

## Parte V

# Partes débiles y equilibrio contractual



## Resumen

*El presente trabajo pretende efectuar un análisis de la situación de algunos sectores que pueden ser considerados “en situación de vulnerabilidad” a la hora de encarar una relación contractual. En el desarrollo se encarárá el relevamiento del origen y las consecuencias jurídicas de tal condición y las herramientas para lograr el mencionado equilibrio contractual. En el desarrollo de la problemática se tomará en consideración el papel que juega en esa búsqueda, la cooperación internacional y los aportes del derecho público. Desde esa perspectiva se considerarán principalmente tres grupos que se seleccionaron particularmente por entender que pertenecen a sectores que pueden ser considerados en especial situación de vulnerabilidad. a) Los turistas; b) los migrantes; y c) los refugiados. Por otra parte, la óptica de desarrollo va a privilegiar el enfoque en la realidad sudamericana y en el marco de las respuestas normativo institucionales que se han instrumentado o que se sugiere evaluar su viabilidad, apuntando al desenvolvimiento sistemático de soluciones que tiendan a garantizar el respeto y equilibrio en los derechos esenciales de los individuos que habitan o circulan por la región y que en su interrelación deban contactarse con otros personas que sean nacionales de los países a los que se trasladan, tomada esta interacción como una manifestación última del respeto de sus derechos humanos.*

## Sumario

- I. Introducción.**
- II. Perspectiva de abordaje.**
- III. Turistas, migrantes y refugiados y su condición de vulnerabilidad.**
- IV. Equidad de trato para la circulación de personas en situación de vulnerabilidad.**
- V. Los instrumentos de cooperación jurídica.**
- VI. Corolario.**

# Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

Juan José Cerdeira\*

## I. Introducción

Como punto de partida del análisis se propone relevar la especial situación de ciertos sectores o grupos de personas humanas, que a la hora de contratar y sin prejuicio de una pregonada y reconocida identidad de derechos con los ciudadanos y residentes permanentes de un Estado con los de otro país extranjero, pueden verse afectadas en sus derechos, atento una especial situación de vulnerabilidad que conllevan al momento de encarar un vínculo contractual.

El abordaje internacional de la problemática de estos sectores partirá de su condición de extranjeros sujetos a una especial situación de vulnerabilidad por su inclusión en determinadas categorías, que en el presente análisis se enfocará en los turistas, migrantes y refugiados.

En la toma en consideración de estos sectores en particular, podrá advertirse

un grado de participación en su protección, tanto de la cooperación jurídica como, del derecho público, éste último a través de políticas específicas de garantía de sus derechos, reconocidos en convenciones de derechos humanos o por su inclusión en políticas públicas estatales. Se enfocará entonces el papel de la interacción de soluciones jurídicas, tomadas principalmente desde la transversalidad de su tratamiento mediante la aplicación de los derechos humanos.<sup>1</sup>

## II. Perspectiva de enfoque

En la actualidad, en la región sudamericana, la protección de los derechos de los vulnerables ha tomado una renovada dimensión jurídico-social que ha acompañado al proceso de integración económica.

En ese sentido, se ha podido corroborar que las regulaciones instrumentadas o en ejecución van más allá del universo comprendido por la mera relación jurídico económica de los

esquemas de integración entre países, para adentrarse en la necesaria protección de otros aspectos sustanciales como son, por ejemplo, los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, y dentro de estas se hará en el presente un enfoque de cómo se plasma esa protección hacia sectores como los de los turistas, los migrantes y los refugiados.

Las tres categorías seleccionadas tiene un profundo arraigo de protección en la región -incluso a nivel constitucional- producto de procesos de mayor libre circulación de personas, que conllevan la necesidad de contratar, trabajar o encarar emprendimientos económicos autónomos más allá de sus países de origen.

Esa protección ha tomado especialmente en cuenta la protección de sus derechos para los casos en que puede ser la parte más débil de la relación, por ejemplo un migrante que quiere conseguir un trabajo en otro país, o que contrata con un intermediario un trabajo temporario en el extranjero, o que quiere remesar las utilidades de su emprendimiento o trabajo a su país de origen.

Otro tipo de supuestos se da al constatar un gran incremento de los flujos turísticos y de visitantes extranjeros

entre países de la región que los llevan a comprar paquetes turísticos en sus países de origen o contratar a través de la internet y las nuevas tecnologías, servicios turísticos de diferente complejidad o directamente, a realizar consumos en ocasión de viajes de turismo, congresos o de estudios.

Una tercera categoría a considerar es la de los refugiados que traspasan fronteras por motivos de diferente índole, política, económica o ambiental y que una vez en su lugar de acogida deben contratar para conseguir un trabajo o una vivienda. Este tema de los refugiados toma mayor peso aun en nuestros días donde todos los países se encuentran encarando programas de acogida de extranjeros, que huyen de sus países de origen, principalmente por motivos de guerra.

Sin ninguna duda estas personas merecen una atención especial ya que, no obstante que en muchas situaciones, existe la letra de leyes específicas que los protegen y garantizan sus derechos, en la práctica ocurre que se han advertido situaciones de inequidad en las relaciones contractuales, que llevaron a los Estados a adoptar políticas públicas o a intervenir desde el derecho público para evitar esa situaciones manifiestas de desequilibrio y procurar

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

que se erradiquen definitivamente las distinciones desequilibrantes entre nacionales y extranjeros a la hora de contratar, más allá de los lógicos requisitos exigidos para cada tipo.

Las legislaciones nacionales de la mayoría de los países de la región han intentado con diferente intensidad procurar resolver estos dos primeros aspectos, pero la situación se complica al procurar extender los beneficios de sus legislaciones más allá de sus fronteras. Es en ese momento donde la cooperación jurídica y la armonización de normativas cobra un rol fundamental.

Esa cooperación internacional, desde la perspectiva del derecho internacional privado se centra en las soluciones aportadas en muchos convenios que promueven la comunicación fluida entre autoridades coordinadoras o centrales, quienes han permitido ensamblar el rompecabezas de normas y regulaciones habilitadas en cada Estado en situaciones diversas respecto a una misma materia, consiguiendo en la mayoría de los casos un excelente resultado.

Un elemento más a sumar al universo de respuestas que se vienen buscando en el esquema de trabajo del derecho internacional es la creciente utilización de las nuevas tecnologías y los TICs

(técnicas de la información y la comunicación), indispensables para difundir las opciones de las que pueden valerse las poblaciones más vulnerables y para el conocimiento de su derechos y canales de reclamo.

En ese marco resulta de interés pensar en la cooperación jurídica como instrumento de respuesta a desafíos internacionales y regionales en la materia, que permitan facilitar el deseado equilibrio dentro de un marco de seguridad jurídica armonizado, destinado a pensar un tratamiento equitativo de los derechos de los sectores apuntados.

### III. Turistas, migrantes y refugiados y su condición de vulnerabilidad

A continuación se efectuará un cuadro de situación del estado en que se encuentra la preservación de derechos de los sectores que se han seleccionado por ser considerados en especial situación de vulnerabilidad en la región –turistas, migrantes y refugiados– a la luz de la realidad plasmada.

En ese marco se tomarán en cuenta las soluciones normativo institucionales que aporta el Derecho internacional privado y la interacción de sus soluciones con las aportadas por el derecho

público y las políticas encaradas por los Estados para equilibrar las relaciones y proteger sus derechos esenciales, pensando en plantear soluciones creativas e innovadoras, con el fin de aprovechar al máximo los elementos de la cooperación disponibles para su solución.

Se partirá entonces de procurar conceptualizar o definir cada una de las categorías solucionadas para pasar luego a considerar cuáles son las particularidades que las convierten en sectores en situación de vulnerabilidad y finalmente identificar aquellas soluciones que se han encarado para recuperar el equilibrio necesario para la garantía de sus derechos.

### A) Turistas y visitantes extranjeros

Para conceptualizarlos en el marco de una propuesta que se viene trabajando justamente en el seno de las reuniones de la ASADIP, se acercará una definición contenida en el texto del proyecto de “Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”. Dicho instrumento entiende por “turista internacional” a “cualquier persona que sea nacional o tenga su residencia habitual en un Estado Contratante que encare un viaje que tenga por destino otro Estado

Contratante, por un tiempo menor a un año, que tenga cualquier motivo específico (negocios, conferencias, ocio u otro propósito personal) siempre que no sea el de trabajo en una entidad establecida en el país visitado; y quien con esa adquiera o pretenda adquirir productos de consumo o sea beneficiario o transferente de tal adquisición en el Estado contratante visitado”.<sup>2</sup>

Sin ninguna duda esa persona deberá contar –para encontrarse en un pie de equilibrio con los contratante nacionales del país visitado– información clara y accesible de sus derechos a la hora de contratar, consumir o adquirir en el país, conocimiento cabal de las posibilidades de reclamo en caso de deficiencias en el bien adquirido, acceder en su idioma a las condiciones de la contratación y donde recurrir, la forma más expedita de hacerlo y los medios y resortes disponibles, atento a que muchas veces es muy corto su período de estada, además del desconocimiento de los sistemas legales del país visitado.

### B) Migrantes

A los efectos del presente se consideran migrantes a aquellas personas que entran a un país diferente al de su origen con la intención de permanecer en él, ya sea en forma temporal o

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

definitiva. El carácter de migrante del que se ocupará el presente trabajo, contemplará a aquellos que ingresen en esa calidad, independientemente de la condición migratoria que revistan, sea ella “regular” o “irregular”.

En ese marco no se considerarán migrantes aquellos que lo hagan de forma transitoria, como lo son los turistas o aquellos que ingresen a otro país para someterse a un tratamiento médico.

La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran estas personas surge principalmente de las disposiciones de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, texto que los considera beneficiarios de las Reglas en el apartado 6., de la sección 2, del capítulo I.<sup>3</sup> Cabe apuntar también, que la protección de sus derechos no se limita a la persona del migrante en si sino también a sus a sus familiares.

Sobre el particular la ley argentina de migraciones habla de igualdad de trato y facultad de reclamo equitativo ante la justicia entre nacionales y migrantes.<sup>4</sup>

No obstante, en la práctica el equilibrio de sus derechos dependerá en gran medida de la condición migratoria (“regular o no”) a la hora de contratar,

por ejemplo, un trabajo. Es en ese segmento donde mayores situaciones de desigualdad se han detectado, provocadas principalmente por el trabajo en negro a que se les somete, con argumentación basada en su situación de irregularidad, o del conocimiento del idioma o de la falta de facilidades para aprenderlo y entonces acceder al trabajo en condiciones de mayor equidad, entre otras cuestiones.

### C) Refugiados

De acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él”.

La especial situación de vulnerabilidad de los refugiados va más allá –entonces– de la ayuda básica y los mismos

derechos que cualquier otro extranjero que sea residente legal, ambos garantizados por el Convenio referido, del que la República Argentina es parte. Así, los refugiados deben ser tomados en consideración especialmente para el equilibrio de sus derechos civiles económicos y sociales, que deben garantizárseles al igual que a los otros individuos nacionales de país de acogida, derechos como lo son el de asistencia médica, el de contrato laboral para los adultos, y el derecho a la escolarización para sus hijos, por ejemplo.

No puede pasarse por alto que la mayoría de los derechos económicos que se conceden a los refugiados –trabajo, vivienda, traslados– tienen un carácter temporal que en el mejor de los casos, alcanza a un año o dos pero que a partir de ese momento la búsqueda de una vivienda o un trabajo más definitivo quedará en manos del refugiado y en las posibilidades contractuales de su persona, circunstancia en donde la su protección y la de sus familiares vuelve a necesitar, nuevamente, de ese equilibrio para su ejercicio en condiciones equitativas.

#### **IV. Hacia la búsqueda de la equidad de trato para la circulación de personas en situación de vulnerabilidad**

La circulación de las personas es un fenómeno que desde su origen más remoto hizo pensar en potenciar el desarrollo de las diferentes ramas del derecho internacional, se llame el público, privado, comunitario, de la integración o de la cooperación internacional, a las que hoy se le ha sumado la necesidad de enfocar todo el desarrollo de esas ramas desde la perspectiva de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Cabe recordar además, que desde la época del derecho romano se ha advertido la necesidad de resolver conflictos entre ciudadanos y peregrinos, hasta llegar a nuestros tiempos donde prevalece una tendencia a explorar la solución de conflictos interpersonales entre migrantes que se mueven en un mundo globalizado y entre esquemas de integración, estableciendo relaciones jurídico familiares entre personas de otros países. A ésta categoría se le sumará la de los turistas y los refugiados, dos sectores que han crecido notoriamente en las últimas décadas, con motivo del turismo y la globalización los primeros y, lamentablemente, en

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

forma exponencial y humanitariamente preocupante, los segundos.

Puede afirmarse entonces, que el aceleramiento de la globalización y su contracara la integración, desde fines del siglo pasado ha demandado otras respuestas del mundo jurídico para regular el nuevo escenario, tomando en cuenta la creciente necesidad de preservar los derechos fundamentales del individuo en un contexto regional armado desde el esquema internacional. Pero esa demanda no es la única sino que se ha hecho prevalecer además, que las soluciones se encausen dentro de la óptica de la garantía de los derechos esenciales de las personas y el tratamiento equitativo para todos los habitantes de la región.

En ese camino, las respuestas que aportan el derecho internacional privado y la cooperación jurídica resultan relevantes para la interconexión de soluciones y su potenciación exponencial para dar verdaderas respuestas a los reclamos que se presentan a los habitantes de nuestras sociedades.

El reconocimiento de la mayor libertad de circulación de los habitantes, trabajadores y sus familias, con las necesidades que su interacción, ha motivado que las relaciones jurídicas cuyos

elementos se localizan en los distintos Estados, se multipliquen exponencialmente. Esta internacionalización de la vida de las personas explica el interés que adquieren tanto las cuestiones migratorias, de refugio o las relacionadas con los turistas o visitantes extranjeros de paso o radicándose en el territorio de otro país, transformándolos por si mismos en grupos vulnerables.

En primer lugar, se tomarán como referencia las respuestas alcanzadas en el campo de la protección de los migrantes, tanto a nivel convencional como interno, para señalar en ese marco, el papel del derecho internacional privado en la facilitación de sus pretensiones, y su interacción con el derecho público, plasmado en diferentes convenios internacionales de protección de migrantes.

A) Al hablar de migrantes y de las respuestas dadas en el ámbito del espacio regional no pueden soslayarse las soluciones aportadas por los “Acuerdos sobre residencia del MERCOSUR” y los “Acuerdos sobre regularización migratoria interna, para los ciudadanos del MERCOSUR, y Estados asociados”. Los cuatro Acuerdos fueron aprobados en el año 2002; y han sido ratificados hasta la fecha por los cuatro miembros fundadores del

MERCOSUR, algunos de los asociados y se avanza hacia su puesta en vigencia hacia todo el resto de los países sudamericanos. El objeto de ambos pares de Acuerdos es diferente, aunque su finalidad sea la misma: fortalecer y profundizar el proceso de integración a través de la implementación de una política de libre circulación de personas en la región.

Sin perjuicio de haberse referido el autor “*in extenso*” a estos Acuerdos en ocasión de las pasadas Jornadas ASA-DIP de Panamá,<sup>6</sup> solo se reiterará acá aquellos elementos que demuestran la especial consideración que se hace en esos instrumentos a garantizar el equilibrio de migrantes y nacionales en la región, proponiendo propuestas para erradicar justamente la distinción entre “migrantes regulares y no regulares”, y desequilibrio de sus derechos, como consecuencia.

Efectivamente, los Acuerdos sobre residencia permiten a los nacionales de un Estado Parte que desean residir en otro Estado Parte obtener una residencia legal en este último, sin necesidad de contar con una oferta de empleo o la admisión en una universidad o ser pariente de un nacional u otra de las causales exigidas por la legislación interna del país de recepción para

inmigrar. Por su parte, los Acuerdos de regularización migratoria permiten que los nacionales de un Estado Parte que se encuentran en otro Estado Parte, puedan tramitar la residencia en este último de conformidad con las categorías migratorias previstas en su legislación interna, pero sin necesidad de regresar a su país de origen ni que su situación migratoria irregular en el país de recepción lo inhabilite para obtenerla.

En ese camino y pensando en la salvaguarda de sus derechos esenciales de todos los habitantes del espacio (vivienda, trabajo, etc.), es que se hace necesario pensar en nuevas herramientas que los protejan de las consecuencias indeseadas de la globalización y de la libre circulación.

A continuación se pasará revista a algunos de los desafíos planteados, sobre los que deberá trabajarse en respuestas para su desarrollo. La búsqueda puede encarársela dentro del derecho internacional privado y la cooperación jurídica, conjuntamente con soluciones que puede aportar su interacción con el derecho público, en una manifestación de la protección de los Estados, con miras a preservar las garantías e igualdad de trato de los sectores más vulnerables y con la invaluable ayuda y

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

experiencia que aporta la cooperación internacional. En esa perspectiva se pasará revista a continuación a algunas herramientas y mecanismos que se van instrumentando:

a) Promoción de la cooperación jurídica en la implementación de programas de “migraciones temporarias” o “circulares”, mediante acuerdos entre los Estados

La realidad regional plantea un gran movimiento de flujos migratorios estacionales para el desarrollo de la actividad, agrícola ganadera o minera que requiere de soluciones expeditas y clara para regular las relaciones contractuales en un plano de equilibrio y respecto de consecuencias jurídicas que plantea.

B) Incentivo a la cooperación para el establecimiento y monitoreo de un sistema de licencias o registro de intermediarios involucrados en la contratación de migrantes.

Muchos de los contratos de personal temporal para las actividades arriba enumeradas o simplemente para trabajos domésticos o de otra categoría se hacen “por llamada” o publicidad en los países de origen. En consecuencia se hace necesaria la regulación

mediante registro o habilitaciones de intermediarios a las empresas o individuos encargados de los reclutamientos o contrataciones.

C) Impulso de la cooperación jurídica para facilitar las transferencias de remesas de los migrantes a sus familiares a su país de origen de una manera sencilla, ágil y no costosa.<sup>7</sup>

En esa sintonía, cobra relevancia la utilización de las nuevas tecnologías y el “soft law”, como contribuyentes a la garantía de derechos. Varias de estas soluciones están inspiradas justamente en un instrumento universal en la materia como lo es el Convenio de la OIT sobre trabajadores migrantes, que brinda pautas para el establecimiento de la relación laboral cuando una de las partes es un migrante. En su texto dispone “la necesidad de facilitar el establecimiento y manutención de un servicio gratuito de asistencia e información para los trabajadores migrantes, a la vez que promueve la adopción de medidas contra la publicidad engañosa, el impuso para reglamentar la facilitación de servicios médicos apropiados para los trabajadores migrantes y la transferencia de ingresos y ahorros. Asimismo insta a los Estados a aplicar un “trato no menos favorable” que el que se aplica a sus nacionales en lo

que respecta a condiciones de empleo, libertad sindical y seguridad social".<sup>8</sup>

D) Por su parte y sobre las respuestas aportadas en materia de la búsqueda del equilibrio propiciado en las relaciones contractuales que pueden encarar turistas y visitantes extranjeros, este tópico fue también tratado en extenso en ocasión del artículo de la misma autoría del suscripto en las pasadas Jornadas ASADIP de Porto Alegre 2014.<sup>9</sup>

No obstante, y sólo a título recordativo se citará la propuesta que representa el “Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre los Organismos de Defensa del Consumidor de los Estados Parte del MERCOSUR para la defensa del consumidor visitante”, del año 2005 –Acuerdo interinstitucional entre las autoridades responsables de defensa del consumidor de cada uno de los Estados Parte del MERCOSUR. En el mismo ámbito y previamente, se había elaborado “el Protocolo de Santa María de jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo”, en 1995; y finalmente a la resaltar especialmente la importancia que asume el Proyecto de “Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”, presentado ante la Conferencia de La Haya para su estudio de viabilidad y análisis.

E) Por último y en lo que se refiere a la protección del equilibrio respecto al accionar de los refugiados a la hora de vincularse jurídicamente, merece recordarse la protección que aportan los Convenios internacionales en materia de protección de refugiados de los cuales la Argentina es parte y de las Convenciones internacionales de derechos humanos que se refieren a la preservación de sus derechos en condiciones de igualdad, que en la Argentina tienen rango constitucional.

Sin perjuicio de ello, no puede dejarse de mencionar el carácter programático que tienen la mayoría de esos convenios internacionales de protección y la consiguiente necesidad de llevarlos a tierra para tornarlos efectivamente operativos. En ese sentido la República Argentina ha dictado la ley general de reconocimiento y protección al refugiado,<sup>10</sup> que justamente, como lo indica su nombre, tiende a tornar operativa esa protección. La autoridad de aplicación de la ley es la CONARE (Comisión Nacional de Refugiados) que tiene entre sus funciones: a) la protección de sus derechos; b) su inserción y la de sus familiares en la vida social y política del país; etc.

Para mayor abundamiento y para tornar más operativas aún sus disposiciones,

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

la CONARE se encuentra abocada a la reglamentación de la ley y ha venido celebrando una serie de acuerdos e instrumentos en sintonía con la protección de los derechos de los refugiados, como lo es el “Acuerdo de cooperación entre la CONARE y la Secretaría de Empleo de la Nación”, que propicia la inserción en el mercado laboral de los refugiados mayores de 18 años, desocupados; de generar acciones que incentiven a las empresas a la contratación de personas de esta categoría, de regulación de la intermediación laboral para su contratación privada y de generación de emprendimientos independientes entre los refugiados , además de articular acciones con las organizaciones representativas del sector empresarial y del sector sindical para promover compromisos que aseguren la oferta de prácticas calificantes.<sup>11</sup>

### V. Los instrumentos de cooperación jurídica y el derecho público

Del análisis efectuado respecto de la problemática planeada, se advierte que para avanzar en el equilibrio buscado en las relaciones contractuales entre los sectores señalados se advierte un destacado papel de la cooperación jurídica internacional, que actúa como

herramienta de acercamiento a los sectores vulnerables y da respuesta a las necesidades para su trato equitativo, canalizado a través de la intervención de las autoridades de aplicación de los convenios, colaborando, guiando y asesorando a los sectores involucrados en cuanto a la disponibilidad de herramientas para su mejor realización.

En similar sintonía, cabe resaltar también que derechos y prerrogativas de los que gozan estos sectores en sus países de origen, les deberían ser respetados y garantizados en los otros de acogida, tal como lo es “beneficio de la gratuitad” reconocido a los nacionales o residentes permanentes en un país, por ejemplo en el ámbito del MERCOSUR, les sea extendido a su accionar en otro Estado Parte.

El otro elemento determinante, que se refiriera en el presente y que aporta también respuestas para lograr el deseado equilibrio y superar la vulnerabilidad de los sectores involucrados, es el aporte del derecho público, a través de políticas públicas implementadas por los Estados en cumplimiento de convenios internacionales (sobre derechos humanos, migrantes o refugiados) o directamente fortalecimiento la operatividad de esos convenios a través de acuerdos sectoriales o leyes específicas.

## VI. Corolario

Como conclusión al análisis efectuado, cabe señalar que se han identificados tres sectores determinados –turistas, migrantes y refugiados– que presentan un rasgo común que es la calidad de extranjeros en los países a los que se trasladan, pero que ese rasgo común no pareciera ser el motivo determinante de su vulnerabilidad, ni el generador del consecuente peligro de desequilibrio en una relación contractual a encarar.

La distinción y elementos que se pudieron detectar y que se deberían superar resultan entonces principalmente orientados a la falta de información, al desconocimiento del idioma, del derecho y de las herramientas jurídicas disponibles en cada caso para enfrentar un vínculo contractual, en forma equitativa.

Resulta necesario, entonces, señalar las propuestas de solución que se han encarado, algunas desde la perspectiva de la metodología del derecho internacional privado (principalmente a través de las herramientas de cooperación jurídica) con la que puede equilibrarse la preservación de sus derechos en un vínculo contractual y otra mediante la interacción de soluciones y acompañamiento que aporta el derecho público estatal.

Como síntesis de las herramientas disponibles y las propuestas de las que se están encaminando o que se sugieren encarar, pueden concluirse la conveniencia de encarar las siguientes:

1. Encarar campañas de difusión de reglas y procedimientos disponibles dentro del sistema jurídico de cada uno de los países, que sea accesible también para los extranjeros, salvaguardando las dificultades de idioma o desconocimiento de derechos, principalmente para los sectores categorizados como “turistas o visitantes”.
2. Propiciar un incremento de la cooperación jurídica entre los países –más aun entre los integrantes de un espacio de integración regional– ya sea mediante la utilización de guías de buenas prácticas para la utilización de los convenios vigentes o a través de la promoción de otros nuevos que aprovechen la experiencia que aportan los convenios de cooperación internacional vigentes, para su instrumentación.
3. Impulsar una mayor interacción y comunicación entre las Autoridades de aplicación de convenios o celebrar “Memorandas de Entendimiento” sobre asuntos puntuales atinentes a sectores vulnerables que permitan a dichas autoridades –centrales o

Juan José Cerdeira

## Turistas, migrantes y refugiados en la relación contractual

intermediarias— facilitar la solución de los conflictos que se presenten.

4. Promover la armonización de reglas y principios en los ámbitos integrados y su correspondiente difusión y alcance para permitir el conocimiento de las posibilidades y derechos de todos los sectores, aún fuera de sus países de origen.

5. Fomentar el desarrollo y aprovechamiento de las nuevas tecnologías (TICS), para facilitar la comunicación entre autoridades, generación de registros y bancos de datos de eventuales sobre intermediarios o de requisitos de contratos, que pueden redactarse

en diferentes idiomas y que pueden facilitar el conocimiento por parte de los sectores analizados.

Para finalizar, entonces se puede resumir que la cooperación internacional y la proyección del derecho público en manos del poder administrador constituyen valiosas herramientas que contribuye a equilibrar las condiciones de las partes en una relación contractual, especialmente cuando una de ellas en ese relacionamiento pertenece a un sector que se identifica con algunas de las particulares de los sectores analizados y que jurídicamente son categorizados como sujetos a especial situación de vulnerabilidad.

\* Abogado de la U.B.A., Doctor en Derecho Internacional Privado de la UNA, profesor de la materia en la Universidad de Buenos Aires (grado y posgrado) y en la Universidad de Flores. Becario e investigador del Instituto Max Planck de Hamburgo y del Instituto Asser de La Haya. Investigador de la Universidad Nacional del Litoral; autor de artículos en libros y revistas especializadas, representante y Negociador de convenios jurídicos sobre la materia en foros internacionales.

<sup>1</sup> E. Jayme, “Le Droit International Privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 9-40

<sup>2</sup> “Proyecto de Convención sobre cooperación y acceso a la justicia referente a turistas internacionales”, (Artículo 2. Definiciones), Documento presentado ante el Comité de Asuntos Generales y de Política de la Conferencia de La Haya, abril de 2015.

<sup>3</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Iberoamericana, celebradas en Brasil en el año 2008.

<sup>4</sup> Ley nº 25871 del 21/01/2004, artículo 3º.

<sup>5</sup> D.P. Fernández arroyo, “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, *Suplemento de Derecho internacional privado y de la integración*, Albremática, 2012.

<sup>6</sup> J.J. Cerdeira, “El derecho internacional privado como herramienta del acceso a la justicia en sectores vulnerables”, en: aa.vv., *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado*, Asunción, CEDEP, 2015, pp. 295-308.

<sup>7</sup> Reflexiones acerca de la utilidad de aplicar ciertas técnicas de la cooperación internacional desarrolladas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado como insumo para la migración internacional. Documento preliminar nº 7 del 07/02/2010. Nota presentada por el Bureau Permanente.

<sup>8</sup> Estudio general sobre trabajadores migrantes, 1999; Estudio general sobre instrumentos de los trabajadores migrantes, 2016. Página temática de la OIT sobre migración laboral.

<sup>9</sup> J.J. Cerdeira, “La protección al consumidor turista desde la perspectiva argentina”, en C. Lima Marques / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Los servicios del derecho internacional privado*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica Editora RJR, 2014, pp. 767-782.

<sup>10</sup> Ley general de reconocimiento y protección al refugiado, nº 26.165.

<sup>11</sup> Acuerdo de cooperación entre la comisión nacional para los refugiados y la Secretaría de Empleo de la Nación, suscripto en Buenos Aires el 27/07/2012.

## Resumen

*Son muchos los consumidores que actúan con proyección transfronteriza. Sin embargo, el derecho internacional privado categoriza a todos ellos del mismo modo, como consumidores patrones, medios o comunes, que proceden de manera activa o pasiva, sin importar si algunos presentan condiciones o características especiales que puedan exponerlos a una situación en la cual su natural vulnerabilidad se ve aún más acentuada.*

## Abstract

*There are many consumers who interact with each other in cross-border projected scenarios. Nevertheless, the private international law categorises all of them either in their active or passive behaviour phases in the same way as standard, medium or average consumers without taking into consideration that some of them have special conditions or qualities that can expose them to circumstances in which their natural vulnerability increases.*

## Sumario

- I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional.** 1. *El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”.*
- 2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo approach al derecho internacional privado.**
- III. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR.**
  - 1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil.** 2. *El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable.* 3. *La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR.*
- IV. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el aparecimiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”.**
- V. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza.**
- V. Bibliografía.**

# **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

**Luciane Klein Vieira\***

## **I. Introducción: la crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional**

Es imposible reducir el concepto de consumidor a una abstracción general que no respeta la heterogeneidad de la sociedad de consumo, formada por distintos sujetos, que pertenecen a distintas culturas, y, por fin, basada en distintos intereses y/o dificultades. “Ante todo hay que considerar que los consumidores no pueden ser vistos como un grupo homogéneo, porque existen diversas especies de consumidores, por ejemplo, el que objetivamente tiene posibilidades de estar informado, y el que no las tiene; el que tiene libertad de elección, porque goza de disponibilidad económica y el que no la tiene; quien tiene reflexión y quien es un hipoconsumidor, como los niños”.<sup>1</sup>

Siendo así, para llegar a la construcción de una categoría de consumidor, conforme al grado de vulnerabilidad presentada, es preferible recurrir al método concreto, abandonándose la mera abstracción, por resultar sumamente arriesgada, ya que no toma en cuenta la realidad cuando pretende adoptar un modelo ideal.<sup>2</sup> Para ello, el tipo, categoría o modelo de consumidor debe ser construido observándose los seres reales, sus dificultades, su comportamiento y extrayendo de esa observación los elementos que les son comunes, por medio de un proceso inductivo.<sup>3</sup>

Corroborando lo expuesto, parte de la doctrina advierte que no hay un “consumidor-tipo” o patrón, que pueda ser utilizado como referencial exclusivo y único,<sup>4</sup> para todas las relaciones de consumo. Por esta razón, es necesario distinguir el consumidor en diferentes categorías, conforme a su grado o nivel de vulnerabilidad y al

escenario en el cual actúa, lo que permitirá, al final, percibir la necesidad de diferenciar estas categorías a partir de un nuevo criterio relacionado con las condiciones especiales del consumidor que interactúa más allá de las fronteras nacionales.

Respecto al tema, es importante referir que el derecho privado confiere al consumidor que actúa dentro de los límites del territorio de un país una presunción de debilidad o vulnerabilidad, partiendo del presupuesto de que todos los consumidores son iguales, y por lo tanto, presentan las mismas vulnerabilidades técnicas, jurídicas, fácticas e informativas. Sin embargo, se le debe reconocer a este sujeto débil una “hipervulnerabilidad”<sup>5</sup> o vulnerabilidad reforzada, cuando actúa en un mercado extranjero, en general, desconocido. Esta diferenciación posibilitará la creación de una protección más eficaz, en la práctica, como instrumento apto a corregir la disparidad de fuerzas<sup>6</sup> que tradicionalmente caracteriza a los contratos de consumo.

Esta perspectiva trabaja con las características especiales de la relación internacional de consumo, que se torna cada día más compleja y difícil para los sujetos que en ella actúan, en

virtud de la realidad global cambiante y de las particularidades de ciertos grupos de consumidores, aún más débiles, que exigen la adecuación de la tipología como garantía o sinónimo de efectividad en la protección normativa.

En este contexto, a fin de conferir un nuevo ropaje al derecho internacional privado (DIPr) en pro de la efectividad de su función de derecho protectorio de la parte débil, propongo la diferenciación del consumidor que actúa en el escenario internacional en dos categorías distintas a las señaladas anteriormente, conforme al grado de hipervulnerabilidad presentada.

La primera categoría, denominada consumidor “hipervulnerable”, se refiere al consumidor transfronterizo común, que contrata con un proveedor extranjero, de forma activa (turista) o pasiva,<sup>7</sup> sin poseer características especiales que puedan acentuar aún más su fragilidad en el mercado internacional.

No obstante, la segunda categoría, designada consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”, no está contemplada como tal en ninguna legislación de fuente interna o convencional de los países que componen el MERCOSUR (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela)

lo que demuestra su carácter novedoso y al mismo tiempo expone las dificultades para su identificación. Esto exigirá, para posibilitar su configuración, un previo análisis de algunas condiciones especiales de grupos de consumidores para, luego, poder firmarse como propuesta insoslayable de un nuevo tipo de consumidor transfronterizo, teniendo en cuenta la necesidad de conferirles un tratamiento aún más diferenciado a estos sujetos, que de por sí ya se encuentran en un estado de vulnerabilidad o debilidad agravada.

### **1. El consumidor transfronterizo “hipervulnerable”**

Los aportes doctrinarios que se refieren al consumidor activo y pasivo fueron construidos para diferenciar el comportamiento del consumidor conforme a las situaciones en las que actúa internacionalmente para, a partir de allí, ofrecerle o no protección legal. Esta categorización, sin embargo, es insuficiente, siendo necesario, de antemano, identificar al consumidor transfronterizo, a partir de su particular vulnerabilidad, vinculada al contexto en que está inserido.

Siendo así, en primer lugar, es importante establecer cómo se da la internacionalidad de la relación de

consumo. Para ello, se utiliza el criterio del domicilio de las partes para determinar si una relación jurídica es interna o internacional. En esta medida, una relación de consumo será transfronteriza cuando consumidor y proveedor están domiciliados en distintos Estados, lo que configura o caracteriza la internacionalidad del contrato, que puede estar conectado a dos o más ordenamientos jurídicos.<sup>8</sup>

Considerado bajo este enfoque, el consumo internacional parece no ofrecer mayores problemas. El consumidor transfronterizo debe estar domiciliado en un Estado distinto al del proveedor y ser el destinatario final del producto o servicio extranjero adquirido, pudiendo actuar de modo pasivo o activo, conforme ya referido. Sin embargo, la relación entablada entre las partes de un contrato de consumo con elementos de extranjería no está desprovista de sus peculiares complejidades.

En el ámbito del derecho del consumidor, no está demás reiterar que, ya sea por presunción legal, por un simple análisis o constatación empírica, el consumidor (generalmente, persona física) es considerado vulnerable en función de su debilidad o fragilidad, representada por una serie de factores.<sup>9</sup> Luego, para atenuar y así compensar

esta disparidad o desigualdad existente entre los dos polos de la relación jurídica contractual, ocupados por el consumidor y el proveedor, el derecho creó el principio de la vulnerabilidad, para asegurar que el Estado sancione reglas y adopte medidas que aseguren al consumidor un equilibrio en la relación de consumo, para evitar perjuicios y así neutralizar la condición de débil jurídico.

Si esta máxima de la aplicación del principio de la vulnerabilidad fue creada por el derecho interno de algunos Estados para proteger al consumidor que contrata la adquisición de mercaderías y servicios de proveedores nacionales, dentro de los límites territoriales del país, ¿cómo queda el consumidor transfronterizo, que va más allá de las fronteras para contratar?; ¿cómo queda el consumidor que no sale del territorio de su Estado, pero que pacta, a través de medios electrónicos, la entrega de mercadería comprada en el extranjero en su domicilio, situado dentro de las fronteras estatales antes referidas?

Conforme bien advierte la doctrina, “el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en la relación jurídico-económica con el proveedor supera las características que le son

atribuidas en el plano nacional en la medida en que el consumidor pasa a actuar directa o indirectamente en el mercado internacional. La generalización del consumo internacional, denominada (...) globalización del consumo, deja al consumidor aún más vulnerable ante las particularidades de la relación internacional de consumo, en la cual proveedor y consumidor están domiciliados en diferentes países, sujetos a legislaciones y sistemas jurídicos distintos”.<sup>10</sup>

Siendo así, en tiempos de gobernanza global, cuya principal consecuencia es la expansión y masificación del consumo, la vulnerabilidad del consumidor transfronterizo<sup>11</sup> puede ser fácilmente constatada en virtud de la incidencia de algunas de las siguientes características: a) por la falta de información<sup>12</sup> respecto al producto o servicio adquirido, ya que el negocio es celebrado de forma eventual por el consumidor, en la medida en que no ostenta una relación de continuidad; b) por la dificultad de volver a ejecutarse un servicio ya prestado, notoriamente cuando se trata de contratos turísticos; c) por la existencia de una barrera idiomática entre el proveedor y el consumidor; d) por las diferencias de protección legal existentes entre las normas del Estado del domicilio del consumidor y las del

domicilio del proveedor;<sup>13</sup> e) por la efectividad de la garantía del producto y servicios post venta, que pueden no estar disponibles en el Estado del domicilio del consumidor; f) por el desconocimiento respecto al derecho del Estado en donde se contrata; g) por las dificultades de llevar a cabo un proceso judicial en el extranjero.<sup>14</sup>

Ante estas nuevas características de la relación de consumo, cabe al DIPr buscar mecanismos y alternativas destinadas a proteger al consumidor transfronterizo. En este sentido, debe incorporar, entre sus postulados, una regla que asegure la protección al consumidor internacional, que es mucho más débil<sup>15</sup> que el consumidor que está habituado a realizar sus compras dentro de las fronteras estatales, para quien el sistema jurídico de los países mercosureños, bien o mal, ya se preocupó en ofrecerle tutela legal.<sup>16</sup>

## **2. El consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”: un nuevo *approach* al derecho internacional privado**

Ya se ha mencionado que es indudable “la insuficiencia de los tipos jurídicos clásicos para satisfacer adecuadamente todas las nuevas y cambiantes

exigencias de la compleja vida económica y social contemporánea”.<sup>17</sup> Siendo así, ante la insuficiencia del tipo abstracto “consumidor transfronterizo” para la satisfacción de las exigencias prácticas y concretas de protección se justifica la creación de una nueva categoría de consumidor que actúa internacionalmente, pautada en valores como la dignidad de la persona humana y la igualdad material, generada a partir de criterios extraídos de la realidad en la cual está inserida la persona física.

Sin embargo, para configurar los elementos que dan sostén a esta nueva categoría, es necesario, en primer lugar, identificar quiénes son los consumidores que actúan en el contexto internacional, y que presentan una debilidad diferente de la del consumidor medio, abstracto. Para esto, partiré de los conceptos ya empleados por la doctrina y jurisprudencia, aunque referentes al ámbito interno, para llegar a la propuesta que hago, de construcción de la categoría denominada “consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable”, como nueva calificación a emplearse en el DIPr.

## **II. La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno, con especial referencia al derecho de los países que integran el MERCOSUR**

### **1. El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil**

En el ámbito nacional o interno de algunos países, la doctrina suele denominar a los consumidores que poseen características o condiciones personales<sup>18</sup> particulares como “subconsumidores”,<sup>19</sup> “consumidores especiales”<sup>20</sup> o aún “consumidores particularmente débiles”,<sup>21</sup> en un intento de reconocer que la debilidad general del consumidor, vinculada a una falla estructural del mercado, no es la única vulnerabilidad existente en el plano social.<sup>22</sup> De hecho, el problema no radica en el reconocimiento aislado de la debilidad del consumidor, sino más bien en lograr que el derecho se haga cargo de las diferentes manifestaciones de la vulnerabilidad social.<sup>23</sup>

De este modo, es cierto que la debilidad del consumidor se percibe de manera especialmente sensible en función de las particulares características del

individuo. Así, se ha utilizado la expresión “subconsumidor”, para referirse a un sector de los consumidores en situación de mayor fragilidad e inferioridad respecto a los productores de bienes y servicios. “Esta debilidad particular puede venir determinada por sus condiciones físicas (niños,<sup>24</sup> minusválidos<sup>25</sup> o ancianos),<sup>26</sup> o por sus deficiencias intelectuales o culturales, o de falta de formación, o por desconocimiento del idioma del país en el que viven. En todos estos casos la regulación general en materia de consumo provoca, indefectiblemente, una ‘subprotección’ en la práctica (una señalización de obras en la vía pública puede ser la adecuada y percibida normalmente por un ciudadano medio, pero puede pasar desapercibida para un niño, un anciano o para un ciego,<sup>27</sup> con fatales consecuencias en todos los casos) que precisa de un *plus* de protección legal”.<sup>28</sup>

Siguiendo esta línea de razonamiento, Ricardo Lorenzetti destaca que los subconsumidores son los menores de edad,<sup>29</sup> los ancianos,<sup>30</sup> los enfermos graves y los analfabetos,<sup>31</sup> además de aquellos que estén en situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad. Ante estos grupos, según el autor, es necesaria la adopción de medidas de ayuda, para poder ubicarlos en pie de igualdad, lo que justifica la existencia de una discriminación legal

positiva.<sup>32</sup> En otras palabras, en estos casos, se justifica con más intensidad la necesidad de establecer, por medio de normas protectorias, un límite aún mayor a la libertad del proveedor, asegurando el tratamiento desigual a favor de estos consumidores (*favor debilis*), como forma de compensar la fragilidad o vulnerabilidad agravada, para que se reequilibre, hipotéticamente, la situación fáctica y jurídica.<sup>33</sup>

## **2. El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable**

Otra parte de la doctrina, partiendo de los presupuestos *supra* referidos, clasifica, en el ámbito interno, a estos subconsumidores –ancianos, niños, analfabetos, discapacitados y enfermos– como hipervulnerables.<sup>34</sup> Esta hipervulnerabilidad estaría asociada a una situación social,<sup>35</sup> fáctica y objetiva, que agrava la vulnerabilidad de la persona física consumidora, por circunstancias personales aparentes o conocidas por el proveedor.<sup>36</sup> Además, sería especial esta situación de hipervulnerabilidad si condicionada a una situación personal del consumidor, sea permanente, como por ejemplo una incapacidad,<sup>37</sup> o temporaria, como una enfermedad, la edad, el embarazo o el analfabetismo.<sup>38</sup>

Por último, existen aquellos que pugnan por el reconocimiento de la existencia de consumidores “doblemente vulnerables”<sup>39</sup> a las prácticas del mercado de consumo, encontrándose, en estas circunstancias, el consumidor-niño, el consumidor-anciano, el consumidor-analfabeto y el consumidor-enfermo, quienes presentan un nivel de fragilidad más acentuado ante la falta de discernimiento (niños),<sup>40</sup> percepción (ancianos), información (analfabetos) o ante el estado de necesidad en el que se encuentran (enfermos),<sup>41</sup> tornándose, por lo tanto, más susceptibles a determinados llamados publicitarios.

En otras palabras, la doctrina coincide, bajo distintas designaciones, que los ancianos, niños, adolescentes, analfabetos y discapacitados, entre otros, forman parte de un mismo subgrupo de consumidores, que necesita un refuerzo en la tutela del Estado, en virtud de su especial fragilidad.

## **3. La subcategoría de consumidor en el derecho material de los países del MERCOSUR**

Tras haber identificado como la doctrina clasifica a los consumidores que se encuentran en especial situación

de debilidad, resta considerar si este reconocimiento también se hace presente en el derecho de fuente interna de los Estados que conforman el MERCOSUR.

En este sentido, Argentina, en el art. 60<sup>42</sup> de la Ley de defensa del consumidor, habla de consumidores en situación desventajosa, para los cuales deben ser implementados programas especiales de educación para el consumo. Igualmente, respecto a éste país, la Ley de servicios de comunicación audiovisual, ley nº 26.522,<sup>43</sup> en su art. 17, se refiere a las funciones de control del Consejo Asesor de la comunicación audiovisual y la infancia, respecto a la publicidad e información dirigida a niños y adolescentes y, en el art. 70, dispone que la programación de los servicios audiovisuales deberá evitar contenidos que inciten tratos discriminatorios y comportamientos perjudiciales para niños, adolescentes y discapacitados, entre otros vulnerables.<sup>44</sup> Asimismo, de forma muy superficial, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1.097, al disponer sobre el trato digno determina que los proveedores deben garantizar condiciones de dignidad a los consumidores, con base en los criterios acogidos en los tratados de derechos humanos, debiendo, por lo

tanto, abstenerse de adoptar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. El art. 1.098 aborda el trato equitativo y no discriminatorio, haciendo mención a la prohibición del establecimiento de diferencias, por parte del proveedor, basadas en la nacionalidad de los consumidores.

Bolivia, a su vez, aunque no reconozca el criterio general de la vulnerabilidad del consumidor trata a una determinada categoría de consumidores como vulnerables, que serían las mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con discapacidad, niños y adolescentes, en el art. 15<sup>45</sup> de la Ley general de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores, determinando que a estas personas el proveedor está obligado a prestar informaciones especiales.

El Código de Defensa del Consumidor brasileño consolida la noción de vulnerabilidad agravada, para las relaciones de consumo internas, cuando se refiere a los niños (art. 37, párrafo 2º)<sup>46</sup> y a la fragilidad derivada de la edad, salud, conocimiento o condición social de algunos consumidores (art. 39, IV),<sup>47</sup> respecto a la prohibición de la práctica de la publicidad abusiva o engañosa.

Paraguay, de una forma muy genérica, en el art. 37<sup>48</sup> de la Ley de defensa del consumidor y del usuario, reconoce al niño como la categoría de consumidor más expuesta a las relaciones de consumo, al prohibir la publicidad abusiva que se aproveche de su falta de madurez. Esta prohibición es resultado de lo dispuesto en el art. 27, último párrafo, de la Constitución Nacional del país, que determina que la ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

Por fin, Uruguay y Venezuela no presentan en sus legislaciones de fuente interna ninguna norma que haga referencia a la condición especial de debilidad de determinados grupos de consumidores.<sup>49</sup>

Como se puede notar, aunque varios países del MERCOSUR reconozcan en su legislación, en diferentes contextos, la existencia de consumidores con debilidades acentuadas, que actúan en el mercado interno, este reconocimiento es muy incipiente y necesita ser ampliado para ofrecer un incremento efectivo en la protección legal.

### **III. El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: el aparecimiento de la figura del consumidor transfronterizo “especialmente hipervulnerable”**

Como se ha verificado, pese a las distintas denominaciones, hay un cierto consenso en el sentido de reconocer que existen determinados consumidores con características especiales, y que por lo tanto merecen un estándar de protección más amplio.

A partir de esta perspectiva, en este artículo, al consumidor que se encuentra ante las circunstancias señaladas, que se amplían cuando actúa en el escenario internacional, lo denomino consumidor “especialmente hipervulnerable”, lo que autoriza que haya un tratamiento diferenciado<sup>50</sup> para esta clase de sujetos.<sup>51</sup> Esto porque lo que se quiere lograr es la protección del consumidor concreto, real y no la protección de un tipo ficticio, hipotético, abstracto. Luego, el consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable es el consumidor anciano, portador de necesidades especiales,<sup>52</sup> analfabeto, niño y adolescente, que tiene su natural vulnerabilidad agravada

fuertemente cuando participa de la relación internacional de consumo, por las dificultades que ésta conlleva.

Con base en lo expuesto, no se puede aplicar el mismo concepto legal de consumidor a todos los consumidores, pues basado en una igualdad formal, aparente, inexistente, que presupone que todos son iguales y presentan las mismas características, ya que poseen en común la expectativa de recibir productos y servicios de buena calidad. Debe hacerse una diferenciación, a partir de la propia noción de consumidor medio o estándar, teniendo en cuenta que, como bien advierte Alberto do Amaral Júnior, el término consumidor no designa a una única realidad, apunta, por otro lado, a una multiplicidad de situaciones.<sup>53</sup>

Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la Unión Europea abrió las discusiones sobre el tema en la década pasada, buscando una reglamentación especial para este “grupo particular de consumidores” contra las prácticas comerciales abusivas,<sup>54</sup> considerándolo como distinto al consumidor medio.<sup>55</sup>

Finalmente, ante este escenario, lo que se verifica es que al Estado social deben interesarle no solamente los vulnerables, sino y principalmente

los sujetos que son especialmente hipervulnerables. De esta forma, a estos consumidores especialmente hipervulnerables, es imperioso que se les ofrezca una protección superior y diferenciada, distinta de aquella que debe ser dispensada al consumidor transfronterizo común, quien, subráyese, también es un protagonista olvidado en la actualidad, en el derecho de fuente convencional autónoma del MERCOSUR<sup>56</sup> y, por lo tanto, igualmente debe ser objeto de tutela legal.

Bajo esta perspectiva, es necesario que el DIPr, por medio de sus herramientas, cree esta categorización diferenciada, no concibiéndose la aplicación, sin mayores recaudos, del concepto de consumidor medio a los consumidores que presentan una especial debilidad. En otras palabras, la disciplina iusprivatista referida, al no reconocer, ni siquiera contemplar, esta nueva categoría jurídica, termina por desproteger a quienes más necesitan la protección estatal, no pudiendo, de la forma cómo está actualmente estructurada, impartir justicia. Confirmando lo expuesto, se ha dicho que “la construcción de un régimen justo<sup>57</sup> en materia de consumo exige –de manera imprescindible– superar una visión sesgada de consumidor o usuario, captando en profundidad sus concretas debilidades.

No basta con mirar al consumidor medio, sino que es necesario reconocer sus particulares vulnerabilidades. Lo contrario importaría prescindir de un dato de la realidad valorado con frecuencia por los propios proveedores a la hora de diseñar sus estrategias de comercialización. Afortunadamente, cierto grado de apertura hacia estos nuevos horizontes es ya un fenómeno reconocible<sup>58</sup>.

A partir de lo expuesto, el especialmente hipervulnerable es aquel consumidor transfronterizo que, además de contratar con un proveedor situado en un Estado distinto al de su domicilio o residencia habitual, como destinatario final de bienes y servicios, posee características que lo diferencian del consumidor transfronterizo hipervulnerable, común o medio, tales como la edad avanzada (a partir de 60 años),<sup>59</sup> la poca edad (hasta 18 años),<sup>60</sup> la deficiencia física, el analfabetismo, etc., que deben garantizar la incidencia de reglas especiales de protección, en materia de DIPr.

#### **IV. Conclusión: las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza**

En el MERCOSUR, aunque esté fuertemente presente el fenómeno de la extraterritorialidad de las relaciones privadas, lo que se observa, en contrapartida, es un vacío normativo que no se coaduna con la nueva realidad y exigencias del mundo globalizado. Este déficit normativo lleva a una complejidad jurídica insostenible, fuente generadora de ambigüedad, incertidumbre e inseguridad, responsable por instaurar un verdadero caos en las relaciones de consumo con elementos de extranjería en perjuicio de la parte débil.

Ante este escenario, el DIPr posmoderno se revela como un instrumento apto a promover la protección de la persona humana<sup>61</sup> en el espacio integrado, ya que sitúa al individuo en su núcleo teórico y lo eleva como finalidad última. Es decir, el consumidor pasa a ser el centro de la protección sustantiva que se requiere en las relaciones multiconectadas realizadas en el bloque.

Siendo así, el reconocimiento de una nueva categoría de consumidor transfronterizo permite contemplar un tratamiento diferenciado para el sujeto vulnerable,<sup>62</sup> conforme se trate del consumidor común o del consumidor que presenta características o condiciones especiales, con base en el principio de la mayor protección al consumidor especialmente hipervulnerable, que puede efectivizarse por medio de la adopción de un sistema de conexión, en materia de ley aplicable al contrato internacional de consumo, que prime por la aplicación de la ley más favorable a éste consumidor. Con ello habrá un incremento en las transacciones comerciales internacionales llevadas a cabo, además de solucionar el problema jurídico derivado de la completa ausencia de normas en la materia.

El MERCOSUR, como bloque económico, debe adoptar estándares superiores, comunes y diferenciados de protección al consumidor transfronterizo, que posibiliten generar un tratamiento más benéfico a aquellos consumidores especialmente hipervulnerables, que necesitan una mayor presencia del Estado en pro de su tutela y

que al mismo tiempo brinden bases de protección sustantiva al consumidor común hipervulnerable, como forma de garantizar la seguridad jurídica y fomentar las negociaciones privadas que se desarrollan fuera del ámbito interno de cada Estado. Igualmente, estas reglas permitirán que el proveedor pueda adaptarse a las nuevas exigencias, lo que generará un mayor patrón de calidad en la oferta de los productos y servicios, previsión constante del Preámbulo del Tratado de Asunción, y un consecuente incremento en el consumo, cuestiones que llevarán, finalmente, a la codiciada profundización del proceso de integración.

En este escenario, el DIPr, a partir del reconocimiento de la categoría especial de consumidor transfronterizo, podrá ejercer con plenitud su rol de disciplina que se interesa por la protección de los débiles, en las transacciones con proyección transfronteriza. Con base en ello, se construye un “DIPr del consumidor” y no un “DIPr del consumo”, ya que el objeto específico de tutela es la persona humana y sus especiales necesidades y no el mercado o el comercio internacional.

**Luciane Klein Vieira**

## **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

\* Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires – UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica (Universidad del Salvador – USAL/ Université Paris I – Sorbonne). Profesora de Derecho Internacional de las Facultades de Campinas – FACAMP y de la Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCCAMP. Docente de la UBA. Abogada.

<sup>1</sup> N.L. Nicolau. “La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 390.

<sup>2</sup> N.L. Nicolau, “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, *El Derecho*, t. 163, 1995, p. 873.

<sup>3</sup> N.L. Nicolau (nota 2), p. 873.

<sup>4</sup> A.H. Benjamin, “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1122-1123.

<sup>5</sup> El prefijo *hiper* deriva del griego *hypér* y sirve para designar algo que excede la medida normal. Cuando se suma el prefijo a la palabra vulnerabilidad, se obtiene la representación gráfica de una situación de intensa fragilidad, que supera los límites de lo que sería una situación común de debilidad.

<sup>6</sup> A.C. Efling, “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, nº 39, 2008, p. 112.

<sup>7</sup> Tradicionalmente, la doctrina europea suele distinguir el consumidor entre aquel que se traslada hacia el establecimiento comercial del empresario, en busca de mercaderías o servicios, motivando por sí mismo la contratación, de aquel que es invadido o atacado por la ofensiva contractual del empresario en su propio domicilio o residencia habitual. En el primer caso, se está ante el concepto de consumidor activo y en el segundo, de consumidor pasivo.

<sup>8</sup> E.A. Klausner, “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 382.

<sup>9</sup> Además de los factores mencionados, que están vinculados a la inexperiencia y/o inaptitud técnica, el consumidor se encuentra ante una necesidad de consumo, circunstancia que lo hace estar subordinado al proveedor. (A. Amaral Júnior, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.)

<sup>10</sup> E.A. Klausner, *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012, p. 176. (Traducción propia)

<sup>11</sup> Desde otra mirada, el consumidor extranjero puede ser calificado como sub-consumidor o consumidor particularmente frágil, por no conocer la lengua ni las prácticas locales. A. Kemelmajer De Carlucci, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código civil y comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 249.

<sup>12</sup> Aquí se podría añadir el uso exagerado del tecnicismo en la redacción del contrato, lo que impide una comprensión o una evaluación más minuciosa por parte del consumidor sobre las ventajas y desventajas del negocio. Esta dificultad desestimula la lectura previa del instrumento contractual, generalmente complejo y de una considerable extensión.

<sup>13</sup> E.A. Klausner (nota 9), p. 177.

<sup>14</sup> Entre estas dificultades están el desconocimiento respecto al juez competente y a la ley aplicable, el alto costo de un proceso judicial en el extranjero, los gastos de traslado y traducción de documentos, el posterior reconocimiento y ejecución de la decisión judicial extranjera. Sobre el tema ver: E.A. Klausner, “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 54, 2005, p. 118. En el mismo sentido, Perugini destaca que: “no es tarea fácil litigar en el extranjero. Cualquiera que haya tenido la experiencia de litigar fuera del país puede comprender el cúmulo de problemas con los que se enfrenta y que van desde la elección del abogado, el seguimiento del proceso, el desconocimiento del derecho y la inseguridad que produce depender de una autoridad extranjera, los costos del transporte y del alojamiento. Este temor a lo extranjero no tiene que ver con la xenofobia y sí con lo desconocido, costoso y en gran medida incontrolable”. A. Perugini Zanetti, “Derecho internacional privado del consumidor”, en: *XVIII Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección derecho internacional privado*, Rosario, 2005, p. 38.

<sup>15</sup> Conforme destaca la doctrina, el consumidor, parte vulnerable en un litigio nacional, será aún más vulnerable cuando se trate de un litigio transfronterizo. De hecho, la ignorancia de sus derechos y la complejidad del DIPr, ante un litigio de pequeño monto, son motivos que podrán llevarlo a renunciar a sus derechos. B.E. Fellous, *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Europeia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

<sup>16</sup> Exceptuado el caso de Venezuela, que recientemente derogó la ley que protegía al consumidor.

<sup>17</sup> N. Nicolau (nota 2), p. 878.

<sup>18</sup> Pese a ello, cabe destacar que “la sociedad de consumidores no reconoce diferencias de edad o género ni las tolera (por contrario a los hechos que parezca) ni reconoce distinciones de clase (por descabellado que parezca). Desde los centros geográficos de la red de la autopista informática hasta las periferias sumidas en la pobreza”. Z. Bauman, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 81. Este hecho corrobora la necesidad de darle tratamiento diferenciado a cada subgrupo de consumidores, en razón de sus peculiaridades.

<sup>19</sup> También se ha llamado subconsumidores a las personas que no tienen acceso al consumo, por cuestiones de pobreza. C.A. Ghersi, “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Ghersi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 19.

<sup>20</sup> J. Mosset Iturraspe / R.L. Lorenzetti, *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 82.

<sup>21</sup> C.A. Hernández, “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 374.

<sup>22</sup> C.A. Hernández (nota 20), p. 374.

<sup>23</sup> Es interesante referir, conforme advierte la doctrina, que el derecho privado de la posmodernidad debe encargarse de reconocer las vulnerabilidades sociales, en todas sus dimensiones, que abarcan tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial. C.A. Hernández (nota 20), p. 374.

**Luciane Klein Vieira**

## **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

<sup>24</sup> Respecto a la clasificación de los niños como “hipoconsumidores”, por tener menor grado de reflexión, ver N.L. Nicolau (nota 1), p. 390.

<sup>25</sup> Ver D.R. Vítolo, “Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3, pp. 129-145.

<sup>26</sup> Respecto al consumidor anciano, la Recomendación nº 18, del Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, aprobado por la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución nº 33/52, del 1978, revisada en 1982 (texto disponible en: <http://www.redadultosmayores.com.ar/buscadador/files/ORGIN001.pdf>, consultado el 10/8/2016) destaca que debe ser limitada la publicidad intensiva y otras técnicas de venta destinadas fundamentalmente a explotar a los ancianos. En este sentido, el gobierno, juntamente con las organizaciones no gubernamentales, debe promocionar acciones destinadas a proteger a estos consumidores. En el año 2002 fue aprobado el Plan de Acción de Madrid, que pugna por la adopción de medidas restrictivas respecto al fraude cometido contra ancianos en el mercado de consumo. Sobre el tema ver C. Heineck Schmitt, *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 218-219.

<sup>27</sup> Sobre el tema, ver el interesante dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, caso “Szikla Nyugi y Péter Takács c/ Hungría”, juzgado el 16/04/2013, en el cual los autores, dos ciudadanos húngaros con grave discapacidad visual, tras haber agotado los recursos judiciales internos, en Hungría, para la obtención de la adaptación para no videntes de los cajeros automáticos de la entidad de crédito privada con la cual habían contratado, demandan al Estado por violación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvspdf>, consultado el 10/8/2016, en vigor desde el 3/5/2008). El Comité señaló que la demanda interpuesta por los autores iba más allá del agravio particular, en la medida en que planteaba una reclamación más amplia, pautada en la falta de accesibilidad de toda la red de cajeros automáticos de la entidad financiera para las personas con discapacidad visual. Finalmente, el dictamen determinó que el Estado Parte había incumplido las obligaciones de la Convención referida, teniendo el deber de poner remedio a la falta de accesibilidad de los actores a los servicios de tarjeta bancaria, además de indemnizarlos. Del mismo modo, el Estado debería establecer normas mínimas sobre accesibilidad a los servicios bancarios para personas con discapacidad visual, impartir formación adecuada y periódica a los jueces y otros funcionarios que resuelvan causas pautadas en la discapacidad y velar para que su legislación y el modo de aplicación de la misma sean acordes con la obligación del Estado de asegurar que la ley no tenga el propósito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos de las personas con discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Dictamen del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación nº 1/2010”, *Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia*, t. 2013-3, pp. 107-127.

<sup>28</sup> A. Acedo Penco, “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 18, 2000, pp. 302-303.

<sup>29</sup> K. Rick Danilevicz Bertoncello, “Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: ¿como proteger as crianças consumidoras?”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 90, 2013, pp. 75-79. Es interesante recalcar que la especial hipervulnerabilidad de los niños y adolescentes viene en constante aumento, en virtud de la gran cantidad de productos y servicios que son ofrecidos por internet, teléfonos móviles, etc., y que se destinan especialmente a este público. Además, en palabras del sociólogo alemán Zygmunt Bauman, los niños están en una posición central en la sociedad de consumo, que es ocupada por ellos desde muy temprano, y que termina por encuadrarlos en los nuevos patrones excluyentes de conducta, impuestos por el mercado. Estas imposiciones fragilizan al público infante y lo transforma en un blanco fácilmente alcanzable. Para el autor, desde que aprenden a escribir, o quizás antes de esto, la “dependencia de los locales” ya se instala en los niños. Bombardeados desde todos lados por sugerencias de que necesitan este o aquel producto vendido en un determinado local para ser el tipo adecuado de persona, o alguien capaz de cumplir con su deber social y ser visto haciendo precisamente esto, se sienten inadecuados, deficientes y por debajo del estándar si no pudieren atender prontamente al llamado. Z. Bauman, *Vida líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007, p. 146.

<sup>30</sup> Respecto al consumidor anciano, se ha destacado que en el campo contractual es donde se nota su intensa vulnerabilidad ante el proveedor, de allí que se hable de “hipervulnerabilidad” como un paradigma a adoptarse para la protección del individuo más débil. C. Heineck Schmitt, “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 70, 2009, p. 151. En el mismo sentido, se ha sostenido que el anciano es un consumidor que tiene más de 60 años y que posee una vulnerabilidad potencializada. C. Lima Marques, “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 194. Luego, este consumidor pertenece a una categoría jurídica en la cual se debe presumir la existencia de un sumatorio de vulnerabilidades. B. Graeff, “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013, p. 68.

<sup>31</sup> Respecto a la necesidad de reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor analfabeto en el mercado de consumo, ver: C. Lima Marques, “Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos”, *Revista de direito do consumidor*, nº 95, 2014, pp. 99-142. Es dable referir que la autora también apunta a la existencia de un nuevo tipo de excluido de la sociedad de consumo e información: el analfabeto digital. C. Lima Marques, *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

<sup>32</sup> R.L. Lorenzetti, “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 78.

<sup>33</sup> Sobre el tema ver C. Lima Marques, *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de Convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil*, disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env\\_lima\\_marques.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf), consultado el 20/4/2015.

**Luciane Klein Vieira**

## **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

<sup>34</sup> También la jurisprudencia viene adoptando el concepto de hipervulnerabilidad del consumidor. Véase este trecho de la decisión del STJ, de Brasil: “Los ‘hipervulnerables’ (...) son aquellos que, exactamente por constituir una minoría y ser a menudo discriminados o ignorados, más sufren con la masificación del contrato y con la ‘pasteurización’ de las diferencias que caracterizan y enriquecen la sociedad moderna (...). Ser diferente o ser minoría, por enfermedad o por cualquier otra razón, no significa ser menos consumidor, ni menos ciudadano, tampoco ser merecedor de derechos de segunda clase o de protección solamente retórica del legislador”. STJ. SEGUNDA TURMA. Recurso Especial nº 586.316/MG. “Ministério Público do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA”, Min. Ponente Antonio Herman Benjamín, juzgado el 17/4/2007, publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num\\_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF), consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

<sup>35</sup> Lima Marques considera que los consumidores sobreendeudados también son hipervulnerables. C. Lima Marques (nota 32). Para desarrollar una forma de protección a estos consumidores, en 2011, la *Consumers International* aprobó una ley modelo sobre insolvencia familiar. Su texto completo puede ser visto en: <http://www.consumersinternational.org/media/880967/texto%20ley%20modelo%20final%206%20de%20diciembre.pdf>, consultado el 3/2/2015.

<sup>36</sup> C. Lima Marques / B. Miragem, *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 188-189; R. Densa / A. Mamoru Nishiyama, “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 431-461.

<sup>37</sup> Para la doctrina, la hipervulnerabilidad del consumidor portador de deficiencia física se encuentra justamente en la dificultad que tiene en el acceso a los bienes de consumo. Su integración social depende de la facilitación de su desplazamiento a los locales de consumo, sin necesitar de la dependencia de terceros. R. Densa / A. Mamoru Nishiyama (nota 35), p. 438. Añado a la observación de los autores la dificultad del consumidor no vidente, que necesita, mucho más que los demás consumidores, confiar plenamente en el proveedor para adquirir el producto o servicio que desea y/o necesita. En este sentido, ver reciente fallo del STJ, de Brasil, que condenó institución bancaria a redactar los contratos de adhesión en braille, para atender a las dificultades de acceso a la información de los consumidores no videntes, *in verbis*: STJ. TERCERA TURMA / Recurso especial nº 1.315.822/RJ. “Banco do Brasil S/A c/ Associação Fluminense de Amparo aos Cegos”. Min. Ponente Marco Aurélio Bellizze. Juzgado el 24/3/2015. Publicado en: *DJe*, el 16/4/2015. Disponible en: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1394865&num\\_registro=201200593220&data=20150416&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1394865&num_registro=201200593220&data=20150416&formato=PDF), consultado el 23/7/2016.

<sup>38</sup> C. Lima Marques / B. Miragem (nota 35), p. 189.

<sup>39</sup> B. Miragem, *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

<sup>40</sup> Con relación a los infantes hay que tener en cuenta, para fines de regulación del mercado de consumo, la necesidad de efectivizar el principio del mejor interés del niño, previsto en instrumentos internacionales y en los textos constitucionales de los Estados mercosureños.

<sup>41</sup> Respecto al tema de los enfermos, es interesante traer a colación la otra parte del fallo emitido por el STJ de Brasil, al cual ya hice alusión oportunamente, en donde, el Ministro Antonio Herman Benjamín, al analizar el caso de un consumidor celíaco, dejó sentado que: “17. En el campo de la salud y de la seguridad del consumidor (y con mayor razón con relación a los alimentos y medicamentos), en el cual las normas de protección deben ser interpretadas con mayor rigor, por causa de los bienes jurídicos involucrados, sería un despropósito hablar de deber de informar basado en el *homo medius* o en la generalidad de los consumidores, lo que llevaría a que la información no alcance a quien más de ella necesita, pues los que padecen de enfermedades o de necesidades especiales son frecuentemente la minoría en el amplio universo de los consumidores. (...) 20. El proveedor tiene el deber de informar que el producto o servicio puede causar maleficios a un grupo de personas, aunque no sea perjudicial a la generalidad de la población, pues lo que el ordenamiento pretende resguardar no es solamente la vida de muchos, sino también la vida de pocos.” (STJ. SEGUNDA TURMA, Recurso especial nº 586.316/MG. “Ministério Pùblico do Estado de Minas Gerais c/ Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABLA”. Min. Ponente Antonio Herman Benjamín. Juzgado el 17/4/2007, publicado en: *DJe*, el 19/3/2009. Disponible en: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/media-do/?componente=ITA&sequencial=683195&num\\_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/media-do/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF), consultado el 22/7/2016.) Traducción propia.

<sup>42</sup> Según el artículo referido: “Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.” (Artículo sustituido por art. 30 de la Ley nº 26.361.) El destacado me pertenece.

<sup>43</sup> Ley publicada en el Boletín oficial de la República Argentina, nº 31.756, el 10/10/2009, pp. 1 ss. Entró en vigencia el 18/10/2009.

<sup>44</sup> Es interesante destacar que la Comunicación “A” nº 5.460 del Banco Central de la República Argentina, del 19/7/2013, sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros, dispone en su art. 2, apartado 2, sobre los casos especiales de usuarios que necesitan de mayor protección, que serían las personas con movilidad reducida, deficiencias motrices o dificultades de acceso y/o permanencia en los puntos de atención al usuario y las personas con dificultades visuales. A ellos se les debe conceder prestaciones especiales y atención prioritaria en los bancos del país. Ver el texto de la norma, que entró automáticamente en vigencia, en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comtexord/A5460.pdf>, consultado el 05/08/2015.

<sup>45</sup> Dicta el art. 15: “Información para personas vulnerables. El proveedor de productos o servicios alimenticios, está obligado a proporcionar información: a) de alimentos que causen daños o riesgos a la salud de las mujeres gestantes, al embrión, al feto o al recién nacido, adultos mayores

**Luciane Klein Vieira**

## **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

y personas con discapacidad; b) sobre los beneficios de la leche materna; c) de los daños o riesgos a la salud de las niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad”.

<sup>46</sup> Dicta el párrafo referido: “es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la falta de juicio y experiencia de los niños, desprecie valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad” (Traducción propia).

<sup>47</sup> Determina el art. 39: “está prohibido al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas (...) IV - aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus productos o servicios”. (Traducción propia).

<sup>48</sup> Conforme el artículo referido: “queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquélla de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que incite a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

<sup>49</sup> Respecto al reconocimiento de la especial debilidad del consumidor, es interesante mencionar el caso de Perú, Estado Asociado al MERCOSUR. El país, en su código de protección y defensa del consumidor, determina, en el art. VI, numeral 4, que entre las políticas públicas establecidas, “el Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”.

<sup>50</sup> Con relación a lo expuesto, es dable señalar que para que se concrete el principio de igualdad entre los ciudadanos, en este caso, entre los consumidores, la ley debe garantizar una igualdad jurídico-material, donde debe tratarse de forma equivalente a aquel que es igual y garantizarle un tratamiento desigual a aquel que no lo es. Ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 426-428. Esta máxima, bastante conocida y aplicada en la teoría constitucional, sirve de apoyo para justificar la necesidad de existencia de una previsión legal que permita un trato diferenciado al consumidor especialmente hipervulnerable, como medida de protección brindada por el Estado. De este modo, el Estado, sea por medio de reglas internas o convencionales, estaría compensando las desigualdades fácticas generadas por las condiciones que son peculiares a cada grupo de consumidores, buscando, así, alcanzar un resultado más cercano a una zona de equilibrio entre las partes involucradas en la relación internacional de consumo. De allí la necesidad del establecimiento de un *status* diferenciado para el individuo que presenta una vulnerabilidad agravada en el mercado de consumo.

<sup>51</sup> En sentido contrario, incluso reconociendo la existencia de diferencias entre los diversos grupos de consumidores, Rubén Stiglitz destaca que es necesario que la ley ofrezca la misma protección a todos ellos, sin establecer un *plus* de tutela al consumidor especialmente hipervulnerable. En palabras del autor: “acontece que existe una gran diversidad de consumidores, desde los que son suficientemente agudos, perspicaces, conocedores, informados, astutos y avisados

para defenderse eficazmente, hasta los que, contrariamente, son particularmente confiados, incautos, crédulos y vulnerables. La respuesta es, en principio, positiva, lo que significa que se debe suministrar a todos la misma protección. El derecho del consumo protege, indistintamente, a todos los consumidores. La presunción de debilidad es irrefragable. Tener en cuenta aptitudes particulares de cada consumidor suscitaría litigios sin fin y restaría eficacia al derecho de los consumidores". R.S. Stiglitz, "La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, t. 2012-C, p. 1303. Como se puede verificar, el autor basa su negativa en la conducta del consumidor y no en sus condiciones o características especiales.

<sup>52</sup> Respecto a las personas portadoras de necesidades especiales, a fin de calificar lo que debe entenderse por tales, es necesario recurrir al concepto amplio dispuesto en el art. 1º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, antes referida, según el cual "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

<sup>53</sup> A. Amaral Júnior (nota 8), p. 103.

<sup>54</sup> Por ejemplo, la Directiva nº 2005/29/CE, en sus considerandos, para determinar diferentes conductas como prácticas engañosas, determina que: "es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. (...) Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al reducto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizar que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de este grupo".

<sup>55</sup> En el ítem nº 60 de las Conclusiones del abogado general Dr. Melchior Wathélet, presentadas el 14/11/2013, se ve la importancia que aún hoy tiene el uso de la noción de consumidor medio en la UE: "(...) al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos. A la luz de dicha elección, puede no tratarse necesariamente del mismo consumidor medio para toda la Unión. Por ello, dado que 'la prueba del consumidor medio no constituye una prueba estadística', 'los tribunales y las autoridades nacionales tendrán que ejercer su propia facultad de juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso determinado'". Ver TJ/UE. Asunto C-609/12, "Ehrmann AG c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV", juzgado el 10/04/2014. Publicado en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150787&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=621283>, consultado el 10/7/2016.) Es interesante destacar que la primera vez que fue utilizada la noción de consumidor medio en el Tribunal de Justicia de la UE fue en la sentencia "Mars", del 11/11/1993. Ver: J.C. Villalba Cuellar, *Introducción al derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 70. En el mismo sentido, el Reglamento (UE) nº 1.924/2006,

**Luciane Klein Vieira**

sobre las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (publicado en: *Diario oficial de la Unión Europea*, nº L404/9, el 30/12/2006 y en vigor desde el 19/01/2007) acoge la orientación del TJ/UE, destacando en sus considerandos que “el presente reglamento con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que de este concepto ha hecho el Tribunal de Justicia”.

<sup>56</sup> En el bloque, hay un proyecto de Acuerdo sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, que se ocupa del consumidor transfronterizo común, sea él activo o pasivo. Sobre las diferentes versiones del proyecto y su estancamiento, ver L. Klein Vieira, “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de direito do consumidor*, nº 99, 2015, pp. 159-181.

<sup>57</sup> Conforme Ciuro Caldani, “como en todos los casos de protección para construir un régimen justo, hay que ‘fortalecer’ a los propios individuos consumidores y ‘debilitar’ al régimen y a los proveedores en tanto pueden agredirlos, aunque en el tiempo actual se debe tener en cuenta que el régimen puede ser incluso un instrumento del poder de los grandes proveedores”. M.A. Ciuro Caldani, “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y docencia*, nº 28, 1997, p. 36. Resaltado en el original y entrecomillado simple nuestro.

<sup>58</sup> C.A. Hernández (nota 20), p. 378.

<sup>59</sup> Tomé la referencia a este limitador temporal del “Estatuto del anciano”, Ley nº 10.741, del 01/10/2003, publicada en el *Diario Oficial de la Unión (D.O.U)*, el 03/10/2003, p. 1 ss., art. 1º, vigente en Brasil desde el 01/01/2004. La ley mencionada justifica el límite señalado a partir de las orientaciones de Naciones Unidas que determinan ser anciano la persona mayor de 65 años, en países desarrollados y mayor de 60 años, en países en desarrollo. Sobre el tema, ver World Health Organization, *Active Ageing. A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, 2002, disponible en: [http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who\\_nmh\\_nph\\_02.8.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf), consultado el 20/7/2016.)

<sup>60</sup> Elegí esta edad, en virtud de la calificación de niño o persona no adulta, contenida, respectivamente, en el art. 1º de la Convención sobre los derechos del niño, del 20/11/1989 (disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultado el 10/08/2016. En vigor desde el 2/9/1990 – art. 49) y 2º de la Convención sobre la protección internacional de los adultos, del 13/01/2000 (disponible en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=71](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=71), consultado el 10/08/2016. En vigor desde el 01/01/2009).

<sup>61</sup> R. Carvalho de Vasconcelos, “Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014, pp. 337-371.

<sup>62</sup> Este sería un nuevo patrón axiológico a ser empleado por el sistema conflictual, pautado en la protección de la persona humana y en el reconocimiento de sus diferencias. Sobre el tema, ver J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 22-23.

## V. Bibliografía

- Acedo Penco, A., “La noción de consumidor y su tratamiento en el derecho comunitario, estatal y autonómico, breve referencia al concepto de consumidor en el derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 18, 2000.
- Amaral Júnior, A., *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- Bauman, Z., *Vida de Consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Bauman, Z., *Vida Líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2007.
- Benjamin, A.H., “A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos”, en: C.L. Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Doutrinas Essenciais*, vol. I, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Carvalho de Vasconcelos, R., “Soberania, direitos humanos e a finalidade do direito internacional privado”, en: J.A. Moreno Rodríguez / C. Lima Marques (coords.), *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre / Asunción, Gráfica e Editora RJR, 2014.
- Ciuro Caldani, M.A., “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”, *Investigación y Docencia*, nº 28, 1997.
- Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a tenor del artículo 5 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (noveno período de sesiones) respecto de la Comunicación nº 1/2010”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3.
- Densa, R. / Mamoru Nishiyama, A., “A proteção dos consumidores hipervulneráveis. Os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes”, en: C. Lima Marques / B. Miragem (orgs.), *Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Doutrinas Essenciais*, vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Efing, A.C., “El reconocimiento jurídico de la vulnerabilidad del consumidor como factor de cambio social”, *El Otro Derecho*, nº 39, 2008.
- Fellous, B.E., *Proteção do Consumidor no MERCOSUL e na União Européia*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Ghersi, C.A., “La historia socioeconómica y cultural del consumo”, en: C.A. Ghersi (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.

Gomes Canotilho, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003.

González Campos, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 287, 2000.

Graeff, B., “Direito do consumidor idoso no Brasil”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 86, 2013.

Heineck Schmitt, C., “A ‘hipervulnerabilidade’ do consumidor idoso”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 70, 2009.

Heineck Schmitt, C., *Consumidores Hipervulneráveis. A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, São Paulo, Atlas, 2014.

Hernández, C.A., “Reflexiones sobre el derecho del consumidor (a propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani)”, en: A.A. Alterini / N.L. Nicolau (dirs.), *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

Kemelmajer De Carlucci, A., “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, en: R. S. Stiglitz (dir.), *Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Klausner, E.A., “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 54, 2005.

Klausner, E.A., “Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo”, en: C. Tibúrcio / L.R. Barroso (orgs.), *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Klausner, E.A., *Direito Internacional do Consumidor. A Proteção do Consumidor no Livre-comércio Internacional*, Curitiba, Juruá, 2012.

Klein Vieira, L., “El Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 99, 2015.

Lima Marques, C. / Miragem, B., *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Lima Marques, C., “Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 95, 2014.

Lima Marques, C., “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, en: I. Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

Lima Marques, C., *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Lima Marques, C., *Observaciones y Propuestas sobre las Reglas Generales y el Campo de Aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la Ley Aplicable a Algunos Contratos de Consumo de Brasil*. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env\\_lima\\_marques.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf), consultado el 20/4/2015.

Lorenzetti, R.L., “La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en: R.L. Lorenzetti / G.J. Schötz (coords.), *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

Miragem, B., *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Mosset Iturraspe, J. / Lorenzetti, R.L., *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 1993.

Nicolau, N.L., “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, *El Derecho*, t. 163, 1995.

Nicolau, N.L., “La protección del consumidor argentino en la economía de mercado frente a empresas transnacionales”, en: *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013.

Perugini Zanetti, A., “Derecho internacional privado del consumidor”, en: *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005.

Rick Danilevicz Bertoncello, K., “Os efeitos da publicidade na ‘vulnerabilidade agravada’: como proteger as crianças consumidoras?”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 90, 2013.

**Luciane Klein Vieira**

## **El consumidor “especialmente hipervulnerable” y el derecho internacional privado**

Stiglitz, R.S., “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley*, t. 2012-C.

Villalba Cuellar, J.C., *Introducción al Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.

Vítolo, D.R., “Personas afectadas por una discapacidad y los derechos del consumidor de servicios financieros y bancarios. Una mirada transversal”, *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, t. 2013-3.

World Health Organization, *Active Ageing. A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging*, Madrid, 2002. Disponible en: [http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who\\_nmh\\_nph\\_02.8.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_nph_02.8.pdf), consultado el 20/7/2016.

## Resumen

*En el contrato de hoy la voluntad de las partes sigue siendo necesaria pero no resulta suficiente. A su lado debe considerarse el equilibrio contractual, tanto desde el punto de vista de la prestación, como desde el punto de vista de las partes. De tal manera si entre las partes no hay equilibrio, una parte es fuerte –por su poder económico o por la información que posea– y la otra débil –independientemente de su consideración como consumidor– el ordenamiento debe intervenir para restablecer el equilibrio. Con estas breves líneas queremos plantear los problemas que generan los contratos no bilateralmente negociados, aquellos en los que una parte impone y la otra acepta, pero que, objetivamente no pueden ser calificados como contratos de consumo.*

## Sumario

- I. El rol de la voluntad en el contrato de hoy.
- II. Contratos no bilateralmente negociados.
  - 1. La protección a través del concepto de consumidor. 2. La protección del cliente.
- III. Los contratos no bilateralmente consentidos. ¿Cuál es la regulación más eficiente?
- IV. Una idea final.

# **Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor**

**Claudia Madrid Martínez\***

## **I. El rol de la voluntad en el contrato de hoy**

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el rol de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza vinculante del contrato ha ido decreciendo. En efecto, tal como lo reseña Caro Gándara, la pérdida de protagonismo de los Códigos y la aparición de leyes sociales condujeron al abandono de la concepción del contrato como realización de la libertad para dar paso a la consideración de su función social. El contrato -continúa la autora haciendo eco de la opinión de Volpe- constituye una relación obligatoria compleja que va más allá de las meras contraprestaciones entre las partes, y “(...) expresa una ética contractual material que exime al deudor de su obligación en caso de excesiva onerosidad, que busca restablecer el equilibrio material entre las prestaciones y que considera inadmisible el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos”.<sup>1</sup>

Además, el siglo XX ha visto al Estado convertirse en otro jugador de la dinámica contractual y ello, desde luego, ha impactado la estructura y contenido del contrato. En efecto, el tránsito del estado de derecho al estado social de derecho ha dejado profundas huellas en las relaciones privadas y, aunque tal como hemos sostenido en otras oportunidades,<sup>2</sup> la proporcionalidad habría de guiar la intervención del Estado, lo cierto es que su predominio sobre la vida privada es tan importante en nuestros días, que ha provocado una expansión hacia cualquier elemento referente a la organización jurídica que interese directamente a la sociedad estatal, cubriendo de esta manera todas las áreas que, aun no siendo de su competencia directa, representan algún interés vital para él.

Algunos autores atribuyen esta situación a la noción de “socialización”, fenómeno definido como causa y efecto de la creciente intervención de

los poderes públicos en sectores privados y, a la vez, como fruto y expresión de una tendencia natural del hombre a asociarse, para la consecución de objetivos que superan la capacidad y medios de que pueden disponer los individuos aisladamente.<sup>3</sup>

En el caso de las relaciones contractuales, la socialización se refleja, básicamente, en tres aspectos. El primero referido a la creciente contratación colectiva en detrimento de la contratación individual; el segundo, consecuencia de éste, es la aceleración de los ciclos económicos de producción y, con ello, de bienes y servicios; y, finalmente, la aparición de cláusulas generales de contratación que vienen a determinar el contenido de la relación contractual.<sup>4</sup>

Ahora bien, tradicionalmente, la relatividad de la voluntad en materia contractual se ha manifestado a través de ciertos límites y limitaciones, derivados los primeros de la intrínseca significación de los actos que de ellaemanan y, las limitaciones, provenientes de circunstancias externas de carácter político, económico o social.<sup>5</sup> Los límites encuentran su principal fuente en la ley y en la noción de orden público, figura esta última dirigida a impedir toda clase de actos y negocios jurídicos

que pudieran implicar renuncias, derogaciones o relajamientos de ciertos principios considerados como base de nuestra organización política, social, económica o moral, calificados por algunos autores, como la “postulación individualista de un ‘Estado-policía’”.<sup>6</sup>

Tengamos además en cuenta que, en la actualidad, el orden público está llamado a desempeñar una nueva función, en el marco de una política social que ha desecharido el individualismo para avocarse a la protección de los débiles jurídicos, categoría especialmente dirigida a designar a los trabajadores, los inquilinos y los consumidores y usuarios, entre otros.<sup>7</sup>

Con el orden público, la intervención estatal no parece obedecer a los elementos intrínsecos del contrato, sino a causas exógenas a él que dependen de la experiencia histórica, con lo cual deja de ser un límite, para convertirse en una limitación. De esta manera, se afirma la tendencia a establecer una ecuación, no siempre exacta, entre la idea de limitación a la libertad contractual y la corrección del desequilibrio que, como una injusta desigualdad entre las partes contratantes, provoca el reconocimiento de una libertad contractual sin límites.<sup>8</sup> Se hace entonces referencia a un orden público

**Claudia Madrid Martínez**

## **Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor**

de dirección, que ordena el sistema económico, y a un orden público de protección, para garantizar los derechos de los más débiles.

Así las cosas, el contrato parece haber perdido la función que tradicionalmente se le había otorgado, de ser el instrumento a través del cual los particulares expresan su fuerza contractual entre ellos, en una relación de recíproca competencia. Ahora la regulación de la relación no nace dentro del contrato, sino que viene dispuesta desde el exterior. El contrato moderno carecería de la libertad e igualdad que alguna vez lo caracterizó.<sup>9</sup>

Para entender el contrato de hoy, tal como afirma Ghestin, es necesario hacer una síntesis de la concepción propiamente jurídica que hace del acuerdo de voluntades su elemento subjetivo esencial, y de la concepción, a la vez ética y económica, deducida de nuestra tradición greco-latina y judeo-cristiana, que hace de lo útil y lo justo las finalidades objetivas del mismo. Así, el contrato representa un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia. La voluntad, aunque necesaria para el nacimiento del contrato, se ve desplazada como fundamento de su fuerza vinculante. El contrato es obligatorio porque es útil y es justo.<sup>10</sup>

La utilidad, en opinión de Ghestin, ha de apreciarse en sentido social, de manera que el ordenamiento solo protege operaciones socialmente útiles. Por su parte, la justicia contractual ha de entenderse en el sentido de no destruir el equilibrio existente entre los patrimonios, lo que implica que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que ha aportado, en una clara referencia a la justicia comutativa.

Sin embargo, la determinación de lo que es equivalente y, por ello, justo en la dinámica contractual, no resulta sencillo, pues, para empezar, es posible apreciar la equivalencia desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo, sin que ambas perspectivas se conciban como absolutamente separadas. Así, tal como afirma Caro Gándara, “La dificultad de determinar el valor objetivo de cada prestación ha llevado a poner de manifiesto cierto carácter subjetivo de su valor de cambio. Partiendo de la idea de que cada una de las partes ha de tener cierto interés por celebrar el contrato, que le hace encontrar en él una utilidad particular, resulta necesario que cada parte pueda razonablemente considerar que mediante la celebración del contrato obtiene una ventaja”.<sup>11</sup>

Así, hemos de considerar que si bien el consentimiento sigue siendo el punto

de partida de la relación contractual –aunque sea para expresar la aceptación de un clausulado predisuelto por una de las partes–, la verificación de la existencia de un contrato no se limita a la determinación de si hubo o no consentimiento, sino que debe también determinarse si hay un equilibrio entre los intereses contrapuestos de las partes.<sup>12</sup> De hecho, el margen de juego que pueda tener la autonomía de la voluntad dependerá del grado de equilibrio de que gocen las partes en la relación concreta.

Con semejante panorama, difícilmente pueda seguirse hablando del “dogma de la voluntad” en los términos de la doctrina clásica. Por un lado, el derecho ha estructurado remedios para facultar al juez a intervenir la voluntad de las partes e, incluso, para suplirla, a través de reglas de integración de lagunas que le permiten recurrir a la ley, al uso o al indeterminado concepto de equidad. Su intervención se fundamenta, justamente, en el restablecimiento de un equilibrio contractual inexistente –rescisión por lesión– o perdido –imprevisión. Por otro lado, el Estado interviene, sea a través del poder legislativo –intervención *a priori*– sea a través del poder judicial –intervención *a posteriori*– para proteger a la parte débil de la relación contractual.

Se trata, en primer lugar, de proteger el equilibrio objetivo, o la simetría que habría de existir entre las prestaciones de las partes. Esto pasa por determinar el valor objetivo de cada prestación, y pone de manifiesto, paradójicamente, la necesidad de considerar el carácter subjetivo de su valor de cambio, lo cual, al menos en los Estados del *civil law*, depende del complejo concepto de buena fe.<sup>13</sup> Es la buena fe “(...) la que permite integrar el contenido contractual en su dinámica, según un criterio de justicia, con el fin de reequilibrar las posiciones de los contratantes eventualmente desequilibradas y de impedir lucros injustificados”.<sup>14</sup>

En segundo lugar, se protegería también el equilibrio subjetivo, el cual depende de la posición que ocupan las partes en la relación, en función de su poder de negociación. Aparecen entonces relaciones desequilibradas o asimétricas con una parte fuerte y una débil, relaciones en las que la parte fuerte impone sus condiciones y la parte débil se limita a aceptarlas. Se trata, en definitiva, de contratos no bilateralmente negociados.

## **II. Contratos no bilateralmente negociados**

Actualmente, cualquier referencia al contrato pasa, necesariamente, por una distinción estrechamente vinculada

**Claudia Madrid Martínez**

## **Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor**

con la igualdad o desigualdad en el poder de negociación de las partes contratantes. En efecto, la forma de regular las negociaciones precontractuales, el deber de información, la interpretación de las cláusulas contractuales, los remedios ante el incumplimiento y, desde luego, los problemas propios del derecho internacional privado, pasa, necesariamente, por la previa determinación de si las partes tienen o no el mismo poder de negociación.

Tal como afirma Roppo, la falta de negociación individual “(...) evidencia que la posición de superioridad en el mercado de una parte, le otorga el poder de imponer unilateralmente las cláusulas contractuales a la otra parte. Éste es el factor de asimetría que nos conduce a ver a la parte que sufre tal imposición unilateral, como la parte débil y por tanto aquella que necesita protección legal”.<sup>15</sup>

Ahora bien, la fortaleza o debilidad de las partes, elemento con influencia decisiva en su poder de negociación, puede derivar de su poder económico, de su conocimiento sobre el bien o servicio comercializado o, incluso de su conocimiento jurídico. Aunque estas características suelen recaer concurrentemente sobre el proveedor de bienes y servicios, hay casos en los cuales, las partes tienen un poder

económico similar, pero la información que posee una de ellas desequilibra de alguna manera la relación y la convierte, a pesar de tratarse de una relación aparentemente paritaria o B2B –*Business to Business*–, en una relación definitivamente asimétrica, con un débil jurídico muy particular que también podría necesitar protección, a pesar de no ser propiamente un consumidor.

Pensemos en un ejemplo sencillo, comúnmente recurrido por la doctrina: el usuario del sistema financiero frente al banco. Generalmente la relación bancaria enfrenta al banco, un profesional que presta de manera masiva un servicio para el cual requiere una preparación particular, frente a una comunidad que lo reconoce como tal y que aspira a obtener de él bienes y servicios de calidad y está dispuesta a reclamar en caso contrario, con el usuario de sus servicios, el lego y vulnerable consumidor. Nuestro consumidor podría ser, sin embargo, una gran empresa de construcción con un poder económico similar al del banco que, entre otras cosas le permite pagar servicios jurídicos de calidad, pero que sigue siendo vulnerable respecto de su conocimiento del sector financiero.

Consideremos además que el sector bancario desarrolla una actividad

generalmente sometida al control, vigilancia y supervisión de los órganos del Estado, así como a específicas reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de garantizar la tutela del interés colectivo, representado por los derechos de los usuarios del sistema bancario, lo cual torna las relaciones que en él se desarrollan aún más complejas, debido al intervencionismo estatal.

## 1. La protección a través del concepto de consumidor

Ahora bien, en estos casos, un primer elemento a considerar es el propio concepto de consumidor que, en función de su carácter amplio o restrictivo, puede contribuir a equilibrar la posición de las partes en relaciones contractuales asimétricas, al llamar a la aplicación de las normas sobre protección al consumidor. Nos referimos, en definitiva, a la posibilidad de incluir a las personas jurídicas en el concepto de consumidor.

Esta posibilidad está vedada en Europa, sistema que concibe al consumidor como una persona física que actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. Concepción que está presente desde el Convenio de Bruselas relativo a la competencia

judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 1968, hoy sustituido por el Reglamento 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 (Bruselas I),<sup>16</sup> cuyo artículo 17 se refiere a los contratos en los cuales una persona física –el consumidor– contrate la adquisición de bienes y servicios para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado que no debe tratarse de personas jurídicas –aunque se trate de asociaciones de protección de consumidores<sup>17</sup>– que no estén comprometidas en actividades comerciales o profesionales,<sup>18</sup> de manera que los contratos que tuvieran una doble finalidad, profesional y privada, quedarán excluidos de la aplicación del Reglamento.<sup>19</sup>

También el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>20</sup> asume una definición similar, al establecer, en su artículo 6,1, que el contrato de

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor

consumo es “(...) el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...)”<sup>21</sup>

En Venezuela, por su parte, la definición de consumidor, que ha girado tradicionalmente en torno al concepto de destino final, ha incluido a las personas jurídicas. Sin embargo, hemos de apuntar que, lamentablemente, con la derogatoria de la ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios,<sup>22</sup> normativa que regulaba en Venezuela la protección de consumidores y usuarios, y que representaba la continuidad en esta materia desde que, en 1974,<sup>23</sup> se promulgara la primera ley de protección al consumidor,<sup>24</sup> también se derogó el concepto de consumidor que había estado presente en el sistema venezolano.

Su sucesor, el decreto con fuerza, valor y rango de ley orgánica de precios justos,<sup>25</sup> se limita reconocer una serie de derechos a las personas en el acceso a los bienes y servicios,<sup>26</sup> y a establecer sanciones frente a su violación, menoscabo, desconocimiento u obstaculización (art. 47). Por ello, para

analizar lo que había venido siendo la tendencia sobre la materia en Venezuela, haremos algunas referencias a la ley derogada.

La ley derogada, que había sustituido los clásicos términos “consumidor y usuario” por la genérica expresión “personas”,<sup>27</sup> destacaba el destino final como elemento característico de las relaciones de consumo, al definir al consumidor en su artículo 4, como “Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final”. Esta norma incluía expresamente a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, lo cual parece ser común en América Latina,<sup>28</sup> y se debería, en opinión de Lorenzetti, a la llamada “parasubordinación”, es decir, supuestos de pequeñas empresas que no entran en la definición tradicional de consumidor, pero que están en la misma situación fáctica de vulnerabilidad frente a los grandes proveedores de bienes y servicios y que, por ello, requieren de cierta protección por parte del ordenamiento jurídico.<sup>29</sup>

Ahora bien, el silencio actual de la legislación venezolana no sugiere un cambio en esta concepción, pues la jurisprudencia parece seguir sujet a al

concepto comentado. En efecto, sin entrar en un análisis exhaustivo y sin el auxilio de la doctrina que poco o nada ha dicho al respecto, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo, hagan uso de la expresión “destinatario final” o “consumidor final” para referirse a los consumidores y no se ha excluido expresamente a las personas jurídicas.<sup>30</sup>

Finalmente, resulta conveniente destacar el giro que da, en el ámbito interamericano, el artículo 1 de la Propuesta Buenos Aires, que contiene el proyecto de Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo,<sup>31</sup> al definir al consumidor como “(...) cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios, actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. Esta norma, que prefiere inclinarse hacia la línea seguida por el sistema europeo, constituiría sin duda un cambio significativo en el ámbito interamericano, en primer lugar, por preferir el criterio de la no profesionalidad al del destino final predominante en la región; y, en segundo término, al dejar fuera a las personas jurídicas del concepto de consumidor.

## 2. La protección del cliente

La protección en los casos de relaciones asimétricas en las que la parte débil no pueda ser calificada como consumidor puede lograrse también con la extensión del ámbito de aplicación de las normas sobre protección de consumidores a estos casos. Tal como afirma Roppo, “(...) los consumidores no tienen el monopolio de la necesidad de protección como partes débiles en los contratos con una empresa, sino que esta necesidad también concierne a otros sujetos del mercado (especialmente pequeñas empresas), que padecen al igual que los consumidores, una asimetría en el poder contractual en sus relaciones con partes contractuales más fuertes”.<sup>32</sup>

Por tal razón, el propio autor propone extender la protección de los consumidores a los casos de contratos asimétricos, como una manera de intervenir contra las fallas del mercado e introducir en estos “(...) preciosos elementos de justicia/corrección y de racionalidad/eficiencia”.<sup>33</sup> Extensión que, de hecho, ya se ha producido en algunos instrumentos europeos.

Consideremos, por ejemplo, el caso de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor

de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE,<sup>34</sup> instrumento que admite, en dos de sus artículos, el 38,2 y el 61,3, que sus disposiciones en materia de protección de los consumidores “(...) se apliquen a las microempresas de la misma forma que a los consumidores”, de manera que su aplicación no pueda excluirse por voluntad de las partes.

En la identificación de las microempresas deberá tomarse en cuenta la definición contenida en el artículo 4.36 de la propia Directiva 2015/2366, norma de conformidad con la cual, se trata de “(...) una empresa que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, cumpla las condiciones definidas en el artículo 1 y en el artículo 2, apartados 1 y 3, del anexo de la Recomendación 2003/361/CE”,<sup>35</sup> es decir, una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.<sup>36</sup>

A pesar de estar justificada en el desigual poder de negociación de la

microempresa frente al prestador de servicios de pago, su equiparación con los consumidores, a los efectos de su protección, no parece haber sido bien aceptada por los sistemas europeos. Por ejemplo, en España, la ley 16/2009 de servicios de pago incluye el concepto de consumidor de la Directiva, pero no se refiere a las microempresas. En situación similar se encuentre la *loi relative aux services de paiement* belga. En Alemania, por su parte, la ley sobre supervisión prudencial de los servicios de pago (*Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten – ZAG*) ni incluye el concepto de consumidor ni hace referencia a las microempresas, probablemente debido a la definición de consumidor que, en el § 13 del BGB, limita a las personas físicas la posibilidad de ser calificadas como tales.<sup>37</sup>

En el caso del Reglamento Roma I podemos también apreciar algo de esta protección en relaciones no bilateramente consentidas o asimétricas. Tengamos en cuenta que, de acuerdo con su regla general, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (art. 3) y que, si éstas no lo eligieren o lo hicieran de manera ineficaz, el propio Reglamento establece una serie de conexiones rígidas para diversos tipos contractuales, la mayoría de las cuales gira en torno al derecho

del lugar donde tiene su residencia la parte que tiene a su cargo la prestación característica (art. 4). Además, este instrumento regula de manera especial los contratos de consumo en su artículo 6, norma que se aleja, por su fin tuitivo, de la regla general y se acerca, más bien, a la aplicación del derecho de la residencia del consumidor.

Pero hay dos soluciones que nos interesan particularmente porque, tal como admite Roppo, están referidas a dos contratos típicamente calificados como B2B, pero que presentan asimetrías: el contrato de franquicia y el de distribución. En efecto, a falta de elección del derecho aplicable, el contrato de franquicia se rige por el derecho del Estado donde el franquiciado tenga su residencia habitual (art. 4.1.e); y el de distribución por el derecho del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual (art. 4.1.f). En estos casos, continúa Roppo, justamente el franquiciado y el distribuidor son las partes débiles y es su debilidad la única justificación para evitar la regla general de favorecer el derecho de la residencia de quien tiene a su cargo la prestación característica.<sup>38</sup>

También destaca, en el marco del Reglamento Roma I, la regulación de

los contratos de seguros (art. 5) y de los contratos de transporte (art. 7), a través de normas que tendrían aplicación preferente sobre la regulación general de los contratos de consumo. En ambos casos, el objetivo es proteger a quien contrata el transporte o el seguro, independientemente de su condición de consumidor. Se trata, en palabras de Roppo, de contratos B2C –*Business to Client*– en los cuales la protección no se centra ya en el consumidor sino en el cliente.<sup>39</sup>

La extensión de las normas sobre protección de los consumidores a otras partes débiles ha sido incluso reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en una decisión de 20 de septiembre de 2001, en el caso “*Courage*”,<sup>40</sup> el tribunal admitió la posibilidad de que en un contrato entre dos empresas, una de ellas pueda hallarse “(...) en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición”.

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateralemente negociados: más allá del consumidor

### III. Los contratos no bilateralemente consentidos. ¿Cuál es la regulación más eficiente?

Cuando los contratos no bilateramente consentidos tienen carácter internacional, la aproximación a su regulación puede darse desde la perspectiva material, desde la perspectiva conflictual o en una conjunción de ambas.

El caso europeo nos muestra con claridad una interacción de ambos métodos. En efecto, la Unión Europea ha adoptado, por una parte, una serie de resoluciones, recomendaciones, directivas y decisiones,<sup>41</sup> a través de las cuales se busca proteger la salud, seguridad y bienestar económico de los consumidores, garantizando el derecho a la información y la educación de sus consumidores y usuarios, contribuyendo a proteger sus intereses y animándolos a crear sus propias organizaciones de consumidores.<sup>42</sup> Protección que, como hemos afirmado *supra*, se extiende en ciertos casos a algunos contratos no bilateralemente negociados. A esta regulación material, se unen normas conflictuales especiales que giran en torno a la aplicación del derecho de la residencia de la persona que requiere protección.

En nuestra opinión, no obstante, el éxito de la Unión Europea en materia

de protección de partes débiles se debe más a la regulación material que a la conflictual, aunque de cierta manera la primera dependa de la segunda. Así, si el débil de la relación tiene su residencia en la Unión Europea tiene garantizados sus derechos conforme al ordenamiento material de que se trate. Por ello –ya lo destacaba Lima Marques– el consumidor europeo preferirá el bien comercializado o el servicio prestado en su propio Estado o en la Unión Europea, de manera de poder litigar de forma accesible y hacer efectivos sus derechos materiales de consumidor europeo.<sup>43</sup>

Sin embargo, preferir *a priori* el derecho de la residencia habitual del débil sugiere que éste es el sistema que mejor le protege, lo cual no necesariamente es así. Ya Pocar ha advertido que tal criterio puede resultar contraproducente en el caso del consumidor, pues en algunas ocasiones, a la vez que el derecho impuesto por el proveedor puede ser más beneficioso para éste que el de su residencia habitual,<sup>44</sup> y a semejante conclusión solo puede llegar el juez después de analizar el caso concreto.

En el ámbito interamericano, por el contrario, a pesar de los intentos<sup>45</sup> y de las soluciones introducidas por recientes normas estatales, en el ámbito de la codificación convencional interamericana nos encontramos aún

frente a un silencio importante en materia de relaciones internacionales de consumo y, más aún, de relaciones no bilateralmente negociadas. Los sistemas internos deben trabajar con las normas de derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público.<sup>46</sup>

La Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDACI)<sup>47</sup> nada establece al respecto y algunos incluso consideran que, ante semejante laguna, hubiera sido mejor excluir los contratos de consumo de su ámbito de aplicación,<sup>48</sup> sobre todo considerando el éxito de la norma especial del entonces vigente Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano.<sup>49</sup> Además, consideremos que la Convención interamericana está diseñada para regular los contratos paritarios, y ante su silencio podría resultar aplicada a un contrato no bilateralmente negociado, con todas las consecuencias que una aceptación tan amplia de la autonomía conflictual acarrearía en estos supuestos.

Ante este panorama, no queda más que recurrir a las normas de aplicación necesaria para proteger a las partes

débiles, limitando *a priori* el juego de las conexiones generales, especialmente, de la autonomía conflictual, de manera de no arriesgarse a la aplicación de un derecho extranjero desfavorable para el consumidor.

En efecto, a semejanza de lo que ocurre en el derecho interno, en derecho internacional privado la autonomía de las partes puede convertirse en un elemento que contribuya al desequilibrio existente entre éstas. Así, este factor de conexión, cuyas bondades han sido universalmente reconocidas en materia de contratos internacionales, muestra su peor rostro frente al débil jurídico, facilitando su sometimiento a un derecho que suele ser más favorable para el fuerte y resultando incluso en algunas ocasiones totalmente desconocido para él.<sup>50</sup> Si ambas partes no tienen el mismo poder de negociación, el derecho aplicable podría resultar en una imposición del fuerte al débil, quien no tendría más remedio que aceptarla.<sup>51</sup>

Ahora bien, esta restricción de la autonomía conflictual representa, de alguna manera, una proyección del derecho material sobre el derecho internacional privado, de manera que tal como las normas materiales protectoras de consumidores, o de débiles jurídicos en general, excluyen toda capacidad

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor

negociadora de las partes, las normas de conflicto que indican el derecho aplicable a los contratos internacionales concluidos con consumidores harían lo propio con la autonomía conflictual.<sup>52</sup> Neuhaus pone de manifiesto ese paralelismo al afirmar que si las partes tienen autonomía material, puede haber autonomía en derecho internacional privado; mas, si las partes no tienen autonomía material porque una de ellas es estructuralmente más fuerte y otra más débil, entonces la autonomía de las partes pierde su sentido como factor de conexión principal. En estos casos no hay verdadera libertad material y no puede haberla desde el punto de vista conflictual.<sup>53</sup> Y este razonamiento, debemos añadir, no se limita a los contratos de consumo, sino que ha de extenderse a todos los contratos no bilateralmente consentidos.

Basedow anota también una razón económica para limitar la autonomía conflictual en estos casos: los costos prohibitivos generados por la información y comprensión de los distintos ordenamientos jurídicos vinculados al caso. Si bien estos costos podrían justificarse desde el punto de vista de la parte fuerte, para quien, generalmente, la estandarización de sus relaciones lleva a considerar su efecto masivo a la hora de determinar el derecho aplicable, esta

característica no se materializa del lado del débil –sea un consumidor o una microempresa. En efecto, para estos suele tratarse de una relación aislada, no equiparable a transacciones análogas, con lo cual serían impagables los costos de información y consejo legal, con relación a cada una de ellas.<sup>54</sup>

Ahora bien, el recurso a las normas de aplicación necesaria supone –en opinión de Lima Marques– un fundamento simplista a la aplicación de la *lex fori*, que no brinda una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. No es suficiente porque deja desamparada a buena parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor, que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía internet, no tiene conciencia precisa del derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales.<sup>55</sup>

Sin embargo, ésta parece ser la única herramienta de que dispone, por ejemplo, un juez venezolano para atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con consumidores, dificultada en su aplicación, por la ya comentada derogatoria de las normas sobre protección de los consumidores en el

derecho interno. Ante un caso semejante, corresponderá al juez atender al mandato establecido expresamente en el artículo 117 de la Constitución de la República,<sup>56</sup> desoído por el legislador de garantizar el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

Así, sobre la base de esta norma y de los derechos escuetamente enunciados por la Ley orgánica de precios justos, el juez ha de ir más allá de las sanciones favorables al Estado establecidas por la ley, y garantizar una verdadera y adecuada protección a los consumidores, incluso en los casos en que la relación se encuentre, por obra del sistema venezolano de derecho internacional privado, sometida a un ordenamiento jurídico extranjero.

#### **IV. Una idea final**

A través de este breve recorrido, que más que ofrecer respuesta busca plantear interrogantes, es una invitación a repensar la concepción del contrato y el rol de la voluntad en esa concepción. La voluntad sigue siendo necesaria pero no suficiente para entender y regular el contrato de

hoy. La posición de las partes –una frente a la otra– resulta fundamental.

Los diversos ordenamientos jurídicos han diseñado fórmulas de intervención del Estado en situaciones particulares, como ocurre en el caso de los consumidores, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista del derecho internacional privado. Sin embargo, hay relaciones que sin involucrar a consumidores también requieren cierta atención particular, situaciones que enfrentan a un fuerte –económicamente o por la información que posea– y a un débil que, sin ser consumidor, requiere protección.

¿Cómo lograr esa protección? Tal como ha ocurrido en materia de consumidores, los diversos Estados han organizado su sistema a través de normas conflictuales especiales, limitando la autonomía conflictual o estableciendo normas de aplicación necesaria. Algo similar podría ocurrir en el caso de los contratos no bilateralmente negociados. Lo que en todo caso resulta necesario, es entender que incluso dentro de los contratos B2B hay asimetrías que pueden traducirse en abusos e imposiciones por parte de quien detenta una posición de fortaleza en el contrato y que, frente a ella, la parte débil requiere protección.

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor

\* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho internacional privado y comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Asociada en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Postdoctoral researcher becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universität zu Köln, 2012-2014.

<sup>1</sup> R. Caro Gándara, “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional”, en: S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2<sup>o</sup> ed., Universidad de Granada, Civitas / Thomson Reuters, 2013, pp. 53 ss., especialmente p. 75. La autora cita a E. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Roma Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 23 ss.

<sup>2</sup> C. Madrid Martínez, “La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo”, en: C. Madrid Martínez (ed.), *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 105 ss.

<sup>3</sup> L. Legaz y Lacambra, *Socialización*, Madrid, Civitas, 1964, pp. 10-11.

<sup>4</sup> E. Lalaguna Domínguez, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> ed., 1993, pp. 54-55.

<sup>5</sup> Distinción tomada en E. Lalaguna Domínguez (nota 4), p. 48.

<sup>6</sup> J. Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 4<sup>o</sup> ed. corregida y ampliada, Serie Estudios nº 61, 2006, p. 22.

<sup>7</sup> Así lo reconoce M. Albaladejo, *Compendio de derecho civil*, 10<sup>o</sup> ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 196.

<sup>8</sup> E. Lalaguna Domínguez (nota 4), p. 52.

<sup>9</sup> El contrato es un momento del proceso productivo, en el cual se realiza la transformación del producto en términos monetarios, el resultado de reacciones psicológicas en el cual la intensidad de la necesidad depende de la fuerza del estímulo, y éste, en muchos, casos es fruto de la propaganda. Ver N. Scannicchio citado por J.L. Lacruz Berdejo, *Manual de derecho civil*, 2<sup>o</sup> ed., Barcelona, Librería Bosch, 1984, p. 610.

<sup>10</sup> J. Ghestin, “Le contrat en tant qu'échange économique”, *Revue d'economie industrielle*, 2000, 92, nº 1, pp. 81 ss., especialmente pp. 84 y 91.

<sup>11</sup> R. Caro Gándara (nota 1), p. 92.

<sup>12</sup> N. Scannicchio, “Il perfezionamento del contratto nel Diritto privato europeo”, en: N. Lipardi (cur.), *Trattato di Diritto privato europeo*, vol. III, 2<sup>o</sup> ed., Padova, 2003, pp. 134 ss., especialmente p. 135.

<sup>13</sup> R. Caro Gándara (nota 1), p. 92.

<sup>14</sup> Cardilli citado en: M. Neme Villareal, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 228.

<sup>15</sup> V. Roppo, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de derecho privado*, 2011, nº 20, pp. 117 ss., especialmente p. 206.

<sup>16</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:es:PDF>. Este Reglamento, que entró en vigencia el 10/01/2015, sustituyó al Reglamento 44/2001 y, al menos en esta materia, no aporta cambios sustanciales (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:ES:PDF>).

<sup>17</sup> TJCE, Asunto C-89/91, 19/01/1993, “Shearson Lehman Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesells-

chaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH”, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97667&pageIndex=0&doctlang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558670>. En sentido similar: TJCE, Asunto C-167/00, 01/10/2002, “*Verein für Konsumenteninformation c. Kerl Heinz Henkel*”, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47727&pageIndex=0&doctlang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558039>.

<sup>18</sup> TJCE, asunto C-89/91, citado en nota 25; TJCE, asunto C-269/95, 03/07/1997, “*Francesco Benincasa c. Dentalkit S.R.L.*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43682&pageIndex=0&doctlang=ES&mode=lst&dir=&occ=firs-t&part=1&cid=3559054>.

<sup>19</sup> “(...) en el caso de los contratos con doble finalidad, no es necesario que el uso del bien o del servicio con fines profesionales sea preponderante para que no sean aplicables los artículos 13 a 15 de dicho Convenio”. Ver TJCE, Asunto C-464/01, 20/01/2005, “*Johann Gruber c. Bay Wa AG*”, en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49857&pageIndex=0&doctlang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3559235>.

<sup>20</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>.

<sup>21</sup> Comentando esta norma, Martiny estima que no queda claro si la determinación de lo que se considera ajeno a la actividad comercial o profesional del consumidor depende de elementos objetivos (propósitos perceptibles) o subjetivos (voluntad de las partes). En efecto, la voluntad unilateral del beneficiario no parece un elemento suficiente, puesto que puede no ser perceptible para la otra parte. Lo recomendable es, en su opinión, atender en primer lugar a la voluntad expresa de las partes y, en ausencia de ésta, deberá considerarse la perspectiva del proveedor, en el sentido del conocimiento que éste pueda tener de la intención del consumidor en relación con el uso del bien o servicio suministrado. Ver D. Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 6 “Verbraucherverträge”, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010, Rn 6-11.

<sup>22</sup> Gaceta Oficial nº 39.358, 01/02/2010.

<sup>23</sup> Esta ley fue reformada en 1992 y en 1995, luego fue derogada en 2004 con la promulgación de la Ley de protección al consumidor y al usuario. En 2008 se dicta el decreto con rango valor y fuerza de ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios. En 2009 se convierte en ley y es reformada en 2010.

<sup>24</sup> Gaceta Oficial nº 1.680, extraordinario, 02/11/1974.

<sup>25</sup> Esta ley se publicó originalmente en la gaceta oficial nº 40.340 de 23/01/2014, luego fue reformada y publicada en la gaceta oficial nº 6.156 extraordinario 19/11/2014. En 2015 la ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la gaceta oficial nº 6.202 extraordinario 08/11/2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la gaceta oficial nº 40.787, 12/11/2015.

<sup>26</sup> Entre los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios, el artículo 7 de la ley incluye los siguientes: la protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos; la oferta de bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y elegirlos con libertad; recibir servicios básicos de óptima calidad; información adecuada, veraz, clara, oportuna y

**Claudia Madrid Martínez**

## **Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor**

completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo; la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales; la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos; la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos; la promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología; la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses; retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos; la protección en las operaciones a crédito; la disposición y disfrute de los bienes y servicios, de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida; y los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios.

<sup>27</sup> No conocemos las razones exactas que llevaron al legislador a preferir la expresión “persona”, mas lo cierto es que no apreciamos en esta situación un razonamiento más allá del meramente terminológico.

<sup>28</sup> También incluyen a las personas jurídicas las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>29</sup> R.L. Lorenzetti, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 86.

<sup>30</sup> Ver, entre las decisiones más recientes: TSJ/SPA Sent. n° 0069, 11/02/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML>; TSJ/SPA Sent. n° 0706, 17/06/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML> (15/05/2015); TSJ/SPA Sent. n° 0707, 17/06/2015, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>.

<sup>31</sup> OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19/03/2010 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII/doctrabajogtproteccionconsumidorversionesimplificadabrasil.pdf>. Este documento es el resultado de las discusiones que se han dado en el ámbito interamericano, desde 2007, con miras a la regulación de las relaciones internacionales de consumo, a través de la Organización de Estados Americanos. Lamentablemente, tal regulación aún no se ha logrado. Ver desarrollo de los trabajos de C. Madrid Martínez, “Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana”, en: F. Esteban de la Rosa, (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

<sup>32</sup> V. Roppo (nota 15), p. 210.

<sup>33</sup> V. Roppo (nota 15), p. 217.

<sup>34</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=ES>.

<sup>35</sup> Recomendación 2003/361/CE de 06/05/2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Le-xUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:ES:PDF>.

<sup>36</sup> En una nota considerada como “divertida” por Burns, esta definición de microempresa en la que la cuestión clave es el momento de la celebración del contrato, una compañía como Google, que comenzó con dos personas en un garaje, todavía hoy podría ser clasificada como una microempresa. Ver J. Burns, “The Payment Services Directive: A view from the UK regulator”, *Journal of Payments Strategy & Systems*, 2009, vol. 3, nº 3, pp. 204 ss., especialmente p. 209.

<sup>37</sup> BGB, § 13 “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann*” (Resaltado nuestro).

<sup>38</sup> V. Roppo (nota 15), p. 203.

<sup>39</sup> V. Roppo (nota 15), p. 204.

<sup>40</sup> Asunto C-453/99, 20/09/2001, “*Courage Ltd vs. Bernard Crehan y Bernard Crehan vs. Courage Ltd y otros*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc-30d55c33928055e844ffada4cc3cb92e9a60.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTchr0?text=&docid=46604&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=598840>

<sup>41</sup> Ver una muestra en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/index_es.htm)

<sup>42</sup> [http://europa.eu/pol/cons/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/cons/index_es.htm)

<sup>43</sup> C. Lima Marques, “O novo direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior”, *DeCita*, vol. 04, 2005, pp. 261 ss., especialmente pp. 285-286.

<sup>44</sup> F. Pocar, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 188, 1984, pp. 339 ss., especialmente p. 373.

<sup>45</sup> Ver evolución en: C. Madrid Martínez (nota 31), pp. 147 ss.

<sup>46</sup> Así, puede verse reseña en: C. Lima Marques, “La insuficiente protección del consumidor en las normas del derecho internacional privado – De la necesidad de una Convención interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”, [http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_protecciónconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyopropuestabrasil.pdf](http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_protecciónconsumidor_leyaplicable_apoyopropuestabrasil.pdf), pp. 40-44.

<sup>47</sup> Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial N° 4.974 Extraordinario, 22/09/1995.

<sup>48</sup> Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver J.L. Siqueiros, “Ley aplicable en materia de contratación internacional”, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre ley aplicable en materia de contratación internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31/07/1991, pp. 10, 18 y 37.

<sup>49</sup> “(...) Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano”. Ver J. Moreno Rodríguez, “La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos”, en: <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIPVIIprotecciónconsumidorjosemorenorodríguez.pdf>.

Claudia Madrid Martínez

## Los contratos no bilateramente negociados: más allá del consumidor

<sup>50</sup> Neuhaus entiende que la posibilidad de escogencia dada a las partes pierde su sentido si se convierte en un instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes, pues en una relación en que las partes no tengan el mismo poder de negociación, será la parte fuerte la que elija el derecho aplicable e imponga sus intereses a la otra. Ver P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Auflage, 1976, pp. 257-258.

<sup>51</sup> j. Carrascosa gonzález / p. Blanco morales-limones, “Capítulo XXV. Contratos internacionales (II), Algunos contratos”, en: A.L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 1998, pp. 437 ss., especialmente p. 442.

<sup>52</sup> En este sentido: O. Lando, Ole, “The EC draft convention on the law applicable to contractual and non contractual obligations”, *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss., especialmente p. 15.

<sup>53</sup> Neuhaus (nota 50), p. 257.

<sup>54</sup> J. Basedow, “*Lex mercatoria* and the Private International Law of the contracts in economic perspective”, en: J. Basedow / T. Kono, (eds.), *An economic analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 57 ss., especialmente p. 68.

<sup>55</sup> C. Lima Marques (nota 46), p. 25.

<sup>56</sup> Art. 117: “Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

## Resumen

*Los casos laborales aumentan exponencialmente en número y en complejidad. El paradigma de la internacionalidad muta del lugar de prestación de tareas hacia una mirada principalmente a la figura del empleador. La comunidad jurídica ha logrado asentar un orden público internacional con basamento en los derechos humanos y los principios fundamentales de la OIT. La carencia de fuente internacional y la disparidad de las regulaciones estatales signadas por concepciones territorialistas colocan a la autonomía de la voluntad en todos sus despliegues como vía superadora. Sin embargo, la asimetría en el desarrollo del derecho comercial y del derecho laboral, sumado a la orfandad de regulación, hacen evidente la necesidad de un marco jurídico adecuado que sirva de contención a los fines protectoriros. El rol de la OIT es protagónico y los académicos pueden acompañar en pos de la efectivización de los derechos laborales alcanzados.*

## Sumario

- I. Introducción.
- II. Los casos y su nota de internacionalidad.
- III. La respuesta de la comunidad jurídica. 1. Nivel internacional. A) Dimensión universal. B) Dimensión regional. C) Dimensión internacional. 2) Nivel nacional.
- IV. La autonomía de la voluntad. 1. En general. 2. En el derecho laboral. A) La autorregulación empresarial: responsabilidad social empresaria. B) Los acuerdos. a) Tipos de acuerdos. b) Acuerdos destacados. c) El rol de la OIT. C) La autonomía individual.
- V. En síntesis.
- VI. Reflexiones finales.

## Abstract

*Labor cases increase exponentially in number and complexity. The paradigm of internationality mutates from the place of execution of tasks to a look mainly appointed to the figure of the employer. The legal community has managed to settle an international public order with base in human rights and the fundamental principles of the ILO. The lack of international sources and the disparity of state regulations marked by territorialist conceptions, place party autonomy in all its deployments as an overcoming way. However, the asymmetry in the development of commercial law and labor law, coupled with regulatory orphanhood, make clear the need for an adequate legal framework able to contain protective purposes. The role of the ILO is leading, and academics can accompany in order to the effectuation of the labor rights achieved.*

# **La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la *lex fori laboral***

**Mariela C. Rabino\***

## **I. Introducción**

Las X Jornadas de ASADIP nos convocan a reflexionar sobre la actualidad de los contratos internacionales. Siempre tomados como el terreno natural para el despliegue de la voluntad de las partes, los contratos se ven sometidos también a las pulsiones regulatorias de los Estados y de las organizaciones internacionales y supranacionales.

Agradecemos la convocatoria y nos proponemos analizar el contrato de trabajo, donde el trabajador como parte débil requiere protección<sup>1</sup>.

Preliminarmente debemos señalar que la calificación del contrato de trabajo es entendida como una relación laboral, cuyos elementos contractuales se presentan desdibujados y prima la subordinación del trabajador. Tal calificación ha sido universalmente aceptada y justifica la autonomía del derecho laboral del civil<sup>2</sup>, a pesar de

mantenerse la denominación de “contrato de trabajo”.

Las relaciones laborales presentan cada vez con mayor frecuencia elementos internacionales que reclaman atención. La nueva organización empresarial y las tecnologías, sumado al creciente número de organizaciones internacionales, cambian el paradigma de su internacionalidad.

La comunidad jurídica ha brindado un marco protectorio basado en principios consagrados mediante una rica trama en distintos niveles: universal, continental, regional y nacional. Sin embargo, la complejidad de los casos requiere soluciones concretas a fin de que los derechos fundamentales alcanzados logren efectividad, sin convertirse en meras fuentes espectáculos.

Asistimos a tiempos signados por un exponencial crecimiento del derecho mercantil internacional, que no encaja

dentro de las áreas jurídicas tradicionales, y se advierte en él una expansión de la codificación privada a través de la actividad de particulares (autorregulación) y un protagonismo en la producción de su propia normativa directamente por los representantes de los intereses privados<sup>3</sup>. Caracterizado por normas de derecho blando o *soft law*<sup>4</sup> constituye la fuente material y convive con la fuente formal (*hard law*) al receptarse por los operadores jurídicos. El intérprete deberá verificar la presencia de los requisitos objetivo y subjetivo constitutivos del derecho espontáneo consuetudinario antes de abrir las puertas que el derecho formal autoriza<sup>5</sup>. Máxime cuando ya no surgen espontáneamente de la conducta descoordinada de ciertos círculos de negocios sino de asociaciones organizadas que representan a proveedores de ciertos bienes y servicios o a los intereses empresariales en general<sup>6</sup>.

Por su parte, los Estados nacionales parecen ceder en sus concepciones territorialistas, pero aún quedan resabios que se manifiestan a través del orden público y de la exclusividad jurisdiccional.

El proceso regulatorio ha sido extenso, con altibajos y plagado de obstáculos por la simple razón que las empresas

transnacionales representan un poder económico de magnitud equiparable o quizás superior al poder estatal. En consecuencia tuvieron una fuerte injerencia en los foros internacionales al momento de su tratamiento<sup>7</sup>.

Los indicadores señalados nos permiten contextualizar someramente el marco social, económico, político e internacional en el cual surge la autonomía de la voluntad como una vía superadora del fraccionamiento transfronterizo, al involucrar a todos sus protagonistas: trabajadores, empresarios y Estados. Sin perder de vista que resulta necesario precisar su marco y alcance, pues no puede extenderse ilimitada como sucede en materia contractual, y este será nuestro objetivo en el presente trabajo.

## **II. Los casos y su nota de internacionalidad**

En el universo laboral asistimos a una gran variedad de casos. Algunos desde su inicio presentan elementos internacionales, otros devienen y un tercer grupo alcanza la internacionalidad por la figura del empleador o la utilización de las tecnologías.

Dentro del primer grupo encontramos, por ejemplo, a los trabajadores

del transporte internacional, tanto marítimo como aéreo, los cuales han recibido desde temprano un tratamiento específico.

Aquellos en los cuales el desarrollo de la relación los torna internacionales, nacen como un contrato local y luego frente al ejercicio del *ius variandi* internacional los trabajadores son trasladados a prestar tareas en filiales, sucursales, subsidiarias o asociadas ubicadas en el extranjero.

La organización empresarial ha mutado de su clásico sistema piramidal hacia una estructura en red o laberinto, donde procura descentralizar y reservar solo aquella actividad que la distingue (*core business*), tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación. Dicha descentralización ocurre no solo en el territorio de un solo Estado nacional sino que involucra una pluralidad de territorios nacionales transformándose en internacional y mutando su denominación a empresa transnacional. El propósito de los procesos de externalización que pueden abarcar fases de expulsión y fases de *insourcing* y sus múltiples vertientes –tercerización, *outsourcing*, *franchising*, grupo de empresas y

unidades de empresas, etc.– se centra en optimizar recursos en búsqueda de países con menores costos. Pese al traslado, puede ocurrir que el trabajador continúe sujeto al marco regulatorio primario u original, en calidad de personal expatriado.

El tercer grupo rompe la nota característica de la internacionalidad que en principio requiere del trabajador la prestación de tareas en por lo menos dos territorios nacionales distintos, por cuanto solo lo hace en el lugar de su propio domicilio o residencia sin necesidad de trasladarse. Aquí el elemento internacional viene dado por la figura del empleador o la utilización de tecnologías. El empleador reviste el carácter de empresa multinacional, Estado extranjero u organización internacional, y las tecnologías posibilitan el teletrabajo, es decir que el trabajador presta tareas en su propio Estado pero la relación se internacionaliza.

La clasificación que intentamos pone de resalto la plurilocalización y también deslocalización del lugar de ejecución o prestación de tareas, entendido como el centro de gravedad, la sede del caso, cuyo derecho se presume como próximo y en consecuencia se elige como justo. Mientras las prestaciones circunstanciales o esporádicas

no revisten relevancia a la hora de establecer el derecho aplicable<sup>8</sup>.

### **III. La respuesta de la comunidad jurídica**

#### **1. Nivel internacional**

##### **A) Dimensión universal**

Los esfuerzos de la comunidad internacional han dado sus frutos desde la creación de una organización internacional hasta su concepción como derecho humano fundamental.

Los derechos del trabajador han sido entendidos como derechos fundamentales, consagrados en los tratados de derechos humanos tanto universales como regionales<sup>9</sup>. Asimismo la jurisprudencia de los tribunales competentes para su control ha provocado la modificación de los derechos internos y la instauración de canales aptos para su salvaguarda<sup>10</sup>. En particular, muchos Estados han reconocido la importancia de la normativa sobre derechos humanos otorgándole rango supra legal o incluso, constitucional y considerando vinculante la jurisprudencia de sus órganos de aplicación<sup>11</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo<sup>12</sup> nace en 1919 como una organización de Estados, que crea

vínculos entre ellos y tiene como propósito crear un sistema de normas que garanticen pisos mínimos, que cada Estado se compromete a establecer internamente de modo que los países no compitan entre sí apoyados en las malas condiciones de trabajo (*dumping social*). A partir del año 1948 empieza a producirse un cambio que se proyecta hasta nuestros días. Aquella idea inicial de instalarse en la órbita del DIP es superada y se empieza a instalar como garantía de derechos individuales de los trabajadores en las relaciones con los empleadores, lo cual sucede por la influencia de la Declaración del mismo año que formaliza el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. Es decir que la OIT se hizo eco y conformó a partir de su meta de justicia social consignada en su fundacional Tratado de Versalles un concepto dinámico<sup>13</sup> que en la actualidad puede entenderse como una suerte de orden público internacional<sup>14</sup>. Más tarde y en forma progresiva, los convenios de la OIT pasaron a ser aplicados no solo a través de la legislación, sino que los tribunales empezaron a recoger las reglas y la doctrina de sus órganos de control<sup>15</sup> (aplicación inmediata y efecto directo). El debate sobre el futuro de las normas aún no está cerrado pero existe consenso sobre la línea a seguir, se acepta de manera evidente

que la elaboración de las normas debería abordarse desde una perspectiva universal, con un examen metódico y sistemático de las diferentes fórmulas de flexibilidad<sup>16</sup>.

### **B) Dimensión regional**

En el ámbito del derecho de la integración observamos distintos niveles de regulación. En la CAN se destaca la Decisión 545 que crea el Instrumento andino de migración laboral, ciertamente de bajo nivel de implementación práctica. La Declaración sociolaboral del MERCOSUR<sup>17</sup> es de las pocas muestras que puede dar el otro bloque sudamericano en la materia. En el NAFTA se destaca el Acuerdo de cooperación laboral, en que las obligaciones de los Estados pasan por cumplir su propia normativa laboral y sostiene como principios generales once reglas básicas de protección que incluyen la vigencia de la negociación colectiva y el derecho de agremiación entre otros.

La UE dispuso en el reglamento 593/2008, conocido como Roma I, que el contrato de trabajo se rige por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente (art. 8.2). Cuando no pueda determinarse la ley aplicable,

el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (art. 8.3). Y la norma culmina con una cláusula escapatoria que permite apartarse del derecho designando cuando del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto y se aplicará la ley de ese otro país. La jurisdicción regulada en el reglamento 44/2001 otorga competencia al tribunal del Estado del domicilio del trabajador, en forma exclusiva cuando sea demandado (art. 20), en cambio el trabajador posee una pluralidad de foros concurrentes: el domicilio del empleador cuando lo tengan en un Estado miembro, y cuando lo tuvieran en otro Estado: el lugar de prestación de tareas habitual o del último lugar de desempeño, y si no se hubiera desempeñado en un único Estado habitualmente, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador (art. 19).

Cabe agregar la regulación material<sup>18</sup> respecto de los desplazamientos temporales de trabajadores que garantiza la protección laboral del Estado miembro en el que se encuentran, independientemente del derecho que resulte aplicable al contrato; y paralelamente

además de otros foros competentes, abre la jurisdicción del país donde se encuentre temporalmente desplazado (art. 6º).

Ahora bien, al revisar la relación con la globalización no aparecen posiciones que formalmente se opongan y, aunque podemos ver posturas más o menos flexibles, lo cierto es que la debilidad de la legislación laboral de un país suele leerse con frecuencia como una deslealtad en la competencia. Sin embargo ello no trae aparejados cambios en la normativa laboral de los esquemas de integración y ciertamente tampoco a sus Estados.

### C) Dimensión internacional

De los derechos fundamentales, como el acceso a la jurisdicción, surge una flexibilización de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados y de las organizaciones internacionales<sup>19</sup>. En cuanto a los Estados se alcanzó una inmunidad jurisdiccional restringida, basada en la distinción de los actos *iure imperi* o *iure gestionis* y a las organizaciones se les exigió un sistema de resolución de controversias neutral que garantice el derecho de defensa del trabajador. En materia laboral, el Estado directamente carece de inmunidad de jurisdicción<sup>20</sup>. No sucedió lo mismo con la inmunidad de ejecución

que mantiene la distinción de actos y dificulta la ejecución. En el supuesto de los Estados será gravoso para el trabajador reconocer y ejecutar la sentencia ante los jueces extranjeros<sup>21</sup>. La dificultad resulta mayor cuando se trata de organizaciones internacionales al carecer de jurisdicción propia y puede alcanzar la denegación internacional de justicia. Todavía hay mucho camino por andar para alcanzar una tutela judicial efectiva.

La OIT puso a disposición su propio tribunal a fin que las organizaciones internacionales de menor envergadura que no pueden afrontar los costos de un sistema permanente e incluso *ad hoc* puedan recurrir<sup>22</sup>. Destacamos que en el Tribunal de la OIT el trabajador no necesita representación legal y posibilita su tramitación a distancia.

A su vez, las organizaciones internacionales cuentan con una regulación autónoma al establecer los estatutos y reglamentos de su personal, una suerte de derecho administrativo-laboral que contempla no solo normas procesales sino también sustanciales.

En DIPr el tradicional conflicto de leyes, la armonía de las leyes y las decisiones, han perdido prioridad y abren

su camino otras consideraciones, principalmente la solución sustancial<sup>23</sup>, signada por el principio protectorio de la parte débil, un claro impacto de la constitucionalización.

Sin embargo, los contratos laborales han quedado huérfanos de regulación internacional. La fuente en materia contractual los excluye expresamente<sup>24</sup> o, lo que es peor, no los excluye<sup>25</sup>, y al carecer de la orientación material tuitiva del trabajador requiere mucho más que una adaptación.

## **2. Nivel nacional**

En el DIPr de fuente interna, observamos normas de conflicto que en su mayoría presentan una concepción territorialista<sup>26</sup>, solo les interesa las prestaciones de servicios que ocurren en sus territorios, salvo en el ámbito de la UE. La falta de aggiornamiento es suplida por la interpretación jurisprudencial y doctrinaria<sup>27</sup>, pero conserva vestigios del territorialismo que aparecen en el control del orden público y a veces, en una jurisdicción exclusiva<sup>28</sup>.

Así, aceptan la prórroga de jurisdicción siempre y cuando sea a favor de sus propios jueces; rechazan la aplicación del derecho extranjero por su falta de invocación, prueba o por resultar

contrario al orden público interno<sup>29</sup>. Solo ante una real dificultad de acreditar el contenido del derecho resulta lógico recurrir a la *lex fori*<sup>30</sup>. Asimismo recurren con frecuencia al principio de favorabilidad para aplicar su propio derecho, sin siquiera conocer las soluciones que brinda el derecho extranjero bajo la presunción que no puede existir otro derecho más beneficioso para el trabajador que el propio.

En otras ocasiones se fuerza el tipo legal de las normas a fin de lograr la aplicación del derecho y la competencia de la *lex fori*. La jurisprudencia uruguaya ha enfrentado este problema con relación a los contratos de ajuste de gente de mar<sup>31</sup>. El criterio es aplicar la ley nacional como ley del lugar de cumplimiento, en función de su peculiar interpretación del art. 2399 CC y del art. 32 del TMDCI de 1889. Ello implicaba remitirse a la ley y tribunal del domicilio del deudor (el trabajador) al celebrar el contrato y fijando por tanto no sólo la jurisdicción nacional sino la aplicación de la ley local. Sciarra<sup>32</sup> considera absolutamente inadecuada esa solución a la realidad de la navegación ya que un mismo barco tendría personal con distintos estatutos laborales según el lugar de domicilio original de sus empleados al ser contratados. Obviamente la

solución correcta es la de considerar a la ley de bandera como ley del lugar de cumplimiento<sup>33</sup>. Pero al mismo tiempo se debe permitir a los trabajadores demandar al armador ante los tribunales locales, según la regla del art. 2401 CC (jurisdicción del tribunal del domicilio del demandado) aceptando que un armador tiene su domicilio en el país del local de la agencia marítima que lo representó en la firma del contrato. Lo contrario implicaría dejar desprotegido a los trabajadores, enfrentándolos a una denegación de justicia, al obligarlos a iniciar acciones en jurisdicciones lejanas y absolutamente fuera de su alcance.

A dicha postura hemos denominado “el atroz encanto de la *lex fori* laboral” que termina imponiendo el territorialismo por sobre cualquier beneficio que brinda un derecho extranjero conectado y se aleja de la protección que intenta buscar. El territorialismo puede producir un fraccionamiento del caso al desatender que la relación laboral es una y así debería ser su solución; y también puede obstaculizar la efectividad al impedir el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, en base al control jurisdiccional o de orden público.

Malintoppi aporta una visión positiva del territorialismo en el derecho laboral

al entenderlo como el dominio de la *lex fori* en el territorio del Estado<sup>34</sup>. Cierto es que algunos aspectos de la relación laboral se encuentran gobernados por la ley del lugar de prestación de tareas con carácter de normas de policía, excluyendo la aplicación de cualquier otro derecho, como por ejemplo, la regulación en materia de seguridad e higiene.

La doctrina argentina, consciente de la complejidad de los casos y su falta de regulación recomienda calificar el punto de conexión “lugar de ejecución” de la norma de conflicto de fuente interna (art. 3 ley de contrato de trabajo<sup>35</sup> que presenta una redacción territorialista<sup>36</sup>), como el lugar de cumplimiento habitual de la prestación del trabajador. Los lugares de cumplimiento, temporarios u ocasionales, no provocan su deslocalización, en concordancia con el criterio de la CSJN en el caso “Willard”<sup>37</sup>. En el supuesto de pluralidad de lugares de cumplimiento, ya sea sucesiva o simultánea, se recomienda entender como aplicable la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador sin desmedro de la posibilidad de aplicar otro derecho manifiestamente más próximo a la relación e incluso más favorable al trabajador<sup>38</sup>.

Actualmente el art. 3 de la LCT puede flexibilizarse mediante el recurso a la norma de excepción o cláusula escapatoria contenida en el art. 2597 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite incorporar la interpretación doctrinal apuntada.

En materia de jurisdicción puede acudirse a la aplicación analógica de la norma de jurisdicción interna mediante su bilateralización<sup>39</sup>. En el mismo sentido, la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) propicia un abanico de posibilidades a opción del trabajador que comprenda los siguientes foros: lugar de celebración, lugar de ejecución o domicilio/ establecimiento del empleador. Por su parte el empleador sólo podrá demandar ante los jueces del domicilio del trabajador<sup>40</sup>.

#### **IV. La autonomía de la voluntad**

##### **1. En general**

Ante el panorama descripto, la autonomía de la voluntad se presenta como una vía superadora.

Si bien Dolinger postula la autonomía como uno de los principios más antiguos del DIPr, no siempre ha sido aceptada<sup>41</sup>.

Fernández Arroyo sostiene que se viene desarrollando un marcado proceso de “privatización” del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en dos niveles: el referido a las personas físicas o jurídicas, y el vinculado a la actividad de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales<sup>42</sup>.

Respecto del primer nivel que podríamos denominar como individual, la autonomía de la voluntad posibilita a la partes auto regularse mediante la elección del derecho aplicable (autonomía conflictual) y la creación de sus propias normas/cláusulas (autonomía material). Mientras que la prórroga de jurisdicción permite elegir la jurisdicción competente.

La fuente internacional evidencia un avance progresivo en materias o ámbitos antes impensados como la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV) cuyo art. 8 posibilita la prórroga tácita. En sucesiones, la Convención de La Haya de 1.989 (no vigente) autoriza la *professio iuris*, faculta al testador a elegir entre los derechos designados por la norma de conflicto general. Otro tanto ocurre en la fuente interna, por ejemplo en insolvencia transfronteriza, la ley 25.589 de Argentina crea el APE, acuerdo preventivo extrajudicial, cuya

regulación y posterior aplicación contempla casos internacionales<sup>43</sup>.

Jayme postula la autonomía en todos los campos, al entenderla como vía superadora de la globalización y de la efectivización del derecho fundamental<sup>44</sup>. En la doctrina argentina, Menicocci la propone con alcance amplio en materia de estatuto personal<sup>45</sup>.

Parecería que la autonomía, tal y como es concebida en materia contractual, dificulta su traslado a otros ámbitos, pues requiere un pleno conocimiento de todas las consecuencias, información a un costo razonable<sup>46</sup>, el acuerdo debe alcanzar a todas las partes involucradas, implica una elección a futuro cuando se desconocen las modificaciones probables de la situación fáctica o no se cuenta con los elementos necesarios para una evaluación que solo podría ocurrir frente al hecho litigioso<sup>47</sup>.

De allí que el legislador prohíba su ejercicio o lo limite en cuestiones determinadas, entre ellas los contratos con partes débiles. La limitación puede operarse en torno a los derechos permitidos, aquellos que el legislador presupone como próximos; al momento en que puede ejercerse (*post litem natam*, por ej.) o mediante el establecimiento

de derecho/s que funcionen como base mínima de protección.

## 2. En el derecho laboral

La autonomía de la voluntad alcanza distintos despliegues: la autorregulación empresarial (A), los acuerdos (B), y la individual (C).

### A) La autorregulación empresarial o responsabilidad social empresaria<sup>48</sup>

La autorregulación empresarial es la facultad que tiene toda empresa de establecer sus propias normas, su modalidad más frecuente el código de conducta. Actualmente recibe el nombre de “responsabilidad social empresaria” y extiende su ámbito al exterior involucrando a la sociedad en la cual se desempeña.

Ha sido receptada por la OIT<sup>49</sup>, la ONU<sup>50</sup> y la OCDE<sup>51</sup>, en ésta última con mayores niveles de control. También la ALI alcanzó en 1992 los Principios sobre gobierno corporativo luego de quince años de investigación, análisis y desarrollo.

Su conceptualización recibe múltiples matices, destacamos la definición que brinda la Comisión UE como “la integración voluntaria, por parte de

las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores". Existe consenso en cuanto a sus ejes: transparencia política, respeto por el medio ambiente, los derechos del consumidor y los derechos internacionalmente reconocidos de los trabajadores

n el tema laboral consagra los principios fundamentales, especialmente aquellos establecidos por la OIT.

A los fines prácticos, destacamos su utilidad en el ámbito empresarial donde la multinacional exige a su contratante local el respeto de los derechos laborales que incluso alcanza su participación activa en la resolución de casos concretos<sup>52</sup>.

Mediante organizaciones internacionales privadas se establecieron certificaciones de cumplimiento externas<sup>53</sup>.

La responsabilidad social empresaria depende de la voluntad propia del sector, recordemos que la empresa busca su propio beneficio y sin el debido control sindical y/o estatal que funcione de contrapeso, queda a su libre albedrío.

## **B) Los acuerdos**

El presente ámbito es privativo del derecho laboral y posibilita que las partes involucradas empresarios y trabajadores negocien y celebren acuerdos con alcance sectorial, bajo la órbita del Estado, quien homologa y controla su cumplimiento.

El presupuesto necesario es la representación de los sectores patronal y sindical, en cuya habilitación también intervienen los Estados.

La OIT ha recopilado alrededor de trescientos instrumentos mediante los cuales se expresa la responsabilidad social empresaria<sup>54</sup>. Ellos corresponden a dos tipologías, a saber, una mayoría de países miembros de la UE cuenta con un modelo de relaciones de trabajo basado en el diálogo social y el reconocimiento recíproco de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, mientras que en los Estados Unidos de América las empresas y organizaciones sindicales se perciben mutuamente como antagonistas antes que interlocutores, y a menudo la empresa rehúsa reconocer al sindicato<sup>55</sup>

la hora de suscribir los acuerdos, los trabajadores se organizan en sindicatos a nivel internacional. Nos encontramos

ante la inexistencia de normativa que regule la organización sindical en dicho nivel<sup>56</sup>. Aunque la laguna legislativa no ha sido obstáculo para la configuración de organizaciones y uniones sindicales tanto sean regionales como globales<sup>57</sup>.

### a) *Tipos de acuerdos*

Existen acuerdos tanto de dimensión regional como universal. Los acuerdos de dimensión regional provienen del marco de algún proceso de integración, nos referiremos a la UE y al MERCOSUR<sup>58</sup>, que brindan un contexto adecuado.

La UE si bien propicia dichos acuerdos no les brinda efectividad jurídica hasta tanto resulten adoptados mediante los procesos legislativos pertinentes a los cuales sirven de sustento. Las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE limitan a los Comités Europeos a la información y consulta sin poder de negociación<sup>59</sup>.

Sin embargo el MERCOSUR con un sistema normativo quizás más débil que la UE, ha alcanzado un Contrato Colectivo del 16 de abril de 1999 entre VW Argentina-Brasil y los Sindicatos dos metalúrgicos do ABC, Sindicato de Mecánicos y afines del transporte automotor y las Comisiones Internas de fábrica, el cual regula el intercambio de

información, el compromiso de mantener la competitividad, las comisiones internas de solución de conflictos y los sistemas de formación profesional<sup>60</sup>.

Por su parte, aquellos acuerdos de dimensión global son denominados AMI, Acuerdos Marco Internacional<sup>61</sup>. Estos a su vez pueden clasificarse en acuerdos de derechos que solo abordan derechos fundamentales y acuerdos que incluyen disposiciones sobre: salud, seguridad laboral, salario vital, duración de la jornada, etc.

La mayoría de los AMI posee disposiciones con redacciones ambiguas y carecen de plazos y condiciones. Solo establecen un marco general a fin de poner en marcha campañas de formación y concientización.

Hemos logrado recabar la existencia de ochenta AMI en el mundo, cuarenta y ocho de ellos fueron negociados con éxito por UNI (Internacional de redes sindicales) con aquellas empresas multinacionales que figuran en su lista de “Compañías donde se practica el trabajo decente”.

Los AMI son suscriptos por los representantes de la empresa principal del grupo mientras que las filiales, subcontratadas y proveedores se mantienen al

margen, resguardados por su propia personalidad jurídica.

Otro tanto ocurre con el sector sindical. No sería legal ni legítimo que los representantes sindicales de la empresa principal negocien en nombre de todos los trabajadores, incluidos aquellos pertenecientes a las filiales, subcontratadas y proveedores por quienes carecen de representación. Además intervienen una o más federaciones sindicales internacionales, cuya representación gremial carece del marco regulatorio y de certificación que les otorgue personería.

Mientras que en la dimensión regional, los procesos de integración brindan un marco mínimo de regulación, en la dimensión universal los AMI se alcanzan en un marco completamente huérfano de normas.

Es decir que estamos en presencia de acuerdos sin carácter jurídico que mucho menos podemos considerar convenios colectivos<sup>62</sup> ya que:

- i. Un número importante carece de protocolos de actuación o planes de acción concretos.
- ii. Muchos no abordan procedimientos de supervisión e inspección.
- iii. Las instancias sindicales suscriptoras tienen derecho a fiscalizar

su cumplimiento, por ejemplo mediante reuniones conjuntas con la dirección empresarial que en este ámbito son escasas. Aparecen dificultades en su cumplimiento sobretodo en países sin organizaciones sindicales o con organizaciones sin libertad, en condiciones precarias o falta de recursos y capacidad de control. Resulta necesaria la presencia sindical a lo largo de toda la cadena de valor de las compañías a los efectos de controlar su cumplimiento.

- iv. Sin especificaciones sobre planes de acción correctivos en caso de incumplimientos.

Una vía superadora podría alcanzarse mediante la ratificación del AMI en cada Estado donde exista una filial con las correspondientes representaciones sindicales. Así fue el caso de Peugeot-Citröen Argentina<sup>63</sup>, quien el 10/05/2006 ratificó en el país su Acuerdo Marco Mundial mediante un acta suscripta por la dirección de la empresa y las tres organizaciones sindicales vinculadas a la actividad automotriz (UOM 3 de febrero, UOM La Plata y ASIMRA), en presencia de los Ministros de Trabajo de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires<sup>64</sup>.

### **b) Acuerdos destacados**

Ahora bien, existen algunos acuerdos que podemos destacar precisamente por su efectividad jurídica<sup>65</sup>.

En primer lugar el Convenio sobre trabajo marítimo (2006), sesión marítima de la Conferencia internacional del trabajo, un convenio colectivo realmente supranacional<sup>66</sup>.

En segundo lugar algunos AMI paradigmáticos en orden a:

- i. Representatividad: el AMI PSA Peugeot Citröen y Grupo EDF (Electricité de France) del 2005 firmados conjuntamente con los sindicatos nacionales en los cuales existen filiales, involucra a 47 federaciones sindicales internacionales y 20 sindicatos nacionales.
- ii. Carácter jurídico: tanto el acuerdo Falck que indica como aplicable la legislación danesa como el acuerdo de Acelor que se rige por las leyes y prorroga la jurisdicción en los tribunales de Luxemburgo.
- iii. Planes de acción correctivos: El AMI de Peugeot reseñado contiene planes de acción en cada filial y cuenta con mecanismos de seguimiento y balance de cumplimiento denominado Observatorios Sociales Locales, instalados en países con más de 50 trabajadores y con

funciones de informes anuales y planes de acción correctivos. Asimismo el Grupo Inditex suscribió con FITTVA en mayo de 2.012 el Protocolo para concretar la participación sindical en el fortalecimiento del AMI en su cadena de producción y cuenta con planes de formación (trabajadores, directivos y gerentes de subcontratadas y proveedores) y planes de acción correctivos.

### **c) El rol de la OIT**

Una compulsa de las legislaciones estatales pone en evidencia el carácter selectivo de los derechos protegidos además de la ausencia de uniformidad en las definiciones. Sin lugar a dudas no es casual que la libertad sindical y la negociación colectiva están ausentes en la mayoría de ellas (85%)<sup>67</sup>.

Parecería que no puede dejarse librado a las normas del mercado que promueven una suerte de estandarización privada o semiprivada, como es el caso de las normas técnicas (ISO). La intervención de la OIT puede ser solicitada de dos maneras: sea por la vía contractual del empresariado, sea para ejercer de manera más clásica una forma de magisterio al enunciar las condiciones en las cuales estas iniciativas pueden contribuir mejor al progreso social<sup>68</sup>.

Por ejemplo puede crear un modelo de código de conducta (*soft law*). Ciertas federaciones europeas de empleadores alegan la posibilidad que la OIT pueda jugar el rol en materia de certificación.

Mientras la Confederación Sindical Internacional (CSI) se ha congratulado y ha apoyado la concreción de AMIs en las Decisiones Adoptadas por el II Congreso Mundial, ha hecho un llamamiento a los sindicatos de los países de origen de las empresas transnacionales, y de los países donde estas se instalan, para que incorporen la acción sindical internacional a sus actividades cotidianas y colaboren estrechamente a través de las federaciones sindicales internacionales. Además esta Confederación se ha fijado el objetivo de entablar conversaciones con las organizaciones empresariales internacionales con el fin de promover la negociación colectiva a escala internacional.

### **C) Autonomía individual**

En material laboral, fue consagrada legislativamente en la UE, tanto la prórroga de jurisdicción *post litum natum* que permite al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la norma de jurisdicción (art. 21 del reglamento 44/2001), como la autonomía conflictual (art. 8.1 del reglamento 593/2008, Roma I).

No obstante, la elección del derecho no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable.

Resulta importante mencionar que la Corte europea en el caso “*Mazzolini*”<sup>69</sup> indicó el siguiente criterio: la comparación entre los derechos confrontados debe realizarse por conglomeramiento, y no por institutos.

En la mayoría de los Estados recibe consenso doctrinal y jurisprudencial la autonomía conflictual y material, sin embargo, el derecho indicado por la norma de conflicto funciona como límite mínimo, es decir que el derecho elegido sólo puede ser más beneficioso para el trabajador que el derecho aplicable subsidiariamente<sup>70</sup>.

En dicho sentido, la AADI recomienda la admisión de la autonomía de la voluntad tanto en su despliegue conflictual como material, preservando la orientación del favor hacia el trabajador característica del derecho laboral argentino. Su ejercicio se encuentra limitado por el derecho excluido por la cláusula de elección. Ello sin perjuicio del posterior control del orden

público internacional de la *lex fori*. Con respecto al acuerdo o prórroga de la jurisdicción se recomienda una regulación específica por la naturaleza de la relación que excede la materia estrictamente patrimonial y disponible. En tal sentido se propone admitirla en los casos de prestación ejecutada fuera de la República en tanto y en cuanto sea invocada por el trabajador<sup>71</sup>.

## V. En síntesis

Es un valor admitido en el derecho laboral que las normas de protección al trabajador son de orden público y que se encuentra fuera del alcance de la voluntad de las partes, siendo nulos los pactos en contrario. Y si no se puede renunciar a la tutela protectora tampoco puede vaciarse de contenido mediante pactos de elección de ley aplicable. Por eso es que se ha dicho que, en el campo de las relaciones laborales, en el cual las disposiciones legales incluyen prácticas de negociación colectivas, la autonomía de la voluntad “es casi una especie extinguida” (De laume)<sup>72</sup>. Así lo entendió la SCJ de los Estados Unidos en el conocido caso “*Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California*”<sup>73</sup>, quien aplicó el *California Workmen’s Compensation Act* en vez del de Alaska, como se establecía en el contrato de

trabajo firmado por el trabajador reclamante.

La obsesión por la prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad respecto de la regulación laboral, puede resultar más perjudicial para el trabajador que una libertad con límites a su favor. Además de una flagrante contradicción, por cuanto si las legislaciones nacionales autorizan mejoras o beneficios mediante los convenios colectivos y también por los contratos individuales<sup>74</sup>, entonces por qué negarlo a nivel internacional.

El enfoque territorialista de la norma de conflicto es históricamente asociado a la Edad Media. Pero corresponde a una realidad profunda, lo que explica su permanencia. Ella procede en efecto de la idea simple que, en un país determinado, es en principio la ley local la que gobierna, a menos que exista una buena razón para otorgar efecto a una ley extranjera cuya aplicación debe justificarse. Incluye principalmente las materias personales pues la autoridad de soberanía sobre las personas que se domicilian en su territorio entra en su órbita, no obstante su desplazamiento. El territorialismo se ha perpetuado en los países del *common law*, pero su influencia debe retroceder considerablemente en los países de tradición

**Mariela C. Rabino**

## **La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la *lex fori* laboral**

savigniana, incluso en los que encontró sus orígenes, en razón de una nueva concepción teorizada en el siglo XIX en un contexto político nuevo<sup>75</sup>.

En la actualidad ningún sistema se puro, coexisten, porque tanto el derecho privado como el público reclaman exclusividad. El territorialismo del *common law* integró a la autonomía de la voluntad sin dificultades, que decanta de la *proper law* del contrato<sup>76</sup>. Mientras el intervencionismo legislativo en materia de derecho privado persigue otros objetivos, citaremos el respeto de los fines colectivos de la propiedad privada; o en materia contractual, la protección de la parte débil, entre otros.

La evolución del DIPr muestra una clara tendencia al universalismo y se refleja en varias de las últimas convenciones y legislaciones internas, como la consideración a las normas de policía de terceros Estados y la materialización del principio protectorio en asuntos laborales y de consumo, y, sobretodo, en el orden público internacional, el cual manda respecto a políticas públicas e incluso, más alto, a políticas públicas internacionales reales, las cuales representan el interés de la humanidad<sup>77</sup>.

Los criterios de localización de la norma de conflicto pierden neutralidad y se muestran materialmente orientados a la solución, prima el criterio de proximidad que se manifiesta mediante la cláusula de excepción. Ello ha verdaderamente contribuido a declinar los razonamientos abstractos para aprovechar la puesta en consideración de las finalidades subyacentes al conflicto de leyes; justificando un regreso a la visión teleológica, al realismo y a la equidad.

La aplicación del derecho del lugar de prestación de tareas, universalmente aceptado, contiene una elección justa, pero carece de orientación material y de la flexibilización necesaria para dar respuesta a todos los casos, sin perder de vista que dicho criterio localizador muestra sesgos de territorialismo.

En cambio, el principio de proximidad contiene una importante enseñanza sobre modestia al demostrar que ningún deseo político, ningún juez, aunque inspirados en buenas intenciones, puede pretender aplicar sus propias leyes para gobernar relaciones que se encuentran fuera de su ámbito<sup>78</sup>.

Si el derecho establecido por el legislador funciona como un límite mínimo, el derecho elegido por las partes debe

propiciar mayores beneficios para el trabajador y la comparación entre ambos se basa en consideraciones de justicia material, es decir, contempla la solución justa del caso<sup>79</sup> y aporta previsibilidad.

El DIPr, impactado por los derechos humanos, evoluciona hacia los derechos materiales con un plus de protección del débil contractual<sup>80</sup> y reformula todos sus razonamientos en pos de su efectivización (por ejemplo: orden público atenuado, reenvío- equidad, etc.).

En el entendimiento que los principios de proximidad y el protectorio tienen jerarquía por sobre la autonomía de la voluntad<sup>81</sup>, la combinación del poder regulador de las personas y los límites legislativos optimizan el resultado entre: los derechos fundamentales, la previsibilidad y el paradigma protectorio.

## VI. Reflexiones finales

Las relaciones laborales con elementos multinacionalizadores aumentan exponencialmente, no solo en número sin también en complejidad.

La nota de internacionalidad pierde carácter territorial y adquiere un nuevo paradigma basado en la figura del empleador y las nuevas tecnologías.

Los esfuerzos de la comunidad jurídica alcanzaron logros en la concreción de la OIT; el establecimiento de un orden público internacional basado en los tratados de derechos humanos y los principios de la OIT; y la morigeración de la inmunidad de jurisdicción de Estados y Organizaciones Internacionales.

Sin embargo, la legislación no acompañó los cambios de la realidad, carecemos de fuente internacional y la fuente interna conserva aún los vestigios del territorialismo.

El atroz encanto de la *lex fori* debe ceder en pos de la constitucionalización de los derechos fundamentales del trabajador.

El avance progresivo de la autonomía de la voluntad en materia laboral se presenta como una vía superadora de las soluciones locales pero requiere una contención que en un nivel internacional debería ser provista por la OIT. El tripartidismo que la caracteriza le permite ensanchar hacia un rol protagónico, en el marco de su obligación sinalagmática de ayudar a los Estados en sus esfuerzos<sup>82</sup>.

La interdependencia de las economías nacionales, desde ya muy estrecha,

**Mariela C. Rabino**

## **La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la *lex fori* laboral**

viene a demostrar que la defensa de los trabajadores no puede continuar en ignorancia de las realidades económicas y debe entonces necesariamente considerar la integración de los objetivos sociales en la política económica internacional. La integración y la globalización tienen un impacto sobre el mundo del trabajo. Ciertas industrias o servicios pueden desaparecer o relocalizarse (de hecho ocurrió en la UE, el NAFTA y el MERCOSUR).

Asistimos a tiempos de asimetría<sup>83</sup> en el desarrollo del derecho comercial internacional que alcanza una eficacia plena por un lado y del derecho de los trabajadores que tiende a las declaraciones y los principios en búsqueda de universalidad y flexibilidad, en clara pérdida de efectividad.

La OIT (desde arriba) ofrece un marco útil, con posibilidad de adaptación y de razonable credibilidad para debatir la justicia social y definir las exigencias a nivel global<sup>84</sup>. También cuenta con la trayectoria y los elementos necesarios a fin de posicionarse y colaborar con los tres sectores, trabajadores, empresarios

y Estados a fin de brindar un marco adecuado de habilitación de organizaciones internacionales, certificación y seguimiento de acuerdos, sin olvidar avanzar en una regulación formal internacional. Como sostiene Landa<sup>85</sup> posee un pasado esperanzador, un presente muy relevante y un futuro comprometido.

Paralelamente sugerimos promover, tomando como parámetro la experiencia desarrollada en el espacio europeo, la generación de grupos de académicos y especialistas que elaboren (desde abajo) principios o marcos referenciales de respuestas que pueden instrumentarse informalmente por simple auto integración o desde espacios institucionales conformados como puede serlo ASADIP.

Ambas vías, desde arriba OIT y desde abajo ASADIP podrían confluir al mismo tiempo en un trabajo conjunto.

Ya lo dijo Lacordaire en su célebre frase del Siglo XIX: “Entre el fuerte y el débil, es la libertad la que opriime y la ley la que libera”.

\* Abogada. Especialista en Asesoramiento jurídico de Empresas (UCA). Profesora de derecho internacional privado y de derecho de la integración, en grado y posgrado de universidades argentinas y en el exterior. Miembro de AADI, ASADIP, Institutos de la materia de la Academia Nacional de Derecho, CPACF y del CALZ, con cargo de Directora en el último. Autora de diversas ponencias y artículos en la especialidad. (mcrabino@hotmail.com).

<sup>1</sup> F. POCCAR, “La protection de la partie faible”, Recueil des Cours, t. 188, 1984-V, pp. 341-415.

<sup>2</sup> A. MANLINTOPPI, “Les rapports de travail en droit international privé”, Recueil des Cours, t. 205, 1987-V, pp. 331-394, esp. 362 ss.

<sup>3</sup> D.P. FERNANDEZ ARROYO, Derecho Internacional Privado. Evolución y perspectivas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 67 ss.

<sup>4</sup> P.M. ALL, “Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional”, en: J.A Moreno Rodriguez / D.P. Fernandez Arroyo (coords.), Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 169 ss.; P.M. ALL / J.R. ALBORNOZ, “Desarrollo del soft law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales con relación a algunos instrumentos contractuales”, AADI, Córdoba, 2012, pp. 235.

<sup>5</sup> A. MENICOCCI, “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Relato al XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho internacional privado de la AADI, San Miguel de Tucumán, 2014.

<sup>6</sup> J. BASEDOW, citado por A. MENICOCCI (nota 5), p. 13.

<sup>7</sup> J HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, Bilbao, Hegoa, 2009, esp. pp. 381, 402 y 461.

<sup>8</sup> CSJN, “Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s. despido”, W. 55 XLV, publicado en ElDial.com, referencia AA6F29. Puede verse nuestro trabajo, “El art. 3º de la LCT y la interpretación de la CSJN”, RDCO, 2002, pp. 973-982.

<sup>9</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15); Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo Facultativo; Convención internacional sobre eliminación de todas formas de discriminación racial; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los derechos del niño; Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Pueden verse los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Huilca Tecse c. Perú” 3-3-2005; “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”, 24/11/2006; “Abrill Alonsilla y otros c. Perú”, 04/03/2011; “Baena, Ricardo y otros c. Panamá”, 02/02/2001; Opinión consultiva OC-18/03 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17/09/2003 solicitada por México.

<sup>11</sup> CSJN, caso “Giroldi”, 07/04/1995.

<sup>12</sup> En adelante OIT.

**Mariela C. Rabino**

## **La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la lex fori laboral**

<sup>13</sup> F. MAUPAIN, “L’OIT, La justice sociale et la mondialisation”, *Recueil des Cours*, t. 278, 1999, pp. 209-396.

<sup>14</sup> Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo de 1988, Agenda de Trabajo Decente: Memoria del Director General de la OIT, Juan Somavía, 87º Reunión de la Conferencia de 1999, Declaración sobre la justicia social para la globalización equitativa de 2008.

<sup>15</sup> CNLab., Sala VI, “Pacini, Agustín c. Fluor Daniel Arg. Inc. SADE ICSA UTE s. despido”, 15/03/2001; CSJN, “ATE c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, 11/11/2008; y “Rossi, Adriana M. c. Estado Nacional-Armada Argentina”, 09/12/2009.

<sup>16</sup> G. W. VAN POTOBSKY / H. G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ, *La Organización Internacional del Trabajo*, 1º Reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 83 ss.

<sup>17</sup> G. CORRES, *Fuentes del derecho del trabajo*, en: J. Rodriguez Mancini (coord.), 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, Cap. XI, pp. 29 ss.

<sup>18</sup> Directiva 96/71/ CE del 16/12/1996.

<sup>19</sup> Puede verse nuestro trabajo, “La inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales”, RDCO, nº 189/192, diciembre 2000, pp. 541-562.

<sup>20</sup> Argentina, ley 24.488, art. 2º: “Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: d) cuando fuesen demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional”, receptando la jurisprudencia de la CSJN en el caso “Manauta”.

<sup>21</sup> Puede ampliarse en nuestro trabajo, “Inmunidad de ejecución”, RDCO, 197, marzo 2002, pp. 163-171.

<sup>22</sup> A. BRONSTEIN, *Derecho internacional del trabajo*, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 57-58.

<sup>23</sup> F. VISCHER, “General Cours on Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 21-247, especialmente p. 95 ss.

<sup>24</sup> En el ámbito del MERCOSUR, Protocolo de Buenos Aires de 1994.

<sup>25</sup> CIDIP V, México, 1994, sobre derecho aplicable en materia contractual.

<sup>26</sup> M. GUTZWILLER, “Le développement historique de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 29, 1999-IV, pp. 285-398, especialmente p. 310 ss.; B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, pp. 20-479, esp. 163 ss.

<sup>27</sup> R. MURGAS TORRAZZA, “El contrato de trabajo transnacional”, *Gaceta Laboral*, vol. 9, nº 3, Colombia, 2003, pp. 417-432.

<sup>28</sup> B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, pp. 23 y ss, esp. 200 y ss.; J. DOLINGER, “Evolutions of principles for resolving conflicts in the fields of contracts and tort”, *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 187-512, esp. 259

<sup>29</sup> Puede verse el fallo CNTrab., Sala III, 21/02/1983, “Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina SA”, DT, 1983-A-391, donde el trabajador-actor invoca la aplicación del derecho inglés y el juez resuelve por el derecho argentino ante su falta de prueba.

<sup>30</sup> Puede verse nuestro trabajo, “Contrato laboral celebrado en la Argentina para ser ejecutado en el exterior”, RDCO, nº 199, 2002, pp. 571-583.

- <sup>31</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Modalidades contractuales específicas”, en: D.P. Fernández Arroyo (dir.), Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, 1º ed., Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 1038 ss.
- <sup>32</sup> A. SCIARRA, “Contrato de ajuste. Legislación aplicable y jurisdicción competente”, Rev. der. com. emp., nº 45-46, 1988.
- <sup>33</sup> A. MANLINTOPPI (nota 2), pp. 382.
- <sup>34</sup> A. MANLINTOPPI (nota 2), pp. 355 ss.
- <sup>35</sup> En adelante LCT.
- <sup>36</sup> “Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio” (Ley 22.248, B.O., 18/07/1980).
- <sup>37</sup> Ver nota 10.
- <sup>38</sup> AADI, XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Sección de Derecho internacional privado, Salta, 2010, conclusión nº 5.
- <sup>39</sup> Ley nacional de procedimiento laboral nº 18.345, art. 24: “En las causas entre trabajadores y empleadores será competente a elección del demandante, el juez del lugar de trabajo, el del lugar de celebración del contrato, o el del domicilio del demandado. El que no tuviere domicilio fijo, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia (...”).
- <sup>40</sup> AADI (nota 39), conclusión nº 9.
- <sup>41</sup> J. DOLINGER (nota 29), pp. 250 ss.
- <sup>42</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado” (nota 31), pp. 39-82, especialmente pp. 79 y 80.
- <sup>43</sup> Ver nuestro trabajo, citado en la nota 86
- <sup>44</sup> E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire”, Recueil des Cours, t. 282, 2000, pp. 13-40, esp. pág. 31.
- <sup>45</sup> A. MENICOCCI, “La autonomía conflictual en el estatuto personal”, Ponencia en el XXIV Congreso de Derecho Internacional de la AADI, Rosario, 2012.
- <sup>46</sup> F. VISCHER (nota 24), pp. 132.
- <sup>47</sup> P. PICONE, “Cours general de droit international privé”, Recueil des Cours, t. 276, 1999, pp. 25- 296, especialmente p. 188.
- <sup>48</sup> Puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, IJ Editores, nº 1, 2014.
- <sup>49</sup> Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada en 1977 y enmendada en 2000 donde agrega (adden dum) el listado de convenios en vigor y la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales de 1998; contiene un mecanismo de seguimiento basado en encuestas, procedimiento de interpretación y actividades de promoción a cargo del Sub Comité de Empresas Multinacionales. El sistema es débil pues la posibilidad de denuncia concreta es inexistente.
- <sup>50</sup> Pacto Mundial, Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos de 2003, establece la correspon-

**Mariela C. Rabino**

## **La autonomía de la voluntad vs. el atroz encanto de la lex fori laboral**

bilidad de las empresas junto a los Estados, su naturaleza jurídica es claramente voluntaria, sin embargo su tono normativo y sobre todo el proceso consultivo formal para su elaboración en cuanto autorizado por la ONU dotan de un plus de obligatoriedad.

<sup>51</sup> Declaración sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales contiene Directrices para Empresas Multinacionales de 1976 (versiones: 1979, 1982, 1984, 1991 y 2000 que incorpora los Puntos Nacionales de Contacto. Se aprecia un distinto grado de regulación por cuanto la declaración contiene normas vinculantes y las directrices consisten en recomendaciones, principios y normas voluntarias. Interviene tres organismos de la OCDE: el CIME (Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales) que formula comentarios de valor interpretativo; el TUAC (Comisión Sindical fundada en 1948) con función consultiva y legitimación activa para formular reclamos concretos; y el BIAC (Comité consultivo Empresarial e Industrial) con facultas de plantear modificaciones normativas.

<sup>52</sup> Puede apreciarse su funcionamiento en los casos: “River Riach Textil Ltd.” en Camboya y “Topy Top con SINTOTTS” en Perú.

<sup>53</sup> Por ej.: SA 8000 de SAI (Social Accountability International: ONG que desarrolló el certificado laboral que acredita a empresas, sindicatos y organizaciones sociales para que puedan realizar auditorías); ISO 14100 (Organización Internacional de Normalización: Red internacional de entidades de normalización y certificación, entre ellas AENOR); y Acuerdos entre empresas donde se establecen mecanismos de seguimiento y control como las Auditorías sociales “Tested to Wear” de Inditex, el cual contiene seis fases: desde la formación de los potenciales proveedores de su cadena de producción (I), hasta la realización de una auditoría social (III), Planes de acción correctiva (V) y Programas de seguimiento (VI) para verificar si se realizaron las acciones necesarias para corregir los incumplimientos detectados.

<sup>54</sup> Ver la base de datos BASI, [www.ilo.org/basi](http://www.ilo.org/basi).

<sup>55</sup> A. BRONSTEIN (nota 23), pp. 383.

<sup>56</sup> OIT, Los sindicatos y el reto de la mundialización, Ginebra, 1998.

<sup>57</sup> R. RODRÍGUEZ, “Los sindicatos ante la globalización. Esquema para su análisis”. Disponible en: [www.fder.edu.uy/contenido/rrll/.../sindicatos-ante-globalizacion.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/.../sindicatos-ante-globalizacion.pdf)

<sup>58</sup> A. BRONSTEIN (nota 23), pp. 309 ss.

<sup>59</sup> M. DEL M. VIDAL, “Los acuerdos marco internacionales, ¿de la responsabilidad social empresaria a la negociación colectiva supranacional?”, pp. 16 ss., disponible en: [www.fesweb.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/852.pdf](http://www.fesweb.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/852.pdf)

<sup>60</sup> R. RODRÍGUEZ (nota 58), pp. 6.

<sup>61</sup> J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 7), pp. 587 ss.; M. DEL M. VIDAL (nota 60), pp. 17.

<sup>62</sup> L. R. GNECCO, “Las convenciones colectivas”, Fuentes del derecho del trabajo, en: J. Rodríguez Manzini (coord.), vol. 2, 1º ed, Buenos Aires, Astrea, 2013, pp. 165 ss.

<sup>63</sup> M. B. PUCCIARELLO, “Instrumentación de la responsabilidad social empresaria. Algunas experiencias en la República Argentina”, DT, noviembre 2008, pp. 997.

<sup>64</sup> En el acuerdo se plasmaron los siguientes compromisos:

a. velar por el respeto e independencia del pluralismo sindical, a no discriminar a afiliados y responsables sindicales, a promover la negociación colectiva y el derecho a la información.

- b. eliminar toda forma de trabajo forzado, condena del trabajo infantil, fijando en 18 años la edad mínima para el acceso al empleo y estableciendo contratos para jóvenes.
- c. no discriminar y promover, más allá de las reglas legales la lucha contra el racismo, sexismo, xenofobia y homofobia y contra toda intolerancia a las diferencias.
- d. velar por la formación profesional para promover el nivel más alto de igualdad y garantizar la igualdad de oportunidades en la movilidad profesional.
- e. asegurar las remuneraciones conforme el mínimo legal y reconocer igual remuneración por igual tarea
- f. implantar regímenes de jubilación suplementarios.
- g. respetar las jornadas de trabajo y tiempos de descanso.
- h. realizar acciones tendientes a elevar el nivel de salud y seguridad en el trabajo.
- i. comunicar el acuerdo a proveedores, subcontratistas, asociados industriales y redes de distribución solicitando se apliquen los convenios de la OIT.
- j. implantar un proceso para que las pequeñas empresas proveedoras y contratistas apliquen progresivamente los convenios de la OIT.
- k. implantar observatorios sociales locales integrados por las direcciones de recursos humanos y representantes sindicales.
- l. realizar reuniones cada 3 años con el objetivo de evaluar las acciones en marcha y efectuar los ajustes necesarios.

<sup>65</sup> M. DEL M. VIDAL (nota 60), pp. 13 ss.

<sup>66</sup> M. GARCÍA GYSBERT, “El convenio sobre el trabajo marítimo 2006”, elDial.com, DC-1B4A, publicado el 12/09/2013.

<sup>67</sup> F. MAUPAIN (nota 14), p. 303.

<sup>68</sup> F. MAUPAIN (nota 14), pp. “307 ss.

<sup>69</sup> TJCE, 15/03/2001, “A. Mazzolini et Inter Surveillance Assistance SARL”, Rev. crit. DIP, 2001, pp. 495, nota de E. Pataut.

<sup>70</sup> Puede verse nuestro trabajo, “La autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo con elementos internacionales”, RDCO, 2010-B, año 43, pp. 995.

<sup>71</sup> Conclusiones nº 6 y 8 Congreso AADI (nota 39).

<sup>72</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 32), p. 1036.

<sup>73</sup> 294 U.S. 532, 1935.

<sup>74</sup> CSJN, “Del Rio, Jorge c. Banco de la Nación Argentina s. despido”, 09/10/2012, LL, 2012-F, p. 117; J. RODRIGUEZ MANCINI, Fuentes del derecho del trabajo, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, Cap. XVI, pp. 285 y ss.

<sup>75</sup> B. AUDIT (nota 29), p. 189.

<sup>76</sup> B. AUDIT (nota 29), pp. 186-188.

<sup>77</sup> J. DOLINGER (nota 29), pp. 499-500.

<sup>78</sup> P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, Recueil des Cours, t. 196, 1986, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

<sup>79</sup> F. POCCAR (nota 1), pp. 383 y 404.

<sup>80</sup> M.S. MOHAMED MAHMOUD, “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé”, Recueil des Cours, t. 315, 2005, pp. 151 ss., especialmente pp. 211-215.

<sup>81</sup> J. DOLINGER (nota 29), pp. 357 ss.

<sup>82</sup> F. MAUPAIN (nota 14), pp. 277, 359 ss.

<sup>83</sup> J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 7).

<sup>84</sup> F. MAUPAIN (nota 14), pp. 396.

<sup>85</sup> J. P. LANDA ZAPIRAIN, “Eficacia y efectividad del derecho de las relaciones laborales internacionales”, Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social, Universidad Castilla La Mancha, 2005

## Resumen

*La protección de los consumidores ya es, en la mayoría de los países, una preocupación y una realidad en derecho interno. No obstante, esta protección no es todavía tan frecuente en el ámbito del derecho internacional. Si en algunos países ya existe un conjunto de reglas especialmente creadas para este tipo de contrato, con reglas aplicables a los conflictos de leyes y de jurisdicción, en otros las soluciones están todavía en discusión. En este artículo, nos interesamos por el caso específico del rol que tiene la voluntad de las partes en la determinación de la jurisdicción competente y estudiaremos, de forma comparada, las soluciones de derecho francés y de derecho brasileño a este tema.*

## Résumé

*La protection des consommateurs est déjà, dans la plupart des pays, une préoccupation et une réalité en droit interne. Cette protection n'est pourtant pas si courante en droit international. Si dans certains pays il existe déjà un ensemble de règles spécialement conçues pour ce type de contrat, avec des règles applicables aux conflits de lois et de juridiction, dans d'autres les solutions sont encore en discussion. Dans cet article, nous nous intéressons au cas spécifique de la place qui a la volonté des parties dans la détermination de la juridiction compétente. Nous étudions de façon comparée les solutions du droit français et du droit brésilien à cette question.*

## Sommaire

- I. Introduction.**
- II. Le droit français.**
  - 1. La licéité des clauses attributives en droit français.
  - 2. La validité des clauses attributives en droit français commun.
- III. Le droit brésilien.**
  - 1. La licéité des clauses attributives en droit brésilien.
  - 2. La validité des clauses attributives en droit commun brésilien.
- IV. Conclusion.**

# **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation: une étude sur la clause attributive de juridiction**

**Paula Serra Freire\***

## **I. Introduction**

La protection des consommateurs est déjà, dans la plupart des pays, une préoccupation et une réalité en droit interne. Cette protection n'est pourtant pas si certaine en droit international. Dans certains pays, comme en France, il existe déjà un ensemble de règles de droit international spécialement conçues et applicables aux contrats internationaux de consommation, avec des règles applicables aux conflits de lois et de juridiction. Par contre, dans d'autres pays ces règles de droit international privé de consommation ne sont pas encore une réalité, comme c'est le cas du Brésil.

Ici, nous nous intéressons à une question très spécifique de la protection des consommateurs en droit international. Nous allons étudier la place que le droit français et le droit brésilien laissent à la volonté des parties dans la détermination de la juridiction applicable dans le cadre des contrats

internationaux de consommation. Ou, dans d'autres mots, à la possibilité d'insérer une clause attributive de compétence ces contrats.

La finalité des clauses attributives de juridiction, au moins dans les relations contractuelles internationales, est liée aux besoins de sécurité juridique, de souplesse et de prévisibilité. Ces clauses sont utilisées très fréquemment dans le commerce international pour éviter qu'une des parties au contrat puisse, de façon unilatérale, déterminer un élément tellement important<sup>1</sup>. Ce qui n'est guère contestable en présence d'un contrat équilibré, comme c'est normalement le cas des contrats du commerce international.

Par contre, dans le cas des contrats déséquilibrés, comme dans le cas des contrats de consommation, normalement les clauses ne sont pas négociées librement par les parties et sont imposées par une partie à l'autre. Dans ces cas, les clauses attributives de

juridiction conduisent le plus souvent à un choix qui convient à la partie plus forte.

Le risque de ces clauses pour les consommateurs existe dans les rapports internes mais aussi dans les rapports internationaux<sup>2</sup>. Pour certains, le moyen le plus simple pour protéger les consommateurs serait la non-acceptation toute simple de ces clauses. Pourtant, nous pouvons envisager d'autres façons de protéger le consommateur des risques liés à la clause d'attribution de juridiction.

Au lieu d'interdire ces clauses, par exemple, nous pourrions par exemple envisager une autonomie de la volonté limitée, en permettant un certain choix limité à deux ou trois juridictions déterminées par le législateur. Nous pourrions aussi envisager, l'autonomie de la volonté sans limites dès que le choix serait postérieur au début du différend (et non dans une clause insérée dans le contrat). Dans ce cas, la prohibition absolue de l'autonomie de la volonté pourrait même être préjudiciable au consommateur, qui serait privé de la possibilité de négocier avec le professionnel une juridiction différente de celle de son domicile, et qui pourrait pour une raison ou une autre lui être plus favorable<sup>3</sup>. Cela n'est pas

en contradiction avec la protection du consommateur comme partie faible une fois qu'à ce moment-là, quand le différend entre les parties est déjà commencé, le consommateur n'est plus dans une situation de faiblesse comme au moment de la conclusion du contrat<sup>4</sup>.

Ainsi, nous allons étudier ici la solution adoptée par les systèmes juridiques français (Section I) et brésilien (Section II) aux clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux de consommation.

Nous avons choisi de mener cette comparaison en partant du principe de la double nature des clauses attributives de juridiction<sup>5</sup>, nous allons alors voir d'abord les questions liées à la licéité de la clause et ensuite celles liées à la validité de la clause attributive dans les contrats de consommation. D'une part, nous avons alors la question de la licéité de l'objet ou de l'effet de l'attribution. L'acceptation de la prorogation ou dérogation de la compétence d'un tribunal donné devrait être régie par la loi de l'État de ce tribunal, conformément à la règle selon laquelle chaque État régit la compétence de ses tribunaux et par conséquent, aucun État ne devrait régir la compétence des tribunaux

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

d'autres États. Alors seulement la loi de l'État qui a sa compétence créée par la clause attributive, ou exclue par cette clause, peut être utilisée pour décider de la licéité ou de l'admissibilité de principe de cette clause.

D'autre part, se pose la question de la validité de l'acte juridique, qui a une nature contractuelle comme les autres clauses du contrat. La validité peut être conditionnée par des règles de forme, ou des considérations liées au caractère abusif de ces clauses attributives.

Cette analyse en deux temps montre la complexité du sujet, qui n'est pas toujours évidente à première vue. C'est aussi intéressant de voir que la protection des consommateurs peut jouer au niveau de la licéité ou de la validité (ou aux deux niveaux). Et ce double jeu nous intéresse parce qu'il peut être utilisé pour permettre une meilleure protection au consommateur sans l'imposition de prohibitions qui pourrait porter atteinte au commerce international.

### **II. Le droit français**

Nous allons d'abord analyser les réponses du droit français (et conséquemment du droit européen) à la question de la licéité des clauses

attributives insérées dans des contrats internationaux de consommation (1) et ensuite la validité de ces clauses (2).

#### **1. La licéité des clauses attributives en droit français**

Aujourd'hui en France nous avons une prohibition des clauses attributives en droit interne<sup>6</sup> qui a été écarté des rapports internationaux par la jurisprudence. Ainsi, en droit international privé français les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats internationaux sont licites<sup>7</sup>.

Pourtant, ce principe de licéité n'était pas absolu, il serait soumis à deux conditions. Premièrement, les clauses attributives seraient licites dans le cas de litiges internationaux et, deuxièmement, elles ne devraient pas faire échec aux compétences territoriales impératives.

Mais quel serait alors le sort d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international de consommation? Depuis 2009, nous avons une réponse à cette question, avec la création de la règle de compétences territoriale en matière de consommation de l'article L141-5 du Code de la consommation<sup>8</sup>. Cette règle pourrait être appliquée, d'après

la jurisprudence, comme une exception à la règle de la licéité des clauses attributives de juridiction dans les rapports internationaux. Mais pour cela il faut que cette règle de l'article L141-5 soit considérée une règle de compétence territoriale impérative, à laquelle il ne peut pas être dérogé par les parties. Il faut attendre pour savoir comment la jurisprudence va résoudre cette question.

Si la jurisprudence française décide de suivre ce chemin, on comprend que cette application de l'article L141-5 du Code de la consommation comme règle de compétence territoriale impérative et en conséquence l'interdiction des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation peut trouver des supporteurs. Cette solution se justifierait, dans le cas des consommateurs, par les risques liés à la conclusion d'un contrat international qui contient un choix de for.

Alors, si en droit commun français la question reste ouverte, en droit européen, par contre, il n'y a pas de doute sur la licéité en général des clauses attributives en droit communautaire. La Convention de Bruxelles affirmait déjà le principe de licéité de ces clauses, et ce principe n'a pas été modifié par le Règlement Bruxelles I ni par la version

révisé du règlement (voir l'article 23 du Règlement Bruxelles I et l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis, ainsi que le considérant 19 de ce dernier).

Dans le cas particulier des contrats internationaux de consommation, les clauses attributives sont aussi licites. L'article 19 du Règlement Bruxelles I bis prévoit la possibilité que les clauses attributives de juridiction soient insérées dans des contrats internationaux de consommation, ce qui était déjà possible au sein de la Convention de Bruxelles. Ces clauses sont pourtant admises d'une façon très limitée dans le dessein de protection des consommateurs<sup>9</sup>.

Cette limitation s'explique par le risque que ces clauses peuvent entraîner dans une relation de consommation, où elles sont dans la plupart des cas imposées aux consommateurs et peuvent créer des barrières à l'accès à la justice si elles désignent comme compétente la juridiction d'un pays qui n'est pas celui de son domicile.

L'article 19 du Règlement Bruxelles I bis prévoit seulement trois cas où les clauses attributives en matière de contrats de consommation seraient licites. D'après cet article, les clauses attributives de juridiction doivent obligatoirement: être postérieures à

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

la naissance du différend, permettre au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux des articles 14 de la Convention, ou bien attribuer compétence aux tribunaux de l'État dans lequel les deux parties avaient leur domicile au moment de la conclusion du contrat<sup>10</sup>.

Ces trois cas de licéité des clauses attributives ont donné lieu à beaucoup de discussions, notamment le troisième cas qui paraît viser la protection du professionnel et non du consommateur<sup>11</sup>. Ici, il paraît que le besoin de sécurité juridique et de prévisibilité des parties au moment de la conclusion du contrat a gagné sur le besoin de protection des consommateurs.

De toute façon, cette règle a une portée réduite. En premier lieu, les tribunaux compétents seraient ceux d'un pays qui a été le domicile du consommateur (il sera alors familiarisé avec la langue, les lois et les coutumes). Ensuite, son application est limitée par la condition de la non interdiction de la convention par la loi du pays du domicile commun. Ainsi, cette règle particulièrement avantageuse pour le professionnel ne va pas se voir appliquée très souvent, dès lors que dans plusieurs États ce type de convention est interdit<sup>12</sup>, comme c'est le cas de la France<sup>13</sup>.

Alors, le principe est celui de la non acceptation des clauses attributives, sauf dans quelques exceptions. Nous arrivons ainsi à la conclusion que, dans la pratique, les cas de contrats internationaux de consommation avec une clause attributive valide seront très rares.

Un deuxième type de règle prorogative de compétence est aussi prévue par la Convention et par le Règlement, c'est le cas de la comparution volontaire. La Convention prévoyait déjà cette possibilité dans son article 18 qui devient l'article 26 au Règlement Bruxelles I bis. Selon cet article, "outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent Règlement, la juridiction d'un État membre devant lequel le défendeur compareît est compétente", sauf si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 24 dans le Règlement. La nouveauté de l'article 26 du Règlement Bruxelles I bis réside dans le nouveau paragraphe 2 de cet article selon lequel dans les matières visées aux sections 3 (assurances), 4 (consommation) ou 5 (travail), avant de déclarer la compétence en vertu de la règle du paragraphe premier, la juridiction doit assurer que le défendeur est informé de son

droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution.

On doit approuver cet amendement, qui se justifie dans le cas où par manque l'information, le consommateur défendeur pourrait être amené à comparaître devant le tribunal choisi par le professionnel, qui probablement serait un tribunal favorable à celui-ci, sans connaître les conséquences de cette comparution<sup>14</sup>.

Finalement, bien que les clauses attributives insérées dans des contrats de consommation puissent être licites dans certains cas, elles ne seront donc pas toujours valides.

## **2. La validité des clauses attributives en droit français commun**

Comme nous l'avons vu dans la partie qui précède, on peut dire qu'en droit interne il ne serait pas nécessaire d'analyser la validité des clauses attributives dans un contrat de consommation interne parce qu'elles sont illicites. Pourtant, comme nous avons vu plus haut, dans les rapports internationaux il existe encore de doutes sur la licéité de ces clauses. Il est pourtant difficile

aujourd'hui de savoir quelles règles de validité seraient applicables dans le cas où la jurisprudence finit pour décider pour la licéité des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation. Seraient les mêmes règles de validité applicables dans le cas des contrats internationaux en général? Ou ces règles seraient adaptées aux rapports de consommation?

En droit européen par contre la réponse est plus claire. La validité des clauses attributives de compétence est régie par le Règlement Bruxelles I bis. En effet, l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis en général et l'article 19 dans le cas des consommateurs affirme non seulement la licéité de la clause attributive de juridiction, comme nous l'avons vu plus haut, mais il prévoit aussi la réponse à la question de la validité formelle et au fond des conventions.

L'article 25 du Règlement a prévu quelques considérations sur les conditions de validité de la clause attributive de juridiction. Cet article établit que la validité de la clause se détermine par application du droit de l'État membre de la juridiction ou des juridictions désignées dans la clause, étant entendu qu'il faut prendre aussi en considération les règles de conflit

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

de lois de cet État membre pour cette détermination<sup>15</sup>.

En ce qui concerne la forme, l'article 25 établit que la clause doit être conclue : par écrit (y compris par des moyens électroniques) ou verbalement avec confirmation écrite ; sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont entre elles ; ou dans le commerce international sous une forme conforme aux usages dont les parties ont (ou devraient avoir) connaissance et qui sont largement connus et observés dans des cas similaires.

L'article 25 n'impose pas expressément une condition d'internationalité pour que la clause attributive soit valable. Mais la doctrine et la jurisprudence paraissent être d'accord sur la subordination de la validité de la clause à la reconnaissance du caractère international de la situation<sup>16</sup>. Cette condition était aussi mentionnée dans le rapport Jénard<sup>17</sup>. Sur ce point, un arrêt de la Cour de cassation française du 4 octobre 2005 apporte deux considérations qui doivent être remarquées<sup>18</sup>. Premièrement, la Cour affirme que l'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles (aujourd'hui article 25 du Règlement Bruxelles I bis) devrait être "subordonnée à reconnaissance du caractère international de la

situation". Cette décision est opportune, elle va dans le sens de l'esprit de la Convention même qui a été créée pour régler des litiges internationaux et intracommunautaires, et cela vaut aussi pour le Règlement Bruxelles I qui n'a pas non plus vocation à régler les litiges purement internes<sup>19</sup>.

Mais la Cour détermine aussi que le caractère international de la situation doit s'apprécier, pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction. Quant à la détermination de ce qui doit être considéré comme un rapport international, la Cour paraît analyser l'extranéité (ou son absence) des différents rattachements de la situation et appliquer le critère de la prépondérance des rattachements à un ordre juridique donné<sup>20</sup>.

Pour ce qui est de l'autonomie de la clause attributive, elle est admise en droit européen, comme en droit français, depuis l'arrêt Benincasa dans lequel la Cour de justice a déterminé que la clause attributive doit être considérée comme une clause autonome et indépendante du reste du contrat<sup>21</sup>. Cette décision a été finalement incorporée dans le Règlement Bruxelles I bis, dans son article 25,5 selon lequel "une convention attributive de

juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat" et que "la validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable".

Mais, à part ces règles de validité établies dans le Règlement, nous devons aussi prendre en compte les règles relatives aux clauses abusives et l'effet qu'elles peuvent avoir sur les clauses attributives dans les contrats de consommation. Il faut alors analyser la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs<sup>22</sup>.

Selon l'article 3<sup>23</sup>, et le point 1(q) de la liste annexée à la Directive<sup>24</sup>, une clause qui supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur peut être déclarée abusive. Dans ces termes, une clause attributive serait considérée abusive.

### **III. Le droit brésilien**

Nous avons déjà étudié le régime de la clause attributive dans le droit français, maintenant nous allons analyser le régime appliqué par le droit brésilien aux clauses attributives et dans quelle

façon il est différent du droit français et européen. Nous allons utiliser la même analyse divisée en licéité (1) et validité (2) de la clause et étudier les règles de droit commun et celles de source internationale applicables au Brésil.

#### **1. La licéité des clauses attributives en droit brésilien**

Le Code de protection du consommateur brésilien ne prévoit pas de règles spécifiques sur la licéité des clauses attributives de juridiction dans les contrats de consommation, ni pour les rapports internes ni pour les rapports internationaux<sup>25</sup>.

Jusqu'à il y a très peu de temps, le Code de procédure civile brésilien ne prévoyait pas non plus de règles générales sur les clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux. Mais depuis la récente réforme du code<sup>26</sup>, l'article 25 prévoit que les tribunaux brésiliens ne sont pas compétents lorsqu'une clause exclusive d'élection de for a été accordée entre les parties. Il faut attendre la réaction de la doctrine et de la jurisprudence, et leur adaptation à cette nouvelle règle, pour savoir si et comment cette règle sera appliquée aux contrats de consommation.

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

Avant cette réforme, c'était la doctrine et la jurisprudence qui déterminaient la solution au sujet de la licéité des clauses attributives de compétence en matière de contrats internationaux de consommation. La jurisprudence sur le sujet des contrats internationaux de consommation au Brésil n'est pourtant pas très nombreuse et il n'y a pas de décisions qui traitent directement le sujet des clauses attributives. Ainsi, face à l'absence de règles claires sur l'acceptation ou non de la licéité des clauses attributives dans le cadre des contrats de consommation, il est important étudier aussi le régime de ces clauses dans les contrats commerciaux. Cela pourrait servir comme un indicatif d'une éventuelle décision sur une clause attributive dans un contrat de consommation.

En droit brésilien les clauses attributives de juridiction sont acceptées dans les contrats commerciaux internes. Sur ce sujet il existe même une Súmula du Supremo Tribunal Federal (Súmula 335) selon laquelle l'élection de for est licite pour des litiges nés de contrats<sup>27</sup>. Pourtant, même si cela peut paraître contradictoire, la licéité des clauses attributives n'était pas claire pour les contrats internationaux<sup>28</sup>. Ce doute existait même si la doctrine était majoritairement d'accord avec la licéité des clauses attributives dans les contrats

internationaux<sup>29</sup>. Les arguments pour cette acceptation reposaient surtout sur l'article 88 du Code de procédure civile brésilien (article 21 après la réforme), qui contenait des règles de compétence concurrente (en opposition à l'article 89 sur la compétence exclusive). Or, d'après la doctrine, si le législateur avait choisi de créer deux groupes de compétence différents, c'était bien parce qu'il a voulu laisser ouverte aux parties à un contrat la possibilité du choix entre la juridiction brésilienne et une juridiction étrangère<sup>30</sup>. En plus, si la possibilité de prorogation des compétences de l'article 88 n'était pas possible, alors ces compétences devraient aussi être comprises comme exclusives<sup>31</sup>.

Un dernier argument qui était utilisé par la doctrine défendant l'acceptation des clauses attributives était tiré du Protocole de Buenos Aires<sup>32</sup> créé en 1994 au sein du Mercosul et ratifié par le Brésil deux ans après. Ce protocole prévoit la possibilité d'élection de juridiction dans son article 4. Ainsi, par application du principe selon lequel une règle postérieure déroge à une règle existante en cas de conflit, la licéité des clauses attributives prévue dans le protocole devrait prévaloir, au moins dans le cas entrant dans le champ d'application du protocole<sup>33</sup>.

Contrairement à l'acceptation des clauses attributives, les arguments seraient notamment l'absence de règle sur le sujet dans l'ordre juridique brésilien. Le seul article qui fait mention de la possibilité de prorogation d'une compétence est l'article 111 du Code de procédure civile, qui est pourtant inséré dans un chapitre intitulé "De la compétence interne", et pour cette raison ne peut pas être utilisé dans le cas des contrats internationaux ou de la prorogation d'une compétence internationale<sup>34</sup>.

La jurisprudence brésilienne reste pourtant controversée. Et dans le cas particulier des contrats internationaux de consommation il faut aussi prendre en considération la tendance de l'État brésilien à exercer un contrôle rigoureux sur les contrats privés dans le but de protection de la partie plus faible<sup>35</sup>.

Selon une décision du Tribunal supérieur de justice du 8 août 2000, la compétence internationale concurrente de l'autorité judiciaire brésilienne n'est pas susceptible d'être écartée par les parties<sup>36</sup>. Le tribunal justifie sa décision en s'appuyant sur une partie de la doctrine qui défend encore que la juridiction d'un État ne peut pas être soumise à la volonté des parties, et que les parties pourraient modifier

la compétence territoriale mais non l'extension de la juridiction nationale<sup>37</sup>. D'après cette décision, les règles de compétence internationale sont d'ordre public et pour cette raison la compétence internationale serait toujours absolue<sup>38</sup>.

Cet arrêt du Tribunal supérieur de justice brésilien a été repris dans plusieurs autres arrêts du même tribunal et aussi des tribunaux des États de la fédération<sup>39</sup>. Il est la base de cette jurisprudence prépondérante à l'encontre des clauses attributives insérées dans des contrats internationaux qui écartent la compétence des tribunaux brésiliens<sup>40</sup>.

Cette jurisprudence contre les clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux n'est pourtant pas unanime. Il existe aussi une jurisprudence minoritaire qui valide les clauses attributives de compétence dans des cas de contrats internationaux<sup>41</sup>. L'un des exemples le plus importants de cette jurisprudence minoritaire est une décision du 3 février 2005 dans laquelle le Tribunal supérieur de justice brésilien a décidé que l'élection d'un *for étranger* est valide, sauf quand le litige implique des intérêts publics<sup>42</sup>.

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

Ces décisions ne sont pourtant pas forcément un signe d'un changement de la tendance jurisprudentielle dès lors qu'il y a des décisions postérieures à celles-ci qui se prononcent contre la validité des clauses attributives<sup>43</sup>. Aussi, dans quelques cas la clause attributive a été considérée comme inapplicable alors que les tribunaux brésiliens n'étaient pas compétents par application des règles de compétence des articles 88 et 89 du Code de procédure civile (aujourd'hui articles 21 et 23 du nouveau Code de procédure civile)<sup>44</sup>. Dans le cas du recours spécial 242.383/SP mentionné par exemple, l'obligation objet du contrat avait été exécutée à l'étranger par une entreprise qui n'avait pas de filiale au Brésil, alors on pourrait dire que le rattachement avec le Brésil n'était pas assez fort pour imposer la compétence des tribunaux brésiliens. Ces décisions minoritaires montrent simplement que la jurisprudence sur cette matière ne donne pas une réponse définitive à la question de la validité des clauses attributives.

Nous ne sommes pas d'accord avec cette jurisprudence majoritaire qui nie la validité aux clauses attributives. Il nous paraît difficile de justifier que l'élection de for soit possible dans les contrats internes mais non dans les contrats internationaux. Cela paraît

un excès de nationalisme dans l'application des règles de compétence internationale et la tendance des tribunaux brésiliens de ne pas accepter la juridiction étrangère quand le litige a un rattachement avec le Brésil, même quand la compétence brésilienne n'est pas exclusive et quand le rattachement n'est pas suffisamment fort.

En plus, il est difficile de justifier ces décisions aujourd'hui, parce que les clauses compromissoires sont déjà acceptées largement dans les contrats internationaux par la jurisprudence brésilienne<sup>45</sup>. Alors, si les parties peuvent déroger à la compétence brésilienne en faveur d'un tribunal arbitral, pour quoi ces parties ne pourraient-elles pas déroger aux tribunaux brésiliens en faveur d'un tribunal étranger?

Si, dans le cas des contrats du commerce international les clauses attributives ont du mal à trouver acceptation par les tribunaux brésiliens, nous pouvons prévoir que cette jurisprudence va se flexibiliser avec le temps dans le sens de l'acceptation de ces clauses.

Dans le cas des contrats entre un professionnel et un consommateur il n'est pourtant pas possible affirmer que ces clauses trouveront le même sort, il faudra attendre quelques décisions

sur des cas spécifiques de contrats internationaux de consommation<sup>46</sup>.

Au niveau des règles de source internationale, nous n'avons pas non plus de règle au sujet des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation. Au Mercosul, nous avons le Protocole de Buenos Aires sur la compétence en matière contractuelle qui prévoit une règle de validité des clauses attributives dans son article 4<sup>47</sup>, mais ce protocole, dans son article 2, alinéa 6, a exclu de son champ d'application "les contrats de vente au consommateur".

Une interprétation littérale de cet article peut conduire à la conclusion que les contrats de consommation qui ne sont pas de vente, des contrats de service par exemple, devraient être compris comme inclus dans le champ d'application du protocole. Nous sommes de l'avis pourtant que ce protocole doive être interprété dans le cadre de l'ensemble normatif dont il fait partie. Ainsi, si nous analysons l'ensemble des règles créées au sein du Mercosul nous voyons qu'il existe le Protocole de Santa María<sup>48</sup> sur le même sujet de la compétence et qui régit spécifiquement les rapports de consommation, ce sont alors des règles postérieures et spéciales. Cet argument

nous paraît suffisant pour exclure du champ d'application du Protocole de Buenos Aires tous les contrats de consommation. Et cela même dans le cas des questions qui ne sont pas réglées par le protocole postérieur, comme c'est le cas des clauses attributives.

Ainsi, au MERCOSUL, pour les contrats de consommation, la juridiction compétente devrait être déterminée par application du Protocole de Santa María. Malheureusement, ce protocole ne prévoit pas de règle sur les clauses attributives de juridiction<sup>49</sup>.

Comment interpréter alors cette omission sur les clauses attributives ? Pour certains, en l'absence de prohibition expresse la clause devrait être considérée licite. Pour d'autres, malgré le manque d'interdiction expresse des clauses attributives, ces clauses doivent être considérées interdites<sup>50</sup>. Cette deuxième interprétation paraît prédominer et avoir aussi plus d'arguments de poids pour la supporter. D'une part, d'une analyse d'ensemble des deux protocoles sur la juridiction créées au sein du MERCOSUL, le Protocole de Buenos Aires et le protocole de Santa María, on constate qu'une règle sur les clauses attributives a été inclue dans le premier mais pas dans le deuxième, ce

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

qui peut être interprété comme une omission intentionnelle. D'autre part, selon la doctrine, les États membres du MERCOSUL ont toujours montré une position restrictive en ce qui concerne les clauses attributives, notamment dans les rapports de consommation<sup>51</sup>.

Dans ce sens, on remarque une décision du Tribunal Permanent du MERCOSUL qui touche le sujet des clauses attributives. Dans l'avis consultatif (Opinião Consultiva) n° 1/2007<sup>52</sup> le Tribunal permanent de révision du MERCOSUL déclare que les clauses attributives sont valides si les conditions énoncées par le Protocole de Buenos Aires sont remplies. Le cas n'était pas un litige sur un contrat de consommation mais le tribunal déclare aussi que dans les contrats de vente à un consommateur, il ne serait pas possible de donner application à l'autonomie de la volonté pour choisir le for et le droit applicable<sup>53</sup>. Certains auteurs interprètent cette décision du Tribunal permanent de révision du MERCOSUL en ce sens que les clauses attributives dans les contrats de consommation seraient contraires à l'ordre public du MERCOSUL<sup>54</sup>.

Il est à notre avis un peu précipité d'en conclure une telle contrariété à l'ordre public régional. D'abord parce que le

tribunal n'utilise pas ces mots pour justifier la non applicabilité des clauses attributives aux contrats de consommation. Ensuite, parce que le tribunal s'est prononcé sur l'applicabilité des clauses attributives dans les contrats de consommation dans une décision sur un contrat entre commerçants. Finalement, cet avis n'est pas un précédent et il n'est pas certain que cette décision serait utilisée comme une référence dans un avis sur l'applicabilité des clauses attributives dans les contrats de consommation.

Finalement, au Brésil nous avons une jurisprudence inconstante sur la licéité des clauses attributives en contrats de consommation et une absence de règles internationales. Pourtant, curieusement, la question de la validité de ces clauses paraît avoir été plus discutée et s'être développée considérablement. Alors, au Brésil il paraît que la solution va plutôt dans la voie du non acceptation de leur validité.

Face à cette inconsistance sur la licéité et sur les développements sur la validité des clauses attributives, nous pensons qu'il est important analyser ce qui se décide en droit brésilien à propos de la validité des clauses attributives.

## 2. La validité des clauses attributives en droit commun brésilien

Comme nous l'avons déjà mentionné, la double nature de la clause attributive fait que sa validité et sa licéité soient deux questions qui doivent être analysées séparément et peuvent même être régies par des lois différentes. Ainsi, si la licéité doit être régie par la loi du for, étant donné qui c'est une question liée à la souveraineté de l'État, la validité au fond de la clause est une question contractuelle et doit être déterminée par la loi qui indique la règle de conflit de l'État du juge saisi.

Nous avons déjà analysé la question de la licéité de la clause dans les contrats internationaux de consommation en droit brésilien et la jurisprudence ne paraît avoir encore une conclusion claire sur le sujet. Maintenant nous devons analyser la solution du droit brésilien quant à la validité de ces clauses.

Comme nous l'avons vu, le droit de la consommation au Brésil a un standard de protection très haut qui dans le cas des clauses attributives se matérialise par une tendance à considérer ces clauses comme illicites. Mais comme les juges ne paraissent pas décider

sur l'illicéité de ces clauses de forme constante, nous nous demandons quelle serait l'analyse d'un juge brésilien sur la validité de ces clauses en droit de la consommation. Serait-il plus facile pour le juge de se prononcer sur la non application de ces clauses plutôt par la voie de la non validité?

Sur le sujet de la détermination du caractère abusif de certaines clauses, par exemple, le législateur brésilien a établi quelques règles similaires aux règles prévues par le droit communautaire en matière de clauses abusives, notamment par l'utilisation des listes de clauses considérées abusives<sup>55</sup>.

En effet, le Code brésilien de protection du consommateur prévoit dans son article 51 une liste de clauses qui sont considérées comme nulles de plein droit. Dans cette liste nous trouvons les clauses qui obligent l'utilisation de l'arbitrage mais cette liste ne fait pas mention aux clauses attributives de juridiction.

Même si les clauses attributives ne sont pas incluses dans l'énumération de l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur, cela ne veut pourtant pas dire qu'elles ne seront pas considérées comme nulles par les juges brésiliens. En effet, l'énumération de

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

l'article 51 est ouverte et non limitée. Du point de vue de l'interprétation littérale de l'article, cette liste pourrait être complétée par le juge avec d'autres clauses non énumérées par le législateur. Cela parce que l'expression "parmi d'autres" a été insérée à la fin de l'article 51 par le législateur dans le but de permettre cet élargissement. Sans surprise, les juges ont interprété cet article 51 comme une énumération à titre illustratif et ont avec le temps élargi la liste de clauses considérées comme abusives (et nulles) au sein de cet article 51.

Devant cette liberté donnée aux juges par le législateur, et pour éviter un éparpillement trop grand des décisions, le Ministère de la justice brésilien a édicté plusieurs ordonnances ministérielles (Portarias) pour orienter et harmoniser l'application de l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur ainsi que d'autres règles prévues par d'autres lois sur le sujet des clauses abusives.

Ainsi, si nous prenons une de ces ordonnances, l'ordonnance ministérielle n° 4 édictée le 13 mars 1998, nous allons voir que le Ministère de la justice brésilien a énoncé une liste de clauses qui doivent être considérées comme abusives et nulles en plus des clauses

déjà énoncées dans l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur. Dans cette liste, nous trouvons les clauses d'élection de for qui indiquent comme compétent un tribunal différent de celui de la résidence du consommateur<sup>56</sup> D'après cette ordonnance, les clauses attributives devraient être considérées comme abusives par les juges brésiliens, sauf dans le cas où le tribunal choisi par les parties coïncide avec le tribunal de la résidence du consommateur (ce qui est plutôt rare dans le cas des contrats internationaux de consommation).

La raison de l'inclusion des clauses attributives dans la liste de clauses considérées comme abusives par le Ministère de la justice ne surprend pas. La protection de l'accès à la justice par les consommateurs est une valeur très importante dans le droit brésilien et la conclusion de contrats avec ces clauses est un risque pour les consommateurs. Si elle entrave la défense du consommateur, la clause attributive est alors contraire aux principes de protection du consommateur, dont le droit à la réparation des dommages, le droit à l'accès à la justice et le droit à la facilitation de la défense du consommateur établis par l'article 6 (alinéas VI, VII et VIII) du Code brésilien de protection du consommateur<sup>57</sup>.

La conséquence du caractère abusif de la clause est sa nullité. L'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur affirme que les clauses abusives sont nulles de plein droit. D'après la jurisprudence, le juge pourrait déclarer la clause nulle ex officio, dès lors que les dispositions du Code brésilien d'après son article 1er, sont considérées comme des dispositions d'ordre public<sup>58</sup>.

Ni l'article 51 du Code brésilien de protection du consommateur, ni l'ordonnance ministérielle n° 4 du Ministère de la justice ne font mention de la possibilité d'application de la règle de nullité des clauses attributives (considérées comme abusives) aux rapports internationaux<sup>59</sup>. La doctrine brésilienne a pourtant répondu à cette question et considère que cette nullité des clauses attributives dans les contrats de consommation doit s'appliquer aussi dans les rapports internationaux<sup>59</sup>. Les arguments de la doctrine pour justifier cette application à l'ordre international vont cependant dans le sens de que ces règles matérielles de protection du consommateur qui déterminent la nullité de certaines clauses doivent être considérées comme des lois d'application immédiate, extraterritoriales et d'ordre public international<sup>60</sup>.

Ce caractère d'ordre public international des règles de protection du consommateur du Code brésilien de protection du consommateur, comme nous l'avons déjà mentionné, a été expressément déterminé par le législateur, dans l'article premier du Code brésilien de protection du consommateur. Il faut aussi remarquer qu'en droit brésilien en général les règles d'origine constitutionnelle, comme c'est le cas des règles de protection des consommateurs, sont considérées comme d'ordre public international, par application de l'article 4 du Code Bustamante selon lequel les dispositions constitutionnelles sont d'ordre public international<sup>61</sup>.

Alors comment les juges appliquent-ils cette règle du caractère abusif de la clause attributive dans les contrats internationaux de consommation? La jurisprudence n'est malheureusement pas significative sur ce sujet, mais quelques arrêts des tribunaux supérieurs doivent être étudiés.

La jurisprudence semble être plutôt contre la validité des clauses attributives dans les contrats internationaux, mais cela pourrait être différent dans le cas où les consommateurs sont des personnes morales. On rappelle

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

qu'en droit brésilien la définition du consommateur est assez étendue pour comprendre tant les personnes physiques comme les personnes morales.

Dans un arrêt du Tribunal supérieur de justice brésilien, il a été décidé que la clause attributive était valide parce que le consommateur (une personne juridique) n'était pas dans une situation de faiblesse<sup>62</sup>.

Par la lecture de ces arrêts il apparaît que la jurisprudence s'incline vers la validité des clauses attributives quand le consommateur est une personne morale, mais il nous paraît qu'il faut pourtant attendre d'autres cas pour savoir si une jurisprudence consolidée va être créée dans ce sens<sup>63</sup>. Une partie de la doctrine interprète pourtant ces arrêts comme une règle de validité dans le cas des personnes morales<sup>64</sup>.

Il faut aussi remarquer que malheureusement dans certains cas les tribunaux ignorent simplement l'existence de la clause attributive quand le litige a des liens étroits avec le Brésil et appliquent automatiquement (sans déclarer l'invalidité de la clause attributive) la règle du Code de protection du consommateur selon laquelle le consommateur demandeur peut intenter une action

contre le professionnel dans son domicile (art. 101, I)<sup>65</sup>. Cela était le cas de l'arrêt dans l'affaire Punta del Este restée emblématique<sup>66</sup>.

Ces décisions montrent une forte tendance contre l'acceptation des clauses attributives dans les contrats de consommation et une préférence marquante des tribunaux brésiliens pour l'application des règles de protection des consommateurs brésiliens même dans des cas très fortement rattachés à des pays tiers (et par conséquent ayant très faibles liens avec le Brésil).

Nous sommes de l'avis que même si le consommateur a besoin de protection en ce qui concerne l'accès à la justice, cette protection devrait avoir des limites. L'autonomie de la volonté ne devrait pas être complètement éliminée seulement parce que le consommateur peut souffrir des abus des professionnels. L'autonomie de la volonté des parties pourrait être plutôt limitée et conditionnée. Cela, parce que les contrats de consommation entrent dans la sphère du privé et même si une interférence de l'État est acceptable pour équilibrer la relation entre une partie faible comme le consommateur et son cocontractant professionnel, nous ne sommes pas

d'accord avec une interférence exagérée. L'autonomie de la volonté doit être limitée, mais cela ne veut pas dire qu'elle doit être éliminée du contrat de consommation<sup>67</sup>.

#### **IV. Conclusion**

Il incontestable que les clauses attributives de juridiction peuvent être dangereuses pour les consommateurs internationaux et que ces consommateurs ont besoin de protection aussi bien que les consommateurs internes. Pourtant, si nous sommes d'accord avec ce besoin de protection des effets néfastes de la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de consommation, nous sommes aussi conscients du besoin de sécurité juridique et de prévisibilité dans les contrats internationaux de consommation.

Il n'est pas facile de trouver un équilibre, mais à notre avis il paraît que la simple interdiction des clauses attributives dans les contrats internationaux de consommation n'est pas une solution qui prend en considération les deux besoins en jeu. Pour nous, les possibles solutions à ce problème sont les suivantes: soit on les considère licites, soit on les considère illicites, soit

on les considère licites mais soumises à certaines conditions de validité.

Pour certains, la protection idéal passerait par le principe général d'illicéité de la clause dans ces contrats. Cette interdiction signifierait sans doute une plus grande protection pour le consommateur parce que celui-ci aurait toujours accès aux tribunaux de son domicile.

Une autre solution serait la création d'un principe de licéité de la clause attributive de juridiction dans les contrats internationaux de consommation, mais qui impliquerait une absence totale de protection des consommateurs.

La solution plus équilibrée, à notre avis, serait celle du principe de la licéité soumise à des conditions de validité. Le dommage serait limité pour le commerce international et au même temps cette solution permettrait une certaine protection aux consommateurs.

Bien sûr, cette solution est plus complexe parce qu'elle dépend de la détermination de la portée des conditions qui seraient imposées à la clause attributive (que ne seraient pas forcément celles applicables aux contrats internationaux en général).

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

Sur ce point, nous sommes de l'avis que les contrats internationaux de consommation méritent une règle spéciale sur la licéité des clauses attributives de juridiction. Pourtant, si la création de ces règles spéciales n'est pas possible, la protection des consommateurs peut être garantie

avec la licéité de la clause limité par des conditions de validité en général et notamment par application des règles existantes sur les clauses abusives, qui sont assez développés dans plusieurs pays dans le sens de la protection des consommateurs.

\* Diplôme d'avocat de l'Université Catholique du Paraná, Brésil, inscrite au barreau (OAB) de São Paulo, Brésil, D.S.U, D.E.A et Doctorat à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), professeur au Master de Droit International Privé de l'Université Centrale du Venezuela, collaboratrice au cabinet d'avocats D'Empaire Reyna Abogados à Caracas, Venezuela.

<sup>1</sup> Voir P. MAYER, “La protection de la partie faible en droit international privé”, in: GHESSTIN / M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, L.G.D.J., 1996, pp. 513- 552, en spéc. p. 547. Souvent le choix des commerçants de la juridiction est déterminé pour des raisons pratiques, par exemple, une juridiction qui a une jurisprudence extensive sur la matière objet du contrat (droit maritime par exemple) et que cette connaissance des tribunaux est vue comme une garantie aux parties de que leur différend sera réglé par un juge avec les connaissances ou l'expérience nécessaires pour que la décision soit la plus juste.

<sup>2</sup> Le professionnel pourrait par exemple imposer le choix d'une juridiction en sachant que la jurisprudence est très favorable au commerce au détriment de la protection du consommateur. Aussi, parce que pour le consommateur il va être plus compliqué (voire impossible) de se défendre devant les tribunaux d'un État différent de celui de son domicile. D'après Mme Bureau, si les clauses attributives de juridiction permettent à des parties au même niveau d'égalité d'organiser leurs relations commerciales. Voir H. BUREAU, *Le droit de la consommation transfrontalière*, Paris, Litec, 1999, p. 430, en spéc. p. 75. Voir aussi P. MAYER (note 1), p. 547.

<sup>3</sup> Pour une défense de l'autonomie voir M. Jayme qui dit qu'il faut “protéger la personne humaine plus par un renforcement de son autonomie que par des lois impératives qui s'imposent sans prendre en considération les besoins de l'individu”, dans E. JAYME, “Le Droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, Recueil de Cours, t. 282, 2000, p. 9, en spéc. p. 31.

<sup>4</sup> D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / C. FRESNEDO DE AGUIRRE /M. B. NOODT TAQUEDA / J.R. ALBORNOZ, “Modalidades contratuales específicas”, in: D.P. Fernández SArroyo (coord..), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Buenos Aires*, Zavalia, 2003, pp. 1027-1119, en spéc. 1032. Voir aussi pour une solution qui n'exclue pas totalement l'autonomie de la volonté dans les contrats de consommation: N. DE ARAÚJO, “Contratos Internacionais e Consumidores nas Américas e no Mercosul: Análise da Proposta Brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII”, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, vol. 2, n° 2, 2005, pp. 4-38, en spéc. p. 21.

<sup>5</sup> E. PATAUT, “Clauses attributives de juridiction et clauses abusives”, *Études de droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 807-821, en spéc. p. 810.

<sup>6</sup> Article 48 du Code de Procédure Civile: “toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée”.

<sup>7</sup> Cour de Cassation, Chambre Civile 1er, du 17/12/1985, “Cie de signaux et d'entreprises électriques”, Rev. crit. DIP, 1986, p. 537, note GAUDEMUS-TALLON, D1986.IR.265, obs. AUDIT. Voir aussi B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fran-*

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

çaise de droit international privé, Dalloz, 5ème édition, 2006, arrêt numéro 72, pp. 645-660.

<sup>8</sup> L'article L141-5 a été créé par loi n°2009-526 du 12/05/2009 (art. 24): "Le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable".

<sup>9</sup> Le considérant 19 du Règlement de Bruxelles I révisé est très clair sur ce point: "L'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente devrait être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement".

<sup>10</sup> Sur le premier cas, Mme De Matos dit que le moment de la naissance du différend est difficile à discerner et que le litige doit être considéré né lorsqu'un des contractants a essayé d'obtenir un résultat par une négociation amiable et envisage de saisir un tribunal pour lui soumettre sa prétention. A-M. DE MATOS, Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 589, en spéc. p. 53. Nous pensons que ce moment sera finalement déterminé par les juges au cas par cas et dépendra de plusieurs facteurs objectifs et subjectifs.

<sup>11</sup> Le consommateur qui change de domicile serait obligé de faire face aux problèmes et difficultés d'une demande à l'étranger, qui peut entraîner des difficultés, notamment économiques, même si les tribunaux sont dans un pays avec lequel il a des familiarités. Par contre, le professionnel aurait le bénéfice de ne pas être obligé à suivre le consommateur devant son nouveau domicile, ne subissant ainsi pas le risque d'un éventuel changement de domicile du consommateur. Voir H. GAUDEMEL-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n° 44-2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 750, en spéc. p. 234; A-M. DE MATOS (note 10), p. 589, en spéc. p. 54; H. BUREAU (note 3), p. 104. Voir aussi Schutz (R-N), "Les contrats de consommation en droit international", in : Les contrats de consommation, Journée d'études, Poitiers, 18 et 19 d'octobre 2001, PUF, pp. 135-155, en spéc. p. 148. Voir aussi M. TENREIRO, "La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Les consommateurs protégés dans la société de l'information", Études de droit de la consommation: liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, pp. 1093-1109, en spéc. p. 1106.

<sup>12</sup> Rapport Jénard, page 33.

<sup>13</sup> L'article 48 du nouveau code de procédure civile l'interdit si une des parties est un consommateur.

<sup>14</sup> Dans ce sens voir L. D'AVOUT, "La refonte du règlement Bruxelles I (règlement UE n° 1215/2012)", Dalloz, 2013, p.1014, point 16. Selon l'auteur, l'amendement de l'article 26 est discrète, mais remarquable et digne d'approbation.

<sup>15</sup> Voir le considérant n° 20 du Règlement de Bruxelles I bis pour cette précision.

<sup>16</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, Droit international privé, 3<sup>e</sup> édition, Thémis droit / Puf, 2014, en spéc. t. II, p. 369.

<sup>17</sup> Voir pp. 37-38 du Rapport Jenard.

<sup>18</sup> Même s'il a été très critiqué par la doctrine sur l'application des principes énoncés dans

le cas en question. Voir l'arrêt de la Cour de cassation (1re Ch. civ.) du 04/10/2005, "Keller Grundbau GmbH c. Électricité de France et Spie Citra Île-de-France". Voir aussi les commentaires sur cet arrêt: Rev. crit. DIP, 2006, p. 413, note M. AUDIT; JDI, n° 2006, 169, note J.-M. JACQUET; D2006.1495, en spéc. p. 1501, note F. JAULT-SESEKE; Gaz. Pal, 2006, pp. 24-25, p. 24, note M.-L. NIBOYET.

<sup>19</sup> Voir M. AUDIT, Rev. crit. DIP, 2006, p. 413. Et aussi : JDI, 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET. Certains considèrent pourtant que cette condition d'internationalité a été levée par l'arrêt Owusu (Cour de Justice des Communautés Européennes, 01/03/2005, Affaire C-281/02, Owusu, P. LEGER, avocat général, Rév. Crit DIP, 2005, p. 698, note C. CHALAS; JDI, 2005, p.1177, note G. CUNIBERTI / M.-M. WINCKLER; Gaz. Pal. 27-28, mai 2005, n° 33, note M.-L. NIBOYET). Cette interprétation dérive de l'attenué 34 dans lequel la Cour énonce que "les règles uniformes de compétence contenues dans la Convention de Bruxelles n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement à des situations comportant un lien effectif et suffisant avec le fonctionnement du marché intérieur, impliquant, par définition, plusieurs États membres". Pourtant, le doute existe parce que dans le cas de cet arrêt, était en jeu un rapport entre un État contractant et un État non contractant et que les questions qui ont dû être tranchées par la Cour n'étaient pas spécifiquement sur cette condition d'internationalité ou même sur les conditions de validité de la clause attributive.

<sup>20</sup> Voir M. AUDIT, Rev. crit. DIP, 2006, p. 413. La Cour mentionne, pourtant, aussi la question de la volonté des parties comme si cette volonté devrait être prise en considération pour déterminer l'internationalité de la situation, cette mention qui a été faite de façon ambiguë est questionable et très critiquable. Sur ces critiques voir par exemple: Rev. crit. DIP, 2006, p. 413, note M. AUDIT; JDI, 2006, p. 169, note J.-M. JACQUET; JDI, 2006, p. 1495, en spéc. p. 1501, note F. JAULT-SESEKE; Gaz. Pal., vol. 24-25, mai 2006, p. 24, note M.-L. NIBOYET. Et aussi D. BUREAU / H. MUIR WATT (note 17), p. 370.

<sup>21</sup> Voir l'arrêt "Benincasa", CJCE, 03/07/1997, C269/95, JDI1998.581, en spéc. les paragraphes 21 et suivants.

<sup>22</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 05/04/ 1993, publié au Journal Officiel n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 - 0034.

<sup>23</sup> Article 3: 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. 2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. 3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

<sup>24</sup> "Clauses ayant pour objet ou pour effet: (...) q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'ac-

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

tions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat”.

<sup>25</sup> Cela pourrait changer dans les prochaines années. Il y a un projet de loi (PLS 281/2012) en discussion au Sénat brésilien qui propose l'actualisation du Code brésilien de protection du consommateur pour l'adapter au commerce électronique. Parmi les règles proposées dans ce projet il y a une nouvelle règle de juridiction internationale (l'article 101 du projet) selon laquelle les clauses attributives seraient nulles. D'après la nouvelle rédaction pour l'article 101, III du Code proposé dans le PLS 281/2012, “sont nulles les clauses d'élection de for et d'arbitrage célébrées par le consommateur” dans les actions pour responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fournisseur de produits ou services, dans le cas d'un contrat à distance (national ou international).

<sup>26</sup> Loi n° 13.105, du 16/03/2015.

<sup>27</sup> Dans l'ordre juridique brésilien, une “súmula” est un extrait des déclarations répétées sur le même sujet qui constitue un précédent obligatoire et qui vise à l'uniformité de la jurisprudence. Súmula 335 STJ: “É válida a eleição de foro para processos oriundos de contratos”.

<sup>28</sup> J. M. ROSSANI GARCEZ, Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994, en spéc. p. 47.

<sup>29</sup> C. LIMA MARQUES, “Brésil”, in: D.P. Fernández Arroyo (ed.), Consumer protection in international private relations, Biblioteca de Derecho de la Globalización, Asuncion, ASADIP / CEDEP / BRASILCON, pp. 47-95, en spéc. p. 66; C. TIBÚRCIO, “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”, Revista de Direito do Estado do Rio de Janeiro, n° 12, 2008, pp. 379-384; R. DA FONSECA, “Competência internacional: competencia concorrente da justiça brasileira, diferenças entre a cláusula de eleição de foro e a cláusula compromissória”, Revista de Arbitragem e Mediação, n° 7, 2005, pp. 223-237; M. DE NARDI, “A lei e o foro de eleição em contratos internacionais: uma visão brasileira”, in: J. Grandino Rodas (coord.), Contratos Internacionais, 3<sup>o</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 122-194. Voir aussi pour l'acceptation de l'autonomie de la volonté mais avec des limites comme les liens significatifs du for choisi avec le contrat: J. M. ROSSANI GARCEZ, Contratos Internacionais Comerciais. Planejamento, Negociação, Solução de Conflitos, Cláusulas Especiais, Convenções Internacionais, São Paulo, Saraiva, 1994, en spéc. pp. 48-49. Voir aussi pour un aperçu de la question depuis un point de vue du droit américain: D. STRINGER, “Choice of Law and choice of forum in brazilian international commercial contracts: party autonomy, international jurisdiction, and the emerging third way”, Columbia Journal of Transnational Law, 2006, pp. 959-991.

<sup>30</sup> N. DE ARAUJO, Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira, 5<sup>o</sup> ed. 2011, en spéc. p. 223. Voir aussi: C. TIBURCIO, “A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro”, Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

<sup>31</sup> M. BORGES RODRIGUEZ, “A eleição de foro estrangeiro nos contratos internacionais à

luz da jurisprudência brasileira”, Revista eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009, pp. 292-326, en spéc. p. 298.

<sup>32</sup> Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle (Buenos Aires, 1994).

<sup>33</sup> M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), en spéc. pp. 299 ss. L'auteur écrit que ce protocole est l'espoir pour un changement de la jurisprudence brésilienne sur l'acceptation des clauses attributives dans les contrats internationaux.

<sup>34</sup> M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), en spéc. p. 298.

<sup>35</sup> L. RADÜNZ, “Estudos de Direito Internacional”, Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, vol. II, Curitiba, Juruá, 2004, pp. 143-147, en spéc. p. 146.

<sup>36</sup> REsp 251.438/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, du 8 août 2000, publié au DJ du 02/10/2000, p. 173.

<sup>37</sup> Les auteurs cités dans cette sentence sont: J. I. BOTELHO DE MESQUITA (en particulier son article publié à la Revista de Processo, n° 50) et CHIOVENDA (en particulier l'œuvre Instituições, I, 1943, p. 70).

<sup>38</sup> Voir point 3 de la décision sur le RESP STJ 251.438 RJ 2000/0024821-5 du 08/08/2000.

<sup>39</sup> Voir par exemple les arrêts suivants, tous du Tribunal supérieur de justice brésilien : Recurso Especial n° 1.168.547-RJ (2007/0252908-3), du 11/05/2010 ; EDcl nos EDcl no Recurso Especial n° 1.159.796-PE (2009/0203571-7) du 15/03/2011 ;

<sup>40</sup> Voir pour une analyse de cette jurisprudence: M. BORGES RODRIGUEZ (note 32), pp. 292-326.

<sup>41</sup> Voir par exemple les arrêts du Tribunal supérieur de justice brésilien qui valident la clause attributive dans des contrats internationaux: AgRg no Agravo de Instrumento n° 459.668-RJ (2002/007/6056-3) du 19 novembre 2002; Recurso Especial n° 1.177.915-RJ (210/0018195-5) du 13/04/2010; Recurso Especial n° 242.383-SP (1999/0115183-0) du 03/02/2005.

<sup>42</sup> “A eleição de foro estrangeiro é válida, exceto quando a lide envolver interesses públicos” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 242.383/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, jugé le 03/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 360). Plusieurs décisions ont suivi cet arrêt, voir par exemple: Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.177.915/RJ (2010/0018195-5) et Superior Tribunal de Justiça, REsp 242.383/SP (1999/0115183-0).

<sup>43</sup> M. BORGES RODRIGUEZ (note32), en spéc. p. 310.

<sup>44</sup> Voir en particulier l'arrêt rendu par le Tribunal supérieur de justice brésilien au Recurso Especial n° 242.383-SP (1999/0115183-0) du 03/02/2005.

<sup>45</sup> Les clauses compromissoires ont été considérées constitutionnelles par le Suprême tribunal fédéral (Supremo Tribunal Federal) en 1996 – SEC 5206-7 – STF – voto Min. Sepúlveda Pertence – MBV/Resil.

<sup>46</sup> Mais, étant donné le standard très haut de protection des consommateurs au Brésil, il est plus probable que la jurisprudence évolue dans le sens de la prohibition des clauses attributives dans les rapports de consommation.

<sup>47</sup> “Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva”.

**Paula Serra Freire**

## **L'autonomie de la volonté et les contrats de consommation**

<sup>48</sup> Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo. Il faut rappeler que ce protocole n'est pas encore en vigueur par une limitation insérée dans l'article 18 du protocole même.

<sup>49</sup> Quelques auteurs interprètent l'article 5 du Protocole de Santa Maria comme une règle sur l'élection de for, mais à notre avis cet article établit des fors alternatifs au seul choix du consommateur, ce qui ne peut pas être comparé à une règle d'élection de for. Voir E.A. KLAUSNER, "Jurisdição Internacional em Materia de Relações de Consumo no Mercosul – Sugestões para a Reedição do Protocolo de Santa Maria", Revista de Direito do Consumidor, 2005, pp. 116-143, en spéc. p. 129. Le texte de l'article 5 du Protocole est le suivant : "Article 5º Solutions Alternatives : Il aura également juridiction internationale, exceptionnellement et par volonté exclusive du consommateur, manifestée expressément au moment d'initier l'action, l'État : (a) de la célébration du contrat, (b) d'exécution de la prestation de service ou livraison des biens, (c) du domicile du demandé" (cette traduction a été effectuée par nos soins).

<sup>50</sup> Voir dans ce sens U. WEHNER, "Contratos Internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet", Revista de Direito do Consumidor, 2001, p. 142-165, en spéc. p. 162. Voir aussi le document de la Conférence de La Haye de Droit International Privé intitulé "Les Instruments Américains du Droit international privé, une note sur leurs rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for", préparé par A. SCHULZ, Premier secrétaire, A. MURIA TUÑON / R. VILLANUEVA MEZA, juristes stagiaires, Doc. prél. n° 31, Juin 2005, en spéc. p. 23, note au pied de page n° 69. Ce document peut être consulté au [http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm\\_pd31f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd31f.pdf).

<sup>51</sup> U. WEHNER (note 50), en spéc. p. 162.

<sup>52</sup> Opinião Consultiva nº 1/2007, rendu à Assunção, Paraguai, le 03/04/2007, affaire "Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante".

<sup>53</sup> En portugais: "Vale dizer que nos contratos de venda ao consumidor não se pode aplicar o alcance que se dá à autonomia da vontade por tal Protocolo para escolher foro e direito aplicável".

<sup>54</sup> C. LIMA MARQUES (note 30), en spéc. p. 61 et p. 68.

<sup>55</sup> Comme dans le cas de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 05/04/1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

<sup>56</sup> Portaria nº 4, du Ministère de la Justice (Sécretarie de droit économique), du 13/04/1998 ("são nulas de pleno direito as cláusulas que elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor").

<sup>57</sup> Le texte en portugais de l'article 6 dit le suivant: "Art. 6. (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)".

<sup>58</sup> Voir arrêt du Tribunal de justice du District Fédéral: TJDF, Ap. Civ. 17538-2, rel. Des. Nívio

Gonçalves, publié au DJU 03/05/2000, p. 33: “O reconhecimento da nulidade das cláusulas abusivas pode verificar-se mediante pronunciamento de ofício do magistrado, uma vez que as disposições do código de defesa do consumidor, por força de seu art. 1º, são consideradas preceitos de ordem pública”.

<sup>59</sup> C. LIMA MARQUES (note 30), en spéci. p. 65.

<sup>60</sup> C. LIMA MARQUES (note 30), en spéci. p. 48.

<sup>61</sup> Code Bustamante (Convention de droit international privé), signé à La Havane le 20/02/1928. Ce code a été ratifié par le Brésil au moyen du Décret n° 18.871 du 13/08/1929. L'état des ratifications est disponible à l'adresse: <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-31.html>.

<sup>62</sup> EDcl no Conflito de Competência nº 50.559 - SP 2005/0085923-9, Relator: Min. Fernando Gonçalves.

<sup>63</sup> C. LIMA MARQUES (note 60), en spéci. p. 67.

<sup>64</sup> Voir dans ce sens L.J.C. CUNHA, “A pessoa jurídica como consumidor e a cláusula de eleição de foro em contrato por ela subscrito: reflexos na competência do juízo e na apreciação judicial”, Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, RT, 2008, p. 170. Et aussi STJ, CComp n. 42591/SP, rel. Fernando Gonçalves, j. 10/10/2007.

<sup>65</sup> “Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor (...)”

<sup>66</sup> TJRS – 9a. Câmara – ApCiv 196182760 – rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza – j. 19/11/1996.

<sup>67</sup> Dans ce sens voir S. ALVES TADEU, “O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária”, Revista de Direito do Consumidor, nº 47, 2003, pp. 180-189, en spéci. p. 184.