

# **La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado**

**Luciane Klein Vieira**



THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## ÍNDICE GENERAL

<i>Curriculum vitae</i> .....	IX
Lista de abreviaturas .....	XXVII
Presentación .....	XXXIII
Prólogo .....	XXXV
Introducción .....	1

### CAPÍTULO I

#### **LA CALIFICACIÓN DE CONSUMIDOR EN EL MERCOSUR: EL DESCONOCIMIENTO DE UNA CATEGORÍA ESPECIAL DE CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO**

I.1.	Consideraciones iniciales. Los alcances del concepto y el surgimiento de una nueva categoría.....	7
I.2.	La calificación de consumidor en el Mercosur.....	9
I.2.1.	La calificación en el derecho de fuente convencional autónoma .....	10
I.2.1.1.	La Resolución n° 123/1996 del GMC sobre Defensa del Consumidor. Conceptos .....	10
I.2.1.2.	El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo.....	11
I.2.1.3.	El Protocolo o Reglamento Común de Defensa del Consumidor .....	12
I.2.1.4.	La Propuesta de Acuerdo Mercosur sobre Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo.....	13
I.2.1.5.	La Resolución n° 34/2011 del GMC sobre Defensa del Consumidor - Conceptos Básicos...	15
I.2.1.6.	La calificación contenida en la Opinión Consultiva n° 01/2007 .....	17
I.2.2.	La calificación en el derecho de fuente interna de los Estados mercosureños .....	19

I.2.2.1.	El concepto de consumidor en la Argentina..	20
I.2.2.2.	El concepto de consumidor en Bolivia.....	26
I.2.2.3.	El concepto de consumidor en Brasil.....	27
I.2.2.4.	El concepto de consumidor en Paraguay.....	31
I.2.2.5.	El concepto de consumidor en Uruguay.....	32
I.2.2.6.	El concepto de consumidor en Venezuela.....	34
I.3.	La calificación de consumidor en otros esquemas de integración.....	37
I.3.1.	La UE (Unión Europea) .....	37
I.3.2.	La CAN (Comunidad Andina) .....	43
I.3.3.	El SICA (Sistema de la Integración Centroamericana) ..	45
I.3.4.	La CARICOM ( <i>Caribbean Community</i> ).....	47
I.3.5.	El NAFTA ( <i>North American Free Trade Agreement</i> ) .....	49
I.3.6.	La ASEAN ( <i>Association of Southeast Asian Nations</i> ) ....	50
I.4.	La calificación de consumidor en otros foros de codificación ...	52
I.5.	Las categorías de consumidores y los despliegues de la noción de vulnerabilidad .....	55
I.5.1.	El consumidor activo y pasivo .....	57
I.5.2.	El consumidor turista .....	59
I.5.3.	El ciberconsumidor .....	62
I.5.4.	La empresa como consumidora .....	64
I.5.5.	El consumidor usuario .....	66
I.6.	La crisis en la tipicidad y el surgimiento de una nueva categoría de consumidor en el escenario internacional .....	67
I.6.1.	El consumidor transfronterizo "hipervulnerable" .....	69
I.6.2.	El consumidor transfronterizo "especialmente hipervulnerable": un nuevo <i>approach</i> al derecho internacional privado .....	71
I.6.2.1.	La identificación de la debilidad diferenciada en las operaciones de consumo realizadas en el ámbito interno.....	72
a)	El subconsumidor, consumidor especial o consumidor particularmente débil.....	72
b)	El consumidor hipervulnerable o doblemente vulnerable.....	75
c)	La subcategoría de consumidor en la legislación de los países del Mercosur .....	76
I.6.2.2.	El traslado de la debilidad acentuada al contexto internacional: la aparición de la figura del consumidor transfronterizo "especialmente hipervulnerable" .....	79

## CAPÍTULO II

**LA LABOR DE LOS FOROS DE CODIFICACIÓN Y LAS INICIATIVAS REGIONALES EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSUMO: LA AUSENCIA DE PREOCUPACIÓN CON EL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO "ESPECIALMENTE HIPERVULNERABLE"**

II.1.	Consideraciones iniciales. Hitos del derecho comparado y la (des) protección del consumidor transfronterizo .....	83
II.2.	La Unión Europea (UE) .....	84
II.3.	Otros procesos de integración, con excepción del MERCOSUR ..	95
II.4.	La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ..	97
II.5.	La Organización de los Estados Americanos (OEA) .....	103
II.6.	La Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, en especial, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) .....	114
II.7.	El <i>International Institute for the Unification of Private Law</i> (UNIDROIT).....	123
II.8.	La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).....	127
II.9.	La <i>International Law Association</i> (ILA) .....	130
II.10.	La <i>Consumers International</i> y el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC) ..	135
II.11.	La Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).....	137
II.12.	Otras iniciativas.....	140
II.13.	El consumidor transfronterizo "especialmente hipervulnerable" en el olvido.....	141

## CAPÍTULO III

**EL PANORAMA LEGISLATIVO EXISTENTE EN EL MERCOSUR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO: AVANCES, DIFICULTADES Y OMISIONES**

III.1.	Consideraciones iniciales. La integración regional y la armonización de legislaciones en materia de defensa del consumidor ..	143
III.2.	La protección indirecta conferida por las normas mercosureñas al consumidor transfronterizo .....	149

III.2.1.	El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa .....	149
III.2.2.	El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.....	152
III.2.3.	El Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares.	155
III.2.4.	Los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1998.....	157
III.2.5.	El Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del Mercosur.....	161
III.3.	La búsqueda de protección directa al consumidor transfronterizo .....	164
III.3.1.	Las resoluciones del GMC sobre defensa del consumidor .....	166
III.3.2.	La Resolución nº 126/94 y el Reglamento Común para la Defensa del Consumidor .....	169
III.3.3.	Las declaraciones presidenciales conjuntas sobre la protección del consumidor en el Mercosur.....	172
III.3.4.	El Acuerdo Interinstitucional entre los Órganos de Defensa del Consumidor de los Estados Parte del Mercosur para la Defensa del Consumidor Visitante.....	174
III.3.5.	El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo .....	177
III.3.6.	La Decisión nº 64/2010 y el Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur .....	182
III.3.7.	El Proyecto de Acuerdo del Mercosur sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo .....	184
III.3.7.1.	La presentación de la propuesta normativa y su respectiva tramitación .....	184
III.3.7.2.	Las diferentes versiones del Proyecto.....	186
a)	La primera versión.....	186
b)	La segunda versión.....	190
c)	La tercera versión.....	193
III.3.7.3.	La versión final del Proyecto .....	194
III.4.	Los temas previstos en la Agenda del CT nº 7.....	198
III.4.1.	Los principales temas abordados en el período 2010-2012.....	199
III.4.2.	Los temas abordados en el período 2013-2016 .....	203
III.5.	El consumidor especialmente hipervulnerable y el Mercosur ...	207

## CAPÍTULO IV

**LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS PARTE DEL MERCOSUR.  
EL DIÁLOGO DE FUENTES Y LA FORMACIÓN DE UN DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO DEL CONSUMIDOR**

IV.1.	Consideraciones iniciales. Contribuciones para la formación de un derecho internacional privado tuitivo .....	209
IV.2.	El derecho de fuente interna .....	210
IV.2.1.	El derecho material. Previsión constitucional e infraconstitucional .....	211
IV.2.1.1.	Argentina .....	212
IV.2.1.2.	Bolivia .....	218
IV.2.1.3.	Brasil.....	220
IV.2.1.4.	Paraguay.....	223
IV.2.1.5.	Uruguay.....	225
IV.2.1.6.	Venezuela.....	229
IV.2.2.	El derecho conflictual. Los criterios adoptados en materia de jurisdicción directa e indirecta y ley aplicable	231
IV.2.2.1.	Argentina .....	233
a)	El derecho conflictual vigente (hasta el 31/7/2015).....	233
b)	Recientes modificaciones .....	242
c)	El derecho conflictual proyectado.....	249
IV.2.2.2.	Bolivia .....	249
a)	El derecho conflictual vigente .....	249
b)	Recientes modificaciones .....	253
c)	El derecho conflictual proyectado.....	254
IV.2.2.3.	Brasil.....	255
a)	El derecho conflictual vigente .....	255
b)	Recientes modificaciones .....	260
c)	El derecho conflictual proyectado.....	261
IV.2.2.4.	Paraguay.....	265
a)	El derecho conflictual vigente .....	265
b)	Recientes modificaciones .....	271
c)	El derecho conflictual proyectado.....	273
IV.2.2.5.	Uruguay.....	273
a)	El derecho conflictual vigente .....	273
b)	El derecho conflictual proyectado.....	279

IV.2.2.6. Venezuela.....	281
a) El derecho conflictual vigente .....	281
b) El derecho conflictual proyectado.....	288
IV.3. El derecho de fuente convencional .....	288
IV.4. El paralelismo entre el derecho material y el derecho conflictual: la búsqueda de protección al consumidor transfronterizo y el imperioso reconocimiento a las debilidades especiales.....	295

### CAPÍTULO V

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS ENTRE PARTES CON IGUAL PODER DE NEGOCIACIÓN: SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO DE LOS ESTADOS MERCOSUREÑOS

V.1. Consideraciones iniciales. La libertad de las partes y sus derivaciones .....	299
V.2. El derecho de fuente interna de los Estados mercosureños .....	305
V.2.1. La posición argentina .....	305
V.2.2. La posición boliviana .....	310
V.2.3. La posición brasileña.....	314
V.2.4. La posición paraguaya.....	320
V.2.5. La posición uruguaya .....	326
V.2.6. La posición venezolana .....	332
V.3. El derecho de fuente convencional heterónoma y autónoma de los Estados mercosureños.....	336
V.3.1. Los Tratados de Montevideo .....	337
V.3.2. El Código de Bustamante .....	339
V.3.3. La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales .....	340
V.3.4. La Convención de La Haya de 1986 y la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.....	345
V.3.5. La autonomía de la voluntad en los contratos internacionales en el derecho del Mercosur.....	348
V.4. Algunas soluciones adoptadas por el derecho comparado de fuente convencional .....	351
V.4.1. La Unión Europea: el Reglamento (CE) n° 593/2008, los Principios del Derecho Contractual Europeo y el Marco Común de Referencia .....	352
V.4.2. Los Principios UNIDROIT.....	357
V.4.3. Los Principios de La Haya .....	358

### CAPÍTULO VI

#### LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CON CONSUMIDORES: NUEVOS CONDICIONAMIENTOS Y LIMITACIONES

VI.1. Consideraciones iniciales. La crisis del modelo contractual genérico, clásico y teóricamente paritario.....	363
VI.2. Los pros y los contras de la aplicación del principio a los contratos internacionales con consumidores .....	365
VI.3. Las restricciones a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales con partes vulnerables: la ineludible reconstrucción del principio a partir del reconocimiento de una categoría especial de consumidor transfronterizo.....	369
VI.3.1. Los contratos internacionales celebrados por el consumidor transfronterizo hipervulnerable .....	369
VI.3.1.1. La exclusión de la <i>lex mercatoria</i> .....	370
VI.3.1.2. La exigencia de vinculación o conexidad entre contrato y ley elegida, condicionándola a un catálogo de leyes preestablecido .....	373
VI.3.1.3. El empleo de una única ley para regir el contrato y la exclusión del reenvío .....	376
VI.3.1.4. La imposición de la aplicación del derecho del domicilio o residencia habitual del consumidor como un estándar mínimo de protección.....	377
VI.3.1.5. La obligatoriedad de brindar información al consumidor respecto a la posibilidad de elegir la ley aplicable a la relación jurídica .....	380
VI.3.2. Los contratos internacionales celebrados por el consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable y el criterio de aplicación de la norma material más favorable .....	382
VI.4. Viejos límites a la autonomía de la voluntad en los contratos con consumidores: el orden público internacional y las normas imperativas.....	385
VI.4.1. El orden público internacional .....	385
VI.4.2. Las normas imperativas o de aplicación inmediata .....	390
VI.4.3. El orden público y las normas imperativas como elementos para la defensa de la parte débil .....	392
VI.4.4. Los límites a la aplicación del derecho extranjero previstos en el derecho de fuente interna y convencional de los Estados mercosureños.....	399

VI.5. Paradigmas actuales de la protección del consumidor transfronterizo en el derecho comparado. La falta de previsión legislativa respecto al consumidor especialmente hipervulnerable..	404
VI.5.1. El nuevo derecho japonés .....	407
VI.5.2. El nuevo derecho chino.....	410
VI.5.3. El nuevo derecho panameño.....	412
VI.5.4. El nuevo derecho dominicano.....	414

## CAPÍTULO VII

### EL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS REGIONALES DE DIPR PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN EL MERCOSUR, A PARTIR DEL RECONOCIMIENTO DE UNA CATEGORÍA ESPECIAL DE CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO

VII.1. Consideraciones iniciales. El compromiso de los Estados del Mercosur en armonizar sus legislaciones en el área del derecho internacional privado del consumidor .....	417
VII.2. Métodos de armonización legislativa utilizados en espacios integrados y foros de codificación .....	423
VII.2.1. Coordinación .....	426
VII.2.2. Aproximación.....	426
VII.2.3. Armonización en sentido estricto .....	427
VII.2.4. Unificación y uniformidad.....	429
VII.3. Los caminos seguidos por la Unión Europea para asegurar un estándar uniforme de protección al consumidor: la opción por la directiva y el reglamento .....	430
VII.4. Los múltiples caminos que pueden ser seguidos por el Mercosur.....	440
VII.4.1. La modificación de las normas de fuente interna de los Estados Parte del Mercosur.....	441
VII.4.2. La adopción de la CIDIP VII en materia de ley aplicable a los contratos internacionales con consumidores .....	443
VII.4.3. El establecimiento de normas de <i>soft law</i> en materia de protección del consumidor.....	444
VII.4.4. La armonización de las normas indirectas (de conflicto) como técnica a emplear. El fracasado intento de uniformización de las normas directas (materiales) en el Mercosur.....	446
VII.4.5. El protocolo o acuerdo como instrumento legislativo autónomo a ser adoptado en el Mercosur. La opción por el <i>hard law</i> .....	451

VII.5. Mi propuesta de armonización legislativa para el Mercosur en materia de contratación internacional con consumidores .....	454
VII.5.1. La calificación de consumidor transfronterizo, a partir del reconocimiento de vulnerabilidades especiales.....	454
VII.5.2. La limitación del ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales con consumidores: la preocupación con el resultado material producido y con la hipervulnerabilidad del consumidor .....	456
VII.5.3. Las reglas de conflicto subsidiarias materialmente orientadas para determinar la ley aplicable al contrato internacional de consumo .....	461
VII.5.3.1. Las reglas de conflicto empleadas en los contratos con consumidores hipervulnerables .....	463
VII.5.3.2. La aplicación de la norma más favorable a los contratos con consumidores transfronterizos especialmente hipervulnerables .....	465
VII.5.4. La aplicación acumulativa de las normas imperativas de la ley aplicable con las de orden público internacional del foro.....	468
VII.5.5. Los principios de la máxima protección al consumidor y de la hipervulnerabilidad como fuentes axiológicas del orden público regional.....	469
VII.5.6. El principio de la interpretación más favorable al consumidor como cláusula general de corrección material .....	473
VII.5.7. Las consecuencias prácticas del reconocimiento de la hipervulnerabilidad del consumidor que actúa con proyección transfronteriza.....	473
VII.6. Por fin, el ineludible cumplimiento obligatorio y efectivo de las decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC).....	475

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

§ 1. El Derecho Internacional Privado y la hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo .....	477
§ 2. Un cambio en el <i>modus operandi</i> : el respeto a las diferencias y el reconocimiento del consumidor transfronterizo especialmente hipervulnerable como nueva categoría jurídica .....	477
§ 3. Los foros de codificación y la consagración del criterio del domicilio o residencia habitual del consumidor como estándar mínimo de protección en materia de ley aplicable al contrato internacional de consumo .....	480

§ 4.	La desprotección del consumidor transfronterizo en el derecho de fuente convencional autónoma del Mercosur. La falta de reglamentación vigente en materia de ley aplicable al contrato internacional de consumo.....	481
§ 5.	La desprotección del consumidor transfronterizo en el derecho de fuente interna de los países que integran el Mercosur, a excepción de la Argentina. La ausencia de referencia al consumidor especialmente hipervulnerable .....	483
§ 6.	El país del Mercosur que ofrece la menor protección al consumidor.....	485
§ 7.	La autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales. El surgimiento de la regla, los impases en los países que conforman el Mercosur y la necesidad de su estudio para evitar la aplicación desmesurada del principio en los contratos con partes débiles .....	485
§ 8.	La autonomía de la voluntad. Los desafíos que se imponen al contrato internacional con la presencia de una parte vulnerable o doblemente vulnerable .....	487
§ 9.	Los criterios subsidiarios para determinación de la ley aplicable al contrato internacional de consumo. Diferencias en el tratamiento del consumidor conforme a su grado de hipervulnerabilidad .....	488
§ 10.	La armonización de legislaciones en materia de contratos internacionales con consumidores, en el Mercosur. La opción por el método de conflicto.....	489
§ 11.	Recomendaciones para la adopción de un futuro instrumento normativo en el Mercosur, apto a regular la ley aplicable al contrato internacional de consumo, a partir del reconocimiento de la nueva categoría de consumidor transfronterizo .....	490

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

..... 495

#### ANEXO I

Mi propuesta de Acuerdo/Protocolo Mercosur sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales con Consumidores .....	535
---	-----

#### ANEXO II

Jurisprudencia .....	541
Por país .....	541
Argentina.....	541
Bolivia.....	543
Brasil.....	544
Paraguay.....	547
Uruguay.....	548
Venezuela.....	549
Por bloque económico .....	551
Mercosur .....	551
Unión Europea.....	551
Normas de fuente interna.....	553
Por país .....	553
Argentina.....	553
Bolivia.....	554
Brasil.....	555
Paraguay.....	556
Uruguay.....	556
Venezuela.....	557
Otros Países (Ajenos al Mercosur).....	558
Proyectos de ley .....	560
Por país .....	560
Argentina.....	560
Bolivia.....	561
Brasil.....	561
Paraguay.....	562
Uruguay.....	562
Venezuela.....	563
Normas de fuente convencional .....	563
Por bloque económico .....	563
Mercosur .....	563
Unión Europea (UE).....	568
Comunidad Andina de Naciones (CAN).....	572
Sistema de Integración Centroamericano (SICA) .....	572
Caribbean Community (CARICOM).....	572
North American Free Trade Agreement (NAFTA).....	572
Association of Southeast Asian Nations (ASEAN).....	572

Otros Foros de Codificación.....	573
Organización de Estados Americanos (OEA) .....	573
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado .....	573
Organización de Naciones Unidas (ONU) .....	574
<i>International Institute for the Unification of Private Law (UNI-DROIT)</i> .....	576
<i>International Law Association (ILA)</i> .....	576
Otros foros regionales .....	576
Proyectos de normas de fuente convencional .....	576
Por bloque económico .....	576
Mercosur .....	576
Unión Europea (UE).....	578
<i>Caribbean Community (CARICOM)</i> .....	578
Por foro de codificación.....	578
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado .....	578
Organización de Estados Americanos (OEA) .....	579
Organización de Naciones Unidas (ONU) .....	580