EL: HACIA LA LEY
DEL LUGAR DE ADQUISICIÓN DEL PRODUCTO COMO FACULTAD
ELECTIVA DEL CONSUMIDOR

*A. Lugar de Cumplimiento Como Lugar de Adquisición del
Producto*

El lugar de cumplimiento de la prestación del proveedor (la entrega del bien o prestación del servicio) puede encontrarse fuera de los puntos anteriormente descritos (residencia habitual del consumidor y establecimiento principal del proveedor).

Correlativamente, esto implica la recepción o adquisición del producto por consumidor (acto de consumir). No se puede descuidar esta circunstancia al interpretar el lugar de cumplimiento teniendo en cuenta “la naturaleza de las obligaciones” implicadas.³⁵ El lugar de adquisición del producto representa un punto de inflexión entre la obligación del proveedor (acto de comercialización) y el derecho del consumidor de acceder al consumo (acto de consumo). Se debe tener en cuenta el lugar de adquisición del producto en el catálogo de opciones del consumidor.

B. Lugar de Celebración como Lugar de Adquisición del Producto

Es preciso además, considerar la solución que brinda el artículo 1205 del Código Civil,³⁶ la que nos conduce al contacto del lugar de celebración, *lex loci celebrationis*. La tendencia a focalizar, al decir del Profesor Juenger, las acciones manifestadas por las partes en los contratos, como por ejemplo, la firma de un papel o costumbres sociales seguidas por las partes con la celebración del negocio, determinó a parte de la doctrina clásica a inclinarse por la *lex loci celebrationis*, que proviene de Bartolus.³⁷

En nuestros días, la celebración se realiza por fax, cables, television, Internet, “siendo imposible averiguar cual de las comunicaciones es decisiva” o simplemente “puede realizarse en un vuelo,” por lo que el lugar de celebración puede lucir como enteramente fortuito.³⁸ Adviértase que los supuestos en cuestión tienen un alto grado de proximidad con el lugar de adquisición del producto y cuando el mismo se adquiere en el extranjero, fuera de la residencia habitual del consumidor y del establecimiento principal del proveedor (por ejemplo; consumidor domiciliado en el Brasil que contrata un servicio en ocasión de sus

35. *Id.*

36. Cód. Civ. art. 1205.

37. *Id.* a 175.

38. Juenger, *supra* nota 32, a 181 (nota editorial: traducido del Inglés).

vacaciones en el Uruguay de una empresa mayorista con establecimiento principal en España).

Parecería justificada y adecuada la aplicación de la ley del lugar de celebración, la cual es normalmente el lugar de adquisición. Aunque bien puede no coincidir el lugar de celebración con el lugar de adquisición material del producto (por ejemplo, tomando el caso anterior, si el servicio se vincula con Chile). En este supuesto el lugar de celebración pierde fuerza localizadora, por lo que aparece aquel lugar como fortuito, por lo que es de aplicación en tal supuesto la ley del lugar de adquisición del producto.

Debe entonces realizarse una interpretación del artículo 1205 del Código Civil³⁹ siempre a favor del consumidor, como el lugar de adquisición del producto cuando coincida con el lugar de celebración y sea posible identificar este último.

De lo contrario y en todo caso, cobra siempre importancia la ley del lugar de adquisición del producto, como facultad electiva del consumidor. Ello implica también una obligación del proveedor de prever las legislaciones vigentes del lugar de comercialización de bienes y servicios.

C. Acerca de la Irrazonabilidad de la Distinción en Cuanto a la Solución 1205, 1209 y 1210 del Código Civil

Sin embargo, cabe aún evaluar la razonabilidad de tal solución prevista por el codificador. ¿Es razonable mantener la dualidad basada en la sola circunstancia del contacto argentino? Parecería una solución irrazonable y discriminatoria si tenemos en cuenta la flexibilidad de los factores de conexión previstos para los contratos con contacto argentino, que como vimos puede funcionar de manera más adecuada a los fines de brindar tutela a la parte débil de la contratación.

Es evidente que no respeta los *mínimos standards de justicia* de que hablaba el Profesor Lipstein, produciendo discriminaciones irrazonables. Por lo que brindamos la misma protección internacional tenga o no contacto argentino el contrato internacional de consumo. Integramos así la protección en el sistema previsto 1205, 1209, y 1210 del Código Civil sin discriminación por el contacto.

39. Cód. Civ. art. 1205.

VIII. DESPLAZAMIENTO DE LA SOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 1214 DEL CÓDIGO CIVIL

Con tal interpretación, quedaría sin sustento el artículo 1214 del Código Civil. El lugar de cumplimiento en todo caso estaría determinado por vía de lo expresado anteriormente, lo que desplazaría *per se* la posibilidad de aplicación del artículo 1214 del Código Civil.

A. *La autonomía de la voluntad y sus límites*

El D.I.P.r. argentino admite la autonomía de la voluntad en sus dos formas: conflictual y material.⁴⁰ Es preciso aclarar que tal facultad reconoce como límites generales: a) El Orden Público del Juez; y b) Las normas de políza o rigurosamente imperativas del juez o las extranjeras que presenten vínculos estrechos con el contrato. Sin descuidar limitaciones generales, se debe interpretar tal facultad de las partes a la luz del principio de protección de la parte débil de la contratación: *el favor debilis*.

La opción de excluir la autonomía cuenta con más inconvenientes que ventajas: por sí misma no resuelve el desequilibrio y sí atenta contra el grado mínimo de seguridad y previsibilidad jurídicas exigibles en el tráfico comercial, incluso en los contratos con condiciones generales.⁴¹

B. *Acuerdo de Elección de la Ley: Forma Expresa o Implícita. Acuerdo Real, no Hipotético*

La elección de alcance restringido en forma implícita, surge de la potestad de las partes en el marco del artículo 1212 del Código Civil: “de designar el lugar de cumplimiento.”⁴² La elección de alcance amplio surge de la potestad de las partes de elegir un juez o árbitro con fundamento en el artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN): al elegir un tribunal extranjero, se elige el sistema de D.I.P.r. del tribunal y si pueden elegir este último, pueden elegir el Derecho Privado rector del negocio, argumento a *maiore ad minus*.⁴³

La elección de un derecho (sin imponer límite de conexión razonable o suficiente) en forma expresa o tácita, surge también del

40. Boggiano, *supra* nota 27, a 23.

41. Santiago Alvarez Gonzalez, *Condiciones Generales En La Contratacion Internacional*, LA LEY 159 (1992) (quien propone la construcción de un sistema basado en la idea de *protección de la confianza*, que pugna por la consideración de la ley del *entorno contractual o social de la parte débil*: o sea, sobre la base de ley de la *residencia habitual o del domicilio* de dicha parte).

42. Cód. Civ. art. 1212.

43. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 696.

artículo 7 de la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1986; Sancionada y Promulgada por ley 23.916.⁴⁴ La incorporación de la Convención importa también la de *sus principios* al D.I.P.r. interno positivo. Pero es preciso destacar que este principio de libertad tiene límites precisos: normas internacionalmente imperativas (normas de policía exclusivas y excluyentes) y el Orden Público (principios de orden público). No obstante, debemos interpretar la autonomía en este área con finalidad protectora. Tal resultado se logra partiendo de su permisión, pero en forma condicionada, a los niveles de protección que se le brindan al consumidor en su residencia habitual, en el establecimiento principal del proveedor y el lugar de adquisición del producto.

En este sentido el Profesor Boggiano entiende que el principio de autonomía se encuentra limitado especialmente en los contratos internacionales, cuando una de las partes es *típicamente débil*.⁴⁵ Así, el interés del productor, dice el Profesor Boggiano, puede encontrarse encaminado a brindar niveles de protección mayor, como política de ventas internacionales, sujetando entonces la autonomía a ciertos límites mínimos de protección como los que brinda el derecho del comprador o del vendedor.⁴⁶

Estimamos así que las partes pueden elegir un derecho para regir su contrato, pero esta facultad no puede ir en desmedro de los niveles de protección que brindan los derechos de la residencia habitual del consumidor ni los del establecimiento principal de su co-contratante, ni los del lugar de adquisición del producto, todo, naturalmente, siempre a opción del consumidor.

Esta solución rige aún en los casos de elección de derecho por vía de contratos por adhesión a cláusulas predisuestas: respetando los niveles de protección existentes en el "entorno espacial o contractual del adherente;" esto es, su "residencia habitual o domicilio."⁴⁷

Ahora bien, siempre cabría plantearse la posibilidad de aplicación de las normas de policía o rigurosamente imperativas del derecho con el

44. *Id.*

45. *Vea Gonzalez, supra* nota 41, a 55.

46. *Id.* a 59. Plantea entonces, la autonomía de la voluntad como un vehículo de elevación de los niveles de equidad en la protección de la parte típicamente débil.

47. *Id.* a 165. La propuesta de este autor es relativa a los contratos con condiciones generales predisuestas en general, y *limitada* al domicilio o residencia habitual del contratante débil. La excepción, cuando en el *conjunto de circunstancias* surja otra cosa. Brinda ejemplo la existencia de relaciones contractuales previas entre las partes o negociaciones previas que pudieran determinar una solución distinta. Sin estas circunstancias, la ley de la residencia habitual o del domicilio debe ser tenida en consideración por el proponente. *Id.* a 104.

cual el contrato tiene vínculos estrechos.⁴⁸ Los contactos que aparecen como suficientemente estrechos en los contratos de consumo son: lugar de celebración; adquisición del producto; residencia habitual del consumidor; establecimiento principal del co-contratante; y lugar de efectivización del destino final (normalmente el lugar del daño).

Pero cabe destacar que, como se propone en este ámbito, el consumidor siempre puede optar entre las soluciones más favorables; por lo que la opción que realice, tiene suma importancia a los fines de la aplicación del derecho rigurosamente imperativo del ordenamiento jurídico elegido por el consumidor al fundar la acción.

Las normas de policía del foro, también serían de aplicación, a condición de que las extranjeras, por las que optó por el consumidor para fundar la acción, no sean más favorables, naturalmente, siempre sujeto al control de orden público del foro, realizado por el juez.

C. *La Autonomía Material*

La posibilidad de incorporación al contrato de cláusulas materiales, excluyentes de las normas coactivas de derecho privado interno, es afirmada y reconocida por nuestra doctrina y jurisprudencia.⁴⁹ Es preciso aclarar que la exclusión es parcial: de no mediar incorporación sustancial, las normas coactivas del derecho privado competente no son desplazadas.

Es evidente que rigen tanto las limitaciones generales como las especiales: a) Orden Público del Juez; b) Normas de policía del Juez o Extranjeras con vinculación estrecha con el contrato, jugando un importante papel la facultad de opción del consumidor; y c) Se podría decir, entonces, que la autonomía material se enfrenta con el orden público mínimo, constituido por los niveles mínimos de protección de la residencia habitual del consumidor, del establecimiento principal de su co-contratante, del lugar de adquisición del producto y del elegido por las partes, a opción del consumidor.

Las normas de derecho privado rigurosamente imperativas, por reflejar ese orden público mínimo de protección, constituyen una limitación cierta al ejercicio de tal autonomía material, que su ejercicio debe tender a mejorar, nunca empeorar la situación jurídica del

48. Cód. Civ. art. 1208; Boggiano, *supra* nota 27, a 325 (quien lo define como una "conexión económica decisiva" del contrato con la ley que se pretende evadir); *Id.* a 716.

49. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 700; este autor justifica su ejercicio, a partir de la posibilidad que tienen las partes de excluir *íntegramente* las normas coactivas del derecho privado elegido por el legislador, por la elección de otro derecho que el elegido por el legislador, pueden también excluir *parcialmente* normas coactivas, mediante el ejercicio de la autonomía material.

consumidor en la relación de consumo. La naturaleza de la cuestión regulada que en algunos sistemas tiene sus raíces en principios fundamentales, constitucionalizados, nos hace pensar en el fuerte ingrediente de imperatividad, fruto de conquistas similares a las producidas en el campo de derecho laboral.

Además, en los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas, la incorporación de las mismas al negocio, proviene indudablemente del ejercicio de la autonomía material.⁵⁰ Y la solución no es distinta. Las cuestiones referidas a interpretación, validez, y eficacia, se sujetan a las limitaciones generales y especiales indicadas *supra*, cuando aparecen insertas en las relaciones contractuales de consumo.

Los complicados problemas referidos a la validez y eficacia de las cláusulas predispuestas deberán estar orientados por el principio tuitivo de la parte débil de la contratación, por lo que las limitaciones preindicadas juegan un importante papel de control.

Es de suma importancia así entenderlo, pues la superioridad contractual del proveedor de bienes y servicios coloca sobre sus espaldas el riesgo de la comercialización internacional, debiendo prever las legislaciones tuitivas de los estados donde la comercialización se efectiviza. La posibilidad de opción brindada al consumidor constituye un adecuado mecanismo de protección de sus intereses y, además, se manifiesta como un paso previo hacia la nivelación en los sistemas tuitivos superiores.

Lo contrario, no es más que legitimar el lucro obtenido, a partir de la diversidad que existe en la tutela jurídica de la parte débil en la relación de consumo.

IX. LA PUBLICIDAD U OFERTA EN EL PAÍS DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CONSUMIDOR (ARTÍCULO 5, CLAUSULA 2 DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980)

Se ha dicho que las nuevas técnicas de marketing y de publicidad han impulsado el desarrollo del *hombre consumidor*.⁵¹ El marketing, constituye el vehículo adecuado destinado a acercar el producto al consumidor, por ofertas en ventas domiciliarias, publicidad mediante medios masivos de comunicación, Internet, etc.

Tales medios producen un *flujo de información* que supera las fronteras políticas de los estados, acortando las distancias y penetrando directamente en la residencia del consumidor.

50. *Id.*

51. MANUEL SANTELLA, INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA PUBLICIDAD 282 (Civitas ed., 1982).

Es de evidente normalidad, la situación de que la publicidad llegue y penetre en la residencia habitual de la parte débil de la contratación, alentando el consumo, generando necesidades, con lo cual el tal contacto, cobra mayor fuerza localizadora, más allá del lugar donde se celebre el contrato adquiriendo el producto.

A. La Necesidad de Armonizar Normas Sustanciales Para la Efectiva Protección Internacional del Consumidor

Las unificaciones materiales son conquistas del legislador internacional, pero necesariamente limitadas a materias en las que existe un fondo común de principios.⁵² La cooperación y solidaridad entre países, basadas en la valoración de ideas de justicia superiores, justifica la lucha por la adopción de soluciones justas uniformes.⁵³ En esta rama de derecho tuitivo, con última ratio en la dignidad humana, justifica plenamente cualquier intento de unificación.

Pero como ha enfatizado el Profesor Benjamin, el fruto de la tarea de unificación del Derecho del Consumo en el Mercosur, no lo veremos en este siglo.⁵⁴ Si bien es cierto que la tarea es tan necesaria como difícil, pero en todo caso, no es del todo imposible.⁵⁵ No obstante, y en todo caso, siempre es necesario desarrollar un sistema de D.I.P.r. uniformal que acompañe tales unificaciones sustanciales.⁵⁶ La tarea entonces debe ser común: iusprivatistas e internacionalistas iusprivatistas.

B. Supuestos de Hechos Ilícitos

Existe una laguna en la fuente interna respecto a la regulación de los hechos ilícitos.⁵⁷ La laguna debe colmarse con la analogía y los principios generales del derecho.⁵⁸ El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en su artículo 43 manda a aplicar la *lex loci delicti*. Conocidas son las críticas que se le han realizado a éste

52. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 120. La independencia e igualdad de los sistemas jurídicos nacionales se oponen a la unificación.

53. *Id.* a 121.

54. *Id.*

55. *Vea* LORENZETTI, *supra* nota 1. Donde nos informa la tarea del Comité Técnico nota 7.

56. *Vea* Fawcett, *Products Liability in Private International Law: A European Perspective*, R.C.D.I. 228 (1994) (donde plantea los problemas que surgen en el espacio europeo, ante la falta de ratificación por parte de algunos estados, de la Convención de La Haya de 1973).

57. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 1160.

58. Cód. Civ. art. 16.

contacto rígido: la llamada "Revolución Conflictual" en Estados Unidos contra este sistema es buena prueba de ello.⁵⁹

Por lo que es preciso tener en cuenta las orientaciones materiales de favor, y con mayor razón aún, ante la necesidad de colmar tal laguna debemos construir una norma de conflicto que responda a los "principios generales del derecho."⁶⁰

Y en la relación de consumo, las víctimas son los consumidores, erigiéndose como la parte débil de tal relación, con la natural necesidad de protección (en los sistemas como el nuestro, sus derechos fueron reconocidos como fundamentales).⁶¹

Cualquier construcción que realicemos, no debe perder de vista esta finalidad tuitiva, ni ser diferente de la propuesta en materia contractual. Veamos una propuesta en la fuente internacional.

C. Solución de la Convención de la Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por el Hecho de los Productos

En la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por el hecho de los productos del 2 de octubre de 1973 (convención que entró en vigor el 1 de octubre de 1977), la residencia habitual de la persona directamente damnificada y el lugar del hecho dañoso juegan un papel preponderante, frente al lugar de adquisición del producto o del establecimiento principal del demandado responsable. Ello se determina del análisis de los supuestos de coincidencia de la residencia habitual: a) con la ley del lugar donde se ha producido el hecho dañoso; y b) con la ley del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad ha sido invocada; o c) con el lugar de adquisición del producto por la persona directamente damnificada.⁶²

La jerarquía de los factores de conexión está dada sólo por dos de los cuatro: predominan el lugar de la residencia habitual y el de producción del daño. El establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad ha sido invocada y el lugar de adquisición del producto son "factores de

59. Vea K.F. Juenger, *Balance Y Perspectiva De La Decada En Los Estados Unidos*, CUARTAS JORNADAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 37 (June 4, 1993); RAMON CARANDE, *PRINCIPIOS OBJETIVOS Y METODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE UNA DECADA* (1995).

60. *Id.*

61. CONST. ARG. art. 42.

62. La Convención de La Haya tiene mas que suficiente ley aplicable a las responsabilidad por el hecho de los productos del 2 de octubre de 1973.

conexión subordinados,” y si éstos coinciden, no conduce a la aplicación la ley del establecimiento principal.⁶³

Existe además una jerarquía de combinaciones en los supuestos que la residencia habitual del damnificado coincida con el establecimiento principal o con el Estado de adquisición del producto.⁶⁴ Resulta entonces que cuando el daño se produzca fuera de la residencia habitual del damnificado, por ejemplo cuando se encuentra de vacaciones en otro estado, no es de aplicación el artículo 4, sino el artículo 5 de citada Convención.⁶⁵

La posibilidad de elegir el derecho aplicable surge del artículo 6, cuando ninguna de las leyes designadas en los artículos 4 y 5 resulte aplicable. Manda a aplicar la ley del lugar del establecimiento de la persona cuya responsabilidad se invoca, pudiendo el actor optar en forma subsidiaria por la ley del lugar del hecho dañoso.

D. Solución en la Fuente Interna: la Residencia Habitual del Damnificado Coincidente con Lex Loci Actus

La residencia habitual del damnificado, consumidor, debe privilegiarse como punto de partida de la construcción de la Norma de Conflicto. Es el lugar donde el mismo tiene el centro de vida y se produce la armonización con la solución contractual, que ante la falta de solución específica en nuestra fuente interna, podemos integrarla con los mismos principios del D.I.P.r. en el área contractual.

63. Fawcett, *supra* nota 56, a 141; este prestigioso autor, cita un fallo de la Corte Holandesa de Alkmaar en el caso Nieuw Rotterdam Schade NV v. Baier & Koepfel Gmb H & Co Nota. Es necesaria la combinación de los dos principales con los subordinados. Así, es aplicable la Ley del Lugar de residencia habitual si coincide: a) con lugar del hecho; o b) con el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca; o c) el lugar de adquisición del producto por la persona directamente damnificada.

64. Hague Convention, art. 5.

65. Fawcett, *supra* nota 56, a 141. Este autor analiza la Convención desde una perspectiva europea y nos hace importantes precisiones. Se encuentra en vigor en cuatro miembros de la CEE: Francia, Luxemburgo, Los Países Bajos, España; y entre dos del EFTA: Noruega y Finlandia; ha sido signada y no ratificada por Bélgica, Italia y Portugal. Existen pocos casos registrados de la Convención. La falta de armonización de normas de D.I.P.r. en el área europea de hechos ilícitos proyectada hacia la responsabilidad por el producto, dificulta certeza y seguridad de las soluciones. El punto en cuestión es: ¿Como operan las normas de D.I.P.r. relativas a hechos ilícitos, en materias de responsabilidad por el producto elaborado en países no ratificantes de la Convención de La Haya? Este autor nos da cuenta de propuestas de creación de normas de D.I.P.r., para que funcionen en el ámbito material de las Directivas Comunitarias, con el consiguiente peligro que representaría contar con dos reglas de D.I.P.r.: una para los casos contemplados en las Directivas, donde existiría armonización, y otra para el resto, donde no existiría armonización. *Id.* a 228-40.

Así, la tradicional *lex loci actus*⁶⁶ cobraría justificación, en tanto y en cuanto coincida con la residencia habitual de la víctima. Y debería constituirse en la conexión principal cuando así fuera (similar al supuesto del artículo 4, clausula a, del Convenio de La Haya sobre Responsabilidad por el Producto de 1973).

E. Solución Electiva a Favor del Consumidor: Establecimiento Principal de la Persona que se Pretenda Atribuir Responsabilidad; Lugar de Adquisición del Producto

No obstante, es importante introducir en la metodología la facultad de la víctima de elegir alternativamente entre los derechos: a) del establecimiento principal de la persona a la que se le pretende atribuir responsabilidad; y b) del lugar de adquisición del producto (estas últimas posibilidades son las contempladas en Suiza: artículo 135, 1 (a) y (b) de la ley Suiza Derecho Internacional Privado de 1987).

En suma, se propone la identificación de los regímenes de D.I.P.r. en orden a la superación de la dicotomía (responsabilidad contractual y extracontractual).

No encontramos justificación axiológica a que la solución sea diferente a la planteada en materia contractual y por la sola circunstancia de que no exista contrato previo entre el eventual responsable y el consumidor damnificado.

La finalidad tuitiva que debe presidir la solución, en el sentido de producir tal superación.

X. LIMITES AL DERECHO APLICABLE

Por las características del derecho privado tuitivo y las soluciones proyectadas, es de suma importancia, en primer lugar, la opción brindada al consumidor y en segundo lugar, el orden público del juez. Las normas rigurosamente imperativas del foro siempre se mantienen como límite mínimo de protección.

A. El Ambito de las Normas Rigurosamente Imperativas del Juez y de las Extranjeras Estrechamente Conectadas con el Caso

Las normas de policía, como se ha sostenido *supra*, constituyen un límite al derecho aplicable que excluyen todo tipo de posibilidad de aplicación, siempre encapsuladas bajo el principio de favor y en la opción del consumidor. Las normas de policía a que hacemos referencia, son las

66. Treaty of Montevideo, art. 43 (1940).

del juez y las extranjeras con vinculos estrechos con la relación de consumo.⁶⁷

Naturalmente, que del funcionamiento preindicado surge que las normas de policía extranjeras son aplicables a condición de que no violen los principios de orden público del ordenamiento jurídico argentino. No obstante, la existencia de una norma de policía Argentina no se constituiría en un límite a la aplicación de la norma de policía extranjera si esta es más favorable al consumidor (en virtud del principio de interpretación a favor de la parte débil). El principio de favor es un principio general⁶⁸ de orden público internacional argentino.⁶⁹ Si el derecho rigurosamente imperativo extranjero (la norma de policía extranjera) es más favorable al consumidor, que el del foro (norma de policía del foro) deberíamos dar prioridad al extranjero, salvo que se violenten así principios fundamentales de orden público del juez argentino.

Hay que examinar si el apartamiento de la norma de policía argentina violenta otros principios fundamentales del foro (por ejemplo; el orden público económico).

B. La Dimensión del Orden Público Internacional y la Función de los Jueces en la Protección Internacional del Consumidor

Los principios de orden público internacional, juegan un papel preponderante en la fiscalización de las soluciones en los casos iusprivatistas multinacionales. La función tuitiva en el sistema de D.I.P.r. proyectado para la protección internacional del consumidor, se despliega en tres formas: a) elección de un sistema conectado con la relación, otorgando la facultad de opción al consumidor por el más favorable; b) enmarcando las autonomías en el principio de favor; y c) siempre juega la consideración del derecho rigurosamente imperativo más favorable al consumidor (en el que funda la demanda o el del foro si así fuera).

Toda la propuesta, se sujeta a condición de que no se vean violentados los principios de orden público internacional argentino. Cuando hablamos de legislaciones tuitivas, la protección del consumidor representa la finalidad de materializar una serie de valores fundamentales, que tienen como última ratio el respeto de la dignidad humana.

La ley 24.240, en su artículo 65 declara que la presente ley es de orden público. Naturalmente, que tal declaración hace referencia al orden público interno, no al internacional.

67. Cód. Civ. art. 1208.

68. *Id.* art. 16.

69. *Id.* art. 14; CONST. ARG. art. 42.

Pero no debemos descuidar la circunstancia de que la citada ley, tiene bases en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que comienza hablando de la "relación de consumo" y establece los derechos de los consumidores y usuarios:

- a) a la protección de su salud;
- b) a la protección de su seguridad e intereses económicos;
- c) a una información adecuada y veraz;
- d) a la libertad de elección; y
- e) a condiciones de trato equitativo y digno.

Expresa además el texto que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales. Sin duda la ley 24.240 contiene parámetros tuitivos sobre los que se asienta la protección de los consumidores en relaciones de consumo internas. Ahora bien, derechos básicos como la protección de los riesgos que puedan afectar la salud o seguridad de los consumidores de sus legítimos intereses económicos y sociales, la adecuada información, la libertad de elección; constituyen, el respeto de su dignidad como principio fundamental de la persona humana. Son principios básicos, que cualquier solución extranjera o brindada por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no puede desconocer.

Sobre éstos principios debe construirse el sistema de D.I.P.r. argentino de protección del consumidor. He aquí la importancia de la función jurisdiccional en la protección internacional del consumidor: La tarea comparativa de los jueces que contactan la solución extranjera o pactada por las partes con estos principios, que necesariamente se proyectan sobre la misma.

C. La Función Jurisdiccional en la Protección Internacional de los Consumidores

Los contactos jurisdiccionales a los fines de tutela, deberían superar también la diversa fuente de la relación internacional de consumo (contractual o extracontractual). La jurisdicción internacional debe tener como pilar fundamental el acceso a la jurisdicción, que es un derecho humano con jerarquía constitucional. A la luz de éste derecho deben interpretarse las normas de jurisdicción internacional argentinas.⁷⁰

70. *Vea* TONIOLLO, *supra* nota 11.

D. La Residencia Habitual del Consumidor

Constituye un foro que goza de innegables ventajas a los fines tuitivos. La interpretación del artículo 1215 del Código Civil permite llegar a tal conclusión. Al contacto lugar de cumplimiento, debe entendiérselo en sentido amplio, cualquier lugar de cumplimiento, facilitamos el acceso a la justicia, principio internacional que goza de jerarquía constitucional.⁷¹

En este sentido, y cuando el consumidor es *actor* se facilita notablemente el acceso a la justicia. Acceso, que por otra parte, tiene su raíz en derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en nuestro país.⁷²

El foro del actor sólo se justificaría, al decir del Profesor Vischer, en materias donde se persigue facilitar la ejecución.⁷³ Por lo que tal contacto no aparecería como un foro impropio sino justificado en la especial naturaleza de la acción.⁷⁴

En las relaciones de consumo la justificación es innegable. En este sentido, el consumidor puede accionar en su residencia habitual invocando la *lex fori* (la identificación forum, ius tiene innegables ventajas partiendo del mejor conocimiento del derecho propio por parte de los jueces y de la innegable importancia que cobra el orden público como cláusula de reserva).⁷⁵

A no dudar que las soluciones basadas en tal identificación han recibido opinión favorable de calificada doctrina. El Profesor Von Mehren ha sugerido que quien suponga que en los casos iusprivatistas multinacionales se pueden preservar resultados que satisfagan en términos de standards de justicia, como en aquellos alcanzados en casos puramente internos, está condenado a la decepción.⁷⁶

71. Werner Goldschmidt, enseñanzas sobre *Derecho Internacional Privado*, en la conferencia de *Derecho De La Tolerancia* (1982).

72. CONST. ARG. art. 75, § 22; The American Convention of Human Rights of San Jose, Costa Rica, National Supreme Court of Justice, Dec. 22, 1994, especialmente el voto del Dr. Fayt, consideraciones 21 y 22 del caso Manuata, Juan Jose c/ Embajada De La Federación Rusa s/ Danos y Perjuicios.

73. *Id.* a 211.

74. Vea también Javier Torniollo, *Jurisdicción Internaccional y Su Proyección Hacia el Mercosur*, REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNL 154 (1995).

75. Cód. Civ. art. 14, § 2.

76. Arthur Taylor Von Mehren, *Choice of Law and the Problems of Justice*, CHOICE OF LAW & CONTEMPORARY PROBLEMS 21 (Spring 1977).

Este delicado problema, se centra en la consideración de por un lado, la falta de igualdad entre el derecho extranjero y la *lex fori* al momento de solucionar un caso iusprivatista multinacional.⁷⁷

La excepción de orden público, para "vetar" las reglas extranjeras de decisión, ha sido tomada por el Profesor Juenger como punto final en el que se ven forzados a confiar tanto el multilateralismo como el unilateralismo: la preferencia del foro para evitar resultados inequitativos.⁷⁸ Por el otro, cuando las materias comprendidas en los casos, se basan en derechos fundamentales de la persona humana, el ingrediente de orden público internacional principista juega un papel preponderante, generando en el foro la necesidad de soluciones homogéneas. Las mismas consideraciones pueden realizarse cuando es demandado el consumidor.

E. Domicilio del Demandado

Los intereses del co-contratante del consumidor cuando es demandado se ven preservados en el contacto jurisdiccional general: domicilio del demandado. Es uno los criterios jurisdiccionales universalmente aceptado y respetuoso del derecho fundamental de defensa en juicio (que también tiene basamento en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ver punto anterior).

Este contacto tampoco es ajeno a los intereses del consumidor, cuando es actor, que puede elegir también la *lex fori* si le es favorable (del establecimiento principal del co-contratante).

F. El Lugar de Adquisición del Producto: La Razonabilidad de Lex Loci Delicti (artículo 5 del CPCCN) y Lugar de Cumplimiento (artículos 1215 y 1216 del Código Civil) Como Opción del Consumidor

La *lex loci delicti*,⁷⁹ puede aparecer como contacto razonable a los fines de jurisdicción internacional en los supuestos en que coincidan con la residencia habitual del consumidor, con el establecimiento de su co-contratante y finalmente con el lugar de adquisición del producto.

77. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 94. Quien pone acento en la función "fiscalizadora" de la Norma de Conflicto, manifestada en la excepción de Orden Público, que implica no admitir la solución extranjera, que contradiga los principios de justicia sustancial en los que se asiente el ordenamiento jurídico del foro. . . . Los principios de orden público internacional siempre rigen los casos, "siempre es necesaria la comparación material." *Id.* a 94, 95.

78. *Id.* a 258.

79. CÓD. PROC. CIV. Y COM. art. 5.

Deberían estar dotados también de jurisdicción internacional, a opción del consumidor, los jueces del lugar de producción del daño cuando coincida con el lugar de adquisición del producto. Siempre el consumidor sería el actor y se garantizaría su acceso.

Igual solución razonable concurre cuando nos enfrentamos a una interpretación amplia del "lugar de cumplimiento."⁸⁰ Se abriría en materia contractual también el foro del lugar de adquisición del producto, lo que le permitiría al consumidor como *actor*, demandar ante esos jueces, e invocar la *lex fori*, si ello es procedente.

La solución se dificulta cuando el consumidor es demandado: el lugar de adquisición del producto puede encontrarse fuera de su residencia habitual, con lo cual el consumidor podría verse gravemente dificultado a acceder a la jurisdicción para defender sus derechos, lo que por sí solo justifica desechar tal contacto jurisdiccional como violatorio a un principio de orden público internacional y con el consiguiente obstáculo a la ejecución de la sentencia en la residencia habitual del mismo.

No es dable descartar tales inconvenientes, ya que el principio de acceso a la jurisdicción para defender sus derechos tiene jerarquía indiscutida en el sistema jurídico argentino.

XI. PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN

El principio de libertad de elección del juez competente previsto por el artículo 1 del CPCC de la Nación, presenta en este campo algunas aristas controvertidas. Naturalmente, cualquier interpretación que realicemos del principio de libertad previsto por la citada norma, no tiene que descuidar el principio de tutela de la parte débil de la contratación. La libertad de elección, tiene lugar normalmente en contratos entre partes con igual poder de negociación. La situación es distinta cuando nos enfrentamos a las relaciones de consumo. La prórroga debe tener distinto tratamiento en los contratos con consumidores.⁸¹

A. La Cláusula Compromisoria

La cláusula compromisoria incluida en los contratos de consumo nos enfrenta al problema de su validez y eficacia. Es normal también que sea impuesta en contratos por adhesión a cláusulas predispuestas. Debemos distinguir cuando el consumidor aparece como demandado, del

80. Cód. Civ. arts. 1215, 1216.

81. ANTONIO BOGGIANO, *CONTRACTOS INTERNACIONALES: INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRACTOS INTERNACIONALES* (Depalma ed., 2d ed. 1995).

supuesto de que aparece como actor. La interpretación es siempre en favor del consumidor.

B. Consumidor Demandado (*Obstáculos Procesales y Sustanciales*)

En este supuesto, debemos recordar una vez más que la realidad de la relación de consumo implica una evidente disparidad del poder negociador de las partes y que, en razón de ella, aparece de este nuevo derecho interviniendo para nivelar. Normalmente se ha sostenido que la prórroga importa muchas veces el establecimiento de una cláusula de irresponsabilidad.⁸²

En este sentido, obligar al consumidor a trasladarse a un país distante, puede importar una cláusula abusiva de las prohibidas por el artículo 37 de la ley 24.240. Se le dificulta el acceso a la jurisdicción.⁸³

Cabe recordar también, que entre las limitaciones que impone el artículo 1 del CPCCN., aparece la prohibición de la ley; y las cláusulas abusivas reguladas en el artículo 37 de la ley 24.240 son ineficaces de pleno derecho, teniéndose por "no convenidas" sin perjuicio de la integración del contrato por el Juez cuando declare la nulidad parcial. La prohibición *implícita* de la cláusula de elección, no deja de ser un argumento con serios fundamentos en nuestra legislación especial de protección de los consumidores.⁸⁴

En el supuesto de las relaciones internacionales de consumo, la prórroga no puede privar al consumidor del acceso a los foros preindicados, ni tampoco puede limitar la responsabilidad del co-contratante, ni importar restricciones o renunciaciones a sus derechos. Es altamente improbable que en jurisdicción Argentina una cláusula de prórroga pueda pasar la *prueba* proyectada por los parámetros de protección del consumidor.

Por otra parte, el derecho aplicable a éste acuerdo, en orden a su validez, por la fuerza de las disposiciones tuitivas y la propuesta interpretativa del sistema de normas de D.I.P.r., nos hace pensar que necesariamente deberíamos tener en cuenta los sistemas sustanciales de protección: de la residencia habitual o establecimiento del co-contratante

82. J.C. REZZONICO, *CONTRACTOS CON CLAUSAS PREDISPUESTAS* 565 (Astrea ed. 1987); M.E. UZAL, *SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL* 32 (1992).

83. BOGGIANO, *supra* nota 31, a 242. Este autor, que debemos apreciar la prórroga, a la luz del principio de defensa en juicio, cuando se coloca al adherente en situación indefensa, o sea para poder acudir a una jurisdicción razonable.

84. FARINA, *supra* nota 3, a 426. Cuando plantea la prórroga de competencia interna, preve la posibilidad de que el consumidor, invocando el artículo 37, cláusula b) de la ley, ocurra ante los jueces de su domicilio.

o de adquisición del producto, derecho elegido por las partes, a opción del consumidor. Las complicaciones son evidentes.

C. Consumidor Como Actor (el Carácter Facultativo Para el Consumidor)

Los inconvenientes de la situación anteriormente descripta parecerían no jugar en éste supuesto. El consumidor podría prevalerse de la cláusula de prórroga, si le es favorable a sus intereses, desde que constituiría un foro más donde acudir a demandar y ello implica una situación favorable y acorde con el principio de acceso a la jurisdicción. El demandado, contraparte de la relación de consumo, quien normalmente predispuso la cláusula en sus condiciones generales, no tendría razón para quejarse de tal elección por parte del consumidor. Normalmente aquél es quien debe cargar los riesgos de la inserción de la cláusula.

Podría sostenerse, entonces, que la prórroga en los jueces de la residencia habitual del consumidor aparece como un contacto libre de vicios, y para el proveedor, un grado de seguridad y certeza inmejorables.

D. El Compromiso (*Prórroga Post Litem Natam*) y su Factibilidad

El compromiso (*prórroga post litem natam*) no tiene los mismos inconvenientes siempre y cuando se produzca por acuerdo expreso, en forma escrita y debidamente suscrito por el consumidor. Se produce un evidente acercamiento, con la situación contemplada en el punto anterior, cuando se concede la facultad al consumidor como actor.

Sin perjuicio de ello, estimamos que una de las formas menos discutible y segura es la *post litem natam* por *acuerdo procesal*, o sea “después de promovida la acción,” como lo prescribe el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.⁸⁵

Tal situación no deja de comulgar con el principio electivo a favor del consumidor. Tal acuerdo procesal implica que el consumidor ha elegido efectivamente el tribunal al que compareció y resguarda así, de este modo, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Esta forma de lograr la prórroga, también y en cierta forma, evita los inconvenientes generados por el derecho aplicable al acuerdo de prórroga, desde que aquí gira en torno al derecho del tribunal elegido (al que efectivamente compareció). De todos modos, queda siempre latente la proyección de la solución hacia el principio de efectividad, en el supuesto que sea necesaria la cooperación internacional cuando la sentencia deba ser reconocida en otro sistema jurídico diferente.

85. Montevideo International Civil Rights Treaty (1940).

XII. REFLEXION FINAL

Este sistema de D.I.P.r. propuesto para la protección internacional del consumidor, fue ideado a partir del hombre como consumidor, inserto en una relación internacional consumo, con sus necesidades, sus ligerezas y su evidente debilidad. Más allá del carácter contractual o extra-contractual en el que aparezca la necesidad de protección. Este principio general debe constituir el eje de las soluciones a los casos iusprivatistas multinacionales y por su única condición, es que merece el respecto a su dignidad.