

El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas

Gustavo J. Schötz*

Resumen

El *favor debilis* es un principio de aplicación a todo tipo de relaciones jurídicas, informándolas y sirviendo de pauta interpretativa. Junto a las tradicionales aplicaciones en las relaciones laborales, derecho penal, protección del consumidor o de la niñez, conviene analizar de modo general su operatividad en Derecho Internacional Privado. Su consideración tendrá impacto en la asignación de jurisdicción, en la determinación del derecho aplicable en las calificaciones, ya sea en un caso concreto o ante la necesidad de establecer un marco protectorio para una categoría de sujetos. La regulación de las relaciones de consumo transfronterizas deberá fundamentarse en este

Abstract

Favor debilis is a principle of application to all types of legal relations, informing them and serving of interpretative guideline. Together with the traditional applications in labor relations, criminal law, protection of the consumer or of children, it could be convenient to analyze its general operability in Private International Law. Its consideration will have impact on the allocation of jurisdiction in the determination of the applicable law and califications either in a case or the need to establish a framework grounded for a category of subjects. The regulation of cross-border consumer relations should be based on this principle and legal operators

* Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Profesor Asociado Nivel I, Cátedras de Derecho Internacional Privado, Contratos Civiles y Comerciales y Propiedad Intelectual. Director de la Maestría en Propiedad Intelectual, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: gschotz@austral.edu.ar.

principio y los operadores jurídicos deberán tenerlo en cuenta para resolver diversas situaciones, como la elaboración o la interpretación de los contratos. También será de aplicación a situaciones particulares, como los daños por productos defectuosos, o el acceso a tribunales arbitrales o procesos colectivos.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, Protección del consumidor, Principios generales del derecho, *Favor debilis in dubio pro consumptore*, Daños, Productos defectuosos, Relación de consumo, Relación de consumo transfronteriza.

should take it into account to solve different situations, such as the drafting or interpretation of contracts.

Key words: International Private Law, Consumer protection, General principles, *Favor debilis in dubio pro consumptore*, Torts, Defective products, Consumer relationship, International consumer relationship.

1. EL FAVOR DEBILIS COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

FINNIS afirma que es un principio general del derecho el que al «estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad»¹. Este principio ha sido acuñado históricamente a partir del *favor debitoris*, como un modo de atenuar las obligaciones pecuniarias cuando el centro del sistema jurídico estaba puesto sobre la persona, en la época que era posible ejercitar la fuerza sobre el deudor y su familia, pudiendo el acreedor obligarlos a trabajar para sí².

Modernamente se expandió de allí a otras disciplinas: a favor de la liberación del deudor *contra stipulatorem*, en los casos de oscuridad de la redacción de cláusulas a cargo del

1. FINNIS, John. 1980: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*, 2000. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 315.

2. Cfr. LORENZETTI, R. 2003: *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 13-14. Este autor cita como norma expresiva del principio *contra stipulatorem* al Digesto, Libro 45, Tít. 1, ley 38, párr. 19: *verba contra stipulatorem interpretanda sunt*. Por su parte, Spota, cita a ULPIANO, Digesto, Lib. 50, Tít. 17, ley 9: *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. Cfr. SPOTA, Alberto Gaspar. 1974: *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, vol. II. Buenos Aires: Depalma, 111. De acuerdo a Fernández y Gómez Leo, para el caso de duda ante los usos y costumbres, se deberán adoptar los que resulten menos gravosos para el deudor, de acuerdo al principio de interpretación de los contratos contenido en el Digesto, Libro 44, Tít. 7, ley 47. Cfr. FERNÁNDEZ, Raymundo L.; GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; AICEGA, María Valentina. 2007: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Tomo I-A, 2.ª edición. Buenos Aires, n.º 45, en nota 976. Por su parte, Canaris y Grigoleit mencionan otra fuente del derecho romano: «Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est». Cels. D. 34, 5, 26. CANARIS, Claus-Wilhelm y GRIGOLEIT, Hans Christoph. 2004: «Interpretation of Contracts». En Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (coords.): *Towards a European civil code*. Nijmegen, 461. A su vez, Dalmacio Vélez Sársfield, en la nota al art. 1854 del CC, considera como parte del «espíritu de las leyes» que en caso de duda se debe interpretar a favor de la libertad y no a favor de las obligaciones personales.

predisponente³; *favor libertatis*, en el Derecho Penal⁴. De acuerdo a LORENZETTI, esto luego fue trasvasado del derecho obligacional a ciertas categorías de sujetos que compartían una situación estructural en relaciones jurídicas de características comunes al conjunto⁵. Allí se inserta, por ejemplo, el *in dubio pro operario*⁶, o las pautas contractuales favorables a locatarios⁷, adquirentes de lotes⁸, o actos discriminatorios⁹. En todos los casos puede advertirse un cambio de perspectiva, donde la persona ocupa el lugar central del sistema jurídico. En las relaciones privadas internacionales con parte débil, también hallamos el principio en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)¹⁰. Encontramos otra aplicación en el principio *favor auctoris*, o *in dubio pro auctoris*, ya que se supone que el autor (persona física) suele ser la parte débil en su relación con los editores o distribuidores, o incluso frente a los titulares de derechos conexos¹¹.

En el contexto del comercio internacional, el principio *contra stipulatorem* es muy relevante. Los Principios UNIDROIT lo expresan en el art. 4.6: «(Interpretación *contra proferentem*) Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte»¹². Y en el ámbito

3. Cfr. art. 218, inc. 7 CCom.

4. Un ejemplo de aplicación de este principio es la admisión de la costumbre en la parte general del Derecho Penal, *in bonam partem*. Así, puede extenderse una eximente legal como causa de justificación, causa de inculpabilidad o excusa absolutoria por un uso reiterado y constante de la jurisprudencia. Cfr. BACIGALUPO, Enrique. 1998: *Manual de Derecho Penal*. Cuarta reimpression. Bogotá: Temis, 38.

5. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 15. También LORENZETTI, Ricardo. 1994: «El derecho privado como protección del individuo particular». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1994, n.º 7, El Derecho Privado en la reforma constitucional, Rubinzal Culzoni Editores, 53 y ss.

6. Arts. 8 y 9 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, para la aplicación de las condiciones más favorables contenidas en un convenio colectivo o la interpretación de las leyes y convenios del modo más favorable al trabajador, respectivamente.

7. Art. 1 de la Ley 23.091 de locaciones urbanas, en cuanto al plazo mínimo computable para el contrato no celebrado por escrito, como elemento de todo un sistema general favorable a los locatarios.

8. Art. 1185 bis CC, introducido por la Ley 17.711. Alterini y López Cabana traen otros ejemplos de la consideración de la parte débil en los contratos, y también en los casos de reparación por daños. Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1989: «La debilidad jurídica en la contratación contemporánea». *DJ*, 1989-1, 817.

9. Ley 23.592, art. 1. Los sujetos pertenecientes a minorías raciales, religiosas, nacionales, etc., presentan una particular debilidad.

10. Artículo 6: «Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor».

11. Cfr. VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia. 2001: *El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 150-151. Los autores citan el art. 257 de la Ley colombiana de derecho de autor: «En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor».

12. Es la versión en español que trae BONELL, Michael Joachim. 1997: *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*. New York: Second enlarged Edition, Transnational Publishers, 373.

comunitario, ya dentro de la protección del consumidor, el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidor, se expresa en idéntico sentido¹³.

En el Derecho Privado el *favor debitoris* será siempre una orientación clara para la interpretación de la ley, en cuanto persigue una finalidad de justicia, restableciendo el equilibrio entre las partes, al presumir que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica¹⁴. Aunque esto debe ser considerado relativamente, ya que en muchos supuestos será el acreedor la parte débil, como el caso del asegurado consumidor¹⁵. Tampoco se verá beneficiado el deudor cuando se encuentre en mora o su conducta haya sido culposa o ilícita¹⁶.

Cabe hacer una aclaración: el *favor debilis* y el *contra stipulatorem* no son equivalentes. El segundo tiene aplicación ante situaciones dudosas, cuando el intérprete tiene ante sí dos posibles soluciones, y debe elegir aquella que afecte menos los derechos de quien ha propuesto la cláusula oscura, o bien que favorezca al deudor, o al consumidor en nuestro caso¹⁷. El *favor debilis* por el contrario, si bien puede tener una función interpretativa, su aplicación es más amplia, y sustenta la fundamentación misma de la norma o la solución. Este principio, tanto en su enunciación como en su aplicación concreta a distintas situaciones jurídicas, es predicable universalmente¹⁸.

El reconocimiento del *favor debilis* como principio general del derecho tiene importancia práctica. En primer lugar debido a que como todo principio es una fuente del derecho, tanto en el régimen actual como en el proyectado Código Civil y Comercial

13. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 5: «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. [...]».

14. Cfr. MOISSET DE ESPANES, Luis y TINTI, Guillermo, 2003: «El consumo, el derecho del consumidor y la regla *favor debitoris*». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco, 99-111, en 109.

15. Lo mismo consideran CANARIS y GRIGOLEIT, «Interpretation of Contracts», 462.

16. Cfr. MOISSET DE ESPANÉS y TINTI, «El consumo, el derecho del consumidor y la regla *favor debitoris*», 110-111.

17. Cfr. RINESSI, Juan Antonio. 2006: *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 164-168. Se concreta en el art. 37 LDC: «La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa».

18. Así se lo propuso en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 2.ª, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1985. «I. La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil de un contrato. II. En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones. III. La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito. *De Lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil, como principio, la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor». Cfr. ALTERINI y LÓPEZ CABANA, «La debilidad jurídica ...», 817.

de la República Argentina¹⁹. Luego, porque informará las resoluciones judiciales y el diseño de las normas²⁰.

1.1. La aplicación universal del favor debilis

En Derecho Internacional Privado, ¿cuándo se puede recurrir a los principios y, concretamente, al *favor debilis*? En el plano interno cada sistema local completa los vacíos normativos de distinto modo, de manera que los principios ocupan lugares disímiles en cada ordenamiento. Los principios jurídicos cumplen una función de fundamentación, antes, durante y después del proceso interpretativo, pero los sistemas jurídicos nacionales no les asignan el mismo orden de prelación considerados como fuente del derecho²¹.

REZZÓNICO hace referencia a que los principios generales provienen de distintas fuentes, y así en el derecho romano se consideraba que a través del *ius gentium* existía un derecho universal, libre de toda impronta nacional, aplicable a todos los pueblos, dotado de una particular elasticidad, apoyado en la *bona fides* y en la *aequitas*, y cuyos principios se ofrecían con evidencia intuitiva. ¿Podría considerarse que este tipo

19. República Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, «Artículo 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». También serán fundamento de las resoluciones judiciales: «Artículo 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada».

20. Cfr. «Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de código civil y comercial de la nación», <http://www.nuevocodigocivil.com/aspectos-valorativos-y-principios-preliminares-del-anteproyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>. De aquí que en la explicación dada por la Comisión Redactora se indica: «Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El Anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Ello puede apreciarse en una serie de normas sobre protección de los consumidores, que, por primera vez son incorporadas sistemáticamente en un código, que innova profundamente en la materia». El Proyecto incluye el reconocimiento expreso del principio *pro consumptore*, en términos similares a la actual LDC. «Artículo 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor». «Artículo 1095.- Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa».

21. Cfr. VIGO, Rodolfo. 2000: *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 48-50. Allí menciona la clasificación de fuentes en el *common law* que propone Roscoe POUND, cuando distingue: «1) *rules* o normas en sentido estricto; 2) *principles*; 3) *legal conceptions*; 4) *doctrines*, y 5) *standards*». POUND, Roscoe. 1959: *Jurisprudence*, vol. II. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 125 y ss.

de principios incluye alguna base universal permeable a las soluciones de DIPr? ¿Es universal el *favor debilis*, para ser reclamado o aplicable en cualquier jurisdicción?

Debido a que los principios generales no son consecuencia de las disposiciones legales, sino, por el contrario, dan forma sustancial a las normas, son éstos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital²². Así como de la naturaleza de las cosas se desprenden preceptos normativos, cosa mueble o inmueble, o de que una persona sea comerciante se desprende la presunción de onerosidad de sus actos (art. 218 inc. 5 Código de Comercio), del carácter de consumidor se puede desprender o presumir su debilidad, o la naturaleza desigual de la relación²³. Lo mismo se puede decir de otros grupos naturalmente débiles: niños, apátridas, trabajadores, víctimas. Apelando a estas ideas, tanto la jurisdicción competente, el derecho aplicable, las conexiones flexibles o sustancialmente orientadas, los procesos de resolución de controversias, pueden estar determinados de modo general o en el caso concreto por el *favor debilis*²⁴. Si concluimos que este principio forma parte del sistema jurídico, deberá ser aplicado, entre otros, a la reglamentación de la jurisdicción internacional y al respeto de la garantía de acceso a la jurisdicción²⁵. Al mismo tiempo, en jurisdicciones donde sea posible declinar la jurisdicción en función del *fórum non conveniens*, al evaluar las condiciones públicas y privadas, se deberá hacer lugar al principio; por tanto, será especialmente relevante verificar que exista realmente (y no solo por hipótesis) un tribunal en mejores condiciones de abocarse a la causa y hacer justicia a las partes²⁶.

22. Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, 1999: *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 84.

23. Cfr. BATIFFOL, Henri. 2002: *Aspects philosophiques du droit international privé*. Reedición. París: Dalloz, 167. El criterio de la naturaleza de las cosas puede aplicarse, por ejemplo, a las calificaciones –consumidor, proveedor, etc.–, al punto de conexión –lugar de cumplimiento, residencia habitual–, o a la eventual existencia de conexidad contractual. En nuestro caso, la economía puede ser un buen auxiliar para determinar si resulta razonable de acuerdo a la naturaleza de las cosas que, por ejemplo, un proveedor que brinda *on line* un servicio gratuito, pueda ser reclamado en el domicilio del consumidor, tal vez en otro Continente, si suspende intempestivamente los servicios.

24. Así lo menciona Ciuro Caldani en referencia a la jurisdicción del consumidor transfronterizo. «A nuestro entender, la jurisdicción injusta sigue existiendo en las dimensiones “positivas” (sociológica y normológica), puede generar, sí, el deber de resistirla (dimensión dikelógica). Una jurisdicción que no atienda la particular condición de los consumidores resulta a nuestro parecer una jurisdicción injusta». Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. 2005: «Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo». Comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado, n.º 16.

25. El *favor debilis* en derecho laboral se traduce en el *favor operarii*. Esto, llevado al Derecho Internacional Privado, ha implicado que, al menos en nuestro país, el contrato de trabajo se rija por el derecho del lugar de cumplimiento, mediante la norma unilateral del art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo. Esta norma no contempla el supuesto internacional, por tanto, ante el silencio sólo será aplicable a contratos a ejecutarse en Argentina. Para los contratos con ejecución en el extranjero se aplica la ley foránea, salvo la incompatibilidad con el orden público internacional argentino. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner. 1985: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 406.

26. Debemos considerar que así como el *forum non conveniens* es una limitación de la competencia, *el conveniens* la amplía si, por ejemplo, es posible ejercer poder físico sobre el demandado. En este

Esto se debe a que el *favor debilis*, al igual que otros principios jurídicos sistemáticos o fundacionales, actúa a la manera de pilar, dando sustento y fundamento a todo el ordenamiento, estando presente a lo largo y a lo ancho de él. Mediante la utilización del método deductivo se pueden obtener de este principio las normas o principios más específicos. Por lo tanto, en cuanto informador del sistema, el *favor debilis* deberá ser tenido en cuenta al establecer la legislación, al juzgar el caso concreto, al admitirse la jurisdicción indirecta, etc.

Esta intervención omnicomprensiva tiene su razón de ser en una presunción de desigualdad. Pero a diferencia de la operatividad de un derecho subjetivo, que una vez otorgado implica una potestad de atribución que manda conductas positivas o prohíbe otras, en este caso corresponderá al intérprete en cada caso verificar si corresponde ajustar las prestaciones a favor del sujeto débil de la relación, por existir duda suficiente. De aquí que las conexiones materialmente orientadas, que buscan la justicia sustantiva del caso, suelen tener como trasfondo alguna situación de debilidad²⁷. En definitiva, el *favor debilis* puede ser descubierto por un proceso inductivo de generalización creciente. En el derecho argentino aparece expresamente en los arts. 3 y 37 LDC (Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la República Argentina), en el ámbito protectorio del consumidor.

1.2. El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado

Ahora bien, ¿cómo resulta operativo el *favor debilis* en Derecho Internacional Privado? Recordemos que este principio implica la aplicación de un sistema protectorio a una categoría de sujetos de quienes se predica una característica general de debilidad. No se trataría, en este caso, de la regla *contra proferentem*, operativa cuando se cuestionan términos de dudosa interpretación en un contrato, al igual que en el derecho interno. Este último, de honda raigambre en el comercio internacional, es un supuesto de protección de la buena fe como principio general del derecho, distinto al *favor debilis*, que, aunque también podría ser general, determina una segregación sectorial de

supuesto, razones de eficacia justificarán la apertura de la jurisdicción. En ambos casos, se trata de evitar foros exorbitantes y asegurar la relación del caso con el tribunal. Parecería que el juez puede hacer uso de la doctrina del *forum conveniens* o foro más apropiado si, a su juicio, está en condiciones de hacer justicia a un consumidor. De modo general para el *forum non conveniens* y la debilidad del demandante, Cfr. GARRO, Alejandro. 2003: «*Forum non conveniens*: “availability” and “adequacy” of latin american fora from a comparative perspective». *Inter-American Law Review*, vol. 35: 1 (2003-2004), 65-99.

27. Jayme considera que la materialización de las reglas de conflicto es una de las tendencias actuales del Derecho Internacional Privado. Cfr. JAYME, Erik. 1995: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 251. La Haya, 9-268, en 44 y ss.

determinados sujetos. De todos modos, se puede advertir un sustancialismo o «materialismo» cada vez mayor, en principio extraño al ámbito comercial internacional²⁸. Estamos ante una generalización del *favor negotii*, el *favor filiationis*, el *favor filii*, el *favor adoptionis*, el *favor operarii*²⁹.

Este último, el *favor operarii*, resulta para nosotros de particular interés. Tanto en la legislación internacional como en la doctrina comparada, se suele considerar de modo paralelo al *pro consumptore*, lo cual es muy razonable atendiendo a los análogos fundamentos que los inspiran³⁰. Así lo prevé la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York, de 1958. También el Protocolo de Buenos Aires excluye de su ámbito de aplicación, tanto a los contratos con consumidores como a los laborales (art. 2 inc. 5 y 6). En igual sentido el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de La Haya de 2005 (art. 2, 1. a) y b)). Otro tanto sucede con el art. 6 del Reglamento Roma I, que excluye del principio general sobre la libertad de elección del derecho aplicable a los contratos con consumidores, con fundamento en cuestiones de política pública: serán siempre aplicables las normas imperativas del Estado donde el consumidor reside. Las razones de política pública, al igual que en los contratos de trabajo, están dadas por la necesidad de proteger a quien está en una posición más débil de negociación³¹.

La protección de la parte débil consiste primeramente, tanto si se trata de derecho material como Derecho Internacional Privado, en una restricción a la libertad de la parte más fuerte para determinar la reglamentación del vínculo contractual, en la medida

28. En este sentido, y como ejemplo de la «antigüedad» de la aplicación del principio, es interesante considerar el art. 13 del Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940, que autoriza al asegurado a demandar en su propio domicilio a la aseguradora. Con esto se intenta equilibrar la desproporción entre asegurador y asegurado, por lo general más débil. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 412.

29. Cfr. BOGGIANO, Antonio, 2005: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma, Presentación, tomo I, XII. «Se echa de ver una tendencia general a proteger la validez de ciertos actos y a proteger ciertas personas débiles, por ejemplo los menores, los consumidores, los adultos indefensos, los trabajadores (...). El derecho de todo el mundo buscará siempre la protección del indefenso. (...) Estas valoraciones son tenidas en cuenta luego para afinar las soluciones materiales de derecho internacional privado».

30. BOGGIANO, Antonio. 1981: «International Standard Contracts, a Comparative Study». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 170. La Haya, 59.

31. Cfr. MORSE, C. G. J. 1992: «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, January 1992, 1. En el mismo sentido, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. 2007: «Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 209-217, en 213-214. Este autor menciona distintos textos convencionales que establecen la jurisdicción favorable al consumidor. Así, en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial), se lee en el considerando (18): «En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales».

necesaria para compensar el desequilibrio existente entre las partes y para evitar que una de ellas pueda prevalecer para oprimir a la otra³². Pero nada impide que el principio *favor debilis* se inserte en un régimen general de contratos como excepción, de tal manera que algunos criterios flexibles indiquen a las partes, organizaciones de empresarios, sistemas de arbitraje y, eventualmente, a los poderes judiciales estatales, cuáles son los ajustes correspondientes en un área de negocios determinada o en el caso particular. Por el contrario, es función esencial de los principios medir y juzgar la validez de las formalizaciones de normas individuales, esto es, las sentencias y los actos jurídicos, aunque esto pueda ser sospechoso de inseguridad jurídica³³.

Esta última tendencia se concreta en considerar que la autonomía de la voluntad puede ser un camino para lograr mejores soluciones que las sustantivas. Si una parte del contrato es «típicamente débil», no cabe excluir la autonomía apriorísticamente, porque la parte fuerte puede utilizar ese medio para mejorar la posición del consumidor. En palabras de BOGGIANO:

Sujeta a ciertos límites mínimos de protección, v.gr., los que brinda el derecho del comprador o del vendedor, es posible que la autonomía de las partes cumpla también una finalidad de elevar los niveles de equidad en la protección de la parte típicamente más débil. Ello significa que la autonomía de las partes puede ser instrumento para alcanzar «soluciones materialmente más justas» que las que se podría alcanzar por aplicación de los derechos indicados por la normas de conflicto, con prescindencia de la elección de otro derecho por las partes³⁴.

El derecho comparado brinda algunos supuestos en donde queda manifiesto el impacto del *favor debilis* en Derecho Internacional Privado. Ya mencioné el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Si bien el ámbito de aplicación es propio del derecho comunitario, la referencia es útil. Allí el principio general es la libre elección del derecho aplicable (art. 3), incluso por encima del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos (art. 4 apartados 3 y 4). Ambos son limitados por el principio protectorio (art. 6, apartados 1 y 2)³⁵. Por mi parte, agregaría

32. Cfr. POCAR, Fausto. 1984: «La protection de la partie faible en droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 188. La Haya, 362.

33. Cfr. SOTO, Alfredo Mario. 2001: *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 117.

34. BOGGIANO, Antonio. 1993: *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*. Buenos Aires: La Ley, 37-38.

35. Dolinger hace referencia a esta misma jerarquía durante la anterior vigencia del Convenio de Roma, reemplazado por el actual Reglamento. Cfr. DOLINGER, Jacob. 2000: «Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 283. La Haya, 187-503, en 359. Incluso, indica que el principio protectorio es una manifestación del principio de proximidad o de los vínculos más estrechos. Si una de las partes es protegida por su debilidad, esta razón es la que justifica que se aplique el derecho cercano a esa parte. Incluye aquí el *favor infans* para proteger a los menores, o el *favor laesi* en caso de daños, entre otros. «If so, the protective principle is a

que el principio de proximidad no queda eliminado por el protectorio, ya que éste será aplicable en la medida en que el proveedor ejerza o dirija sus actividades en o hacia el país del domicilio del consumidor. No es una protección desmedida, sino armonizada por la proximidad. En el plano jurisdiccional se puede apreciar la misma jerarquía y armonización de principios, ya que se aplica sin dudas a la relación del caso con el foro, a la manera de una cierta proximidad o vínculos procesales más estrechos.

2. UN CASO PARTICULAR: DEL FAVOR DEBILIS AL PRO CONSUMPTORE

El principio universal del *favor debilis* adquiere, en el sistema protectorio del consumidor, una naturaleza fundante y constituye la base normativa sustancial. Incluso tiene una enunciación propia: es el *in dubio pro consumptore*, dentro de la tradición de nombrarlos por su forma latina. En el comercio internacional habrá que valorar especialmente la debilidad de los consumidores, en la medida que, mediante la globalización las empresas asumen conductas uniformes y al margen de los poderes estatales.

El contraste entre el principio del *favor debilis (pro consumptore)* con el estándar del «buen hombre de negocios» implica una clara diferencia de enfoque y, posiblemente, una de las manifestaciones más claras de la divisoria de aguas entre un régimen general y uno protectorio. Si tomamos como ejemplo el deber de información, en cuanto integrante del principio de seguridad o de la buena fe negocial, el sistema protectorio prevé pautas muy claras y estrictas en favor del consumidor. En este sentido, es de plena aplicación el precepto del art. 909 del CC (Código Civil de la República Argentina), por el cual en un contrato en que se supone una confianza entre las partes se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes³⁶.

El deber de obrar con cuidado y previsión, lo que «verosíblemente las partes entendieron o debieron entender» (art. 1198 CC), no debe ser interpretado de igual modo en un contexto nacional o transfronterizo. Tampoco cuando uno de los agentes es

factor that reveals the actual proximity of a situation or relationship to a certain law, forming an even stronger connection». *Ibidem*, 358.

36. Puede ser útil un ejemplo. El art. 36 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la República Argentina (LDC) indica que en las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios, el proveedor deberá consignar bajo pena de nulidad, entre otros elementos, el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar. Esta enumeración detallada no es requerida en el Código de Comercio ni en disposiciones que se refieren a operaciones similares entre empresarios. Por el contrario, el régimen general es el del art. 902 CC, por el cual quien más conocimiento tiene de las cosas mayor será su responsabilidad, y, por tanto, el empresario que no se informe de las condiciones crediticias será pasible de conducta negligente.

estructuralmente indefenso, como un consumidor, situación muy diferente a la de un comerciante internacional. La buena fe diligente, el comportamiento cuidadoso y previsor, requiere una mayor exigencia para el profesional. Como aclara REZZÓNICO: «Esa buena fe del hombre cuidadoso y previsor –para seguir la terminología legal– pide a los contratantes reflexión, celo, prolijidad, lo cual –por lo menos si se piensa en el moderno tráfico de masa– podría parecer un verdadero gazapo jurídico».

2.1. Aplicación del favor debilis como base del sistema protectorio del consumidor transfronterizo

En el comercio internacional se presume la profesionalidad y responsabilidad de los hombres de negocios. Se les exige un deber de obrar con previsión y diligencia fundamentado en la obligación moral de respetar la palabra empeñada. Por el contrario, la protección del consumidor tiene su origen en su debilidad jurídica, técnica y económica en su relación con el proveedor, en el contexto de una economía de masa. De allí que el fundamento último del régimen protectorio es la debilidad estructural del consumidor, dando lugar a la creación de un estatuto especial a favor de la parte débil³⁷. Por tanto, el principio protectorio tiene una primera función fundante del sistema específico para el consumidor, es el meollo de toda la rama y se dirige principalmente al legislador a fin de que adopte los medios técnicos jurídicos de protección³⁸. Así lo han reconocido los distintos ordenamientos al incluir la protección del consumidor en el llamado «constitucionalismo social»³⁹.

En este acápite analizaré en particular la existencia y conformación del principio *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado, y luego su consideración en el ámbito protectorio del consumidor transfronterizo, tanto en los aspectos jurisdiccionales como de derecho aplicable.

LORENZETTI considera que el principio protectorio no ha sido todavía receptado en el Derecho Internacional Privado, y, ante su ausencia, recurre a tres distintas fuentes para considerar que las relaciones de consumo transfronterizas también están bajo

37. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 35-37.

38. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 8-9.

39. Cfr. LÓPEZ CAMARGO, Javier. 2003: «Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica». *REVISTA e - Mercatoria*, 2003, vol. 2, n.º 2, 5. La forma como la protección de los consumidores ha sido consagrada varía de un país a otro. De todos modos, aun cuando una Constitución no se refiera de modo expreso a los consumidores, igualmente estarían protegidos porque la necesidad de su protección se puede desprender, indistintamente, de los valores solidaridad social, igualdad material y justicia social. A través del análisis de los derechos y principios fundamentales, del modelo económico incluido en la Constitución, se puede encontrar el sustento de la protección a los consumidores; por éste el Estado puede intervenir en la economía, especialmente cuando deba ofrecer protección a los más débiles, entre los que se cuentan los consumidores.

su órbita. Por una parte, por ser un principio reconocido en los Tratados de Derechos Humanos; en segundo lugar, por la obligatoriedad de aplicar el orden público nacional a toda relación de consumo; y, finalmente, por tratarse de un principio constitucional⁴⁰.

Estoy de acuerdo con el primer y tercer argumento, pero no con el segundo. LIMA MARQUES advierte del riesgo que significa aplicar indiscriminadamente el sistema protectorio nacional como normas del orden público internacional, y por tanto establecer como aplicable de modo unidireccional el derecho del domicilio del consumidor (plantea el caso de la oferta hecha en Brasil). Considera que es un esfuerzo loable para proteger mejor a la parte débil, pero que esto trae aparejadas serias perturbaciones en el sistema de Derecho Internacional Privado. El resultado sería que cualquier ley extranjera indicada aplicable a una cuestión de consumo pasaría a ofender el orden público internacional del derecho domiciliario del consumidor, simplemente por traer una solución diferente (en este caso, a lo previsto por el CDC de Brasil)⁴¹. El orden público internacional siempre es una excepción al sistema, aplicándose la *lex fori* ante un resultado concreto de la ley extranjera que ofende los pilares y valores básicos del ordenamiento jurídico propio. Esto sólo sería posible en el caso de considerarse que algunas soluciones materiales del sistema protectorio sostienen derechos fundamentales⁴².

Interesa ver ahora si estos principios tienen alguna particular aplicación en el comercio internacional en el que participan consumidores, ya que no pueden estar ausentes. LORENZETTI se pregunta si el principio protectorio del derecho del consumidor se aplica en el mundo de las relaciones internacionales de derecho privado⁴³. No me cabe duda de la respuesta afirmativa. Ahora bien, como toda aplicación de principios,

40. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 34-36. Asimismo, este autor considera que debido a que la protección del consumidor es parte del modo de vivir de una comunidad, los efectos de ese orden público siempre deben ser aplicados, y trae a colación los arts. 1209 y 1206 del CC argentino. La primera de las normas considera la aplicación del orden público a los contratos celebrados en el país y la segunda a los contratos celebrados en el extranjero. En este último caso, se rigen por el lugar de celebración, y serán válidos en el Estado salvo que contraríen la moral o su reconocimiento resultase «injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o sus habitantes» (art. 1206 CC). Estas apreciaciones requieren ser matizadas. Por una parte, porque se refieren al orden público en relación al derecho aplicable, y no necesariamente será considerado de modo similar en su relación a la jurisdicción competente. Por otra parte, en relación a la jurisdicción contractual, las normas relevantes son los arts. 1215 y 1216 del mismo CC. Además, no distingue entre los conceptos de «orden público interno» y «orden público internacional».

41. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2006: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 149.

42. Lima Marques considera que el Derecho Internacional Privado brasileño actualizó sus principios, al haberse reconocido la protección del consumidor como derecho humano fundamental por la Constitución Federal de 1988, art. 5.º, XXXII. Al tratarse de legislación de origen constitucional (art. 48 ADTC) es bien posible que estas normas sean consideradas imperativas, o de orden público internacional o leyes de aplicación inmediata. Pero reconoce que las distintas calificaciones no son intercambiables ni tienen los mismos efectos y por lo tanto no pueden utilizarse de modo indiscriminado. Mientras las normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por las partes, el orden público internacional requiere que la norma contraria sea derogada. Por su parte, las normas de policía son de aplicación directa. Cfr. LIMA MARQUES, *Contratos...*, 140.

43. Cfr. LORENZETTI, *Consumidores*, 34.

esto puede hacerse al momento de establecer normas internacionales, como tratados o convenciones binacionales o multilaterales, o en disposiciones comunitarias. También puede tratarse de normas internas de un país, y a su vez estas normas pueden ser generales o particulares de un área del comercio. En cada caso su virtualidad será diferente. Los principios también podrán ser operativos al momento de resolverse un conflicto, tanto por tribunales nacionales como supranacionales o arbitrales.

La vigencia del principio *favor debilis* se justifica y da nacimiento a una nueva calificación de las personas, sobre la base de un rol preciso en el proceso económico en general. La misma lógica se puede aplicar a otras categorías, como los expatriados, la niñez, los trabajadores: cada uno de estos grupos tiene su específica razón de ser de su debilidad. Por tanto, no se trata sólo de un principio de interpretación favorable de los contratos, sino de un sustento del sentido de justicia que debe dirigir todas las relaciones jurídicas de esa categoría. De aquí que también determine el sistema de Derecho Internacional Privado de las relaciones jurídicas en que sean parte esos grupos sociales o económicos⁴⁴.

Para dimensionar las consecuencias de la universalización del principio se puede aplicar analógicamente lo que supuso la revolución industrial para la fundación del estatuto del trabajador. Así, el principio de libertad de contratación cedió ante el protectorio, por la distinta capacidad de negociación de las partes, en su caso traducida en la dependencia técnica, económica y legal del trabajador respecto del empresario⁴⁵.

También se afirma que el marco protectorio interno es un subsistema con cierto grado de autonomía dentro del sistema de derecho privado⁴⁶. En consecuencia, las soluciones deben buscarse dentro del mismo subsistema y no por recurrencia a la analogía. Pero no podemos afirmar lo mismo respecto de un sistema protectorio internacional, ya que el elemento extranjero de la relación jurídica la tiñe de una particularidad que no lleva a la aplicación automática de las soluciones diseñadas para el ámbito nacional.

Si los principios específicos de la protección del consumidor dan origen a la creación de un régimen de excepción en su favor, conviene analizar cuáles son las razones que se esgrimen para distinguir qué normas del sistema jurídico general serán aplicables y cuáles no, ahora en el plano internacional. Ante la carencia normativa del

44. Cfr. LÓPEZ CAMARGO, «Derechos del consumidor...», 6. «[e]ntendido de que la *justicia* no es sólo la conmutativa, basada en el principio de equilibrio o igualdad formal, sino que ella se ha ampliado por la cuestión social, elemento fundamental de la acción del Estado».

45. Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. 1982: *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo 2, Capítulo IV, C), Principios de derecho del trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 138.

46. «El microsistema está compuesto por las siguientes normas: la norma constitucional, que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter "principiológico", es decir, tiene sus propios principios; las normas legales infraconstitucionales, sea que exista un Código, como en el caso de Brasil, o un "estatuto del consumidor", compuesto por normas dispersas, como ocurre en el caso argentino». LORENZETTI, *Consumidores*, 47.

sistema de Derecho Internacional Privado se deberá realizar un esfuerzo argumentativo para fundamentar la limitación en la aplicación de las normas generales. Está en juego la unidad o fragmentación del sistema.

A fin de argumentar a favor o en contra de la conveniencia de un régimen diferenciado en el marco general del derecho contractual, WILHELMSSON menciona cuatro argumentos con sus contrarios. En primer término, el argumento 'pedagógico', según el cual resulta más sencillo para el abogado común analizar el derecho del consumo como parte del derecho privado, ya que es de estudio general, evitándose así la especialización. Pero, por el contrario, resulta mejor para el consumidor un régimen especial de tal manera de que pueda conocer con más exactitud cuáles son sus prerrogativas⁴⁷.

En segundo lugar, insiste, existe el problema de la difícil línea divisoria de una y otra regulación, en referencia a la categorización de ciertas situaciones como un uso comercial o privado, por los diferentes roles que las personas cumplen en la sociedad. El argumento no resulta irrelevante, ya que de aquí se desprende que ciertas normas imperativas sean o no aplicadas; pero el asunto no sería tan difícil de resolver si simplemente se los considera como una categoría especial de contratos. Los casos límite, que no son tantos, muchas veces son utilizados de modo generalizado para elaborar soluciones que en definitiva resultan muy estrechas.

El tercer argumento respecto de la distinción entre contratos comerciales y de consumo es más sustancial. Se refiere a las distintas concepciones de justicia, ética o políticas públicas. El enunciado tradicional se sustenta en distintas dicotomías: autonomía/solidaridad; individualismo/altruismo; libertad de mercado/bienestar del consumidor; autorregulación del mercado/fallas del mercado⁴⁸. Estos razonamientos son aplicables al ámbito internacional.

El análisis de la estructura del mercado desde la racionalidad económica, medida de acuerdo a un criterio de eficiencia y apoyada sobre una concepción utilitarista del

47. Wilhelmsson realiza estas consideraciones en el marco de la discusión respecto de la conveniencia de adoptar un régimen específico como los Principios de UNIDROIT o uno común como los Principios europeos de los contratos. Este autor rechaza estos argumentos por su debilidad para justificar un problema jurídico tan importante. Cfr. WILHELMSSON, Thomas. 2002: «Internacional *Lex mercatoria* and Local Consumer Law: an Impossible Combination?». Paper delivered at the 75th Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): «Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration», held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002, 145-146.

48. «In fact, as it would be a fallacy in this day and age to presume the existence of a coherent system of moral principles behind any society and, hence, behind any legal order, it is certainly not self-evident that contract law would be very coherently principled. One would rather expect a varying mixture of autonomy and solidarity at the roots of this area of law. This is true not only of consumer law, where protection of the autonomy of the consumer is certainly one of its tasks, but also for the rules on commercial contracts. Even the UNIDROIT Principles, although they are designed for commercial contracts only, are built on both a principle of freedom of contract and the idea of policing against unfairness, as well as promoting good faith and fair dealing». WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 145-146.

bien común (el mayor bien posible para el mayor número), justificaría un régimen único, que brinde a los agentes un margen de libertad lo más amplio posible. La vigencia de la *lex mercatoria* participaría de este fundamento al colocar en un pie de estricta igualdad jurídica a los participantes del comercio internacional y permitir así la paridad de negociación⁴⁹. Pero este criterio económico a su vez es el que solicita la intervención del mercado en cuanto modo de solucionar la disimetría de información entre los agentes cuando actúan consumidores, a través de la internalización de las externalidades.

A mi criterio, la visión economicista no necesariamente se opone a una concepción solidarista de los contratos en general, justificada desde la filosofía práctica. Ambos criterios se pueden complementar, pero si se arriba a soluciones contradictorias, el criterio filosófico de la primacía de la persona como fundamento del orden jurídico será determinante para orientar al juzgador, prevaleciendo la justicia sobre la eficacia⁵⁰.

El cuarto argumento se refiere a la mayor localización del derecho del consumo, atado a las expectativas inmediatas de los ciudadanos y en mira de los políticos como materia regulable y de rápida respuesta a los requerimientos sociales. Sin duda, esto es importante, e incluso es uno de los aspectos que se consideran en la UE al momento de fijar el nivel adecuado de armonización: cuánto regula la UE y qué queda en la órbita de los Estados miembros⁵¹. Los consumidores y sus expectativas no son tan uniformes como parecería, incluso globalización mediante⁵².

De aquí que resulte razonable que la autonomía del sistema se apoye en su estructuración sobre un principio fundante: el *pro consumptore* en cuanto aplicación sectorial del *favor debilis*⁵³.

49. Howells reconoce que un problema importante son los crecientes costos de transacción que implica la falta de información acerca de qué reglas se aplican en los negocios de exportación, el contenido de la ley aplicable y la incerteza respecto de los posibles reclamos de que puede ser pasible. Esto afecta menos a las grandes empresas con capacidad de dominar mercados internacionales y la gran experiencia en salvar las asimetrías informativas. Este argumento es más relevante para las pequeñas y medianas empresas. Así y todo, considera que se han magnificado las ventajas de la máxima uniformidad en la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que en la práctica la falta de seguridad jurídica no afecta a los empresarios. Cfr. HOWELLS, Geraint G. 2006: «The Rise of European Consumer Law - Whither National Consumer Law?». *Sydney Law Review*, n.º 2-E, 2006.

50. Desde la perspectiva principialista que aquí sustento –a diferencia de la economicista–, la aplicación de los principios, como el de buena fe o equidad, es general a todo tipo de relación contractual, y las diferencias serán de grado, aunque desde una postura postmoderna se predica que no existe un esquema coherente de principios que haga de soporte al sistema contractual unificado. Así, la combinación oportuna de solidaridad/autonomía sería propia de cada sistema, propugnándose por tanto la fragmentación y no la unidad del régimen contractual. De aquí, por ejemplo, que se considere a los Principios de UNIDROIT como la adopción de una determinada combinación de solidaridad/autonomía, específica de los contratos comerciales internacionales. Cfr. WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 146-147.

51. Cfr. HOWELLS, «European Consumer Law...», 73-80.

52. Wilhelmsson menciona las diferencias existentes en las percepciones y hábitos entre los países nórdicos y los mediterráneos, y la Europa occidental y la del Este, en ese momento en pleno proceso de adaptación al ampliado mercado interior. Cfr. WILHELMSSON, «International *Lex mercatoria*...», 149-151.

53. Así, en caso de colisión de principios, por ejemplo el *in dubio pro auctoris* vs. *in dubio pro consumptore*, siendo ambas aplicaciones del *favor debilis*, se resolverá a favor de la parte efectivamente

2.2. Aplicaciones del favor debilis en cuestiones jurisdiccionales de consumo

Analizaré ahora la aplicación del *favor debilis* o *in dubio pro consumptore* a los aspectos procesales de las relaciones de consumo. Un punto que merece primero la atención es si ante la duda respecto de la identidad de las demandas, de los sujetos o de la competencia de los tribunales en discordia, habrá que resolver a favor de la pretensión del consumidor. Ya sea que se haga lugar, y continúe el reclamo iniciado por el consumidor y se suspenda el del proveedor, o viceversa.

A modo de comentario general a estas excepciones, vale la pena afirmar que no se debe hacer lugar a remedios procesales que agraven la condición del consumidor. Así, siguiendo una práctica universalmente admitida, el CPCyCN, a los fines de poder ejecutar la sentencia extranjera, requiere «[Q]ue la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa» (art. 517 inc. 2). El juez evaluará esta circunstancia considerando la condición personal del consumidor. Verificará si la posible sentencia, ya sea la extranjera o la propia, corre riesgo de no ser ejecutada, en perjuicio de la parte débil. Luego, deberá hacer lugar o no a las excepciones a la luz de este criterio orientador, que en definitiva es consecuencia del principio de eficacia.

En ocasiones se plantea que las conexiones valorativamente orientadas, al tener que resolver prospectivamente entre diversas soluciones, generan incertidumbres. Sin embargo, la elección de contactos flexibles, en relación a aspectos jurisdiccionales, no resulta tan complicada; en primer lugar, porque las valoraciones que determinan la jurisdicción más favorable no son las mismas que indican el derecho más ventajoso⁵⁴. Interesa la justicia sustantiva de la atribución de jurisdicción, cuando la solución

más débil en el caso concreto. Supongamos un hipotético conflicto entre un titular de derechos autorales que instala un DRM (*digital right management*) que impide la copia privada, y lo hace constar en el contrato de licencia de los contenidos digitales. Si esa cláusula es o no abusiva dependerá de quien sea la parte débil, que pareciera que es el consumidor-usuario de contenidos, y no el titular-autor.

54. Un ejemplo, relacionado con el derecho aplicable, lo brinda el art. 9 de la Convención Interamericana sobre *Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, CIDIP II. Montevideo, 1979. «Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto». Interesa aquí ver cuáles son «las finalidades perseguidas» por las legislaciones, y a su vez adecuar la solución a las exigencias de la equidad, considerando el caso concreto. Cfr. HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2002: «Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano». En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 55-76, en 56.

indicada normativamente pueda implicar una injusticia. En ese caso se podrá analizar la política legislativa tenida en cuenta para determinar el foro competente⁵⁵.

Tradicionalmente, los contactos jurisdiccionales de los derechos nacionales en materia contractual son la autonomía de la voluntad, el lugar de ejecución o el domicilio del proponente. Esto llevará muchas veces a que la competencia corresponda a tribunales foráneos al consumidor, lo cual es muy relevante en contratos de turismo o de comercio electrónico. De aquí que sean tan necesarias las adaptaciones.

Las conexiones sustanciales, no meramente territoriales, están relacionadas con valores y objetivos de política estatal. Así, el EGBGB alemán dispone que en caso de daños se aplique la ley del lugar del hecho ilícito o la ley del lugar donde se produjo el daño, según cual sea más favorable a la víctima. Sin embargo, si tanto el productor del daño como la víctima tienen el domicilio en común, se aplicará esa ley. Es un ejemplo de conexiones funcionales de derecho aplicable, sobre la base de los objetivos subyacentes implicados, como la indemnización y la disuasión en el caso de responsabilidad extracontractual⁵⁶. Estamos ante una dimensión material del Derecho Internacional Privado, que adopta una visión sustantivista en la realización de la justicia: una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses⁵⁷.

Las consideraciones anteriores también son válidas para los conflictos jurisdiccionales, especialmente cuando las reglas del proceso son imprescindibles para alcanzar la justicia material. Los contactos son orientados por el orden público internacional, que de por sí implica valoraciones. En igual sentido actúan los derechos humanos y los fundamentales. Todos estos, en su aplicación a los conflictos jurisdiccionales con consumidores, tienen su origen en el juicio de la razón práctica. De aquí que VELÁZQUEZ GARDETA proponga como conexión el *forum legis*, que hace referencia a la autonomía de la voluntad para la elección del tribunal, pero limitada a aquellos foros que apliquen el derecho procesal o sustancial más favorable al consumidor. Subsidiariamente serían competentes los tribunales del domicilio del consumidor, en los supuestos de consumidores pasivos y sitios web activos⁵⁸.

55. Por otra parte, es coherente con la tendencia a buscar soluciones basadas en métodos inductivos y flexibles, de «final abierto» e informales. En lugar de tener delante una regla aplicable a todo contrato, por ejemplo, es mejor contar con parámetros que permitan ajustar la solución. Cfr. DOLINGER, «Evolution of principles...», 345.

56. Cfr. HERZOG, Peter E. 1992: «Constitutional limits on choice of law». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992-III, vol. 234: 239-329, en 319. Es el mismo criterio del Protocolo de San Luis sobre accidentes de tránsito, que establece la aplicación del derecho del domicilio común de las partes. Art. 3: «[...] Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último».

57. *Idem*, 225. También JAYME, «Identité Culturelle et Intégration...», 246.

58. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. 2009: *La protección al consumidor on line en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*. Asunción: CEDEP, 319. La propuesta completa de este autor implica una relación inversa de *forum et ius*,

El problema de estas conexiones valorativamente orientadas radica en que no se puede decir que una es mejor que otra hasta que se construya una solución –al menos hipotética– y ésta pueda compararse con la alternativa. El análisis será provisional, y probablemente el abogado, con motivo de plantearse la estrategia procesal, considere la decisión anticipada, a fin de presentar el caso. A su vez, el juez puede aceptar o no el planteo, y en virtud de la probable decisión desestimar la causa, ya sea porque presume que la jurisdicción afecta negativamente al consumidor, o porque el derecho eventualmente aplicable –en base a los hechos alegados y todavía no probados– puede resultar negativo para sus pretensiones⁵⁹.

Hay que considerar, por tanto, que el resultado que busca evitar la conexión valorativamente orientada puede ser perjudicial en abstracto o en concreto. Si el planteo fuera en concreto, se debe resolver en función de todas las posibilidades que se presentan, y recién después elaborar una solución fraccionada, tomando partes de un derecho y partes del otro. El resultado al que se arrije puede ser favorable a los intereses del consumidor, pero no necesariamente justo⁶⁰.

Del mismo modo, la valoración de la conexión está presente al oponerse el *forum non conveniens*, al comparar el foro alternativo en vistas a que resulte adecuado para la realización de la justicia. Los criterios de admisibilidad o rechazo de la excepción se fundamentan en la valoración de las circunstancias⁶¹. La solución normativa no deberá omitir la incidencia del orden público en la solución del caso mediante la adaptación, a fin de no renunciar a la búsqueda de la justicia material. De aquí que las nuevas orientaciones pretendan la unificación universal como hipótesis de trabajo e ideal a perseguir⁶².

de manera que el consumidor pueda reclamar ante los tribunales cuyo ordenamiento prevea una regulación procesal más proclive a las reclamaciones de consumidores, por cierta especialización en demandas de pequeña cuantía. *Idem*, 320.

59. Es lo que ha tenido en miras el art. 6.2.(b) de la Propuesta canadiense de CIDIP VII, que permite al tribunal negarse a ejercer su competencia en un proceso relacionado con un contrato de consumo, si considera como circunstancia determinante «la ley aplicable a los asuntos incluidos en el proceso relacionado con un contrato de consumo». En el caso del sistema romano-germánico, la valoración suele ser posterior, manteniendo como mecanismo de cierre el orden público. De allí que el principio sea la generosidad jurisdiccional, condicionada a que cada país tenga un sistema de Derecho Internacional Privado justo. *Cfr.* GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, 469.

60. Así resultaba de la aplicación del Tratado de Roma, art. 3.3, al dar prevalencia a las normas imperativas del domicilio del consumidor, en el sentido de que no pueden ser derogadas por las partes. Debía tenerse en consideración si la elección del derecho resultaba perjudicial para el consumidor. *Cfr.* MORSE: «Consumer contracts...», 8.

61. Garro menciona, entre otras, la posible duración del juicio, las facilidades con que cuenta el tribunal, etc. Así, por ejemplo, el valor justicia quedaría conculcado ante un juicio colectivo que durara 10 o 12 años esperando la sentencia definitiva. *Cfr.* GARRO, «*Forum non conveniens*...», 86-91.

62. *Cfr.* SANTOS BELANDRO, Rubén. 2002: «Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo». En Jan Kleinhersterkamp y Gonzalo Lorenzo Idiarte (coords.): *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen*

Si bien los comentarios anteriores se refieren al derecho aplicable, también en caso de conflicto de jurisdicciones se puede declarar más apta una conexión en vistas a un foro determinado, como mejor forma de hacer justicia procesal. En este sentido, LIMA MARQUES observa que se requieren conexiones especialmente diseñadas para el fenómeno del consumo transfronterizo, a fin de evitar que el sistema protectorio interno sea considerado como un todo normativo de aplicación inmediata o norma de policía, como sucedió en el caso Panasonic⁶³. En el caso de los consumidores pasivos, esta autora se inclina por la misma solución, y quien realiza acciones de marketing pretendiendo llegar a consumidores brasileños debe correr con el riesgo de sus actividades en cuanto proveedor. Se le aplicarán las normas imperativas o de aplicación inmediata del país de domicilio o residencia habitual del consumidor⁶⁴.

Una aclaración final en este punto, para responder a posibles críticas y pensando en la actividad legisferante. ¿No debería tomarse en cuenta si un foro es más favorable atendiendo sólo a las consideraciones jurisdiccionales y procesales, sin considerar la posible solución sustancial? Parecería un criterio más preciso y seguro. Párrafos arriba, siguiendo la doctrina allí referida, mencioné que un abogado al plantear el caso o un juez al admitir la jurisdicción tendrán en cuenta la solución final más favorable. Sin embargo, desde un criterio más ajustado, creo que, si se trata de buscar criterios universales de asignación de tribunales competentes, no se deberían mezclar aspectos jurisdiccionales y sustanciales. La asignación del tribunal más favorable se apoyará en aspectos procesales o de aseguramiento de la defensa, o eventualmente la efectividad de la solución, también por posibilidad, economía o efectividad procesal. La variabilidad jurisdiccional no debería fundamentarse en una cambiante solución sobre el fondo del asunto.

De este modo, al aplicarse el *forum non conveniens*, o cuando se evalúa la atribución de competencia en virtud de no incurrir en denegación internacional de justicia, el

Samtleben. Montevideo: Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, 207-252, en 224.

63. Caso Panasonic, SJT. REsp. 63.981-SP, 4 de mayo de 2000. Se trataba de un consumidor, turista brasileño, adquirente de una cámara de filmación en Miami, marca Panasonic, fabricada en Japón. Al llegar a Brasil, el equipo sufre un desperfecto y Panasonic do Brasil niega la reparación por no haber sido adquirido en el país, ni importado, ni contar con servicio técnico para ese equipo. Alegó también que Panasonic de Japón con Panasonic do Brasil son empresas independientes, y que el consumidor no había pagado los aranceles de importación. La única conexión de la relación de consumo con el foro era el domicilio del consumidor en Brasil: es más, se trataba de un consumidor activo que había llevado a cabo todos los actos necesarios en el extranjero. *Cfr.* O REsp 63.981-SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, de 4 de mayo de 2000 (DJ 20.11.2000). Versión íntegra en RDC 35, 270. El tribunal hizo lugar a la jurisdicción por cuanto la marca era promocionada globalmente y sus ganancias eran universales. Se sentó por tanto un precedente muy discutible, por el cual si una empresa obtiene beneficios en un mercado global, su responsabilidad y garantías también deben ser mundiales.

64. *Cfr.* LIMA MARQUES. *Contratos...*, 147.

criterio no deberá tener en cuenta la solución final. Ésta no deberá estar ligada a los aspectos procesales, ya que cualquiera que fuera el tribunal, se debería arribar al mismo resultado. Cambiantes soluciones de fondo sólo favorecen las conductas especulativas (*opportunistic behaviour*), en este caso oportunismo jurisdiccional, conocido como *forum shopping*. Y éste no dejará de serlo porque favorezca a un consumidor.

En el derecho comparado la solución más acorde con este principio está dada por el ya mencionado Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial. Los artículos 17, 18 y 19 plantean la jurisdicción concurrente, a opción del consumidor, entre el domicilio del demandado o su propio domicilio, o bien otra jurisdicción que fuera prevista contractualmente. Por el contrario, el consumidor sólo puede ser demandado en su propio domicilio. Los criterios generales de la elección del tribunal (art. 25) y del domicilio del demandado (art. 4) son mitigados en caso de tratarse de un contrato de consumo (arts. 17 a 19). El mismo criterio se sigue en otras situaciones de debilidad, como los supuestos que involucran a trabajadores (art. 20 y ss.), o en beneficio del asegurado (art. 10 y ss.)⁶⁵.

Existen otras soluciones propuestas, pero sin vigencia efectiva. Entre éstas, se puede mencionar la propia del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina⁶⁶, el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado⁶⁷,

65. De acuerdo a su art. 81, el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015. Si bien la solución es semejante a la de su predecesor, el Reglamento 44/2001, el principal cambio es que será de aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas extracomunitarias, cuando el demandado tenga domicilio en un Estado no perteneciente a la UE. *Cfr.* DURÁN AYAGO, Antonia. 2013: «Europeización del Derecho Internacional Privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo». *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, 29: 1-55, numeral 5.

66. Vale la pena ser mencionado si bien a la fecha este Proyecto está sujeto a un amplio debate y modificación, y no se encuentra en estado parlamentario: 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».

67. Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay, presentado a la Asamblea General el 14 de septiembre de 2004, art. 55, d), por el cual serán competentes los tribunales uruguayos «En materia de contratos con consumidores, si el contrato se celebró en la República o el cumplimiento de la prestación de servicio o entrega de las mercaderías se produjo o debió producirse en la República».

el Protocolo de Santa María⁶⁸ o la reiteradamente postpuesta CIDIP VII, en el ámbito de la OEA⁶⁹.

2.3. El favor debilis y el Derecho aplicable a las relaciones de consumo

Se han propuesto las normas alternativas abiertas pero limitadas como uno de los instrumentos más utilizados para garantizar resultados materiales equitativos⁷⁰. La técnica alternativa indica el fin material o de favorecimiento deseado, y se denomina «principio del favorecimiento». Algunos son conocidos: *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor legitimitatis*⁷¹. En el ámbito del consumidor y en el plano del conflicto de leyes, algunos autores han propuesto 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 consumidor. Permanecen

68. Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo MERCOSUR/CMC/dec n.º 10/96, art. 4. «Regla general. 1. Tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor. 2. El proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste». Artículo 5. «Soluciones alternativas. También tendrá jurisdicción internacional excepcionalmente y por voluntad exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: a) de celebración del contrato; b) de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado».

69. En el ámbito de la OEA, desde 2003 se está proponiendo una Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre protección del consumidor. Existen tres propuestas, de las que cabe mencionar la «Propuesta Conjunta brasileña», que a su vez contiene un Protocolo Adicional sobre jurisdicción internacional en materia de ciertos contratos y transacciones de consumo, a propuesta de la Delegación argentina. Allí se propone: «Art. 1. (Regla general) Tendrán jurisdicción internacional sobre los contratos y transacciones de consumo comprendidas en esta Convención los jueces y tribunales del Estado Parte del domicilio del consumidor. Art. 2. (Soluciones alternativas) Cuando el demandante sea el consumidor, a su elección, también tendrán jurisdicción internacional los jueces y tribunales del Estado Parte: a) del lugar de celebración del contrato; b) del lugar de ejecución del contrato, considerando como tal el de la prestación del servicio o el de la entrega de los bienes; c) del domicilio del demandado». Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_propuesta_conjunta_brasilena.htm, última visualización el 12 de noviembre de 2013.

70. Para un estudio general de las relaciones entre la justicia material y la seguridad jurídica, ver GOLDSCHMIDT, Werner. 1978: *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley, 522 y ss. La introducción de criterios teleológicos y un mayor margen de atribución al juez, pueden redituar –siempre dentro de una metodología conflictualista– beneficios notables en la operatividad de las convenciones. Cfr. HERBERT y FRESNEDO DE AGUIRRE, «Flexibilización teleológica...», 56. También DOLINGER, «Evolution of principles...», 347, respecto de la distinción entre *strict rule approach* y *flexible principle approach*. También VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online*, 184. De modo general, también puede consultarse VISCHER, Frank. 1992: «General Course on Private International Law», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 232. La Haya, 1992: 9-256, en 116 y ss. Asimismo JAYME, «Identité culturelle et intégration...», 44.

71. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2002: *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*. Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, volumen I, parte 2, *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 1533.

como límites generales a la autonomía de la voluntad las normas de orden público internacional y las normas de policía⁷².

Respecto del derecho aplicable, esta técnica implica un gran trabajo para el juez competente, que tendrá que verificar si la ley elegida es mejor que la aplicación material de otras leyes en contacto con el consumidor. La tarea no está exenta de riesgos⁷³. DENNIS llama la atención sobre las dificultades prácticas que tiene esta solución, en cuanto a determinar cuál será esa ley más favorable al consumidor.

Por ejemplo, ¿cómo se puede identificar qué parte o partes del derecho de un país resultan más favorables al consumidor? ¿Sería distinta la solución para para cada caso y para cada aspecto del caso? ¿Sería distinta la solución si el tema a decidir tiene que ver con la validez del contrato, con la carga probatoria, con las consecuencias del incumplimiento, el monto de una posible reparación, las probabilidades de obtener reparación en virtud de las leyes sustanciales de un país (incluso si el monto a recuperar fuere potencialmente inferior), la manera de determinar o medir los daños, los plazos de prescripción u otros parámetros? ¿Sería posible aplicar más de una ley con respecto a un reclamo determinado?

Habitualmente se hace referencia a la funcionalidad del *pro consumptore* en el régimen de interpretación de los contratos de consumo, pero el campo de aplicación del *favor debilis* es más amplio. Así, por ejemplo, tiene directa incidencia en la determinación de la responsabilidad solidaria de la cadena comercial cuando el consumidor sufre daños por productos defectuosos, donde se ve favorecido por las presunciones y las cargas probatorias. También cuando, en los créditos para el consumo, se reconoce la conexidad contractual prevaleciente sobre el principio del efecto relativo de los contratos.

Otro tanto se puede decir, en Derecho Internacional Privado, respecto de la duda que puede presentarse ante la calificación de la relación de consumo, tanto a los fines jurisdiccionales como del derecho aplicable. Si las calificaciones *lex fori* y *lex causae* de

72. Así opina Toniollo, quien considera –en referencia al derecho aplicable– que el juez debe procurar una armonización de las conexiones con el mandamiento de protección del consumidor y, por lo tanto, que el consumidor (no el juez) elija entre la residencia habitual (1209, 1210, 1212, 1213 CC), la *lex loci celebrationis* (1205 CC) o la *lex loci executionis*, la que resulte más favorable. Cfr. TONIOLLO, Javier Alberto. 1998: «La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino». *Revista de Derecho del MERCOSUR*, n.º 6. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1998: 94-117, en 99.

73. DENNIS, Michael J. 2007: «Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 219-237, en 232. Similares comentarios hace VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, 242-244, donde descarta que en el marco de la Propuesta de CIDIP VII se pueda hacer lugar al *depeçage*, en virtud de que el art. 7.4 sólo permite la aplicación de una ley estatal o derecho de un Estado. Como ejemplo de las dificultades y de una decisión judicial contraria al principio de interpretación más favorable al consumidor, menciona el caso EasyCar, al que ya me referí (cfr. supra 547).

la supuesta relación de consumo dieran resultados dispares, y en un caso no se hiciera lugar al régimen protectorio, lo que llevaría al juez a declararse incompetente o hacer muy gravosa la defensa en juicio, habría que aplicar la calificación más favorable de tal modo de facilitar el acceso a la jurisdicción de la parte débil⁷⁴.

Otra aplicación concreta del *favor debilis* la podríamos encontrar en la integración de los términos del contrato, de acuerdo con el principio protectorio. A modo de ejemplo, cuando el Protocolo de Santa María establece en el art. 5. b) que el consumidor podrá demandar al proveedor en el «lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes», no indica qué debe entenderse por lugar de entrega⁷⁵. Es previsible que el juez califique de acuerdo a su *lex civilis fori*, y si en caso de la venta de bienes muebles aplicara el uso característico del comercio internacional, el lugar de entrega termine resultando el mismo domicilio del proveedor⁷⁶. Por ejemplo, considerando uno de los usos más típicos del tráfico internacional, no parece sencillo aplicar a una compraventa internacional de consumo la totalidad de las disposiciones de las cláusulas FOB o FCA de los Incoterms de la CCI. Las características principales de estos usos del comercio internacional son, por una parte, el traspaso del riesgo de la mercadería en la plaza del exportador, ya sea al cruzar la borda en el transporte marítimo o la carga en el medio del transportista terrestre o aéreo y, por otra, la distribución de los costos requeridos para el transporte, seguros, gastos aduaneros, etc.

En el caso de una operación de consumo, que implica la venta de una o pocas unidades, lo usual será que el transportista lo designe el vendedor, cosa prevista de modo contrario en los referidos Incoterms. El riesgo sería así trasladado al consumidor en el momento del despacho, lo que tampoco es razonable por la falta de control que tiene el comprador, a diferencia de las operaciones de comercio internacional, donde intervienen peritos, se emite documentación bancaria, instrumentos de transporte o pólizas de seguro endosables.

Debido a que los montos en juego son mucho menores, también se requiere menos emisión de documentación respaldatoria, propia de la generación de confianza y

74. PERUGINI ZANETTI, Alicia. 2005: «Derecho Internacional Privado del Consumidor». Relato del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Rosario: Sección Derecho Internacional Privado, n.º 66-6.

75. Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo MERCOSUR/CMC/dec n.º 10/96, que aún no entró en vigencia.

76. En este sentido, no estoy de acuerdo con la calificación de «lugar de entrega» que hace el art. 27 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina, más aún cuando se trata de una calificación especial para contratos con consumidores: «Se considera que lugar de entrega de las mercaderías, salvo estipulación diferente, es el lugar determinado por la cláusula FOB, definida por los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional». Me refiero al Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las resoluciones 134/02 y 191/02 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Tuvo estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Nación, bajo el número 2016-D-04.

garantías usuales en los negocios mercantiles. Pero como de todos modos los proveedores de operaciones de consumo indican en el documento de venta de que se trata de una operación «FOB», ¿qué queda de ese uso y costumbre que pueda ser aplicable a una venta de consumo? Parece claro que los Incoterms quedarían desnaturalizados. Por tanto, una conclusión preliminar podría ser que el contenido y los límites de la *nova lex mercatoria* resultan inapropiados en términos de protección del consumidor. Las condiciones generales de contratación no necesariamente establecen como lugar de entrega el domicilio del consumidor en el extranjero; por el contrario, la mayoría de los documentos de venta indican que la operación será en condiciones CIF o FOB. De este modo, el riesgo del envío se trasladaría al consumidor en el domicilio del sitio web desde donde se despacha la mercadería o donde está ubicado el servidor desde donde se descarga la información. Por tanto, creo que resulta definitivo que 'lugar de cumplimiento', a los fines de la relación de consumo, sea interpretado como el lugar donde se hace posible el disfrute o puesta a disposición del producto para su consumo. Nada impide que los términos comerciales referidos se utilicen en compraventas con consumidores, siempre y cuando no sean desnaturalizados. ¿Estandremos ante una nueva costumbre comercial propia de estos contratos, complementaria o modificatoria de otra costumbre reglamentada, propia de los profesionales? ¿Será oportuno generar uno o más Incoterms específicos de operaciones de consumo o al menos para el mercado virtual?

De esta manera, haciendo aplicación interpretativa del *in dubio pro consumptore*, se puede afirmar que, en una compraventa internacional de consumo, el derecho aplicable será el del lugar donde el consumo es efectivo (por lo general, el domicilio del consumidor), mientras que la jurisdicción puede localizarse en el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones⁷⁷.

2.4. La distinción entre consumidores activos y pasivos es una aplicación del favor debilis

La localización de la relación jurídica por su causa fin y por la actividad desarrollada tanto por el proveedor como por el consumidor también tiene relación con el *favor debilis*. Se trata de la clasificación entre consumidores activos y pasivos. Es un modo de favorecer a la contraparte de un contrato que no tiene dominio sobre la relación jurídica y que es invitada a contratar por un experto que predispone la situación de consumo

77. Cfr. TONIOLLO, «La protección internacional del consumidor...», 100-101. El autor llega a esta conclusión luego de interpretar sistemáticamente el art. 1212 CC, en el sentido de «la naturaleza de las obligaciones», tanto por la debilidad del consumidor como por la característica tipificante del «consumo final».

mediante publicidad o porque dirigió sus actividades al Estado donde se domicilia el consumidor⁷⁸.

El principio bajo análisis será entonces el fundamento para establecer las categorías diferenciadas de consumidor pasivo y activo. El primero es quien recibe ofertas, productos o celebra el contrato en su territorio; es consistente con una consideración especular de un proveedor activo. Es el consumidor que consume donde reside, y por tanto es coherente la protección de la residencia habitual. Por el contrario, el consumidor que «consume» en el extranjero tiene la protección del lugar de consumo. Como se puede observar, esto es insuficiente para proteger al consumidor móvil o al consumidor activo⁷⁹. Esta distinción entre consumidores activos y pasivos es receptada, por ejemplo, por la Propuesta conjunta brasileña de CIDIP⁸⁰:

art. 6. 1. (Elección limitada y válida del derecho aplicable al consumidor pasivo). Los contratos y transacciones internacionales realizados estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración, del lugar de ejecución o de la sede del proveedor de los productos o servicios; dicho derecho será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor.

2. (Determinación de la ley más favorable al consumidor pasivo). A tales efectos se consideran como opción más favorable al consumidor las siguientes en su respectivo orden: a) el derecho del domicilio del consumidor; b) el derecho de la residencia común del consumidor y de uno de los establecimientos del proveedor de productos y servicios; c) el derecho del lugar de celebración o del lugar de ejecución, si coincidiera con el lugar del domicilio, del establecimiento principal o sede del proveedor de los productos o servicios, que actuó en el contrato en una condición que no sea la de mero distribuidor.

Los consumidores pasivos son, por tanto, los ‘atacados’ por la ofensiva publicitaria y contractual del empresario. La protección diferenciada está prevista para éstos, no así para los activos, que son quienes se trasladan o toman cualquier otra iniciativa frente a la contratación⁸¹. Se puede ver con claridad la importancia que

78. Se trata de los denominados «proveedores activos». En términos del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, art. 17, c), «cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades».

79. Cfr. MENICOCCHI, Alejandro Aldo, 2006: «Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor». En Adolfo A. N. Rouillon (dir.) y F. Daniel Alonso (coord.): *Código de Comercio Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley, tomo V, 1249-1271, en 1261.

80. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, 122-127.

81. Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2003: «Contratos con “parte débil”». En Fernández Arroyo (coord.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*.

tiene la calificación para delimitar el marco protectorio. No será indiferente en orden a la localización el hecho de que el proveedor se dirija al domicilio del consumidor mediante publicidad u otro acto tendiente a la celebración y cumplimiento del acto de consumo, o bien que el consumidor se traslade al domicilio del proveedor, para allí celebrar el contrato o recibir las prestaciones⁸². Esta calificación también es tenida en cuenta por el Proyecto uruguayo de Ley general de Derecho Internacional Privado, en su art. 49.2, por el cual los contratos que se celebren y cumplan en la República se regirán por las leyes uruguayas, siendo competentes los propios tribunales⁸³.

En el comercio internacional existe una calificación complementaria a la de los consumidores activos o pasivos. Se trata de una norma que es parte del derecho interno de muchos países y por tanto de aplicación obligatoria, cuyo ámbito de aplicación son las compraventas de bienes muebles. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en el art. 2, establece que se excluye el ámbito de aplicación material cuando se trate de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico. Ahora bien: esta calificación está pensada para excluir las relaciones de consumo; por tanto, no resultarán aplicables las disposiciones materiales de

Buenos Aires: Zavallía Editor, 1029. La cuestión fue igualmente considerada en la Convención de La Haya sobre ventas a consumidores, art. 5, en términos casi idénticos a los de la Convención de Roma de 1980. Cfr. VON MEHREN, Arthur Taylor. 1980: «La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren». Traducción de Adriana Sánchez Mussi del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), Miscellaneous matters/ Consumer sales, Report*, vol. II, 179. En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: CEDEP-LA LEY, 2007, 39-55, en 50-51. En el marco de la Propuesta de CIDIP VII se establece un marco diferenciado para el derecho aplicable, si el consumidor contrató en su domicilio (en cuanto lugar de celebración) o si se trasladó para consumir, típico caso del turista. En ambos casos se los denomina consumidores activos y pasivos. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, 184.

82. Protocolo de Santa María, art. I.1.c) «[...] Esta disposición se aplicará siempre que la celebración del contrato haya sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica o de una publicidad suficientemente precisa y que éste hubiere realizado, en ese Estado, los actos necesarios para la conclusión del contrato». De todos modos, como indica Lima Marques, hoy día, mediante la utilización de los medios de comunicación, tanto el consumidor como el proveedor pueden ser “activos” sin moverse de su casa. LIMA MARQUES, «O novo Direito internacional privado...», 262-263.

83. La proyectada norma uruguaya tiene importancia para un país que recibe turistas de modo habitual. Si los comerciantes estuvieran expuestos a que los visitantes los pudieran demandar en el domicilio del consumidor, sería una fuente de inseguridad permanente. Esta norma se complementa con el art. 55 d), que establece la jurisdicción uruguaya (aparentemente exclusiva) si el contrato de consumo se celebró en Uruguay, y el cumplimiento se produjo o debió producirse en la República. El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina toma en cuenta esta distinción. «Art. 2655.- Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: 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; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento».

la Convención y sí el derecho tuitivo. Es decir, que si es mercadería para uso personal familiar o doméstico, estamos fuera del derecho del comercio internacional y dentro del Derecho Internacional Privado del consumo. Lo que resulta patente es que esta calificación no es útil para todo un sistema protectorio, y menos para la determinación de la jurisdicción competente, si ésta es considerada extraordinaria. No podríamos apelar a la analogía de esta calificación, ya que los fundamentos son bien diferentes. Así y todo, pese al reducido ámbito de aplicación, no habrá que olvidar esta noción de consumidor que brinda la Convención de Viena, cuando estemos ante la situación que pretende regular o, mejor dicho, excluir de su regulación.

Se trata de un caso inverso al *in dubio pro consumptore*, ya que si el comerciante no sabía ni debía saber que contrataba con un consumidor, se verá beneficiado por la aplicación de la Convención, y la relación quedará excluida del régimen tuitivo del derecho interno con vocación para regular el caso.

La distinción entre consumidores activos y pasivos no está exenta de dificultades, especialmente en economías integradas, donde en aras de la seguridad jurídica se trata de lograr un balance que tenga en cuenta las expectativas de los productores, más conformes con la «ley del origen»⁸⁴. Este asunto es especialmente delicado en el comercio electrónico, ya que el productor tiene que ser muy precavido al decidir proveer a consumidores que pueden acceder a sus ofertas desde cualquier lugar del mundo.

3. OTRAS APLICACIONES DEL FAVOR DEBILIS

3.1. *El principio pro victimae como concreción del favor debilis y la responsabilidad por productos defectuosos*

Una categoría específica de sujetos débiles está constituida por las víctimas de actos ilícitos. En el caso de consumidores, podemos encontrar aquí otra aplicación concreta del *favor debilis*, para los supuestos de daños sufridos en razón de productos defectuosamente producidos o diseñados. El consumidor tendría ante sí distintas opciones jurisdiccionales concurrentes:

- a) puede reclamar en el lugar de fabricación, que podrá o no ser coincidente con el domicilio del proveedor; en ese caso, puede iniciar la demanda con fundamento en el incumplimiento de los estándares vigentes en el país de producción;
- b) a su vez, puede reclamar en su propio domicilio como lugar de acaecimiento del daño; en este último caso, podrá invocar la aplicación de los estándares

84. Cfr. DURÁN AYAGO, «Europeización del Derecho Internacional Privado...», numeral 58.

de calidad del país de origen acumulativamente con los propios, en razón de tratarse de reglamentaciones de cumplimiento obligatorio;

- c) también podrá demandar al fabricante en su sede social o principal asiento de los negocios, coincidente con el clásico domicilio del demandado;
- d) adicionalmente, las normas que establecen los estándares de producción son leyes imperativas que obligan al juez del lugar de fabricación. Se trata, por tanto, de un supuesto de *forum causae* que debería ser considerado en la limitación del *forum non conveniens*.

En definitiva, para facilitar el acceso a la jurisdicción y la reparación del daño, se debe optar por la solución que mejor resuelva el *favor victimae*. Lo mismo se podrá decir en caso de damnificados no consumidores. El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial tiene en cuenta esta situación:

Artículo 2656.- Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

Ante la verificación de que el daño al consumidor se produjo como consecuencia de un problema de fabricación o diseño, y en extraña jurisdicción a la del fabricante, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de la calificación del «lugar de fabricación». La situación no debería presentar mayores problemas, y el lugar donde el producto es manufacturado coincidirá con el domicilio del demandado. Las dificultades surgen cuando hay múltiples participantes en la cadena de producción, o el fabricante es un productor a maquila o *façon*, anónimo para el consumidor medio.

De acuerdo al art. 40 LDC las responsabilidades son independientes pero solidarias de cada uno de los integrantes de la cadena de aprovisionamiento. El fabricante es responsable de la fabricación «defectuosa». Los requisitos de calidad están dados por el lugar de producción, pero también acumulativamente con los del lugar de comercialización o puesta a disposición. Así, no debería ser responsable un fabricante que ha cumplido con los estándares de calidad del lugar de fabricación y el daño se produce porque el producto se utiliza en un territorio que incorpora otros parámetros técnicos, dónde él no quiso comercializarlo. Lo mismo si el uso resulta incorrecto sin culpa del fabricante, que nunca pensó ni quiso que sus productos fueran vendidos en ese país.

En esta última circunstancia, el lugar de fabricación donde debe cumplirse con los estándares o con las normas regulatorias funciona a modo de ‘lugar de cumplimiento’. Esto impactará tanto en aspectos procesales, jurisdiccionales o sustanciales: una diferente interpretación del nexo de causalidad, distintos plazos de prescripción o modo de probarse los hechos, etc. Lo mismo se puede decir respecto de los estándares de calidad, cuando difieren entre una u otra jurisdicción, y proyectan sus efectos sobre la demostración de la culpa, el deber de diligencia, el cumplimiento de normativas

regulatorias, etc. En este sentido también se interpreta el contenido del «estado del arte» como causa exculpatoria. Estos límites y deberes de conducta del proveedor, desde el punto de vista del consumidor demandante en extraña jurisdicción, son parte de la *lex fori* que aquí se identifican con la *lex causae*. La conexión en este supuesto no está construida sobre el *locus actio*, ya que el daño se reclama en virtud de la ilicitud consistente en incumplir con los deberes de fabricación.

También puede ser relevante para optar por la jurisdicción del tribunal del lugar de fabricación las mayores posibilidades que tiene el consumidor de obtener una adecuada reparación. En los países industrializados es más alto el estándar de responsabilidad que obliga a los productores –y por tanto más clara la demostración de la culpa o negligencia–. El tribunal debe aplicar los estándares de fabricación o de responsabilidad propios; por tanto, la regla de jurisdicción se puede derivar del derecho aplicable.

La teoría de la apariencia viene en nuestra ayuda. El producto manufacturado en un país, y así indicado y publicitado frente al consumidor, genera una expectativa de calidad vinculada a ese lugar de fabricación. No en vano las leyes de lealtad comercial obligan a consignar ese origen, como elemento informativo relevante frente a la decisión de consumo. Por tanto, de aquí se puede obtener una regla de competencia: cuando el juez debe aplicar normas de orden público interno, resulta automáticamente competente.

En Argentina, la Ley 22.802 de Lealtad Comercial es clara en cuanto a la obligación de indicar el origen de un producto, sin admitir excepciones ni atenuantes:

Art. 1: Los frutos y los productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visible sobre sus envases (...) b) Nombre del país donde fueron producidos o fabricados.

Queda claro que la indicación del lugar de fabricación es un mensaje, con las características de «signo distintivo», al menos desde la óptica del consumidor. La indicación legítima de que un producto es «Made in Germany», «Made in Japan», «Made in Sweden», «Swiss made», «Product of China» o «Product of Malaysia» manifiesta al consumidor que la cosa cumple con los estándares de calidad que identifican la «marca país». Que cada uno tome su decisión en base a esta información.

Además de estos argumentos, considero que las afirmaciones de las empresas respecto a las buenas prácticas, o su adhesión a códigos de conducta, reglamentos, etc., son exigibles de acuerdo a lo normado como principio general en el derecho de obligaciones: el valor vinculante de la manifestación unilateral de voluntad (art. 917 y concordantes del CC). Nunca podrá dejarse de lado la doctrina de los actos propios o *estoppel* (*nemo contra factum proprium venire potest*), que no habilita a crear una expectativa sobre las propias declaraciones para luego no satisfacerlas. La doctrina de la apariencia también coadyuvará a la operatividad de la ‘doctrina de los actos propios’, agravada por la calidad de profesional que reviste el proveedor. Será de aplicación a

este respecto el art. 902 del CC, por cuanto será mayor la responsabilidad de aquellos que tienen pleno conocimiento de los hechos y las cosas.

La responsabilidad del proveedor que actúa bajo un reglamento o código de buenas prácticas también le puede ser imputada en función de la creación del riesgo que pone en marcha con su actividad. En su condición de experto, ha previsto y acepta riesgos evitables mientras que los consumidores ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, evitarlos o asegurarse contra ellos. Queda así determinada la distribución en los costos y las pérdidas de la empresa común, en este caso el negocio bilateral. Cada vez que un profesional pone en marcha un sistema de provisión, un servicio o introduce un producto nuevo en el mercado, asume algún grado de riesgo en el que el inexperto no interviene. Parece claro que al proveedor debe atribuirse una mayor carga de esos costos derivados, aunque las directrices o reglamentos no resulten legalmente obligatorios. En definitiva, ante la duda de si una jurisdicción es competente o cierto derecho es aplicable, las consideraciones precedentes implican una clara aplicación del *in dubio pro consumptore*⁸⁵.

3.2. El favor debilis en los procesos arbitrales y en las acciones colectivas

El principio *favor debilis* también tiene injerencia –como no puede ser de otra manera– en los aspectos procesales⁸⁶. Supongamos una cláusula de elección de foro en un contrato internacional de consumo, impuesta por el proveedor de un sitio web, admisible en el país de origen de las mercaderías o los servicios. Así y todo, habrá que tener en cuenta la validez del pacto en el domicilio del consumidor, ya que si de acuerdo a este sistema jurídico se establece que afecta la autonomía de la voluntad o fue impuesta abusivamente, o bien que en su ejercicio se deja indefenso al consumidor, el intérprete podría determinar, mediando la aplicación del *favor debilis*, que se conculca

85. En este sentido el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial resulta pobre, al no considerar estas alternativas. «Artículo 2657.- Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país».

86. De modo general para este punto, Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, «O novo Direito internacional privado», 261-293. En el orden interno podemos encontrar una manifestación de la aplicación del *favor debilis* en la órbita procesal en el art. 53 de la LDC, referido a la carga probatoria dinámica: «Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio».

la garantía del debido proceso. Entonces el juez abrirá el *forum actoris* para no dejar en indefensión al consumidor transfronterizo, aun cuando no existiera una convención internacional que lo hubiera legislado expresamente⁸⁷.

Un ejemplo de la influencia del *favor debilis* en los procesos arbitrales, referido a normativa comunitaria, son las disposiciones existentes en la UE. En las recomendaciones 98/257/EC, de 30 de marzo de 1998 y 201/310/EC, de 4 de abril de 2001, la Comisión estableció especiales disposiciones aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, en cuanto a procedimientos que garanticen la imparcialidad e independencia del órgano, la seguridad y la eficacia del procedimiento, la publicidad y la transparencia de la actuación, la libertad y audiencia de las partes, o el carácter gratuito o costo moderado del procedimiento⁸⁸.

Otra situación similar se presenta en el sistema arbitral *online* de consumo, donde se admite de modo general y como manifestación de la equidad que las partes tienen el derecho a no aceptar o a abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir al sistema judicial. Así, por ejemplo, tratándose de una contratación comercial electrónica el consumidor tiene el derecho a decidir si acepta la propuesta que se le presenta para resolver el litigio, para lo cual deberá ser informado en forma clara y en lenguaje comprensible del contenido de la posible solución⁸⁹.

Un supuesto particular lo constituye la admisibilidad o no de un consumidor extranjero en una acción colectiva. ¿Puede un consumidor –argentino por caso– presentarse en un proceso colectivo abierto en el extranjero? ¿Puede un consumidor extranjero presentarse en un proceso colectivo local?⁹⁰.

87. Cfr. SCHÖTZ, Gustavo J. 2003: «El consumidor en Internet». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco, 2003.

88. Cfr. FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. 2008: «El Arbitraje Online en el Comercio Internacional». Ponencia en el Comité XVIII, Derecho arbitral internacional, de la XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados, *IABA E-Law Review*, n.º 1/2005, n.º 2.8, disponible en <http://www.iaba.org> última visualización 2 de octubre de 2013. También disponible en <http://www.fihsabogados.cl/publicaciones/arbitraje.htm>.

89. *Idem*, n.º 2.8, h).

90. La cuestión es relevante, porque podría tratarse de una posible solución a la «paradoja de la nimiedad», entendiendo por ésta la escasa cuantía de los reclamos y la difícil sustanciación de un proceso cuando los costos procesales son inaccesibles. Como indica PAVA: «Sólo con tener que notificar la demanda en un país extranjero quedan descartados la mayoría de los casos relacionados con consumidores y, por más que muchos tratados garanticen la gratuidad de los actos procesales transfronterizos, la sola necesidad de contar con un corresponsal hacen de esa gratuidad una quimera. Difícilmente puedan superarse estos escollos mediante los *punitory damages* o las *acción class*: la ecuación económica de un caso transfronterizo generalmente no cierra». PAVA, Roberto Martín. 2011: «Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos», Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, «Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos». En *Libro en homenaje a Enrique Butty*. Buenos Aires: IJ Editores-Universidad Austral, nota 3. La respuesta en Brasil parece ser positiva, en cuanto que las asociaciones de consumidores pueden invocar las garantías constitucionales e incoar acciones clase, también en el orden internacional. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia. 2010: «Brésil». En Diego Fernández Arroyo (ed.): *Consumer Protection in International Private Relationships*. Asunción: CEDEP, 47-95, en 56.

Las modernas Constituciones prevén que los ciudadanos puedan accionar de modo conjunto cuando están en juego derechos de incidencia colectiva. Para que esto sea posible, es necesario verificar: a) cuál es la naturaleza jurídica del derecho en juego; b) quiénes son los sujetos habilitados a reclamar protección; c) bajo qué condiciones puede resultar admisible una acción; y d) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte⁹¹. Si bien la mayoría de los estudios se refieren a derechos de los ciudadanos hacia el interior de su Estado, el mismo análisis se puede verificar en las relaciones transfronterizas. Es más: pareciera que sin la herramienta de los procesos colectivos, en cuanto facilitadora de la justicia procesal, difícilmente se pueda lograr la justicia sustancial⁹².

En definitiva, para el ejercicio de acciones colectivas contra proveedores en casos transfronterizos de protección del consumidor, deberemos estar ante una relación de consumo que implique la existencia de un interés plurindividual homogéneo o transindividual. Éste se manifestará en la existencia de múltiples relaciones de consumo. Los bienes podrán ser homogéneos, cuantificables individualmente, tal el caso de un grupo de afectados por prácticas bancarias fraudulentas o pasajeros de una misma línea aérea. Asimismo, puede tratarse de un bien indivisible y no fraccionable por cuotas adjudicables a cada uno de los titulares; tal sería el caso de un organismo administrativo o judicial que se negase de modo sistemático a recibir denuncias de consumidores por hechos sucedidos en el extranjero.

La Propuesta de Ley Modelo Interamericana prevé procedimientos para la solución de controversias y reparación colectiva y/o representativa en caso de perjuicios comunes a los consumidores. Es una solución adecuada, ya que atiende a la realidad de que en ciertas circunstancias los perjuicios son causados a los consumidores de forma similar por la misma empresa o por empresas vinculadas. Puede tratarse de procedimientos y organismos judiciales o administrativos que permitan la reparación, tanto monetaria como sustitutiva⁹³.

La mencionada propuesta, al referirse a quiénes son los sujetos legitimados para efectuar los reclamos, establece:

91. Cfr. DENNIS, «Diseño de una agenda práctica...», 228-230.

92. Cfr. PAREDES PÉREZ, José Ignacio. 2006: «La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro». *Estudios sobre Consumo*. Madrid, 2006, vol. 79: 75-87, en la Introducción. Si bien este autor se refiere a los procesos colectivos en el marco intracomunitario, sus conclusiones son perfectamente aplicables a este estudio. La razón de ser de las acciones colectivas es tratar de equilibrar la desigualdad procesal en que se hallan los consumidores frente a los profesionales, lo que se agrava en procesos de escasa cuantía en el ámbito transfronterizo. Critica la ausencia de este tipo de acciones en el Reglamento 44/2001 y la falta de previsión en la legislación interna en muchos de los países de la UE.

93. Propuesta de Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores presentada por los Estados Unidos de América para la CIDIP VII (agosto de 2008).

4.4 Las siguientes partes estarán legitimadas para iniciar un procedimiento según se describe en este artículo:

4.4 (1) Un consumidor individual en nombre propio y en representación de otros consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (2) Una parte o partes representativas, incluyendo una asociación de consumidores, actuando en representación de un grupo de consumidores que busquen la reparación por los perjuicios causados a los consumidores en forma similar, por la misma entidad o por entidades vinculadas;

4.4 (3) Una autoridad ejecutora gubernamental, incluyendo cualquier autoridad ejecutora de protección al consumidor o cualquier otra autoridad competente...

Es importante, en estos procesos colectivos, verificar que los derechos subjetivos no pierdan su virtualidad por agotarse la vía al no haber participado el consumidor –no estar incluido en el grupo–, o por no haber podido ejercer su opción de excluirse de la clase o de la acción colectiva. En este sentido, resultan por demás relevantes las disposiciones referidas a las notificaciones a los consumidores, ya que éstos pueden estar desperdigados por distintos países⁹⁴. En el marco internacional, las cuestiones de litispendencia, cosa juzgada y excepción de incompetencia requieren un tratamiento diferenciado⁹⁵.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, la aplicación del principio será una herramienta útil en manos del intérprete para elaborar las soluciones. En algún caso, será el argumento para evitar el *forum shopping* que perjudique al consumidor; en otro, será la puerta del *forum necessitatis* o del *forum non conveniens*. También, ante la duda sobre la interpretación de una cláusula o términos del contrato, ante dificultades para calificar la relación como de consumo a los fines de aplicar un sistema protectorio, o bien al decidir aplicar una solución alternativa a la resolución del caso cuando la norma de conflicto lo permita o exista un vacío legal.

94. Cfr. n.ºs 4.6 y 4.7 de la Propuesta de Ley Modelo Interamericana. La cuestión es tenida en cuenta en el orden interno por el art. 54 de la LDC, al referirse a las acciones de incidencia colectiva: «[L]a homologación del acuerdo requerirá de auto fundado, que deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales se aparten de la solución adoptada». A su vez, «La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (*ibidem*)».

95. Cfr. SOTO, Alfredo Mario. 2009: *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 66 y 119.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. 1989: «La debilidad jurídica en la contratación contemporánea», *DJ*, 1989-1.
- BACIGALUPO, Enrique. 1998: *Manual de Derecho Penal*. Cuarta reimpression. Bogotá: Temis.
- BATIFFOL, Henri. 2002: *Aspects philosophiques du droit international privé*. París: Dalloz, reedición.
- BOGGIANO, Antonio. 1981: «International Standard Contracts, a Comparative Study». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 170. La Haya.
- BOGGIANO, Antonio. 1993: *La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica. Universalidad y genius loci*. Buenos Aires: La Ley.
- 2005: *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., t. I. Buenos Aires: Depalma.
- BONELL, Michael Joachim. 1997: *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles o International Commercial Contracts*. Second enlarged Edition. New York: Transnational Publishers.
- CANARIS, Claus-Wilhem y GRIGOLEIT, Hans Christoph. 2004: «Interpretation of Contracts». En Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar Du Perron y Muriel Veldman (coords.): *Towards a European civil code*. Nijmegen.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel. 2005: «Criterios integrativistas para la atribución de jurisdicción en relaciones de consumo». Comunicación al XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. 2013: «El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones». *La Ley*, 31 de enero de 2013, año XXXIV, n.º 8013, 1-4.
- DENNIS, Michael J. 2007: «Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley, 219-237.
- DOLINGER, Jacob. 2000: «Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol. 283. La Haya.
- DURÁN AYAGO, Antonia. 2013: «Europeización del Derecho Internacional Privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo». *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, 29, 1-55.
- FERNÁNDEZ, Raymundo L.; GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina. 2007: *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. 2.ª ed., tomo I-A. Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2003: «Contratos con “parte débil”». En Fernández Arroyo: *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía Editor.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. 2008: «El Arbitraje Online en el Comercio Internacional». Ponencia en el Comité XVIII, Derecho arbitral internacional, de la XL Conferencia Federación Interamericana de Abogados, *IABA E-Law Review*, n.º 1/2005, n.º 2.8, disponible en <http://www.iaba.org> [última visualización 2 de octubre de abril de 2013].
- FINNIS, John. 1980: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Traducción castellana de Cristóbal Orrego Sánchez de *Natural law and natural rights*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- GARRO, Alejandro. 2003: «Forum non conveniens: “availability” and “adequacy” of Latin American fora from a comparative perspective». *Inter-American Law Review*, vol. 35: 1 (2003-2004).
- GOLDSCHMIDT, Werner. 1978: *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley.
- 1985: *Derecho Internacional Privado*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma.

- HERBERT, Ronald y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2002: «Flexibilización teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano». En *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 55-76.
- HERZOG, Peter E. 1992: «Constitutional limits on choice of law», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992-III, vol. 234, 239-329.
- HOWELLS, Geraint G. 2006: «The Rise of European Consumer Law - Whither National Consumer Law?», *Sydney Law Review*, 2006.
- JAYME, Erik. 1995: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course général de droit international privé», *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1995, vol. 251. La Haya, 9-268.
- LIMA MARQUES, Claudia. 2002: *A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral*, Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Cursos de Derecho Internacional, Serie Temática, vol. I, parte 2: *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D. C.: Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos.
- 2005: «O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior». *DeCITA*, 2005, n.º 4. Buenos Aires.
 - 2006: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais.
 - 2010: «Brasil». En Diego Fernández Arroyo (ed.): *Consumer Protection in International Private Relationships*. Asunción: CEDEP, 47-95.
- LÓPEZ CAMARGO, Javier. 2003: «Derechos del consumidor: consagración constitucional en Latinoamérica». *REVISTA e - Mercatoria*, 2003, vol. 2, n.º 2.
- LORENZETTI, Ricardo. 1994: «El derecho privado como protección del individuo particular». *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 7: *El Derecho Privado en la reforma constitucional*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- LORENZETTI, Ricardo. 2003: *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- MENICOCCHI, Alejandro Aldo. 2006: «Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional en Derecho del Consumidor». En Adolfo A. N. Rouillon (dir.) y Daniel F. Alonso (coord.): *Código de Comercio Comentado y Anotado*, tomo V. Buenos Aires: La Ley, 1249-1271.
- MOISSET DE ESPANES, Luis y TINTI, Guillermo. 2003: «El consumo, el derecho del consumidor y la regla favor debitoris». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- MORSE, C. G. J. 1992: «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention». *International and Comparative Law Quarterly*, January 1992, vol. 41.
- PAIVA, Roberto Martín. 2011: «Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos», Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, «Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos». En *Libro en homenaje a Enrique Butty*. Buenos Aires: IJ Editores-Universidad Austral.
- PAREDES PÉREZ, José Ignacio. 2006: «La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro». *Estudios sobre Consumo*, 2006, vol. 79. Madrid, 75-87.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia. 2005: «Derecho Internacional Privado del Consumidor». Relato del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005.

- POCAR, Fausto. 1984: «La protection de la partie faible en droit international privé». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1984, vol. 188. La Haya.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. 1999: *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- RINESSI, Juan Antonio. 2006: *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. 2002: «Las nociones de Sociedad Internacional y Estado: dos claves para ingresar al Derecho Internacional Privado uruguayo». En Jan Kleinhersterkamp y Gonzalo Lorenzo Idiarte (coords.): *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Max Planck Institut für ausländisches un Internationales Privatrecht. Fundación de Cultura Universitaria, 207-252.
- SCHÖTZ, Gustavo J. 2003: «El consumidor en Internet». En Ricardo Lorenzetti y Gustavo Schötz (coords.): *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- SOTO, Alfredo Mario, 2001: *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina. — 2009: *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Estudio.
- SPOTA, Alberto Gaspar. 1974: *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: Depalma, vol. II.
- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. 2007: «Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo. Esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del MERCOSUR». En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (coords.): *Protección de los Consumidores en América*. Asunción: La Ley.
- TONIOLLO, Javier Alberto. 1998: «La protección internacional del consumidor - Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino». *Revista de Derecho del MERCOSUR*, 1998, n.º 6. Buenos Aires: Ed. La Ley, 94-117.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. 1982: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tomo 2.
- VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. 2009: *La protección al consumidor on line en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*. Asunción: CEDEP.
- VIGO, Rodolfo. 2000: *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia. 2001: *El Derecho de Autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- VISCHER, Frank. 1992: «General Course on Private International Law». *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1992, vol. 232. La Haya, 9-256.
- VON MEHREN, Arthur Taylor. 1980: «La Conferencia de La Haya, Ventas a los Consumidores y el Reporte Von Mehren». Traducción de Adriana Sánchez Mussi del original en inglés en *The Hague Conference in International Private Law. Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980): Miscellaneous matters/Consumer sales, Report*, vol. II, 179. En Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez: *Protección de los Consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. Asunción: CEDEP-LA LEY, 2007.
- WILHELMSSON, Thomas. 2002: «International Lex mercatoria and Local Consumer Law: an Impossible Combination?». Paper delivered at the 75th Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): «Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration», held at Pontificia Università Urbaniana, Rome (Italy), 27-28 September 2002.