

El Derecho Internacional Privado y las relaciones de consumo

Adriana Dreyzin Klor*

Sumario: I. Introducción: Planteo del problema. II. Naturaleza de las normas aplicables a la protección del consumidor: El rol del orden público y las normas imperativas A) El orden público y las normas imperativas en general. B) El orden público, las normas internacionalmente imperativas y la cláusula de excepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. C) El orden público internacional y las normas imperativas en la protección del consumidor III. Regulación del Derecho aplicable a las relaciones de consumo en el ámbito Interamericano en general y en el MERCOSUR en particular. A) Derecho internacional privado convencional: A) La CIDIP V. B) Derecho internacional privado autónomo: a) La autonomía de la voluntad. b) Normas de aplicación subsidiaria. c) Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. IV. El consumidor internacional y el comercio electrónico. A) La situación del comercio *online* en el mundo en general y en el ámbito interamericano en particular. B) La Regulación del Comercio electrónico. a) Teorías. 1.-Autorregulación. 2. El Estado y la correulación. 3. El rol del DIPr. 4. Nuestra opinión. V. Conclusiones

I.- Introducción: Planteo del problema

Frente a la elección del derecho aplicable, la protección del consumidor es un concepto relativamente reciente si se repara en que se comienza a construir jurídicamente a mediados del siglo XX¹. Actualmente, el tema integra en buena medida, los ordenamientos jurídicos de todos los países y en los estados que no lo legislan expresamente se trabaja en proyectos o en la elaboración de normas que lo contemplen como oportunamente se verá en este capítulo. El motivo no requiere mayor explicación, ya que interesa con particular relevancia analizar las soluciones que brindan las legislaciones nacionales para proteger al consumidor² ante elecciones abusivas de otros derechos. En este orden de ideas, cabe consignar que los países que cuentan con legislaciones protectoras para los contratos internacionales de consumo, adoptan generalmente una fórmula paralela a la solución prevista para la jurisdicción internacional; en principio, se inclinan por el derecho del lugar del domicilio o residencia habitual del consumidor, al considerar que se trata de la conexión que cumple más acabadamente con las expectativas de respetar a la figura que aparece como la más débil en esta relación jurídica³.

Ni el espacio interamericano de las CIDIP, ni el regional –MERCOSUR–, vinculan a los estados en sus respectivos ámbitos territoriales por normas sobre

* Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración Regional. Investigadora categoría I. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la lista de árbitros de MERCOSUR por Argentina. Este trabajo es parte de una investigación internacional llevada a cabo en el marco de una red internacional que vincula entre otras, a la Universidad Nacional de Córdoba y cuya coordinación lleva a cabo la Universidad de Granada.

¹ Conf. O. Lando, “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, *Recueil des cours*, Volume 189, 1984-VI, pp. 225-447. F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé / par Fausto Pocar*. *Recueil des cours*, Volume 188, 1984-V, pp. 339-418.

² Respecto de la calificación de “consumidor” véase: S. L. FELDSTEIN DE CARDENAS/L. KLEIN VIEIRA, “La noción de consumidor en el Mercosur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, pp. 71 y J. C. VILLALBA CUÉLLAR, “La noción de consumidor en el derecho comparado”, Bogotá, Universitas, 2009.

³ Ver nuestro trabajo, “El Derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional”, en DREYZIN DE KLOR, A. (Dir)/ ELLERMAN, I. (Coord), *Los Derechos del Consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, Zavalía, Buenos Aires, 2012, pp. 73-125.

legislación de consumo⁴. Digamos que en las CIDIP se aprobó una convención sobre ley aplicable a los contratos internacionales que Argentina no ha ratificado la que a la fecha se encuentra vigente solo entre dos países del continente⁵. Ante una carencia de tan significativo tenor, no llama la atención el empeño puesto para elaborar normas específicas de DIPr que contemplen la protección de los consumidores legos o no profesionales. Las conexiones existentes para regular el comercio internacional tienen como base el equilibrio estructural de fuerzas o de intereses profesionales entre los agentes -ambos profesionales- involucrados. En tanto que este equilibrio estructural no existe en los contratos internacionales concertados con consumidores legos.

La asimetrías que observan los contratos internacionales de consumo en orden a la elección de la ley aplicable pasan no solamente por la que existe entre las partes sino también hay asimetría en cuanto a la información sobre el producto o los servicios que se ofrecen y generalmente, la parte débil es la menos informada sobre estos aspectos ya que no se encuentra muchas veces en condiciones de adquirir la información precisa o ésta puede resultar muy onerosa⁶.

La fórmula conveniente no implica evitar la autonomía de la voluntad de forma radical; de lo que se trata es de impedir que la elección de un derecho que lleve a la inaplicabilidad de normas imperativas que resultarían de aplicación si esa elección no procede. Es decir, no tendría por qué haber problema alguno en que se aplique un derecho u otro siempre que se resguarden los criterios de protección de la ley normalmente aplicable que se reflejan en sus normas materiales imperativas que deben considerarse como tales en la relación internacional. Por otra parte, en una u otra hipótesis, las normas de conflicto aplicables pueden ser orientadas materialmente hacia la protección del consumidor. El tema está vinculado a la cultura jurídica de un país y como referiremos más adelante, al elaborar las normas de DIPr del Proyecto de Código Civil y Comercial, excluimos en esta materia la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en materia de derecho aplicable desde la perspectiva internacional⁷.

II.- Naturaleza de las normas aplicables a la protección del consumidor: El rol de orden público y las normas imperativas

A.- El orden público y las normas imperativas

⁴ Ver I. ELLERMAN, "La protección del consumidor en un espacio integrado: el caso del MERCOSUR", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2013-2*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pp. 557-600.

⁵ En 1994, se aprobó la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Cabe destacar que a pesar de que la Convención se encuentra vigente a la fecha actual (09/01/2014) sólo entre México y Venezuela.

⁶ Estos aspectos del contrato internacional de consumo se vinculan a una perspectiva económica del contrato. En orden a esta mirada se afirma que existe numerosa bibliografía sobre diferentes aspectos del derecho aplicable desde una óptica económica pero no así de la cuestión referida a "cómo debe funcionar la protección del consumidor desde una perspectiva económica". Ver: G. Rühl, "La protección de los consumidores en el derecho internacional privado", en: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, p. 96-97.

⁷ Nos referimos al Proyecto de Código Civil y Comercial que nace a partir del Decreto Presidencial 191, del 23 de febrero de 2011, por el cual se crea la "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación" (Proyecto) integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci. Para colaborar con la elaboración de las normas de DIPr fuimos convocados: María S. Najurieta, María E. Uzal, Marcelo Iñiguez y quien suscribe este capítulo. Actualmente el proyecto cuenta con media sanción de la Cámara de Senadores, (sesión del 27/11/2013) habiéndose diferido su tratamiento en la Cámara de Diputados para el mes de marzo del año 2014.

Se ha sostenido que las normas de derecho del consumo son de orden público⁸. La aseveración requiere efectuar algunas precisiones en torno al alcance de este instituto. A tal efecto es menester partir de una cuestión metodológica. Bajo la vigencia del método clásico o tradicional que reinó en Argentina durante buena parte del siglo XX, en el derecho interno la norma de orden público actúa con carácter imperativo en tanto limita y anula el principio de la autonomía de la voluntad, determinando la invalidez total o parcial de un acto celebrado bajo ese principio⁹. En tanto que desde otra perspectiva, el orden público no puede definirse por la nota de la imperatividad¹⁰ sino por su contenido, delimitado por un conjunto de principios de orden superior (políticos, religiosos, económicos, morales) a los que una sociedad considera estrechamente vinculados a la existencia y conservación de su organización social. Sus características son: a) las normas no pueden ser derogadas por voluntad de partes, b) en ocasiones, se aplican retroactivamente.

Bajo esa mirada puede señalarse que el orden público internacional es cualitativamente distinto al orden público interno y constituye una de las instituciones más problemáticas a la hora de su conceptualización¹¹. Sin embargo entendemos que el problema del orden público no pasa por definirlo ya que se trata de un conjunto de normas y principios propios de un determinado país que sustentan el ordenamiento jurídico de ese Estado. Lo difícil es enumerar ese conjunto de normas y principios, los valores que lo orientan en tanto son versátiles, ya que el orden público se caracteriza por ser un concepto actual. Aquello que ayer era orden público y en consecuencia no podía ser dejado de lado por la aplicación de una norma extranjera, hoy no lo es. Y también puede darse el caso inverso.

La función del orden público es actuar como correctivo funcional en tanto obra como acción de defensa de todos los elementos (normas, principios, valores) que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico. El carácter excepcional y funcional de la institución es hoy ampliamente aceptado por lo que actualmente no es tema de debate si consiste en disposiciones o si se trata de principios; no hay duda de que se trata de un *conjunto de principios*¹², siendo además su aplicación a posteriori¹³. En esta posición, se admite el derecho extranjero de manera directa -aplicación por el juez argentino- y por vía indirecta al reconocerse y/o ejecutarse en nuestro país la

⁸ Conf. expresa C. Lima Marques efectúa un detallado análisis de las consecuencias que tiene esta consideración, su origen y las perturbaciones o los obstáculos que plantea esta doctrina en la actualidad. En Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais, 6ª ed. Revista Dos Tribunais, 2011, pp. 147-148.

⁹ Para esta postura el orden público debe desprenderse de las propias normas del Código Civil y no buscarse fuera de él más allá de las normas positivas. Véase ROSATTI, H., "Código Civil Comentado. El Código Civil desde el Derecho público", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 117 y ss.

¹⁰ Según esta doctrina la imperatividad en todo caso, es una consecuencia.

¹¹ Véase: ROMAIN, Jean-François, L'ordre public, concept et applications, Editorial Bruylant, Bruselas, 1995.

¹² A modo de ejemplo puede mencionarse el principio de equidad, el principio de buena fe, el principio de primacía de la realidad, el principio de igualdad, los principios de humanidad y dignidad del ser humano, muchos de los cuales se encuentran receptados universalmente en tratados y convenios internacionales.

¹³ La excepción orden público internacional, puede funcionar de dos modos diferentes: a priori, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio; o a posteriori. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de su legislación.

sentencia extranjera con fundamento en el derecho foráneo¹⁴. Se limita a dejar de lado la ley extranjera aplicable; la ley foránea mantiene entonces esencialmente su aspecto negativo.

Ahora bien, convengamos en que el método tradicional o clásico de DIPr fue dejando espacio al pluralismo metodológico que se viene imponiendo en el país con más fuerza en este siglo aunque se conoce desde mediados del siglo pasado¹⁵. Surge así el método que contempla la norma material para regular relaciones jurídico privadas internacionales¹⁶ y en cuanto nos interesa, las normas imperativas¹⁷.

En el ámbito del derecho privado ha cobrado una dimensión cada vez mayor la autonomía de la voluntad, desplazando normas imperativas de los ordenamientos internos que pasan a tener vigencia subsidiaria. En virtud de ello, se achica el espacio para la aplicación de esta defensa; la misma regulación del instituto lo demuestra desde que las últimas convenciones han previsto su empleo ante la manifiesta contraposición con los principios en que se sustenta la legislación interna¹⁸.

Ahora bien, la regulación jurídica de relaciones privadas en el ámbito internacional a través de instrumentos convencionales, enraíza en la importancia que se reconoce a estos acuerdos a los fines de facilitar la solución de casos jusprivatistas vinculados con diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo no siempre es posible respetar a rajatabla la regulación normativa que se acuerda aplicar a través de las conexiones establecidas¹⁹. Es evidente que algunos ámbitos quedan reservados exclusivamente a la aplicación del derecho del foro y los jueces deben abstenerse de aplicar un ordenamiento jurídico que no sea el propio. Las normas imperativas evidencian los espacios no delegados ya que no pueden ser dejadas de lado por el derecho declarado aplicable; el efecto de su inclusión es el de desplazar a ese derecho que regiría la relación de no quedar captada por la imperatividad de las normas del foro que se imponen a la regulación del caso internacional²⁰.

Su inclusión en las convenciones internacionales implica echar mano de una técnica consistente en retener aspectos determinados del instituto sobre el cual se legisla

¹⁴ Véase W. GOLDSCHMIDT, “Los tres supuestos de la jurisdicción internacional indirecta”, *Revista Prudentia Iuris*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires, Agosto 1980, pp. 9 a 26.

¹⁵ Sobre este método ver: P. MAYER, “Le mouvement des idées dans le droit des conflits des lois”, *Droits*, n° 2, 1985; B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” de conflits de lois)”, *Recueil des Cours*, 1984, III, pp. 219-387.

¹⁶ LOQUIN, E. *Les règles matérielles internationales*. *Recueil des cours*, Volume 322, 2006, pp. 9-241.

¹⁷ Sobre estas normas ver: B. AUDIT, “How do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?”, en: *Mandatory Rules in International Arbitration*, : G. Berman y L. Mistelis (eds.) *Juris Net LLC*, 2011, p. 53 y ss.

¹⁸ Un ejemplo de esta posición puede verse en las Convenciones Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). Así la Convención sobre Normas Generales de Derecho internacional Privado (CIDIP II – Montevideo 1979) ratificada por nuestro país, en su art. 5 establece: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

¹⁹ En este orden de ideas, resulta muy ilustrativo el pensamiento del Maestro Jorge Alberto SILVA vertido en su libro *Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez*. UACJ-Fontamara editorial, México, 2010, cuya lectura especialmente sugerimos. Asimismo, sobre el tema, A. DREYZIN DE KLOR/ P.M. ALL, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 3 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección a los consumidores”, presentado al Foro de expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP IV (OEA), disponible en www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_foro, p. 3 (consultado 09-01-2014).

²⁰ J. M. ESPINAR VICENTE, “Ensayos sobre teoría general de derecho internacional privado”, Madrid, Civitas, 1997, pp. 59-60.

estableciendo los supuestos que quedarán captados por normas “imperativas” u “obligatorias” del foro²¹. El efecto de estas normas es doble. Por un lado vinculan al juez con la aplicación de su propio derecho con independencia de cualquier otra consideración basada en las circunstancias del caso o en la vocación de aplicar cualquier otro orden jurídico, por otro lado, se determinan los límites que establece el legislador para permitir la penetración de derecho extranjero.

Ahora bien, la cuestión cambia frente a la necesidad de tomar en consideración las normas imperativas de terceros ordenamientos.

Se trataría de la aplicación de las normas imperativas de la *lex causae*, o sea que el juez del foro decide como lo haría el juez extranjero cuya ley rige el contrato²². Esta previsión significa garantizar a los particulares sus derechos en todos los Estados con los cuales la relación jurídica internacional que los involucra está conectada, a la vez que entraña la sanción efectiva de tales derechos en los demás estados. De esta suerte, tanto puede ser útil a la armonía internacional, la adopción de conexiones razonables en las normas de conflicto, como la aplicación de normas materiales imperativas extranjeras.

Asimismo, y aún admitiendo la autonomía de la voluntad en cierto grado, las normas imperativas o de policía, prevalecen como límites generales al ejercicio de dicha autonomía.

B) El orden público, las normas internacionalmente imperativas y la cláusula de excepción en el Proyecto CC y C. 2012

Cabe consignar que el orden público se refiere a principios fundamentales del Estado²³ mientras que las disposiciones internacionalmente imperativas tienen metas específicas. La intervención del orden público acontece principalmente en el derecho de familia y de sucesiones, mientras que la aplicación de disposiciones internacionalmente imperativas tiene mayor cabida en materia de obligaciones contractuales²⁴.

Las codificaciones más modernas prevén reglas diferenciadas concernientes al orden público y a la aplicación de disposiciones imperativas así como también una cláusula de excepción a la aplicación del derecho extranjero en razón de la conexidad del caso con otro ordenamiento.

Estos supuestos están previstos en el Proyecto, en el Título IV. Disposiciones de derecho internacional privado, en el Capítulo 1, en las siguientes disposiciones:

Artículo 2597.- **Cláusula de excepción.** Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

²¹ A. DREYZIN DE KLOR/P.M. ALL, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 3 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección a los consumidores”, ob. cit., p. 4.

²² M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en: González Campos y otros, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, p. 182.

²³ Conf. G. PARRA ARANGUREN, Curso general de derecho internacional privado – Problemas selectos. Caracas, Fundación Fernando Parra-Aranguren, 1991, p. 260.

²⁴ Conf. Erik JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 251 (1995), pp. 9 y ss.

Artículo 2599.- **Normas internacionalmente imperativas.** Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

Artículo 2600.- **Orden público.** Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

C) El orden público internacional y las normas imperativas en la protección del consumidor

Toda reglamentación de DIPr sobre esta materia hace referencia a la noción de orden público y a las normas imperativas. A partir de esta premisa deviene que no todas las normas nacionales relativas a la protección del consumidor se consideran normas imperativas de derecho internacional privado. Ello importa que los principios sobre los cuales las normas de protección al consumidor se asientan no coinciden en un todo con principios de orden público internacional²⁵.

En materia de protección al consumidor, el orden público determinará el rechazo a aquellas normas extranjeras que contradigan los principios fundamentales que coinciden en buena medida con los axiomas constitucionales del ordenamiento del foro. A ello se suma, el hecho de que los derechos del consumidor, son una especie del género “derechos humanos”²⁶.

Entre los principios fundamentales que informan la legislación consumerista²⁷ destacamos los siguientes: el principio protectorio que se traduce en el derecho de acceder al consumo, a las prestaciones de salud, a la educación; el principio antidiscriminatorio o derecho a un trato equitativo, que veda toda desigualdad que pueda generarse por la diferencia de recursos de una persona que la torna vulnerable. Involucra pues, el derecho a la libre elección, a la información, a la seguridad, a la garantía y a la privacidad; la proscripción de cláusulas abusivas, la protección de intereses económicos tales como el derecho a la reparación de daños, el derecho a acceder a la organización colectiva para la defensa de derechos de consumidores y usuarios (art. 42 Constitución Nacional) y el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz.

²⁵ En igual sentido ver: LUCERO DE GODOY, M. y ECHEGARAY DE MAUSSION, C., “La protección internacional del consumidor. Propuestas para una codificación regional”, en: *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, CEDEP /La Ley Paraguaya, Asunción, 2007, pp. 347-360.

²⁶ Bien se afirma que desde el punto de vista jurídico constitucional, los derechos del consumidor están circunscritos a los derechos humanos fundamentales que se conocen como de tercera generación, es decir, aquellos destinados a la protección del bien común y que sólo son realizables por el esfuerzo de todos. En esta línea puede verse: G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pp. 189 y ss.

²⁷ Son numerosos los estudios doctrinales sobre los principios que rigen el derecho del consumidor. Entre otros, puede verse: R. L. LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, 2009. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene estableciendo una serie importante de consideraciones en la materia que encarnan directamente con principios constitucionales.

En este orden de ideas, en el ámbito interno y con sustento normativo en el art. 14 inc. 2° del Código Civil, cabe reconocer a los tribunales la facultad de controlar la compatibilidad con los principios de orden público que informan la legislación del contenido material del contrato que corresponda, de la solución de fondo que brinde al caso el derecho privado extranjero eventualmente aplicable al caso y de la solución de fondo –material- que pudiera atribuir al caso una sentencia judicial o decisión administrativa extranjera, al tiempo de proceder a su examen a los fines de su reconocimiento y /o ejecución.

Amén de estos principios de carácter fundamental, podría diseñarse un cierto consenso sobre las cuestiones que quedan afectadas en el contexto contractual internacional de consumo. Una primera dificultad que identificamos pasa por diferenciar en un contrato de consumo el elemento que atente contra el orden público (vgr: con relación al objeto: venta de cannabis), de aquel que contradiga una norma imperativa (venta de medicamentos sin receta cuando precisan de ella). Esta tarea le corresponde al tribunal competente del Estado que entiende en la causa y la solución tendrá relevancia a la hora de justificar los motivos del rechazo de una ley extranjera que permita, por ejemplo, determinadas cláusulas consideradas abusivas en el foro, o el comercio con determinados bienes (vgr: bienes culturales, animales salvajes, o incluso armas) no permitidos²⁸.

Tampoco hay que descartar otra posibilidad: la hipótesis en que a través de una norma imperativa del foro se pretende proteger un interés propio del ordenamiento, (vgr. la protección del consumidor a través de la prohibición de una determinada cláusula abusiva); ese objetivo puede estar garantizado por alguna regla del derecho declarado aplicable por la norma de conflicto del foro. Una situación equivalente no puede configurarse con relación al orden público, menos aún en su vertiente negativa, ya que, en este caso, se impone un rechazo frontal al ordenamiento extranjero, mientras que en el supuesto de las normas imperativas, se plantea un mandato positivo de aplicación que puede permitir la entrada en juego del derecho extranjero.

En el caso concreto de la protección del consumidor internacional se pretende crear un sistema que asegure el reequilibrio de las relaciones contractuales²⁹, negando eficacia a las cláusulas abusivas y creando garantías legales para proteger algunas expectativas básicas de los consumidores.

En todo caso, la pregunta es: ¿qué normas se consideran imperativas en el país del foro? Ciertamente, debe tratarse de una norma que reclame su aplicación con independencia de cuál sea la ley reguladora del contrato.

Ahora bien, ¿quién determina o cómo se determina el carácter imperativo de la norma? ¿el juez? ¿el operador jurídico? ¿se trata de una norma dotada de vocación extraterritorial?

Estos planteos requieren tener presente la naturaleza y el objeto de estas normas, pero también sus consecuencias. Estimamos, sin embargo, que en primer término será el propio legislador quien establezca la cuestión y si esta circunstancia no acaeciera deberá ser el juez a la hora de pronunciarse en un caso iusprivatista mixto sometido a su consideración.

²⁸ J. M VELÁZQUEZ GARDETA, “La protección al consumidor *online* en el Derecho internacional privado interamericano”, Asunción, CEDEP, 2009, p. 263.

²⁹ Véase C. LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais”, 6. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. , p. 210 y ss.

En este sentido se ha señalado la necesidad de proceder a la unificación de normas imperativas³⁰. Entendemos que se trataría de abonar una suerte de común denominador que obre de protección a nivel universal, frente al incremento de normas imperativas materiales nacionales en una materia en que se teme que pueda considerarse a la legislación nacional de consumidor en su conjunto, de carácter imperativo³¹.

En materia de contratos internacionales de consumo, debemos tener en cuenta que las leyes internas de defensa del consumidor son aplicables en principio sólo respecto de casos nacionales. En cambio, los contratos de consumo internacionales deberán regirse por el derecho que resulte aplicable como consecuencia del funcionamiento de las normas del DIPr. En consecuencia, el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240 (modificada por la ley 26.361³²) de Defensa del Consumidor resultarán aplicables, en principio, cuando el contrato se encuentre sometido al derecho local argentino. Sin perjuicio de ello, algunas de sus disposiciones en particular pueden llegar a constituir principios que forman parte del orden público internacional, lo cual limitaría la aplicación del derecho extranjero³³.

Sin embargo, podríamos considerar, con un sector de la doctrina, que en su conjunto, las normas nacionales de protección de los consumidores son leyes de policía o normas imperativas y en consecuencia no serían necesarias normas de derecho internacional privado protectorias del consumidor ya que en definitiva el consumidor domiciliado o con residencia habitual en un país o nacional de un país estaría siempre protegido por la aplicación probable de estas normas.

No compartimos esta última postura, puesto que tal conclusión podría dejar afuera ciertas situaciones, toda vez que no es real y nada garantizará que las normas imperativas o de orden público del país del domicilio del consumidor serán aplicadas dentro del marco de discrecionalidad del juez del foro competente³⁴.

Entendemos que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) *in totum* resulta aplicable en principio sólo a casos nacionales y que no corresponde valerse de sus disposiciones, o en todo caso hacerlas funcionar como normas de policía aplicables también respecto de casos con elementos extranjeros, los cuales deberán regirse por el derecho que resulte aplicable a consecuencia del funcionamiento de las normas de conflicto de DIPr.

En consecuencia, la LDC en bloque sólo se aplica en la medida en que el contrato se encuentre regido por el derecho de fondo argentino, lo cual no quita que, por una parte, de algunas de sus disposiciones puedan inferirse principios de orden público internacional y que por lo tanto operen como límites a la aplicación del derecho extranjero eventualmente aplicable, o bien que, aun cuando la relación se encuentre regida por un derecho extranjero, alguno de sus aspectos pueda quedar captado por el derecho argentino (podrían ser las cuestiones procesales).

³⁰ J. MORENO RODRIGUEZ, “La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor”, presentado al Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA), disponible en www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_foro, p. 5.

³¹ A. DREYZIN DE KLOR/P.M. ALL, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 3 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección a los consumidores”, *ob. cit.*, p. 5.

³² B.O. 07/04/2008.

³³ En igual sentido, C. IUD, “Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (elDial.com), Ed. Albremería, 2006 y G.J. SCHOTZ, “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en Internet”, en *RDCO 201*, Buenos Aires, Depalma, 2002, p. 39.

³⁴ Ver DREYZIN DE KLOR, A./SARACHO CORNET, T., “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *La Ley* 1995-D, 1037.

En definitiva, estimamos que cualquier regulación de DIPr -sea convencional o interna- debe contener una referencia a las normas imperativas; sin embargo, consignemos que una aclaración en el sentido propiciado, esto es el carácter internacional de las normas imperativas, resultaría beneficiosa para no caer en la tentación de considerar la normativa nacional *in totum* como imperativa³⁵. Sobre todo, tratándose de una materia particularmente susceptible de ser objeto de interpretaciones amplias que impidan la aplicación de cualquier norma foránea.

III. Regulación del derecho aplicable a las relaciones de consumo en el ámbito interamericano en general y en el MERCOSUR en particular

No existe por el momento, una normativa en el ámbito interamericano y a nivel institucional tampoco se cuenta con reglas sobre la ley aplicable³⁶ a los contratos con consumidores. En materia de contratos en general en cambio hay tratados y convenciones que vinculan a Estados parte del MERCOSUR, pero no a todos en su conjunto³⁷.

A) Derecho internacional privado convencional

a) La CIDIP V

Si bien la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994)³⁸ no es derecho positivo para Argentina, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se considera que cualquier planteamiento referido a la necesidad de armonizar las normas contractuales sobre derecho aplicable en la región no puede prescindir del análisis -siquiera ligero- de las líneas directrices contenidas en la CIDIP V.

A pesar de que la Convención no regula materialmente los contratos de consumo internacionales, resuelve conflictos de leyes que se plantean en este ámbito.

Una de las innovaciones más importantes de la Convención es el papel asignado a la autonomía de la voluntad. Con respecto a la normativa aplicable a los contratos internacionales la Convención, en primera instancia, confiere a las partes contratantes el derecho de escoger cuál será la ley aplicable a su relación o vínculo contractual; el derecho aplicable puede ser elegido en forma expresa o tácita (art. 7.1), requiriéndose

³⁵ A. DREYZIN DE KLOR/P.M. ALL, “Consideraciones Generales sobre el Artículo 3 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección a los consumidores”, ob. cit., p. 5.

³⁶ Respecto del Derecho aplicable a las relaciones de consumo véase A. BOGGIANO, “Derecho aplicable a los contratos de consumo y entre empresas. A propósito del contratante débil y el Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, La Ley, 2010-E. pp. 410 – 435.

³⁷ Argentina, Uruguay y Paraguay están vinculados a través de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y han suscripto varias CIDIPs. Brasil es uno de los países ratificantes (aunque con reservas) del Código Bustamante y ha ratificado también convenciones interamericanas. Por su parte Venezuela, ha ratificado la CIDIP V sobre ley aplicable a los contratos internacionales y el Código Bustamante. Cabe destacar que Venezuela se incorporó al bloque tras una decisión política ocurrida en la cumbre presidencial del 31 de julio de 2012. En la cumbre del MERCOSUR ocurrida en Brasilia, el 07/12/2012, Bolivia firmó el Protocolo de Adhesión al bloque, dando inicio a los procedimientos necesarios para la incorporación al Mercosur en la condición de Estado parte. Respecto de la situación de Venezuela con anterioridad a la incorporación como Estado parte del MERCOSUR véase: DREYZIN DE KLOR, A./MORALES, M, “Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela”, Zavalía, Buenos Aires, 2009.

³⁸ Véase el análisis efectuado por J.A. MORENO RODRIGUEZ, “La convención de México sobre el Derecho aplicable a la contratación internacional”, en *Protección de los consumidores en América – Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, CEDEP, 2007, pp.118-120.

que la voluntad tácita se manifieste o surja de manera evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La elección del derecho puede referirse ya sea a la totalidad del contrato o sólo a una parte de éste, admitiéndose así el *dépeçage* voluntario.

La posibilidad de elección de la ley es amplia, sin orientación alguna y la CIDIP-V no exige un “contacto razonable” de la ley elegida por las partes. Esta técnica abierta y actualizada del DIPr ha dificultado la ratificación de la Convención por Brasil, hecho que interesa por tratarse de un Estado parte del MERCOSUR. Ahora bien, cuando las partes no eligen expresamente la ley aplicable al contrato o desarrollen conductas que pauten inequívocamente su voluntad en tal sentido, el acuerdo de voluntades queda sometido a la ley del Estado con el cual tenga vínculos más estrechos³⁹. Es decir que, ante la ausencia de elección por las partes, -como principio general subsidiario- se adopta un criterio de conexidad flexible, como es el principio de proximidad⁴⁰. La CIDIP V acepta la autonomía de las partes para luego remitirse al derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Resulta importante destacar que este convenio no echa mano de presunciones; la doctrina de la “prestación característica” no aparece en su texto, ni como criterio para determinar el derecho aplicable ni como presunción de vínculo más estrecho con el contrato. Bien se advierte que no ha incluido presunción alguna que guíe al intérprete en el proceso de determinación del país con el cual el contrato presenta una mayor vinculación. Así, la solución adoptada deja totalmente libre al intérprete en su apreciación de la realidad negocial -que en la mayoría de los casos no puede ser subsumida en rígidos criterios hermenéuticos⁴¹. El art. 9.2 establece que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales⁴².

El párrafo final del art. 9 dispone que si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato. Este es el fraccionamiento o *dépeçage* legal⁴³ al que ya se hiciera referencia en párrafos anteriores.

De acuerdo a lo que establece el art. 11 de la Convención, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo y será discreción del foro, en los supuestos en que lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato

³⁹ Conf. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, México, Oxford University Press, 2000, p. 92,.

⁴⁰ Sobre los criterios de conexidad y particularmente las conexiones flexibles, ver: SYMEON SYMEONIDES, “Codification and Flexibility”, Discurso inaugural pronunciado en el XXIV Seminario de AMEDIP, Puebla, México, 26 de octubre de 2011. Ver en *Codification and Flexibility in Private International Law*, in *General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*, Karen Brown & David Snyder, eds., 167-190, (Springer Pubs., 2012).

⁴¹ L. PEREZNIETO CASTRO, “La contratación internacional en América Latina”, en: *Anuario español de derecho internacional privado* N° 8, Madrid, 2008, pp. 615-624.

⁴² La influencia norteamericana es palpable en esta fórmula de la convención. Véase H. VEYTIA, “La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, ADDUI, N° 25, 1995-II, pp. 388-390.

⁴³ Acerca de *dépeçage* puede verse: A. E. ANTON, *Third Edition* by P. R. Beaumont and P. E. McEleavy, *Private International Law*, W. Green/Thomson Reuters, Reino Unido, 2011, 455-455.

tenga vínculos estrechos⁴⁴. De esta norma se deduce la diferencia entre a) normas imperativas cuya aplicación es ‘dispositiva’ y b) normas imperativas de carácter “imperativo” o de aplicación “imperativa”. Surge de forma meridiana que se contempla tanto la aplicación de normas de policía del juez como de normas de policía extranjeras: las primeras, de cumplimiento obligatorio y necesario, las segundas de cumplimiento facultativo. Por su parte, el art. 18 dispone que el derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

B) Derecho Internacional Privado autónomo

Los Estados partes del MERCOSUR cuentan con leyes internas de protección al consumidor⁴⁵, pero su aplicación a casos internacionales lejos de una aceptación pacífica plantea innumerables discusiones⁴⁶. Adelantamos que por el momento no existe una normativa a nivel institucional sobre ley aplicable a los contratos con consumidores. A su vez en el ámbito del DIPr se constatan divergencias nacionales importantes pues las normativas de DIPr de fuente interna de los países involucrados en este proceso de integración no son coincidentes en materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales en general: Brasil (socio de capital importancia) regula los contratos internacionales por la ley del lugar de celebración, mientras que Paraguay, Uruguay y Argentina lo hacen por la ley del lugar de ejecución⁴⁷. A su turno Venezuela, en defecto de la autonomía de la voluntad, recurre al derecho con el cual el contrato se encuentre más directamente vinculado⁴⁸ (principio de proximidad). La otra temática en cuestión es la recepción de la autonomía de las partes como fuente de regulación de los contratos internacionales: mientras Argentina y Venezuela sostienen la plena validez de los pactos de *lege utenda*, Brasil desconoce el valor de tales acuerdos y la República Oriental del Uruguay coincide – aunque no en forma total, con los criterios de la autonomía brasileña. En este país la doctrina se esfuerza en brindar argumentos que apoyen el ejercicio de la autonomía de la voluntad pero no convencen totalmente⁴⁹.

a) Autonomía de la voluntad

Si bien la autonomía de la voluntad de las partes es hoy considerada el elemento más importante de la conexión en el comercio internacional, no funciona igual en las

⁴⁴ Véase C. LIMA MARQUES, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, ob. cit., p.p. 1542-1543.

⁴⁵Nos referimos a la ley Argentina N° 24.240 y sus modificatorias (en especial la última reforma de la ley 26.361), el Código Brasileiro de Defensa al Consumidor, aprobado por Ley 8078 del 11/09/1990, que entró en vigencia en marzo de 1991, la Ley Paraguaya de Defensa al Consumidor y del Usuario N° 1334 de 27/10/1998 (GO 19/10/1998), la Ley Uruguaya de Defensa al Consumidor N° 17.250 del 11 de agosto de 2000 (DO 17/08/2000) y la ley de Protección al Consumidor y del Usuario N° 37.930 de Venezuela (GO 04/05/2004). Ninguna de estas leyes contienen disposiciones de DIPr.

⁴⁶Ver L KLEIN VIEIRA, “Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos”, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, en particular pp.32-33.

⁴⁷ Sobre la carencia de normas en este contrato específico, ver: DREYZIN DE KLOR A., A. Private International Law, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 76.

⁴⁸ En materia de contratos con consumidores será la ley del domicilio o residencia habitual del consumidor.

⁴⁹ Ver: E. Hernández Bretón, art. cit. p. 38; N. de Araujo, Contratos Internacionais, 3 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004. En tanto que hay juristas que entienden que la autonomía de la voluntad está en vigor en ese país pese a que la ley no lo admite. Ver: J. Dolinger, Direito Internacional Privado – Parte Especial-Direito Civil Internacional, vol II, Contratos e Obrigações no direito internacional privado. Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

relaciones de consumo. La posibilidad de ejercer este derecho por las partes pierde su sentido, convirtiéndose en un instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes.

En Argentina, es posible que las partes, en ejercicio de su autonomía elijan la normativa que más les convenga para regular el contrato; a falta de tal elección, es decir, subsidiariamente, se estará a lo dispuesto en las normas supletorias del Código Civil (arts. 1205 – 1214).

Son diversas las propuestas presentadas para modificar la normativa vigente. Así está la de quienes consideran que debe adoptarse una regla de autonomía limitada: la elección de las partes sólo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor⁵⁰. Como límites generales a la autonomía de la voluntad prevalecerían las normas de orden público internacional y las normas de policía (art. 1208 Cód. Civil).

La dificultad que plantea la regla propuesta, es que queda todavía abierta la puerta para dar paso a una amplia posibilidad de elección de la ley, y el riesgo en la práctica pasará por la verificación que debe realizar el juez para establecer que ley es mejor entre la ley elegida y lo dispuesto por otras leyes, en sus normas materiales, que tengan contacto con el consumidor⁵¹.

Una solución similar, pero más limitada, consiste en defender que, al aplicar las reglas argentinas, el juez procura una armonización con el mandamiento de protección del consumidor y permite que éste (el consumidor y no el juez) elija entre la aplicación de la ley de residencia habitual (arts. 1209, 1210, 1212, 1213 Cód. Civil), la *lex loci celebrationis* (Art. 1205 Cód. Civil) o *lex loci executionis*, conforme la que fuera más favorable a sus pretensiones⁵². Esta solución alternativa también es interesante, pues permite la elección de la ley más próxima a esta relación de consumo, según la visión del consumidor. Por otro lado, cuanto mayor sea la posibilidad de elección del consumidor, menor será la previsibilidad de la ley a ser aplicable para el proveedor, lo que puede –de ser muy amplia– acabar por perjudicar al comercio.

Se ha sostenido que las conexiones rígidas lejos de brindar certeza a los nacionales, ofrecen solamente una seguridad ilusoria⁵³ ya que hoy nadie desconoce los fenómenos del *fórum shopping*, de las soluciones alternativas de controversias y de la renuencia del consumidor a litigar internacionalmente.

En general la doctrina y la jurisprudencia se han orientado de modo significativo hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En nuestro país no existe una norma expresa que autorice el libre juego de la autonomía de la voluntad en el DIPr, y por ese motivo la doctrina se ha ocupado de argumentar y fundamentar si resulta procedente la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato y determinar su contenido.

El punto de inflexión de la autonomía de la voluntad lo constituye la existencia de partes débiles en la relación a las que resulta preciso tutelar, de manera tal que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado de manera especial en los contratos internacionales cuando una de las partes es típicamente débil. Así, se ha propuesto para la protección de los consumidores una regla de limitada autonomía: la

⁵⁰ A. BOGGIANO, “International Standard Contracts, en Recueil des Cours”, 1981, t. 170, pp. 55-59.

⁵¹ C. LIMA MARQUES, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, ob. cit., p. 1538.

⁵² J. A. TONIOLLO, “La protección del consumidor. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino”, en *RDM*, N° 6, 1998, pp. 113-114.

⁵³ A. BOGGIANO, “International Standard Contracts, en : Recueil des Cours, ob. cit., p. 61.

elección de las partes prevalecería si fuese la ley elegida la más favorable al consumidor, debiendo en caso contrario aplicarse el Derecho del domicilio del consumidor. Como límites generales a la autonomía de la voluntad actuarían las normas de policía (art. 1208 Cód. Civil) y los principios de orden público internacional.

El Proyecto 2012 recepta de forma expresa la autonomía de la voluntad. Además, entre sus fuentes cabe mencionar la Convención Interamericana que hemos analizado brevemente. Así, la norma que recoge esta solución señala en su primera parte:

“ARTÍCULO 2651.- **Autonomía de la voluntad. Reglas.** Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

- a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;
- b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;
- c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;
- d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.
- e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;
- f) los contratos hechos en la república para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable en ese país.”

En tanto que seguidamente señala la norma:

“Este artículo no se aplica a los contratos de consumo”.

b) Normas de aplicación subsidiaria

En las normas de conflicto de aplicación subsidiaria plasmadas en el Código Civil se establece una combinación de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración) – arts. 1209 y 1210 – y lugar de celebración (para los contratos sin contacto argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) – art. 1205- y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos sin lugar determinable de celebración ni de ejecución) – art. 1214.

Como se advierte, el Código Civil establece normas generales reguladoras de todo tipo de contratos, metodología que resulta inconveniente para captar supuestos de contratos multinacionales distintos, cuyas soluciones no se pueden proyectar con rígidos y genéricos criterios de localización. De acuerdo a los tipos contractuales, los intereses de las partes involucradas y los objetivos que los Estados persiguen a través de regulaciones materiales pueden variar de manera sustancial y, por ende, “sería una imprudencia grave desatender la especialidad de los diversos tipos mediante soluciones electivas de absoluta generalidad⁵⁴”. Si nos centramos específicamente en aquellos contratos con contacto argentino, resulta aplicable el derecho del lugar de cumplimiento⁵⁵.

Este cuerpo normativo brinda calificaciones del punto de conexión lugar de cumplimiento, adoptando un criterio de calificación flexible, de modo que los jueces serán los encargados de precisar en cada supuesto cuál es dicho lugar de cumplimiento en base a los arts. 1212 y 1213. Es decir: si las partes hubiesen fijado en el contrato un lugar de cumplimiento, será ese lugar el que fije el derecho aplicable. En la hipótesis en que las partes no designan lugar de cumplimiento o no surge de la naturaleza de la obligación, lugar de cumplimiento es aquél en que el contrato fue hecho, si es el domicilio del deudor. Esta calificación requiere acudir al art. 1213 que da respuesta al supuesto en que el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor; señala que en este caso, el lugar de cumplimiento es su domicilio actual.

Muchas veces, en los contratos internacionales de consumo el lugar de celebración del contrato no coincide con el domicilio del deudor y, por tal motivo, es preciso acudir al art. 1213 referido. Ahora bien, en los contratos bilaterales (de carácter sinalagmático), encontramos prestaciones recíprocas (una parte entrega la cosa y la otra paga un precio por ella en dinero, por ejemplo) y, ante esta circunstancia, debe analizarse cuál es la prestación relevante para localizar de manera íntegra el negocio en un sistema jurídico.

El interrogante que se impone gira en torno a determinar la prestación que posee virtualidad localizadora, vale decir, establecer la que vincula el contrato con su derecho aplicable. De acuerdo a la teoría de la prestación más característica⁵⁶ o tipificante dicha prestación es aquella que posee virtualidad localizadora; no se refiere al lugar de cumplimiento físico de dicha prestación, sino al domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica o tipificante del contrato (aquella que permite afirmar que un contrato es de una clase y no de otra). En el Anteproyecto, la normativa subsidiaria a la elección de ley por las partes se construye a partir de las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. En el supuesto que no se designe un lugar o éste no resulte de la naturaleza de la relación, se entiende que el lugar de cumplimiento es “el domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato”. Y para el supuesto en que no puede determinarse el lugar de cumplimiento, se somete el contrato a las leyes y

⁵⁴ A. BOGGIANO, “International Standard Contracts, en Recueil des Cours”, ob. cit., (Nota 58), p. 279.

⁵⁵ Un mayor análisis en: A. DREYZIN de KLOR, *Private International Law in Argentina*, ob. cit. pp. 72-74.

⁵⁶ Si bien es cierto que la mayor parte de la doctrina atribuye al derecho suizo (Adolf Schnitzer) la introducción en 1945 de la noción prestación más característica del contrato, hay quienes sostienen que ella palpita en la doctrina uruguaya que la vislumbra cincuenta años antes. Se trata, a través de ella, de identificar la prestación que permitiera darle al contrato su nombre, su carácter, su identidad, con el fin de distinguirlo de otros. Por ejemplo, en una venta la prestación caracterizante es la del vendedor, ya que la obligación de pagar el precio no es relevante en cuanto existe en todos los contratos onerosos. De ahí que Schnitzer afirmara que en un contrato bilateral la prestación característica será la no monetaria.

usos del país del lugar de celebración. Cuando se trata de un contrato entre ausentes, la perfección de éste, “se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”⁵⁷.

Asimismo, se admite aunque solo con carácter excepcional, a pedido de parte, “y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato”, que el juez disponga “la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”⁵⁸.

Ahora bien, ubicándonos en los contratos de consumo no debe perderse de vista cuál es el elemento tipificante y decisivo, ya que será ese factor el que los distinguirá de otros contratos y los someterá a un régimen tuitivo; así la existencia de consumidores y el destino final de los bienes y servicios es lo que debería determinar esa “tipificación”. Sin embargo, tal como lo han señalado algunos autores, desde una visión tradicional, la prestación característica podría ser vista como la que lleva a cabo el proveedor y por tanto se terminaría aplicando el Derecho del domicilio de la parte más fuerte de la relación, lo cual conferiría al proveedor el privilegio de encontrarse en mejor situación de evaluar los riesgos que implica la realización de negocios internacionales⁵⁹.

Aquellos contratos que no presentan contacto con el ordenamiento argentino, de acuerdo al art. 1205 del Cód. Civil, quedan captados por la ley del lugar de su celebración. Ahora bien, a los fines de justificar la razonabilidad, ésta podría entenderse por la vinculación con el lugar de adquisición del producto o servicio, ya que en este caso habría una relación de proximidad. De este modo, la adquisición para el consumo final (destino final de los bienes y servicios) podría ser juzgada como decisiva para otorgar razonabilidad a la *lex celebrationis*. Claro está que en ciertos supuestos puede no coincidir el lugar de celebración con el lugar de adquisición material del producto o servicio.

A nuestro juicio, frente a la carencia normativa que adolece nuestro sistema en el plano convencional en materia de relaciones de consumo, sólo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto del DIPr, con los estándares de control que puedan imponer: las normas de policía de la *lex fori*, impositivas de una solución excluyente de las normas de conflicto y los principios de orden público, inferibles de los principios constitucionales y del espíritu del propio derecho.

Por otro lado, sería importante la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre estándares mínimos de control que todos los estados se comprometan a respetar como piso material de garantías. Ante la imposibilidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se deberían elaborar normas de conflictos generales. La ley del lugar del país del domicilio o residencia habitual de consumidor resulta el punto de conexión más razonable a la situación de debilidad del consumidor internacional acompañado de otras conexiones acumulativas⁶⁰.

c) Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012

⁵⁷ Ver art. 2652, Proyecto Código Civil 2012.

⁵⁸ Ver art. 2653, Proyecto Código Civil 2012.

⁵⁹ J. A. TONIOLLO, “La protección del consumidor. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado argentino”, ob. cit., p. 556.

⁶⁰ En este sentido concluyó el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dra Berta Kaller de Orchansky”, sección Derecho Internacional Privado sobre “Jurisdicción y ley aplicable a las relaciones de consumo en Derecho Internacional Privado”, realizado en octubre del año 2005.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los contratos de consumo en el ámbito del DIPr se encuentran regulados en el Título IV Disposiciones de derecho internacional privado, Capítulo 3 de la sección 12.

Luego de la norma por la que se establece la jurisdicción competente⁶¹, siguiendo la metodología adoptada para regular los institutos en el Proyecto consistente en establecer la jurisdicción competente para entrar luego en el derecho aplicable, se establece que los contratos de consumo se regularán por el Derecho del Estado del domicilio del consumidor en las siguientes hipótesis: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; y d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

A los efectos de elaborar esta norma se tuvo en cuenta ley argentina 24240 modificada por la ley 26361, art. 1º; el Proyecto de Código de DIPr de Argentina 2003, art. 79; el Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay, art. 5; el Reglamento de la CE núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) art. 6º, así como también el Acta Introductoria del Código Civil Alemán, 2009, art. 29 (4) numeral 2.

IV. El consumidor internacional y el comercio electrónico

Algunos fenómenos como la internacionalización de los mercados, el turismo masivo, y sobre todo el comercio electrónico, han provocado por un lado, que el volumen global de las operaciones de consumo haya alcanzado dimensiones que exceden vastamente el ámbito interno de los Estados y, por otro lado, que las transacciones internacionales de consumo no sean ya una excepción o rareza reservada a unos pocos privilegiados. Desde el momento en que cualquier persona tiene acceso a una computadora conectada a la red puede celebrar contratos internacionales, en consecuencia la necesidad del tratamiento y regulación de este tema es una necesidad impostergable.

La protección del consumidor o más concretamente, los contratos entre los consumidores y proveedores de bienes y servicios preocupan especialmente pues no pueden quedar librados con exclusividad al arbitrio de las partes ante las notorias

⁶¹ “Art. 2654.- Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”. Respecto de la Jurisdicción internacional en materia de contratos de consumo, ver: ELLERMAN, I, “La jurisdicción internacional en el ámbito del derecho del consumo: alternativas y propuestas” en DREYZIN DE KLOR, A. (Dir)/ ELLERMAN, I. (Coord), *Los Derechos del Consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, ob. cit, pp. 33-71.

asimetrías que existen entre ellas. En este contexto, la regulación del comercio electrónico⁶² es un desafío que hay que afrontar pues la diferencia de poder económico entre proveedores y consumidores va en franco aumento, al incrementarse la capacidad de negociación y el acceso a la información con los consiguientes beneficios que suscita a los primeros.

A) La situación del comercio *online* en el mundo en general y en el ámbito interamericano en particular

Estados Unidos es el país del mundo en el que mayor auge ha tenido el comercio *online*, reflejándose una diferencia muy considerable con el resto de las naciones. Una de las razones que se destacan para que así sea transita por el nivel de desarrollo tecnológico general; así la consulta de algunos de los datos que lo acreditan, no resiste mayor análisis. Existen en EEUU más de 245 millones de usuarios de Internet, de los cuales algo más de 87 millones tienen acceso a la banda ancha⁶³.

La llamada brecha digital (*digital divide*)⁶⁴ se manifiesta en América de una manera evidente. Si, por un lado, Estados Unidos es el primer país en términos absolutos (número de usuarios, aunque a punto de ser superado por China⁶⁵ a nivel mundial) y relativos (proporción de usuarios por número de habitantes) de uso de Internet, los otros tres miembros que le siguen en importancia demográfica ofrecen cifras de uso muy lejanas.⁶⁶

⁶²El comercio electrónico excede a Internet pues es posible de materializarse mediante diferentes tecnologías. Inclusive, Internet no nace para utilizar las redes de computadoras con fines comerciales aunque su empleo en este ámbito no demora en difundirse. En un principio, el comercio electrónico era EDI (Electronic Data Interchange), empero su notable expansión se produce al advertir la posibilidad de obtener importantes ventajas a través de la arquitectura de redes abiertas, estimulado por fuertes incentivos económicos. En esta línea puede verse: M. BURNSTEIN, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en: K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (Editors), (Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet organized by the Molengraaff Institute of Private Law, University of Utrecht and the Hague Conference on Private International Law), The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 27-30; M. OYARZABAL, "Juez competente y contratos electrónicos en el derecho internacional privado" en: *DeCITA I*, 2003, pp. 289-299.)

⁶³J. M. VELÁZQUEZ GARDETA, "Nuevos retos jurídicos planteados por las relaciones de consumo *online*", en LIMA MARQUES, C/ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (Dirs), *The Global financial crisis and the need for consumer regulatio: New Developments on International Protection of Consumers*, Porto Alegre/Asunción, 2012, p. 319

⁶⁴ Sobre esta cuestión ver los proyectos de la ONU en *Fuerza de Tareas sobre Tecnológicas de la Información y la Comunicación (TIC)*: http://www.unicttaskforce.org/about/about_spanish.html

⁶⁵ A fines de 2010, la más importante economía emergente, China legisló -por primera vez en su historia- sobre la protección de los consumidores en los contratos internacionales (o en las transacciones y contratos realizados entre consumidores domiciliados en un país y proveedores de productos y servicios con sede en otro país, de ahí conectados más de un ordenamiento jurídico). Se trata de la "*Ley de la República Popular de China sobre las leyes aplicables a las Relaciones Civiles con elementos de extranjería*" (LALFCR), adoptada el 28 de octubre de 2010, en la 17va. sesión del Comité Permanente del 11vo Congreso Popular Nacional de la República Popular de China, que entró en vigencia el 1º de Abril de 2011. En la misma se hace referencia al Derecho Internacional Privado en 52 nuevos artículos, siendo uno de ellos sobre protección de los consumidores (art. 42).

⁶⁶Hasta el año 2012 las cifras eran las siguientes: Brasil, con una población de 200 millones, con un número aproximado de usuarios de más de 50 millones (6.4 millones en banda ancha); México con una población aproximada de 110 millones, tiene 23.7 millones de usuarios de Internet (4.8 en banda ancha), y Argentina con aproximadamente 40.7 millones, de los cuales 16 millones usan internet (2.6 millones en

Estados Unidos, con esas posibilidades de acceso a Internet (especialmente, a través de la banda, necesaria para muchas transacciones, y desde luego, para participar en algún sistema de resolución de controversias *online* (ORD) además de su renta per cápita y otros factores de índole económica, se ha convertido en el país con los máximos índices de actividad en el consumo *online*. Esto supone que sus consumidores han de ser, forzosamente, muy activos tal y como lo demuestran las estadísticas de consumo por Internet de aquel país.

Así, tomando como referencia a los países con mayor número de usuarios de Internet de América Latina (Brasil⁶⁷, México, Argentina, Venezuela, Chile, Colombia y Perú), en todos se registran porcentajes de incrementos en el consumo *online* superiores al 100% en los últimos años. Si partimos de la base del incremento sufrido por el consumo *online* en todo el mundo hasta el 2013, se observa una ralentización mundial a partir del 2009. En ese contexto, América Latina es de las regiones del mundo que más margen tiene de crecimiento por estar en pleno período de expansión informática y por ofrecer unas cifras de gran actividad entre los consumidores que disponen de banda ancha (la minoría).

B) La regulación del comercio electrónico

Nuestras sociedades se encuentran en un espinoso proceso cual es diseñar, rediseñar o completar las reglas aplicables a las relaciones que se crean a partir de la utilización de las redes para esta actividad. La metodología que se pretende emplear y que se desprende de algunas de las legislaciones modernas vigentes consiste en establecer mínimos estándares que combinen la faz legal con la técnica y con los aspectos de seguridad que van surgiendo en el devenir frente a los pronunciados avances en materia tecnológica⁶⁸.

En este orden de ideas, recordemos que el comercio electrónico depende en gran medida de dos factores: tiempo y espacio. Al igual que con la red, se señala constantemente que este fenómeno supera las distancias y el tiempo en que operan las personas interactuando recíprocamente, en algunos supuestos desde su ámbito geográfico legal, en otros sin una localización territorial precisa⁶⁹.

En materia de relaciones de consumo online en particular existen dos cuestiones de índole general que determinarán la regulación de la materia. Nos referimos a

banda ancha). Ello implica que el número de usuarios en los Estados Unidos es más del doble que el total de estos países (tomando como referencia el uso de la banda ancha, la proporción sería de cuatro a uno).

⁶⁷ Según sitios especializados, Brasil ya es el 13º país con mayor volumen transaccional por internet. El mercado brasileiro de comercio electrónico representa más de 1/3 del mercado latinoamericano. Véase el sitio <http://www.e-commerce.org.br/stats.php> (06-01-2014).

⁶⁸ Conf. M. DEVOTO, “Comercio electrónico y firma digital – La regulación del ciberespacio y las estrategias globales”, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 184 y ss.

⁶⁹ Véase nuestro trabajo: A. DREYZIN DE KLOR, “El derecho aplicable al comercio electrónico: un tema que interesa a los consumidores, a la CIDIP y a otros foros de codificación”, en *Protección de los consumidores en América*. Trabajos de la CIDIP VII (OEA), Asunción, La Ley-CEDEP, 2007. Pp. 239-258.

Internet⁷⁰ como medio en el cual se desarrollan las relaciones jurídicas objeto de estudio por un lado, y a la actividad del consumo y su repercusión jurídica, por otro⁷¹.

Tomando la referencia del medio -Internet- ámbito en que tienen lugar las relaciones jurídicas objeto de estudio y sus particularidades, nos situamos ante una polémica: autorregulación de fuente privada o recurso de normas de origen público, principalmente de DIPr⁷².

Son muchos los que se alinean en el sector doctrinal que se muestra partidario de una *lex electrónica*, *lex informática* o como modernamente se la ha denominado *Ciberlaw*, generada por los sectores profesionales implicados en el consumo *online*. La autorregulación no es una opción que afecte exclusivamente al consumo sino, también, a otras cuestiones con relevancia jurídica que tienen lugar en el ciberespacio, como la propiedad intelectual –quizás el campo en el cual la autorregulación sea mejor aceptada- la protección de la intimidad (*spam*) y de otros derechos fundamentales de las personas (incluso las propios de los menores), el comercio electrónico B2B, la responsabilidad extracontractual por actos de fraude, etc⁷³.

El tratamiento de esta cuestión nos conduce a determinar la validez de la opción de adaptar las normas de DIPr a los contratos internacionales de consumo *online* o, por el contrario, su ineficacia. Los argumentos –al menos los confesables- a favor de la nueva legislación se apoyan en la deslocalización (*ubiquité* en palabras de E. Jayme)⁷⁴ de las relaciones de consumo *online* y la ausencia de efectividad de las conexiones territoriales tradicionalmente previstas.

Por el contrario, los partidarios de la adaptación de las soluciones tradicionales de DIPr dan prioridad a las garantías que ofrecen el sistema de normas de origen público y la acción de los tribunales de justicia frente a las ventajas –dudosas en algunos casos- de las nuevas fórmulas de regulación y de solución de controversias. Ellos centran su argumentación en el desequilibrio comúnmente aceptado entre la debilidad del consumidor y la fortaleza del proveedor, a pesar de que esa relación de fuerzas quede suavizada en el marco de Internet en algunos casos, y en la imparcialidad de las instituciones del Estado frente a los intereses del legislador privado.

La siguiente cuestión general derivaría del alcance de la expresión “consumo internacional” y de la posición de los consumidores *online* de ese ámbito. Queda fuera de toda duda que Internet es una de las vías más directas y fáciles de acceso al consumo internacional para proveedores y consumidores. Partiendo de la tradicional consideración del balance de fuerzas entre consumidor y proveedor, ¿varía algo la posición del consumidor *online* comparada con la de un consumidor tradicional? ¿Precisa de mayor protección?⁷⁵

⁷⁰ Para una historia de Internet se puede consultar, entre otros, una selección de textos variados en cuanto a la especialidad de sus autores, de B. M. Lenier, V.G. Certf., D.D. Clark, R. E. Kahn, L. Kleinrock, D. C. Lynch, J. Postel, L. g. Roberts y S. Wolf, A. *Brief History of the Internet*, versión 3.32, última revisión 10.12.2003, en <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>; y M. Castells, *La Galaxia Intenet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Madrid, Areté, Plaza y Janés, 2001, pp. 23-51.

⁷¹ Aunque también es cierto que además de estos dos elementos vertebrales, existen también otros factores condicionantes como la tradición jurídica de los Estados y los intereses nacionales de cada uno de ellos.

⁷² Véase el análisis de R. FURTADO, *Dano trasnacional e internet – Direito aplicável e competência internacional*, Curitiba: Juruá, 2010, p. 34-35.

⁷³ J.M VELAZQUEZ GARDETA, “La protección al consumidor *online* en el Derecho Internacional Privado”, ob. cit., p. 48.

⁷⁴ Ver E. Jayme, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face a la globalisation”, en *RCADI*, t. 282, 2000, pp. 9-40, especialmente pp. 25-30.

⁷⁵ Véase el análisis efectuado por: F. E. SHINA, “Consumo *online*. Problemática del contrato informático”, Buenos Aires, La Ley, 2011, especialmente Punto III.

Tradicionalmente se ha considerado al consumidor afectado de una secular debilidad en su posición negociadora del contrato de consumo⁷⁶, debilidad que se traduce en su casi nula capacidad de influir en las cláusulas tipo del contrato que le presenta el proveedor, de negociar el contrato, en el sentido real de la palabra. Esta circunstancia se aprecia también en las relaciones *online*. Así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión podría ser calificable casi como una contradicción en sus términos. Se podría incluso llegar a afirmar que la postura que se adopte sobre la protección de los consumidores *online* encuentra su manifestación más evidente en la regulación que se haga del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A menor intervención estatal, menor margen de ejercicio de la autonomía de la voluntad del consumidor; a mayor regulación, mayor igualdad en el ejercicio, aunque exista una menor autonomía de la voluntad formal o aparente⁷⁷.

a) Teorías

A efectos de determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se generan en este contexto se han formulado diferentes teorías en las que se vislumbra el posicionamiento ideológico de sus autores sobre la naturaleza del ciberespacio, escenario en que se desenvuelven las operaciones.

Entre las primeras voces que se escucharon, se destaca la argumentación defendida por quienes entienden que al no tener dueño, el ciberespacio no queda sujeto a las reglas nacionales que aplican los estados en sus respectivos territorios. Se trata de una posición extrema propiciada por John Barlow para quien “el ciberespacio es un espacio diferente al real y libre por naturaleza”⁷⁸.

Esta teoría bastante radical, pareciera ignorar - como bien se ha dicho - que entre las consecuencias del interactuar de las personas pueden surgir conflictos a los que habrá que dar solución⁷⁹.

Desde otra arista, aunque también argumento válido para desecharla, entendemos que lejos está de tornarse posible su alegato desde que la misma enunciación la vuelve utópica en sus fundamentos al separar de manera tajante el mundo real del ciberespacio como si no estuvieran protagonizados ambos por equivalentes actores.

1. Autorregulación

La formulación es matizada por aquellos que consideran que la red debería estar gobernada por los propios usuarios, que son los directamente interesados. En consecuencia, a través de este discurso se impulsa la autorreglamentación privada construida por sus destinatarios. La justificación se encuentra en la analogía que asiste a la “lex informática” con la “lex mercatoria”. En efecto, el sustento es la convicción de hallar semejanzas entre las necesidades manifestadas en su momento por los

⁷⁶ C. LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, ob.cit., (Nota 28), p. 210 y ss.

⁷⁷ J. M. VELÁSQUEZ GARDETA, “La protección al consumidor *online* en el Derecho Internacional Privado”, ob. cit., p. 50.

⁷⁸ En esta línea, J. BARLOW en “A Cyberspace Independence Declaration” disponible en, <http://www.eff.org/Barlow>

⁷⁹ Conf. S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “La lex informática: la insoportable levedad del no ser”, en: *Estudios en Homenaje a Berta Kaller Orchansky*, TSJCba, Argentina, Advocatus, 2004, p. 288.

comerciantes que originan esta última, y los requerimientos de quienes interactúan en la red generando situaciones jurídicas⁸⁰.

Esta fuente jurídica transnacional estaría integrada por principios generales y cláusulas básicas como son actuar de buena fe, la libertad de expresión, el respeto al equilibrio de las partes, entre otros.

Considerar la autorregulación como único indicador también nos merece ciertos reparos. Aunque fundada en las mejores intenciones, la teoría parece inconducente en un campo imposible de delimitar. ¿Cómo alcanzar consenso entre los millones de usuarios que hoy operan valiéndose de la vía electrónica? No es un dato menor evaluar que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados, encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco tan heterogéneo⁸¹.

Es cierto que algunos ámbitos son más proclives que otros a esta sistemática y de hecho se articulan códigos de conducta, reglas y medios alternativos de resolución de conflictos específicos, conociéndose buenos resultados. De esta suerte no sorprende que organizaciones o asociaciones de participantes de Internet sean incentivadas e incluso sustentadas y apoyadas por los Estados nacionales y supranacionales⁸².

En realidad se trata de una reacción a que dio lugar la reflexión sobre el comercio electrónico de fines de los noventa, sosteniendo de manera enérgica la ineptitud del Estado para manejar de modo adecuado Internet. En ese escenario, se desarrolla esta propuesta que sedujo como alternativa válida. El interrogante planteado, entonces, discurre por carriles irresolubles por lo que descartar estas posturas conduce inevitablemente a intentar la búsqueda por otros caminos que proporcionen mayor certeza y seguridad jurídica a los usuarios, operadores y afectados en sus transacciones.

2. El Estado y la correulación

El reverso de dicho discurso consiste en dar crédito a los ordenamientos jurídicos nacionales para asumir la labor de regular el comercio electrónico, admitiendo la correulación con la vertiente privada. Se trata de completar la normativa pues buena parte de las disposiciones vigentes en los Estados es aplicable a las operaciones efectuadas por vía electrónica. Autorizada doctrina se enrola en esta teoría que merece particular atención pues halla sustento en la solvencia de su desarrollo.

Como punto de partida funciona la premisa de considerar a los Estados entes idóneos para asumir la creación de normas jurídicas en función de la legitimidad democrática que les asiste tanto para elaborar las reglas como para hacerlas cumplir. En este orden de ideas, las soluciones actuales del derecho son conciliables con la aparición de la nueva tecnología y analógicamente aplicables a las situaciones que se plantean en su marco. A este efecto, el ciberespacio no es un lugar nuevo sino en todo caso, un lente

⁸⁰ Sobre la "lex mercatoria", puede verse A. DREYZIN DE KLOR/T. SARACHO CORNET, "Trámites judiciales internacionales", Buenos Aires, Zavallía, 2005, pp. 36-37; H. PERRITT, "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's role" in: *Strengthening National and Global Governance*, 5, Ind. J. Global Leg.Stud., 1998, p. 423 y ss. También en: <http://www.kentlaw.edu/perritt/publications/>

⁸¹ Ver P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Derecho Privado de Internet", ob. cit., (Nota 77), pp. 79-80.

⁸² En esta línea, M. REQUEJO ISIDRO trae a colación la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, del 8 de junio de 2000 (arts. 16 y 17) relativa a determinados aspectos de la sociedad de información, en particular al comercio electrónico (Directiva de Comercio Electrónico o e-commerce), y los números 32 y 51 del Preámbulo; los arts. 18 y 32 de la Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico (DOCE, L, núm. 178, 17 de julio de 2000), "Contratación electrónica internacional: Derecho aplicable", en: *Autores, consumidores y comercio electrónico*, España, Colex, 2004, p. 277.

o un filtro a través del cual se mira el mundo; una interfase que deja lugar para ejercer el control sobre todas las cosas⁸³.

3.- El rol del DIPr

Ahora bien, dado el carácter internacional inherente al comercio electrónico, la disciplina jurídica llamada a intervenir es el DIPr en tanto le compete regular las situaciones jurídicas de naturaleza privada con elementos extranjeros.

Es sabido que el DIPr se ocupa de las relaciones privadas de tráfico externo. Partiendo de la existencia de contactos de la relación con distintos ordenamientos normativos procede a la localización del negocio con uno de tales ordenamientos jurídicos atendiendo al criterio de proximidad geográfica entre los elementos que la integran y un espacio territorial en el que rige ese ordenamiento. Es cierto que hay supuestos en los cuales, en atención a los valores subyacentes al sistema local, el derecho aplicable requiere de determinadas correcciones pues hace a cada Estado concretar dichos axiomas de su legislación del modo que estima más conveniente. En consecuencia la ley tiene un alcance nacional, o sea que su validez está limitada territorialmente, aunque por el juego de las fuentes, existe la posibilidad de extender el espacio de vigencia cuando hay tratados o convenios internacionales⁸⁴.

No sorprende en principio, que la pretensión de encuadrar el comercio desarrollado a través de medios electrónicos a esta técnica, se tilde de problemática por los contornos - particularmente de la red - relativos a la desterritorialización⁸⁵ por una parte y a la desmaterialización⁸⁶ de los actos jurídicos por otra. Sin embargo, si bajamos línea a una de las manifestaciones concretas como es la contratación por medios electrónicos, no existe el ciberespacio sin un espacio real en lo que a DIPr concierne, en el sentido de reconocer que los actos se llevan a cabo en algún lugar y los efectos suceden también en un espacio real⁸⁷.

Ahora bien, las iniciativas nacionales se sustentan en ciertos atributos propios del país que la desarrolla y su diseño se corresponde con la cultura y el sistema jurídico imperante en una determinada unidad territorial. Esta unilateralidad conlleva el peligro de tornar imposible, o al menos provocar serios inconvenientes, en la implementación de soluciones o aplicaciones singularizadas. La regulación nacional de este tema es una manifestación de la disparidad de concepciones a que da lugar el comercio electrónico a la hora de elaborar su marco legal.

Al ser los Estados individualmente considerados quienes reglamentan el comercio electrónico tienden a establecer un sistema atendiendo a la ecuación tiempo –

⁸³ Se trata de la teoría del control expuesta por A. SHAPIRO, *The Control Revolution*, New York, Public Affairs, 1999.

⁸⁴ Acerca de la metodología enunciada puede verse: J. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, p. 24 y ss.; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Derecho Privado de Internet", ob. cit., p. 93 y ss.; J. M. ESPINAR VICENTE, "Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado", Madrid, Civitas, 1997, p. 124 y ss.

⁸⁵ Es hoy una verdad a todas luces aceptada que el ciberespacio no es un espacio físico, ni territorial, sino que es un espacio virtual, reconocida y acotada esta calidad al hecho de posibilitar a cualquier persona a acceder desde una computadora libremente a la web.

⁸⁶ La información fluye desmaterializada dado que solamente se encuentra en la memoria de la computadora y se expande a una cantidad ilimitada de personas.

⁸⁷ Ver H. KRONKE, "Aplicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace", en: *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (Editors), (Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet organized by the Molengraaff Institute of Private Law, University of Utrecht and the Hague Conference on Private International Law), The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 65-66.

espacio, parámetros que interesan para determinar la localización de la responsabilidad de quien suministra servicios electrónicos, así como a regular la circulación transfronteriza de datos producida en un espacio relativamente corto de tiempo, tratando de evitar que este fenómeno quede excluido de supervisión por tales causas.

Sin embargo, hay aspectos de crucial trascendencia en los que debe hacerse hincapié aún cuando exceden el tema en tratamiento, así, el relativo a la jurisdicción. La internacionalidad - reiteramos - es prácticamente inherente al fenómeno, calidad que suscita no poca incertidumbre acerca de los órganos competentes para resolver controversias producidas en el marco de la operatoria; va de suyo que siendo autoridades estatales, es muy difícil considerar la permeabilidad de las reglas de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Repárese en el conflicto positivo de competencias que tendrá lugar por la plurilocalización o ubicación de los elementos subjetivos y objetivos de una relación privada en lugares distintos y se comprende entonces fácilmente el obstáculo a la cooperación del grado más profundo a la hora de evaluar los recaudos para su concreción⁸⁸.

El carácter internacional de las relaciones jurídicas que se entretienen por esta vía, conduce a reflexionar acerca del tratamiento jurídico más conveniente para su regulación. No descartamos la importancia de contar con fuentes nacionales, empero, la necesidad de contar con un marco jurídico de origen convencional no plantea debate frente al imparable avance de estas tecnologías⁸⁹. Sobre todo destacar la relevancia de la internacionalidad del comercio electrónico, conduce a plantear que la metodología adecuada consiste en eliminar la disparidad legislativa de los ordenamientos nacionales y sus efectos.

¿Cómo se afronta la disparidad jurídica? A través de la armonización y unificación legislativa.

Desde esta premisa el marco jurídico idóneo, sea en función de la certeza que reconoce, sea por su contribución a favorecer el desarrollo del comercio internacional, es la regulación generada en los foros de codificación internacionales de Derecho. En esta línea resulta altamente positivo el papel desempeñado por la CNUDMI, sin desconocer por cierto, la actitud asumida en otras instituciones y organismos internacionales que también han incluido el comercio electrónico en sus agendas.

4.-Nuestra posición

Creemos que en la actualidad el DIPr se sigue construyendo como la alternativa más justa y adecuada, para regular las relaciones privadas generadas en el ciberespacio, incluidas por supuesto las de consumo. En este último caso la existencia de una parte más débil es lo que justifica la tutela y regulación. Esta toma de postura debe ir acompañada de la propuesta de un DIPr, lo más específico y –dada la ubicuidad de Internet- lo más unificado posible en lo conflictual y en los conceptos materiales propios comunes a este nuevo marco que es Internet⁹⁰.

⁸⁸ Estos recaudos pueden consultarse en A. DREYZIN DE KLOR/ T. SARACHO CORNET, “Trámites judiciales internacionales”, ob. cit., p. 187 y ss.

⁸⁹ Bien se ha señalado la necesidad de contar con un nivel de seguridad jurídica suficiente en un fenómeno técnico, como exigencia para generalizarse. Dado el carácter novedoso del comercio electrónico, queda captado por la regla establecida. En este sentido ver: G. PALAO MORENO/R. ESPINOSA CALABUIG/E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Derecho del Comercio Internacional”, (C. ESPULGUES MOTA, Director), València, Tirant lo Blanch, 2003, p. 166.

⁹⁰ En el mismo sentido se han pronunciado: J. M VELÁZQUEZ GARDETA, “La protección al consumidor *online* en el Derecho Internacional Privado”, ob. cit., p. 67-70 y A. L. CALVO-

La adaptación de las normas de DIPr, concebidas para la realidad física a la realidad virtual es una labor que corresponderá al operador jurídico y donde los tribunales han de disponer de un papel fundamental. Se trata de aislar el fundamento de la norma y darle el sentido que requiere el nuevo supuesto de hecho. Sería cuestión de poner en práctica los principios de la interpretación teleológica, haciendo progresar al DIPr para estar en condiciones de afrontar el nuevo reto que plantean las relaciones jurídicas por Internet. Así, "...a través de un proceso de adaptación puede lograrse una solución coherente y en eso tiene que ver la labor del juez que tiene a su cargo la tarea de interpretar buscando la solución "justa" bajo una óptica teleológica, materialmente orientada y con miras a la decisión en el caso concreto, bajo la perspectiva del postmodernismo aplicado al DIPr formulado magistralmente por Jayme"⁹¹.

En definitiva, Internet es un espacio en el que se plantean casi idénticos problemas que en el mundo físico. No tiene sentido, entonces, tratarlos de manera diferente, ya que la Red, básicamente sustenta relaciones jurídicas que admiten dos versiones, pero cuya problemática, naturaleza jurídica y necesidades de regulación ya estaban patentes en el mundo físico. Mientras que la protección del consumidor, sea una prioridad, el DIPr "clásico" –normas materiales y de conflicto- es la única solución que aúna los intereses de seguridad jurídica y justicia material. Esta solución debe convivir con los códigos de conducta elaborados por los proveedores y con los sistemas alternativos de solución de controversias y debe incorporar conceptos autónomos que recojan la práctica del comercio electrónico, e incluso, complementarse con normas uniformes aplicables a esas situaciones

V. Conclusiones

1. Las particularidades del consumidor internacional justifican la construcción y elaboración de normas específicas de DIPr para la protección de los consumidores legos, pues las conexiones hoy existentes para regular el comercio internacional tienen todas como base el equilibrio estructural de fuerzas entre los agentes -ambos profesionales- involucrados y este equilibrio estructural no existe en los contratos internacionales concertados con consumidores legos.

2. En materia de derecho aplicable, se observa por un lado, la carencia de normas para regir la validez de los contratos en general y por el otro, la falta de una regulación positiva específica para los contratos de consumo.

3. La Ley de Defensa del Consumidor (LDC) *in totum* resulta aplicable en principio sólo respecto de casos nacionales y no corresponde tomar sus disposiciones o en todo caso hacerlas funcionar como normas de policía aplicables también respecto de casos con elementos extranjeros, los cuales deberán regirse por el Derecho que resulte aplicable como consecuencia del funcionamiento de las normas generales de DIPr.

4. La protección de los consumidores sólo admite una regla de autonomía de la voluntad limitada: la elección de las partes prevalecería si fuese la ley elegida la más favorable al consumidor, debiendo en caso contrario aplicarse el Derecho del domicilio del consumidor. Como límites generales a la autonomía de la voluntad nos encontraríamos con las normas de policía (art. 1208 Cód. Civil) y los principios de orden público.

CARAVACA/J. CARRASCOSA, "Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet, Madrid, Colex, 2005, p. 15-31.

⁹¹ A. DREYZIN DE KLOR, "Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del Mercosur ¿útiles a la asistencia?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009- 3, pág. 607.

5. Resulta necesario la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre estándares mínimos de control que todos los Estados se comprometan a respetar como “piso material de garantías”. Ante la imposibilidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se propicia la elaboración de normas de conflictos generales.

6. La ley del lugar del país del domicilio o residencia habitual de consumidor resulta el punto de conexión más razonable a la situación de debilidad del consumidor internacional acompañado de otras conexiones acumulativas.

7. A efectos de determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se generan en el comercio electrónico se han formulado diferentes teorías en las que se vislumbra el posicionamiento ideológico de sus autores sobre la naturaleza del ciberespacio. Así surgen las teorías de autorregulación (regulación privada) por un lado y regulación estatal por el otro.

8. En la actualidad el DIPr se sigue construyendo como la alternativa más justa, para regular las relaciones privadas generadas en el ciberespacio, incluidas las de consumo. Esta toma de postura debe ir acompañada de la propuesta de un DIPr, lo más específico y -dada la ubicuidad de Internet- lo más unificado posible en lo conflictual y en los conceptos materiales propios comunes a este nuevo marco que es Internet.

9. Las normas propuestas en el Proyecto para la regulación de la contratación internacional resultan coherentes para forjar un sistema jurídico que parte del carácter de esta operatoria. Es necesario rescatar de estas reglas los principios que se adecuan a la regulación del comercio electrónico, sin perjuicio de pensar en axiomas propios de esta vía instrumental que implican un agglomamiento a las técnicas que surgen en función de la tecnología y sus avances.