

RESTRICCIÓNES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CON CONSUMIDORES

RESTRICTIONS ON THE AUTONOMY OF THE WILL OF THE PARTIES TO CHOOSE THE RIGHT APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL CONTRACTS WITH CONSUMERS

LUCIANE KLEIN VIEIRA*

RESUMEN

La autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable al contrato internacional es un criterio utilizado globalmente para las relaciones comerciales transfronterizas, donde ambas las partes contratantes poseen igual poder de negociación. Sin embargo, en aquellos contratos con la presencia de una parte débil, como es el caso del consumidor, el amplio empleo del criterio referido puede suscitar problemas, incluso pudiendo resultar en un abuso de derecho por parte del más fuerte, en este caso, el proveedor, quien impone su voluntad por medio de las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión. En este sentido, en el presente artículo, se pretende establecer cuáles son los recaudos necesarios para el uso de la autonomía de la voluntad en tales contratos. De este modo, el problema de investigación planteado es: ¿cuáles son los condicionantes y circunstancias que deben limitar la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable al contrato internacional cuando se está ante la presencia de un consumidor, sujeto vulnerable

ABSTRACT

The autonomy of the will for the choice of law applicable to the international contract is a criterion used globally for cross-border commercial relations, where both contracting parties have equal bargaining power. However, in those contracts with the presence of a weak party, as is the case of the consumer, the wide use of the aforementioned criterion may give rise to problems, even though it may result in an abuse of right by the stronger party, in this case, the provider, who imposes its will through the clauses set out in standard contracts. In this sense, in this article, we intend to establish what are the necessary precautions for the use of the autonomy of the will in such contracts. Thus, the research problem raised is: what are the conditions and circumstances that should limit the autonomy of the parties' willingness to choose the law applicable to the international contract when faced with the presence of a consumer, a vulnerable subject in the contractual relationship? Through the use of descriptive normative method, from a critical

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutora em Direito (área: direito internacional), pela Universidad de Buenos Aires – UBA.
E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br

de la relación contractual? A través del empleo del método normativo descriptivo, a partir de una perspectiva crítica y sistémica, se puso de relieve que la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales con la presencia del consumidor debe ser acotada o restringida, condicionada a una serie de determinantes previos previstos en ley, de modo a conferir protección material a la parte débil de la relación jurídica.

PALABRAS-CLAVE: Autonomía de la voluntad. Contrato internacional. Consumidor. Derecho aplicable. Protección material.

and systemic perspective, it was highlighted that the autonomy of the will in international contracts with the presence of the consumer must be limited or restricted, conditioned to a series of previous determinants provided for in law, in order to confer material protection to the weak part of the legal relationship.

KEYWORDS: *autonomy of the will. International contract. Consumer. Applicable law. Material protection.*

ÍNDICE: 1 Introducción. 2 Los pros y contras de la aplicación del principio a los contratos internacionales con consumidores. 3 Las restricciones a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales con la presencia del consumidor. 3.1 La exclusión de la *lex mercatoria*. 3.2 La exigencia de vinculación o conexidad entre contrato y ley elegida, condicionándola a un catálogo de leyes pre establecido. 3.3 El empleo de una única ley para regir el contrato y la exclusión del reenvío. 3.4 La imposición de la aplicación del derecho del domicilio o residencia habitual del consumidor como un estándar mínimo de protección. 3.5 La obligatoriedad de brindar información al consumidor respecto a la posibilidad de elegir la ley aplicable a la relación jurídica. 4 Una solución aceptable: condicionar la elección de la ley aplicable al contrato internacional a que sea la más favorable al consumidor. 5 Un viejo límite a la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores: el orden público internacional. 6 Consideraciones finales. Bibliografía

1 INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes es la pieza clave del comercio internacional,¹ en la medida en que valora el individuo² frente al Estado, dándole capacidad de

1 POLIDO, 2016, p. 782.

2 JAYME, 1995, p. 54.

autodeterminación para la elección del derecho que esté más acorde a sus intereses privados. Pese a lo expuesto, es necesario advertir que este principio ha sido desarrollado para los contratos comerciales internacionales, en los cuales se supone que las partes estén en igualdad de condiciones, con igual poder de negociación. De todos modos, en los contratos internacionales celebrados con consumidores, el proveedor, por lo general, goza de una posición económica más fuerte, teniendo, así, más habilidad en su poder de mando y un mayor interés en enmarcar las condiciones del contrato. Sobre el tema, Ole Lando llama la atención para el hecho de que en los contratos de consumo no hay una libertad real de contratación.³

En este escenario, lo que se observa es que la aparición del fenómeno de los contratos masificados, con fórmulas prerredactadas y un sistema de adhesión a contenidos predispuestos ha modificado la clásica faceta de la autonomía de la voluntad, que se presenta, ahora, bajo dos perspectivas distintas: la de la libertad de contratar o “autodecisión”, que consiste en la autodeterminación para contratar o rehusarse a hacerlo (libertad de no querer); y la de la libertad contractual o “autorregulación”, vinculada a la mayor o menor incidencia de la autonomía privada en la estructura y contenido del contrato.⁴

Este nuevo ropaje de la autonomía de la voluntad ha dado lugar a la necesidad de un progresivo acotamiento en la libertad de las partes, derivado del intervencionismo estatal⁵ y del proteccionismo a determinados sectores sociales, lo que puso en evidencia la crisis del modelo contractual clásico. Siendo así, dadas las nuevas características de la autonomía de la voluntad, lo que se debe buscar es resguardar a los más vulnerables en el tráfico negocial internacional, por medio de la limitación de las condiciones contractuales abusivas impuestas por el mercado. En este sentido, en los contratos de consumo, que en general son de adhesión, ya que no se le proporciona una libertad real al consumidor para elegir

3 LANDO, 1984, p. 294.

4 SAUX, 2014, p. 26.

5 NICOLAU, 2009, p. 239.

el derecho que regirá la relación jurídica, se debe, por lo menos, garantizar el respeto a la aplicación de normas protectoras. Además, en tales contratos, si se aplican las reglas del comercio internacional, que en general prevén una amplia libertad de contratación, se estará permitiendo a los proveedores, en palabras de Paul Lagarde, estipular en el contrato la aplicabilidad de una norma que es más favorable a su interés comercial, especialmente para validar cláusulas consideradas abusivas.⁶

De este modo, la idea que se presenta, en este artículo, no implica, necesariamente, en predicar la indefectible crisis de la autonomía de la voluntad, elemento central del contrato y del comercio internacional, sino más bien en asumir las características de la realidad puesta a los consumidores transfronterizos, en un mundo global y cosmopolita.⁷ Esto porque “cuando en los polos de los intereses en juego hay distorsiones de potencialidad negocial que requieren auxiliar al más débil”⁸ el DIPr no puede darles las espaldas a los más desprotegidos.

A partir de lo expuesto, se presenta el siguiente problema de investigación ¿cuáles son los condicionantes y circunstancias que deben limitar la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable al contrato internacional cuando se está ante la presencia de un consumidor, sujeto vulnerable de la relación contractual? Para la presentación de los resultados a que se ha arribado, el método utilizado fue el normativo descriptivo, empleado a partir de una perspectiva crítica y sistémica.

2 LOS PROS Y CONTRAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CON CONSUMIDORES

La libertad contractual es una forma interesante de superación del método tradicional de conflicto, empleado para

6 LAGARDE, 2001, p. 513.

7 Sobre el cosmopolitismo, ver: SALDANHA; MELLO, 2017, pp. 435-459.

8 SAUX, 2014, p. 30.

designar el derecho aplicable al contrato internacional. En las relaciones *B2B* aporta una serie de beneficios en la medida en que elimina la inseguridad jurídica e imprevisibilidad respecto a qué derecho regirá la relación contractual; puede permitir el empleo de los usos y costumbres consagrados en el comercio internacional; y, sobre todo, posibilita a los contratantes vincular la solución del conflicto a las reglas que desean que gobiernen el contrato.

Bajo estas condiciones, está claro que, al brindar seguridad y previsibilidad a las relaciones jurídicas, la autonomía de la voluntad facilita la fluidez de los negocios. Sin embargo, en el momento de la determinación del contenido de las cláusulas contractuales, al permitirse la elección de la ley aplicable a un contrato internacional de consumo, pueden ocurrir injusticias, si hubiere un desequilibrio de poder entre los contratantes. En estos casos, la autonomía de la voluntad no siempre asegurará al contratante más débil una verdadera libertad de elección.⁹ Así, es importante, antes de simplemente admitir sin mayores reflexiones el principio en estudio en su forma más amplia, analizar la relación existente entre la autonomía de la voluntad y el tipo contractual del cual se trata.¹⁰

Ante este escenario, es notoria la doble faz de la autonomía de la voluntad en el DIPr. Al mismo tiempo en que se le da al individuo la capacidad de auto-determinarse, también se percibe que las personas no son todas iguales, y que presentan condiciones especiales. Por esta razón, no se puede simplemente trasladar las soluciones a las que arribó el comercio internacional a los contratos transfronterizos con la presencia de una parte débil. Es necesario encontrar soluciones que puedan “corregir” la desigualdad material entre los sujetos de derecho o, en otras palabras, “establecer” un mínimo de equilibrio entre las partes.

En este sentido, como se verifica, el modelo jurídico concebido en el afán del libre comercio, que tiene como pieza clave la libertad de las partes en la contratación internacional, en lo que se refiere a las relaciones de consumo, pasa por un momento de

9 ZANCHET, 2007, p. 186. En el mismo sentido, ver: POCAR, 1984, pp. 372-383.

10 Sobre el tema ver: NICOLAU, 1995, pp. 872 y ss.

crisis que exige una respuesta urgente del legislador¹¹. Si la persona humana, el consumidor, constituye el centro del derecho, es necesario prever reglas que la protejan en la contratación transfronteriza, sin dejar de aplicar, en cierta medida y bajo determinados recaudos, los postulados derivados de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, en la medida en que no produzcan una disminución del nivel de protección que sería concedido en virtud de la aplicación de las normas imperativas o de orden público del domicilio o residencia habitual del consumidor, como parámetro mínimo de tutela estatal. De este modo, conforme ha sostenido la doctrina, “parece más razonable y apropiado aceptar la autonomía de la voluntad como regla general, con las debidas restricciones para proteger a las partes económicamente débiles”.¹²

Si no se aplican restricciones o limitaciones a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales con consumidores, teóricamente, es probable que haya una serie de abusos cometidos por el proveedor en la relación contractual, que puede valerse de la autonomía de la voluntad como mecanismo que permite la opresión del débil por el más fuerte.¹³ Así, sin la imposición de determinados límites, se podría estar ante situaciones concretas en las cuales se daría, por ejemplo, la aplicación de distintas leyes al mismo contrato; la aplicación de usos y costumbres comerciales a la relación de consumo; la aplicación del derecho del Estado donde se encuentra la sede del proveedor, que puede no coincidir con el lugar en donde está domiciliado el consumidor y/o puede no ser más favorable a la parte débil; y la aplicación de normas que no contemplan ninguna disposición tuitiva, entre otras posibilidades.

11 Es necesario elaborar normas específicas de DIPr para la protección de los consumidores, pues las conexiones existentes para regular el comercio internacional tienen como base el equilibrio estructural de fuerzas o de intereses profesionales entre sus agentes, sugiriendo como conexiones la autonomía de la voluntad, el local de ejecución del contrato, o el local de celebración del instrumento referido.

12 FERNÁNDEZ ARROYO, 2000, p. 45.

13 POCAR, 1984, p. 372.

No obstante los problemas señalados, la solución pareciera no estar en la restricción total¹⁴ a la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato internacional de consumo, como es la propuesta de algunos países para su derecho interno, y que de hecho fue aprobada, en 2015, en Argentina.¹⁵ En este sentido, resulta de interés traer a colación los comentarios de Fausto Pocar, para quien un consumidor no puede verse perjudicado por no poder incluirse en el contrato una cláusula que contemple una disposición que le sea más benéfica que el derecho que resultaría aplicable por determinación de la norma de conflicto. Según el autor:

en materia de contratos concluidos por consumidores, ¿por qué se debería excluir la existencia de cláusulas respecto a la elección de la ley aplicable que favorezcan al consumidor? Tomemos como ejemplo una venta en cuotas entre una empresa sueca y un consumidor italiano, sometida, por hipótesis, al derecho italiano, en virtud de la conexión con la residencia del comprador. El derecho sueco prevé reglas de protección al consumidor desconocidas del derecho italiano, como, por ejemplo, un plazo de reflexión durante el cual el comprador puede arrepentirse y decidir no firmar el contrato, destinado a eliminar, así, el ‘efecto sorpresa’ que lleva al consumidor a comprar cosas inútiles, o aún el pago de un depósito mínimo inicial, por el comprador, destinado a evitar su endeudamiento excesivo. Supongamos que una cláusula que contiene la elección de la ley aplicable designe el derecho sueco, porque el vendedor tiene interés en introducirla en el contrato por razones de uniformidad en la conducta de sus negocios, aunque ella le sea menos favorable. ¿Por qué no dar validez a esta cláusula? A la

14 De esta forma, la exclusión total de la autonomía de la voluntad puede ser perjudicial al crecimiento de los negocios internacionales de consumo. Así, el camino intermediario sugerido por la doctrina alemana parece ser el mejor: una autonomía de la voluntad limitada y sujeta a la decisión del juez, respecto a si la ley elegida por el proveedor fue realmente la más favorable al consumidor. En caso negativo, el juez debe aplicar la ley del domicilio del consumidor. (MARQUES, 2006, p. 94.)

15 Argentina, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, prohíbe expresamente la posibilidad de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Uruguay, en igual medida, prohíbe la autonomía de la voluntad para los contratos con consumidores, en su Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, cuya última versión es del 2013. Brasil, del mismo modo, en la última versión de su propuesta de actualización del CDC, del 2014, excluye la elección del derecho aplicable. Bolivia, igualmente, en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, del 2009, no admite la autonomía de la voluntad para los contratos internacionales de consumo.

luz de las situaciones mencionadas y de otras similares que podrían presentarse en la práctica, la radical exclusión de la autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable al contrato podría encontrar, si fuere el caso, otras justificativas, notoriamente en la oportunidad de una reglamentación uniforme de ciertas relaciones jurídicas, pero sería contradictorio justificarla haciendo valer la exigencia de la protección de la parte débil del contrato, ya que esta exigencia puede contraponerse a la protección pretendida.¹⁶

A partir de las reflexiones de Pocar, veamos cuáles son las principales restricciones a la elección del derecho que gobernará el contrato internacional de consumo, que pueden ser construidas para guiar el DIPr que se ocupa de la protección del débil jurídico.

3 LAS RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CON LA PRESENCIA DEL CONSUMIDOR

Los contratos internacionales de consumo rompen los moldes tradicionales de la autonomía de la voluntad e introducen un nuevo contorno a la relación contractual. En este sentido, es indudable que

el desenvolvimiento de la autonomía privada en el siglo veintiuno llevará a admitir que el principio no podrá ser reconocido desde una perspectiva abstracta o general. Antes bien, interesará diferenciar en los hechos aquellos sectores de la vida económica proclives a la espontánea ordenación de las relaciones patrimoniales a través del juego de la autonomía privada, de aquellos sectores en que la forma contractual no encierra más que una apariencia de contrato, que en los hechos carece de negociación, de elaboración consensuada y de componentes racionales en la toma de la decisión. Desde luego, el segmento de los contratos de consumo muestra formas de manifestación de la autonomía privada crecientemente acotadas por la incidencia de mensajes publicitarios.¹⁷

De este modo, la fórmula para la protección de la parte débil de la relación internacional de consumo no está en la completa

16 POCAR, 1984, p. 375. (Traducción propia)

17 ARIZA, 2005, p. 258.

exclusión de la autonomía de la voluntad, sino, y más precisamente, en su admisión en los contratos internacionales celebrados por consumidores, desde que observados algunos recaudos, que imponen restricciones o límites al libre ejercicio de la libertad contractual. Estas restricciones tienen que ver, primordialmente, con las siguientes cuestiones puntuales, sin desmedro de la existencia de otras: a) la necesidad de exclusión de la *lex mercatoria* para regir los contratos con consumidores;¹⁸ b) la necesidad de existencia de un vínculo entre la relación jurídica y la ley elegida, condicionando, asimismo, la elección realizada a un catálogo de leyes pre establecido; c) el empleo de una única ley para regir el contrato y la exclusión del reenvío; d) la imposición de la aplicación del derecho de la residencia habitual o del domicilio del consumidor como un estándar mínimo de protección; y e) la obligatoriedad de brindar información al consumidor respecto a la posibilidad de elegir la ley aplicable a la relación jurídica. Todas estas restricciones, es dable señalar, son acompañadas de la existencia de normas imperativas y de orden público internacional, que funcionan como mecanismos de protección al consumidor transfronterizo.

3.1 LA EXCLUSIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

De acuerdo a lo que sostiene la doctrina, la *lex mercatoria* como manifestación del derecho posee una fuerza que no emana de la autoridad de un sistema jurídico estatal, sino más bien de su reconocimiento por la comunidad comercial y de las autoridades estatales, como siendo un sistema de normas autónomo. En ese sentido:

Se ha destacado que su originalidad consiste en el hecho de que representa una reacción ante el *statu quo* creado por los sistemas jurídicos nacionales, muchas veces incapaces de regular adecuadamente las relaciones jurídicas internacionales, que se convierten así en la gran fuente de la *lex mercatoria*, puesto que surge de sus prácticas y de reglas que se forman, se consolidan y se transforman rápidamente en función de las exigencias del perfeccionamiento, de la especialización

18 En el mismo sentido: MARQUES, 2012, p. 141; BOGGIANO, 2010, p. 1308.

y del poder vinculante que su aceptación inmediata le atribuye, en la *societas mercatorum* en que se manifiesta. Los INCOTERMS, las reglas de los créditos documentarios, las condiciones generales de contratación, los contratos formularios, las reglas emanadas de la CCI y de UNCITRAL, por ejemplo, permiten sostener a muchos autores que más que un sistema de usos y prácticas, se trata aquí de un verdadero sistema autónomo, de un orden jurídico especial, resultado del hacer cooperante de los operadores del comercio internacional, muy elaborado y fundamentalmente pragmático.¹⁹

De hecho, la *lex mercatoria*, una de las manifestaciones del *soft law*,²⁰ concepto empleado para representar una oposición al derecho estatal (*hard law*),²¹ es un instrumento necesario al desarrollo del comercio transfronterizo, producido tanto por organizaciones interestatales como por actores privados y que se incrementa en el cotidiano de los comerciantes por medio de la autonomía de la voluntad conferida a las partes. No obstante, este derecho blando, que se caracteriza por la ausencia de coacción y por ser patrocinado e impulsado por sujetos e intereses diversos, no puede estar exento de limitaciones. La autonomía de la voluntad no debe significar la concesión de una libertad tan grande que “permita a los grupos de interés que lo motorizan, dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados”.²² Es decir,

19 UZAL, 2005, p. 732.

20 Para la doctrina, el *soft law* como derecho flexible indica un conjunto de directrices no estatales que, por ejemplo, están contenidas en tratados aún no están vigentes, en declaraciones adoptadas en conferencias, en resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, en recomendaciones, *guidelines*, códigos de conducta, usos y costumbres del comercio internacional. No es una “ley” en sentido estricto. (CRETELLA NETO, 2012, pp. 221-222.)

21 Con relación a la distinción entre *hard law* y *soft law* es interesante mencionar que el primero se refiere a fuentes jurídicas de alta intensidad, representadas, por ejemplo, por los tratados, que contemplan en si mismas un poder de coacción, mientras que el segundo se relaciona con las fuentes de baja intensidad, que, al contrario, no son obligatorias y carecen de poder impositivo, pero que poseen, al mismo tiempo, carácter de persuasión, en la medida en que pueden servir para llenar lagunas, así como estimular la creación del derecho en sentido estricto. (AMARAL JÚNIOR, 2011, pp. 51-58.)

22 ALL, 2013, p. 202.

la libertad de utilización de las reglas producidas por el comercio internacional debe encontrar un freno en las normas de orden público o leyes de aplicación inmediata de los Estados, justamente para lograr un equilibrio entre las relaciones entabladas.

Pese a la importancia y al desarrollo del derecho no estatal, representado sobre todo por los usos y costumbres del comercio internacional, se plantea el siguiente interrogante: ¿el *soft law*, como derecho blando que no contempla reglas protectorias, sino directrices para regir las relaciones comerciales entre contratantes en igualdad de condiciones, puede ser igualmente invocado por las partes para que sea aplicado a los contratos internacionales en los cuales una de ellas es vulnerable? ¿Cuál es el rol que debe ejercer el Estado en la protección de la parte débil, respecto al tema? En este sentido, buscando iluminar la reflexión y a fin de corroborar el posicionamiento que se presenta, Javier Ochoa Muñoz sostiene que:

debe verse con recelo la formación de un sistema jurídico por los propios círculos profesionales interesados, donde normalmente el Estado no tiene ninguna injerencia, ni intervención. Evidentemente que ello trae consigo el riesgo de que a través de los distintos usos y prácticas trazados por tales sectores, se encubran y protejan injustificadamente los intereses de los más poderosos en el comercio internacional, en perjuicio de los intereses de los más débiles.²³

De este modo, la *lex mercatoria* no puede ser elegida como derecho aplicable al contrato internacional con la presencia del consumidor, aunque sea ampliamente deseable su utilización en los contratos comerciales internacionales, porque, dada las peculiaridades de los contratos transfronterizos de consumo es imperiosa la presencia del Estado²⁴ y de su poder normativo para

23 OCHOA MUÑOZ, 2005, p. 830. En igual sentido, Fernández de La Gándara y Calvo Caravaca sostienen que: “la sociedad internacional de los comerciantes – no se olvide – no es un paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. Parafraseando a Cicerón, cabe recordar que, entre el fuerte y el débil, la ley libera y la libertad esclaviza: la interposición del Estado es, desde esta perspectiva, instancia de protección de los débiles frente a los fuertes”. (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, 1995, pp. 53-54.)

24 Según advierte la doctrina, se admite la intervención del Estado siempre que se

ofrecer protección al vulnerable jurídico, mitigando, así, la fuerza del proveedor para el establecimiento de las cláusulas del contrato. Se recomienda, en este sentido, que se rechace expresamente esta posibilidad, para que no quede librada su limitación solamente al juego de las normas imperativas o de orden público de los Estados. En este sentido, la opción por el derecho proveniente del Estado se revela como medida de protección al consumidor transfronterizo. Siendo así,

nos parece que la remisión a derechos estatales puede ser, por el momento al menos, una postura más garantista de los derechos de los consumidores que el sometimiento a principios generales, *lex mercatoria* y leyes modelo de organismos internacionales. La aplicación de un derecho estatal, a pesar de que, eventualmente, corresponda hacerlo a tribunales extranjeros, supone una mayor eficacia y una aplicación de mecanismos ya conocidos y ensayados, donde los márgenes de obligatoriedad están más definidos y la discrecionalidad tiene menos espacios de actuación.²⁵

Finalmente, no se puede soslayar la existencia de instrumentos de *soft law*, como la Declaración de Sofía, del 2012, que se dirigen, especialmente, hacia la búsqueda de tutela para el consumidor transfronterizo.²⁶ En este caso, se está ante principios generales que deben orientar la elaboración de normas por parte de los Estados, pero que igualmente sirven como parámetro de interpretación, que debe ser considerado por el juez, en el momento de decidir la causa, aunque no sean vinculantes. En este sentido, no hay por qué no utilizar la orientación que reconoce al consumidor como parte vulnerable de la relación internacional y que, por lo tanto, necesita la aplicación de reglas más favorables a su protección (Principios 1 y 2 de Sofía). Como se puede observar, no se trata de *lex mercatoria*,

tenga por finalidad el alcance de un derecho contractual más justo y equilibrado. (GARRIDO CORDOBERA, 2011, p. 902.)

25 VELÁZQUEZ GARDETA, 2009, p. 291.

26 No se puede olvidar, igualmente, de las Directrices de la ONU, del 1985 (revisadas en 2015), primer instrumento de *soft law* destinado a la protección del consumidor, y de la Declaración de los Derechos Fundamentales del Consumidor, del 2000, en el ámbito MERCOSUR.

aunque sea derecho blando, razón por la cual no se excluye su aplicación y se constata una variación en el concepto de *soft law*, que no puede ser ignorada.

3.2 LA EXIGENCIA DE VINCULACIÓN O CONEXIDAD ENTRE CONTRATO Y LEY ELEGIDA, CONDICIONÁNDOLA A UN CATÁLOGO DE LEYES PRE ESTABLECIDO

Respecto a la segunda restricción señalada, la autonomía de la voluntad de las partes, en lo que se refiere a los contratos internacionales de consumo, no puede resultar en la aplicación de un derecho ajeno al contrato²⁷ y, peor aún, totalmente extraño a las disposiciones tuitivas del consumidor. De este modo, al brindarse la hipotética “libertad” a los contratantes para elegir el derecho aplicable, teniendo en cuenta que el consumidor no dispone de una libertad real, es necesario limitar el abanico de posibilidades de derechos que pueden ser elegidos²⁸ porque, en última instancia, quien elabora las cláusulas contractuales, en la práctica, es el proveedor. Debido a esta constatación, parte de la doctrina ha optado por el reemplazo de la expresión “derecho elegido por las partes” en los contratos internacionales de consumo por la fórmula “derecho establecido en el contrato”. “Así se rompería esa falsa impresión de que las partes eligen el derecho aplicable al contrato de consumo”.²⁹

En otras palabras, para corregir este desequilibrio entre las partes, sería recomendable la adopción de una elección del derecho aplicable restringida a ciertos ordenamientos jurídicos que estén conectados con el contrato y siempre condicionada

27 En sentido contrario, se destaca que si la ley elegida por las partes para regular el contrato internacional no ofende el orden público y si su adopción no fuere forzada o elegida injustamente por las partes, no hay porque exigir que la ley aplicable deba tener una íntima relación con el contrato. (MOON JO, 2001, p. 450.)

28 Por ejemplo, se podría limitar esta posibilidad de elección al derecho de la residencia habitual del consumidor, del lugar de celebración del contrato, del lugar de cumplimiento de la obligación asumida y del lugar en dónde se encuentra la sede del establecimiento comercial del proveedor. (Sobre el tema ver: POCAR, 1984, pp. 384-394.)

29 VELÁZQUEZ GARDETA, 2010, p. 44.

a que el derecho elegido ofrezca, por lo menos, el mismo nivel de protección al consumidor que el derecho del Estado de su domicilio o residencia habitual.³⁰ En este sentido, Pocar, en 1984, ya advertía que antes de eliminarse totalmente la posibilidad de elección del derecho aplicable al contrato, si se quiere proteger a la parte débil, se debe permitir una elección limitada o “guiada” por orientaciones que especifiquen, *a priori*, una serie de leyes con base en las cuales se puede seleccionar aquella que gobernará el contrato. Esta, igualmente, es la fórmula adoptada por la propuesta de Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a algunos Contratos y Transacciones Internacionales de Consumo (CIDIP VII) y por el Proyecto de Acuerdo del MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo.³¹ En el mismo sentido, Javier Alberto Toniollo ha advertido que brindar alternativas limitadas para la elección de la ley aplicable al contrato internacional de consumo es la forma de alcanzarse el fin material³² anhelado por el nuevo DIPr, ya que “las elecciones alternativas son un adecuado instrumento de protección desde que permitan dejar de lado las legislaciones menos favorables, promoviendo teleologías”.³³ Además, se ha señalado que es importante mantener la autonomía de la voluntad, pero, al mismo tiempo, se debe evitar el abuso por parte del proveedor, para no generar inseguridad jurídica. Así, el establecimiento de un listado de conexiones a disposición de las partes evita el abuso, indica la proximidad aceptada y tiene finalidad pedagógica o narrativa.³⁴

30 Esta solución es empleada por el Reglamento (CE) n° 593/2008, de la Unión Europea.

31 Esta solución se aleja de lo previsto en el Reglamento (CE) n° 593/2008, el cual, aunque establezca que la elección de la ley aplicable no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones de la ley de su residencia habitual, no trabaja propiamente con el concepto de aplicación de la ley más favorable, y tampoco prevé límites a la elección del derecho aplicable.

32 POLIDO, 2016, p. 771.

33 TONIOLLO, 1998, p. 99.

34 MARQUES, 2006, p. 94.

3.3 EL EMPLEO DE UNA ÚNICA LEY PARA REGIR EL CONTRATO Y LA EXCLUSIÓN DEL REENVÍO

En lo pertinente a la tercera restricción referida, es dable señalar que el objetivo buscado es evitar el fraccionamiento del contrato,³⁵ de modo de no tornarlo complejo por la aplicación del instituto del *dépeçage*, eliminándose, así, por lo menos en teoría, la incertidumbre, la inseguridad y la incoherencia³⁶ derivadas de la aplicación de diversos derechos a un único instrumento contractual. Es decir, en los contratos internacionales de consumo, la elección de la ley aplicable debe referirse a un único ordenamiento jurídico estatal.

Por otro lado, cabe señalar que sería igualmente interesante admitir la posibilidad de que en el futuro, una vez surgida la controversia, fuese posible modificar el derecho elegido en el contrato, siempre que esta modificación siga el principio general de la aplicación del derecho más benéfico al consumidor y sea planteada ante el juez de la causa.

Además, se debe prever, en ley, expresamente, la exclusión del reenvío, imponiendo como aplicable al contrato el derecho estatal material, es decir, se debe excluir la posibilidad de que las partes recurran al DIPr de un Estado (específicamente, sus normas indirectas), lo que podría resultar en una situación de desprotección, si las reglas para solucionar el conflicto de leyes emplearen criterios de conexión que no indiquen la aplicación de un derecho tuitivo.

3.4 LA IMPOSICIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL DOMICILIO O RESIDENCIA HABITUAL DEL CONSUMIDOR COMO UN ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN

Con relación a la cuarta restricción respecto a la obligación de aplicar el derecho de la residencia habitual o del domicilio

35 ARAÚJO, 2018, p. 385.

36 SOTO, 2011, p. 208.

del consumidor como un estándar mínimo de protección, es dable resaltar que esta fórmula, aunque con distintas matices, estuvo presente en el Convenio de Roma de 1980, reproducida posteriormente en el Reglamento (CE) n° 593/2008, sin desmedro de haber estado igualmente prevista en el Proyecto de La Haya de 1980 de Convención sobre la Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores, en la propuesta conjunta de Argentina, Brasil y Paraguay, presentada para la CIDIP VII, sobre derecho aplicable a los contratos con consumidores, en el Proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Jurisdicción y Ley Aplicable a los Contratos con Consumidores, presentado por Canadá, en la CIDIP VII, y en el Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo, aprobado recientemente, dirigida, sin embargo, a los contratos celebrados por el consumidor pasivo.

De hecho, no hay como distanciarse de este paradigma, dado que el derecho del domicilio o de la residencia habitual del consumidor es considerado como un valor de presunción, en el sentido de que se supone que es el más favorable a la parte débil de la relación jurídica. El fundamento de la aplicación de esta regla está basado en que la ley del país en donde vive el consumidor es aquella a la que él está acostumbrado, en virtud de su uso constante, que le permite predecir las consecuencias positivas o negativas advenidas de su aplicación, sin ser sorprendido por la imposición de las disposiciones de una ley extranjera, que no conoce y que le puede generar inseguridad.³⁷ Siendo así, se está ante una equivalencia entre conocimiento de la ley y tutela al consumidor.³⁸ Del mismo modo, en virtud de la fluidez de los negocios internacionales, sería temeroso no establecer esta presunción general, equiparada a un principio, una vez que se está ante una relación jurídica en donde

37 La residencia habitual del consumidor representa su centro de vida y no debe tener carácter transitorio. Se refiere a una cuestión de hecho y presupone la integración social de la persona al ambiente, siendo que elementos como casa, familia, trabajo, relaciones de amistad y actividades de tiempo libre deben ser considerados para identificar el concepto referido. De este modo, aplicándose el criterio de la ley de la residencia habitual del consumidor, la parte débil estará protegida por el derecho privado de su centro de vida. (JAYME, 1995, pp. 206-207.)

38 POCAR, 1984, p. 392-393.

una de las partes es vulnerable y, consecuentemente, necesita tutela específica.

Siguiendo la misma línea de orientación, sosteniendo que las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato internacional de consumo, pero no pueden derogar o substituir el mínimo de protección que ofrecen las normas del domicilio del consumidor, Antonio Boggiano ha destacado que:

en los contratos al consumidor la autonomía de las partes suele quedar excluida o limitada. No es posible derogar las normas imperativas de tutela del consumidor de su domicilio, que le ofrecen un estándar de protección irrenunciable. Las partes siempre pueden introducir cláusulas más favorables al consumidor. Este es el principio general de protección. No puede excluirse el límite mínimo de protección que garantiza el derecho del país del consumidor.³⁹

De este modo, sigue el autor, en los contratos con la presencia de una parte débil, las normas del Estado del domicilio del consumidor establecen un *piso*, a partir del cual las partes pueden establecer normas de mayor protección, respetando, sin embargo, aquel mínimo.⁴⁰

Pese a la consagración de este principio a escala mundial, el mismo puede ser igualmente refutado en algunos casos, debiendo, por lo tanto, ser empleado como presunción *iuris tantum*. Esto porque, tal como advierte Fausto Pocar, la idea de la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, que es la más adecuada por relacionarse al entorno socio-jurídico en el cual se inserta la parte débil, y que por lo tanto se presume como siendo la más protectora, no siempre corresponderá a la realidad. Si el Estado de la otra parte contratante, en este caso, el proveedor, posee una legislación más avanzada y más abarcadora, el consumidor debería obtener los beneficios de la aplicación de esta ley.⁴¹

Para corroborar lo expuesto, basta mencionar la situación de Venezuela, que en 2015 derogó su ley tuitiva, que se destinaba

39 BOGGIANO, 2010, p. 1307.

40 BOGGIANO, 2010, p. 1308.

41 POCAR, 1984, p. 393.

específicamente a la protección del consumidor. Esta circunstancia pone a prueba la presunción ampliamente consagrada de que el derecho de la residencia habitual o del domicilio del consumidor es el más favorable. Siendo así, imagínese un contrato internacional de consumo, celebrado entre un consumidor residente en Venezuela y un proveedor situado en Brasil. Considerando que la ley brasileña, en la actualidad, es la más protectora en el MERCOSUR, ¿por qué no extender la aplicación de sus postulados a este consumidor venezolano desprovisto de protección?

Finalmente, Pocar cuestiona la validez del punto de conexión antes mencionado, teniendo en cuenta que el consumidor no dispone de experiencia jurídica para evaluar las consecuencias advenidas de los términos del contrato. Así, por lo general, no tiene conocimiento ni de las leyes extranjeras ni de la ley de su propio país. Para el autor, la afirmación de que la protección que se le asegura a la parte débil hace que ella sea capaz de abstenerse de contratar, por apreciar las consecuencias jurídicas del contrato o proponer cambios en sus condiciones para utilizar mejor su propia ley solo puede permanecer como una abstracción teórica carente de todo fundamento fáctico, aplicable a un supuesto según el cual existiría una sociedad donde los consumidores son todos abogados o contratarían con la asistencia de un abogado. Luego, en ausencia de cualquier previsibilidad real del derecho, su equivalencia con la protección no puede ser acogida.⁴²

Pese a su falibilidad, el criterio del domicilio o de la residencia habitual del consumidor debe ser empleado como la presunción de ser el domicilio real de este último y el derecho que le resulta más beneficioso, asegurándose, así, un estándar mínimo de protección a la parte débil, sin desmedro de la posibilidad de aplicación de otros derechos, desde que sean más favorables al consumidor.⁴³

42 POCAR, 1984, p. 394.

43 En este sentido, se ha sostenido que para alejar la *lex contractus*, las partes deben evaluar de antemano, en ocasión del ejercicio de la autonomía de la voluntad, las ventajas y la utilidad advenida para el consumidor de la aplicación de una ley distinta a la designada por la norma de conflicto, solo pudiendo aplicarse la ley elegida si fuere más favorable a la parte débil, caso contrario, representaría un instrumento de represión al débil por el más fuerte. (POCAR, 1984, p. 406.) En el mismo sentido: DREYZIN DE KLOR, 2016, p. 95.

3.5 LA OBLIGATORIEDAD DE BRINDAR INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN JURÍDICA

La información respecto a los términos del contrato y, especialmente, a la posibilidad de elegirse el derecho aplicable a la relación internacional de consumo, puede ser utilizada como un importante instrumento destinado a mitigar los efectos de la hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo. En efecto, la doctrina ha apuntado que el déficit o ausencia de información es un factor que compone el concepto de vulnerabilidad del consumidor.⁴⁴

Siendo así, previamente a la formalización del contrato, deben ser brindadas al consumidor informaciones claras, objetivas y explicativas respecto a los derechos que pueden ser elegidos para gobernar la relación jurídica, de modo de alcanzar una mayor transparencia con relación a las condiciones contractuales.⁴⁵ Estos datos deben ser expresados en un lenguaje accesible y de fácil comprensión. Además, deben estar destacadas, con relación a las demás informaciones que se le advierten al consumidor sobre el producto o servicio adquirido.

Esta, por ejemplo, es la solución empleada por el Acuerdo MERCOSUR de Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo, el cual, en su art. 6°, apartado 1, determina que el derecho elegido por el consumidor debe estar expresado de forma clara tanto en las informaciones previas brindadas al consumidor, como en el contrato mismo. Esta fórmula, como se verifica, puede atenuar, pero no eliminar, la vulnerabilidad jurídica, científica o técnica del consumidor, en la medida en que cuanto más informado esté respecto al contrato, más capacidad y discernimiento tendrá para realizar racionalmente elecciones libres y conscientes.

44 ZANCHET, 2007, p. 194.

45 El deber de informar, cooperar y cuidar del otro contratante es una conducta vinculada al principio de la buena fe. Así, la omisión o la falta de información configurarían una forma de abuso por manipulación o violación del deber referido. (MARQUES, 2004, pp. 142 y 144.)

Claro está que se trata de la hipótesis en la cual el consumidor tiene “libertad” para elegir la ley que gobernará el contrato. Asimismo, respecto a los contratos de adhesión, debería estar prevista una cláusula que contemple esta posibilidad de elección, a partir de una simple manifestación de voluntad, que, por ejemplo, en los contratos electrónicos, podría ser expresada a través de un *click* en el recuadro que se refiere al derecho que el consumidor quiere que sea aplicado al contrato. Sin embargo, si esta opción de elegir el derecho aplicable no fuere dada al consumidor, en virtud del establecimiento de una cláusula en un contrato de adhesión que directamente impone el derecho “elegido” para gobernar el contrato, del mismo modo, el proveedor estará obligado a brindar informaciones con relación al derecho que será aplicado para dirimir una eventual controversia referente al negocio entablado entre las partes.

Para finalizar, en la línea de lo advertido por Erik Jayme, la autonomía de la voluntad puede convertirse en un elemento de fomento al comercio internacional y de confianza del consumidor, desde que esté bien limitada o empleada como instrumento a favor de la protección de la persona humana-consumidora. Si fuere utilizada en este sentido, en las palabras del maestro, la autonomía de la voluntad no deja a la persona desamparada. No obstante, debe existir la garantía de hacer llegar al consumidor una información apropiada respecto a la posibilidad de elección del derecho aplicable. De este modo, la velocidad, ubicuidad y libertad son características de la globalización que no se constituyen en una amenaza a una persona bien informada.⁴⁶

46 JAYME, 2005, p. 97.

4 UNA SOLUCIÓN ACEPTABLE: CONDICIONAR LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL A QUE SEA LA MÁS FAVORABLE AL CONSUMIDOR

Como es sabido, la función del derecho iusprivatista posmoderno debe ir más allá de la simple indicación del derecho aplicable y esto se evidencia principalmente en aquellas relaciones internacionales que reclaman una mayor protección al sujeto vulnerable.

En este sentido, Erik Jayme defiende que el DIPr clásico tenía como principal finalidad la garantía de la armonía en la comunidad jurídica internacional y en la ejecución de las decisiones extranjeras. Así, era un ideal formal y objetivo, oriundo de la influencia de grandes autores del siglo XIX, como por ejemplo, Savigny. La justicia conflictual se basaba en la idea pura de conexión - en el caso concreto - con un país, que justificase la aplicación del derecho de este Estado, cualquiera fuese el resultado concreto derivado de la aplicación de la norma. Solamente la doctrina posmoderna, especialmente la norteamericana, fue quien introdujo la idea de la materialización del DIPr, en el sentido de que la mejor ley – la ley más favorable al sujeto más vulnerable – debe ser la que resulte aplicable, tal como ocurre con la aplicación de la ley que mejor protege a la víctima de un accidente. Aquí, la finalidad material de la norma tiene precedencia y lleva a la flexibilización de los métodos del DIPr.⁴⁷

En consecuencia, esta preocupación con el resultado producido por el derecho material⁴⁸ indicado por la norma de conflicto, debe estar presente cuando el contrato internacional es celebrado con un consumidor, imponiéndose como condición a la validez de la elección realizada a que haya sido elegida la ley material más favorable al consumidor.

47 JAYME, 2005, p. 61.

48 Sobre el tema, ver: VIEIRA, 2017.

Por otro lado, es dable señalar que la adopción del criterio de la ley más favorable al vulnerable ha sido defendida por parte de la doctrina⁴⁹ y también por algunos proyectos de convenciones de la actualidad, tal como se verifica de las disposiciones constantes de la propuesta presentada en la CIDIP VII sobre Derecho Aplicable a Algunos Contratos y Transacciones Internacionales de Consumo y del Acuerdo MERCOSUR de Acuerdo sobre Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo. Se defiende el principio señalado para tales contratos en la medida en que representa una norma de conflicto flexible, abierta, materialmente orientada a favor del consumidor, por encima de cualquier otro objetivo, valor o principio.⁵⁰

A pesar de los argumentos favorables a la adopción de este criterio, que tienen que ver, igualmente, con la simplicidad y claridad provenientes de su empleo, la doctrina más reacia ha destacado algunos argumentos en su contra, que carecen de fuerza, pero que están relacionados con: a) la incertidumbre generada acerca de cuál será la ley que regirá el contrato; b) la falta de seguridad jurídica asignada al negocio entablado; c) el hecho de que una ley puede contener elementos más favorables y otros menos, y por lo tanto será difícil en la práctica decidir cuál es, en última instancia, la ley más favorable; y d) el desmembramiento del contrato con relación a la ley aplicable.⁵¹

Luego, determinar la ley aplicable que sea más favorable al consumidor es una tarea no muy fácil, ya que presupone la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de varias leyes involucradas en el caso. Además, pareciera que las partes no están habilitadas para ello, cabiendo tal decisión al juez. Sin embargo, en la línea de lo expresado por Fausto Pocar, la búsqueda de la ley más favorable implica hacer una evaluación que no es ajena al DIPr, presentándose como similar a la utilizada

49 POCAR, 1984, p. 404; MARQUES, 2004, p. 462.

50 VELÁZQUEZ GARDETA, 2009, p. 237.

51 POCAR, 1984, pp. 404-405.

normalmente para evaluar la compatibilidad de una ley extranjera con el orden público.⁵²

En razón de lo expuesto, para evitar las supuestas dificultades derivadas de la búsqueda de la ley más beneficiosa, la propuesta de Convención para la CIDIP VII, antes referida, estableció presunciones⁵³ de cuál sería la ley material más favorable, a partir de un número limitado de leyes que pueden estar vinculadas con el caso concreto. De este modo, el establecimiento de estas presunciones evita la incertidumbre y la inseguridad jurídica, así como el *dépeçage*, al cual se podría llegar, por ejemplo, en virtud de la constatación de la existencia de una ley A, que establece un plazo de prescripción más amplio que la ley B, mientras esta última es más beneficiosa respecto al período de reflexión, discusiones que terminan por dividir o fraccionar la ley aplicable al contrato. No obstante, para solucionar el impase y evitar el fraccionamiento señalado se debe aplicar la ley material que brinde más protección al consumidor, aunque no sea del todo más beneficiosa, y, justamente, para orientar a las partes en la definición de esta ley, se establecieron estas presunciones *iuris tantum*.

Así, la utilización del criterio de la aplicación de un derecho materialmente más favorable al consumidor, adquiere una connotación diferenciada, puesto que es necesario ofrecer al consumidor una condición de protección que funcione como una cláusula de corrección del desequilibrio contractual y de su condición especial de debilidad. Este criterio rector para las relaciones

52 POCAR, 1984, p. 407.

53 La CIDIP VII referida, en el art. 6º, apartado 2, presenta una presunción *iuris tantum* de ley más favorable al consumidor, estableciendo un orden de prelación. Según el artículo mencionado: “(determinación de la ley más favorable al consumidor pasivo). A tales efectos se consideran como opción más favorable al consumidor las siguientes en su respectivo orden: a) el derecho del domicilio del consumidor; b) el derecho de la residencia común del consumidor y de uno de los establecimientos del proveedor de productos y servicios; c) el derecho del lugar de celebración, si coincidiera con el lugar del domicilio, del establecimiento principal o sede del proveedor de los productos o servicios, que actuó en el contrato en una condición que no sea la de mero distribuidor; d) el derecho del lugar de prestación del servicio o entrega del producto, si este tiene al mismo tiempo una relación razonable y significativa con las partes y la transacción”.

transfronterizas que presenten estas peculiaridades se basa, igualmente, en lo dispuesto en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ordena que se atribuya primacía a la norma que se revele más favorable a la persona humana, con la finalidad de dispensarle la más amplia protección jurídica.

5 UN VIEJO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El orden público internacional es un mecanismo destinado a limitar la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto o elegido por las partes. En este sentido, las disposiciones obligatorias de la legislación nacional de derecho material, muchas veces conocidas como normas imperativas, así como los principios fundamentales del Estado pueden servir de base para la protección del consumidor,⁵⁴ ofreciendo parte de la tutela que se hace necesaria para el resguardo del débil en la relación jurídica.

Según ha destacado Jacob Dolinger, la dificultad en definir lo que es orden público internacional llevó a que muchos autores obviasen su concepto y pasasen directamente a ejemplificar su campo de actuación, sus efectos y consecuencias prácticas. Y justamente al evaluar las consecuencias referidas todos acaban convenciéndose de que efectivamente no hay un concepto preciso de orden público, en razón de su relatividad, inestabilidad y variabilidad en el tiempo y en el espacio. Al contrario de los demás problemas de la parte general del DIPr, que presentan un consenso doctrinario en escala global, respecto al orden público no existe esta uniformidad de entendimiento. Sin embargo, sigue el autor, a nadie se le ocurre no afirmar que el orden público asume un rol de negación del propio derecho iusprivatista, puesto que representa el retorno a la territorialidad⁵⁵ antiguamente profesada y practicada.

Partiéndose de esta flexibilidad y mutabilidad del concepto de orden público, que lleva a que sea imposible definirlo con precisión, se ha dicho que todos los esfuerzos emprendidos por

54 SALAH MOHAMED MAHMOUD, 2005, p. 199.

55 DOLINGER, 1979, pp. 3-4.

las legislaciones internas y por las fuentes internacionales, por medio de tratados y convenciones, para buscar la uniformidad en el DIPr, se hacen inoperantes cuando entra en escena el principio del orden público. Principio imprevisible en sus manifestaciones, en la medida en que es indefinible y representa el reflejo de la filosofía político-jurídica de toda legislación, la moral básica de cada Estado y sus necesidades económicas. En síntesis, es la espada de Damocles permanentemente levantada contra la armonización de las soluciones para el conflicto de leyes. Esto porque el principio del orden público, indefinible y abstracto, da al juez el poder de aplicarlo a fin de neutralizar la regla del DIPr, impidiendo, así, la aplicación del derecho extranjero por ella indicado.⁵⁶

A la dificultad de establecer el concepto de orden público se puede añadir el hecho de que su contenido es muy amplio y diversificado, variando de Estado a Estado, de acuerdo a su cultura, sus costumbres, su idiosincrasia, su moral y sus preceptos constitucionales, que, no obstante, pueden ser alterados conforme a la época o contexto histórico vivido. Además, el concepto de orden público no puede prescindir de la noción posmoderna de derechos humanos, sobre todo en lo que respecta a la comprensión multicultural de las relaciones reguladas por el derecho internacional. Así, bajo esta perspectiva, el contenido del orden público se vincula de modo indisociable al principio de la dignidad de la persona humana,⁵⁷ nueva tendencia que se refiere al reconocimiento de determinados derechos subjetivos, indisponibles e inviolables que pertenecen al ser humano. Así, se verifica que el orden público puede responder a un fuerte interés político o puede relacionarse con las políticas públicas de un país,

tanto para la consecución de objetivos sociales y económicos (y aquí se habla de un orden público ‘de dirección’ y de ‘coordinación’) como para el resguardo de partes consideradas débiles y por ende necesitadas de tutela (aquí se habla de orden público de ‘protección’),⁵⁸ tal cual

56 DOLINGER, 1979, pp. 4-5.

57 ARAÚJO, 2018, pp. 100-101.

58 Según la doctrina, “el ‘orden público de protección’ tiende a resguardar a una de las

ocurre, por ejemplo, con trabajadores o consumidores”.⁵⁹

Bajo esta perspectiva, se puede aducir que el orden público de dirección es variable en su contenido, porque las situaciones son cambiantes, mientras que el orden público de protección se refiere a cuestiones estructurales y por lo tanto es más durable que el primero. En este orden de ideas, haciendo hincapié en las observaciones anteriores, es notorio que el contenido del orden público no puede ser alejado de los principios generales básicos de un sistema jurídico, que incluyen a los derechos humanos. Ellos se manifiestan en el derecho interno de los Estados bajo la forma de derechos fundamentales, consagrados en las Constituciones nacionales, entre los cuales se inserta la tutela al consumidor como principio vinculado a la dignidad de la persona humana.

Respecto al tema, Dolinger ha sostenido que la posibilidad de rechazo a la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto está igualmente vinculada a la soberanía nacional, a las buenas costumbres, a la moral, a los principios religiosos, a los principios del derecho natural, contenidos que están abarcados en lo que se debe entender por orden público. Siguiendo este razonamiento, se verifica que el orden público impide que produzca efectos en el foro una cláusula inserta en un contrato internacional, en el cual las partes eligieron como aplicable un derecho extranjero que ofenda el contenido⁶⁰ *supra* referido.⁶¹

partes contratantes considerada la más débil y a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo a la justicia del contrato o mejor dicho a la justicia conmutativa”. (GARRIDO CORDOBERA, 2011, p. 899.)

59 MORENO RODRÍGUEZ, 2013, p. 482.

60 Respecto al tema, Jayme sostiene que para llegarse a la decisión de que la ley extranjera debe ser desplazada por aplicación de la excepción del orden público, es necesario pasar por dos fases: a) la primera, se refiere a la comparación de los efectos de las leyes en conflicto. De este modo, el orden público será aplicado solamente si hay un contraste intolerable entre las consecuencias que se derivan de la aplicación del derecho extranjero al caso concreto y el resultado de la aplicación de la ley del foro; b) la segunda fase tiene como objetivo determinar si la situación está suficientemente conectada con la ley del foro, para que entonces sea posible excluir la aplicación de la ley extranjera. (JAYME, 1995, pp. 227-228.)

61 DOLINGER, 1979, pp. 205-208.

No obstante la existencia de estas normas o principios fundamentales del Estado, que pueden constituirse como un factor para la determinación del derecho aplicable, denominado *orden público positivo*, es importante referir que el instituto del orden público como fundamento que limita la aplicación del derecho extranjero se ha difundido ampliamente como siendo una herramienta de uso excepcional, que debe ser eventualmente empleada por el juez, a lo que se ha denominado *orden público negativo*. Respecto a los contratos internacionales con la presencia de una parte débil, si el derecho de los Estados, sea de fuente interna o convencional, no ofrece normas destinadas a proteger el vulnerable en el ámbito internacional, el recurso al orden público del foro adquirirá una connotación especial que puede llegar a contrariar su aplicación como mecanismo de excepción.

6 CONSIDERACIONES FINALES

A partir de lo que se ha planteado, queda claro que la libertad dada a las partes, para la elección del derecho aplicable al contrato internacional, debe ser acotada, restringida o limitada cuando se está ante la presencia del consumidor, como forma de brindarse protección a la parte vulnerable de la relación jurídica, razón por la cual es imperiosa la intervención del Estado a través del dirigismo contractual, estableciéndose, en la legislación interna o en tratado, restricciones o recaudos tuitivos que deben ser llevados en consideración.

De este modo, como medidas a ser tomadas, se puede nombrar las siguientes: a) la exclusión de la posibilidad de elección de la *lex mercatoria* para regir el contrato; b) la exigencia de vinculación entre el contrato y la ley elegida; c) el empleo de una única ley estatal para gobernar la relación jurídica; d) la imposición del criterio de conexión del domicilio o residencia habitual del consumidor como presunción *iuris tantum* de ley más benéfica; y e) la obligatoriedad de brindarse información al consumidor respecto a la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato internacional.

Por fin, cabe recalcar que la opción recomendable para regular los contratos celebrados por el consumidor transfronterizo sería condicionar la elección de la ley aplicable a que sea elegida aquella materialmente más favorable al consumidor, como medida de protección en la esfera internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ALL, Paula M. Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional. In: **Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto RUIZ DÍAZ LABRANO**. Asunción: CEDEP, pp. 169-204, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 7. ed. São Paulo: RT, 2018.

ARIZA, Ariel C. En torno a la autonomía privada contractual en el siglo XXI. In: ALTERINI, Atilio A.; NICOLAU, Noemí L. (Dir.) **El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani**. Buenos Aires: La Ley, pp. 251-258, 2005.

BOGGIANO, Antonio. Derecho aplicable a los contratos de consumo y entre empresas. A propósito del contratante débil y el derecho internacional privado. In: **La Ley**, t. E, pp. 1301-1320, 2010.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. **A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1979.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana (Dir.). **Los Derechos del Consumidor. Visión Internacional. Una Mirada Interna**. Buenos Aires: Zavalía, pp. 73-125, 2012.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El futuro del MERCOSUR: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la cosmovisión borgeana. In: **Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado**, n. especial, pp. 90-118, 2000.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís; CALVO CARAVACA, Alfonso Luís. **Derecho Mercantil Internacional**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad. In: **La Ley.**, t. E, pp. 893-915, 2011.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, t. 251, pp. 9-267, 1995.

_____. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Orgs.) **O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 57-104, 2005.

LAGARDE, Paul. Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne. In: **Le Contrat au Début du XXIe Siècle. Études Offertes à Jacques Ghestin**. Paris: LGDJ, pp. 503-529, 2001.

LANDO, Ole. The conflict of laws of contracts: general principles. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, t. 189, pp. 225-447, 1984.

MARQUES, Cláudia Lima. A proposta brasileira de Convenção Interamericana de direito internacional privado sobre a lei aplicável a alguns contratos com consumidores (CIDIP VII): temas e discussões no forum de expertos da OEA. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, n. V, pp. 75-106, mar./2006.

_____. Comercio electrónico de consumo internacional: modelos de aplicación de la ley más favorable al consumidor y del foro más conveniente. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana (Dir.). **Los Derechos del Consumidor. Visión Internacional. Una Mirada Interna**. Buenos Aires: Zavalia, pp. 127-156, 2012.

_____. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.

MOON JO, Hee. **Moderno Direito Internacional Privado**. São Paulo: LTr, 2001.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. **Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional**. Asunción: CEDEP/Intercontinental Editora, 2013.

NICOLAU, Noemí Lidia. **Fundamentos de Derecho Contractual**. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009.

NICOLAU, Noemí. La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino. In: **El Derecho**, t. 163, pp. 872-895, 1995.

OCHOA MUÑOZ, Javier. Aplicación de la *lex mercatoria*. In: DE MAEKELT, Tatiana B.; ESIS VILLARROEL, Ivette; RESENDE, Carla (Coord.) **Ley de Derecho Internacional Privado Comentada**. T. II. Caracas: Universidad Central de Venezuela, pp. 815-836, 2005.

POCAR, Fausto. La protection de la partie faible en droit international privé. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, t. 188, pp. 339-417, 1984.

POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. Autonomia da vontade, redes de cooperação e conflito de culturas como vetores da ordem global: notas sobre a 80ª Sessão de Direito Internacional Privado da Academia da Haia. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 68, pp. 759-807, jan./jun. 2016.

SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en Droit International Privé. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, t. 315, pp. 145-264, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz. Um imaginário possível: rumo ao cosmopolitismo jurídico. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 70, pp. 435-459, jan./jun. 2017.

SAUX, Edgardo Ignacio. Contratos en general. Disposiciones generales. Definición. Libertad de contratación. Efecto vinculante. Facultades de los jueces. Breves referencias al Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012. In: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, t. 1, pp. 5-33, 2014.

SOTO, Alfredo Mario. **Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2011.

TONIOLLO, Javier Alberto. La protección internacional del consumidor: reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional

privado argentino. In: **Revista de Derecho del MERCOSUR/Revista de Direito do Mercosul**, n. 6, pp. 90-113, dic./1998.

UZAL, María Elsa. Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales. In: **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, n. 215, pp. 719-736, 2005.

VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. El derecho más favorable al consumidor, la mejor solución también para los contratos de consumo *online*. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coords.). **Tendencias y Relaciones. Derecho Internacional Privado Americano Actual (Jornadas de la ASADIP 2008)**. México, DF: Porrúa, pp. 29-45, 2010.

_____. **La Protección al Consumidor Online en el Derecho Internacional Privado Interamericano: análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII**. Asunción: CEDEP, 2009.

VIEIRA, Luciane Klein. **La Hipervulnerabilidad del Consumidor Transfronterizo y la Función Material del Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: La Ley, 2017.

ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado brasileiro. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 62, pp. 172-219, abr./jun. 2007.

Recebido em: 10/08/2018

Aprovado em: 10/12/2018

