

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL DEL CONSUMIDOR Y DE LA EMPRESA

DIRECTORES

HÉCTOR ALEGRIA
RAFAEL M. MANOVIL
OSVALDO MARZORATI
JULIO CÉSAR RIVERA
ADOLFO A. N. ROUILLON

ÁREA DERECHO DEL CONSUMIDOR

GABRIEL STIGLITZ
ROBERTO A. VAZQUEZ FERREYRA

COORDINADORES

HÉCTOR O. CHOMER
CARLOS A. HERNANDEZ
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
MARTÍN E. PAOLANTONIO
FULVIO G. SANTARELLI
JORGE S. SICOLI

LA LEY

ISSN 2250-4354

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074190

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - 1050AAC. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Tel.: (005411) 4378-4841

SUMARIO

CONCURSOS Y QUIEBRAS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Inoponibilidad concursal. La clientela y el perjuicio que para la masa puede ocasionar su negociación Por Fernando Javier Marcos	3
QUIEBRA / Actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos. Transferencia de la cartera de afiliados de una empresa de medicina prepaga. Ausencia de perjuicio. Disidencia (CCom., sala D).....	3
La extensión de la quiebra y el recurso extraordinario Por Pablo H. Della Picca	24
EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA / Desvío ilegítimo de fondos a otra sociedad. Reclamo del síndico de la quiebra. Prueba producida en otros expedientes. Facultades del tribunal en el proceso falencial	24
Ineficacia del contrato de locación celebrado por el fallido Por Claudio Alfredo Casadío Martínez	32
QUIEBRA / Ineficacia del contrato de locación celebrado por el deudor concursado respecto de un inmueble sin contar con autorización judicial. Situación del cesionario del contrato de locación (CCom., sala C).....	32
Desnaturalización del pedido de quiebra formulado por acreedor: su incidencia sobre las costas Por Augusto H. L. Arduino	36
QUIEBRA / Estado de cesión de pagos desvirtuado. Conclusión del proceso falencial. Devolución de los fondos depositados con posterioridad (CCom., sala C).....	36
Caducidad de la acción revocatoria concursal Por Carlos Lorenzo Illanes	40
QUIEBRA / Acción revocatoria concursal deducida por el síndico. Condiciones exigidas por el art. 119 de la Ley 24.522. Planteo de caducidad. Cómputo del plazo legal. Inicio desde el decreto falencial. Interpretación de la ley y garantía de propiedad. Disidencia (CCom., sala C).....	40
<u>JURISPRUDENCIA AGRUPADA</u>	
Exclusión de voto en el concurso preventivo Por Jorge Alberto Diegues	49

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

El daño punitivo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y en el de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor Por Guillermo E. Falco	55
---	----

DERECHO COMPARADO

Algunas medidas para la protección de los consumidores en el derecho derivado de la Unión Europea Por Alessandra Lanciotti	70
--	----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Responsabilidad por guarda y custodia de automotores en estacionamientos de centros comerciales Por Sandra M. Wierzba	78
---	----

DAÑOS Y PERJUICIOS / Sustracción de un automóvil en una playa de estacionamiento de un centro comercial. Responsabilidad de la titular del predio y de la prestadora del servicio de cine. Obligación de custodia. Daño material y privación de uso. Procedencia de la acción (CCom., sala C).....	78
--	----

La aplicación del daño punitivo en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Jujuy Por Francisco A. Junyent Bas y María Constanza Garzino	88
--	----

DAÑO PUNITIVO / Prestación del servicio de telefonía domiciliaria. Pedido de traslado de línea a nuevo domicilio del usuario. Incumplimiento. Transcurso de un plazo de dos años. Reclamos ante la empresa y en sede administrativa. Indiferencia. Negligencia. Abuso de posición de poder. Derechos del usuario. Constitución Nacional. Proporcionalidad de la sanción (ST Jujuy)	88
--	----

Constitucionalidad de la regulación de consumo y oportunidad de la decisión sobre la legitimación Por Horacio L. Bersten	99
--	----

ACCIONES COLECTIVAS / Pedido de nulidad de cláusulas de exclusión de cobertura. Legitimación activa de Asociación de Consumidores. Tratamiento al momento de dictar sentencia. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disidencia (CCom., sala F).....	99
---	----

Vigencia de la garantía convencional en la compraventa de vehículos automotores y defensa del consumidor Por Margarita Ramonda	114
--	-----

COMPRAVENTA / Sobrecalentamiento de motor en vehículo nuevo. Omisión de realizar el service obligatorio en agente oficial. Daños en el motor y acción iniciada contra el fabricante y la concesionaria. Ausencia de responsabilidad. Valor probatorio de la prueba pericial técnica. Falta de acreditación de los defectos de fábrica. Art. 40 de la Ley 24.240 y caducidad de la garantía. Validez de la cláusula que obliga a realizar el servicio de mantenimiento. Rechazo de la demanda (CCom., sala D)	114
--	-----

Un debate sin consenso: la necesidad de trazar límites interpretativos en la calificación jurídica de consumidor. Análisis particular de la figura del empresario Por María Lourdes Parmigiani	124
--	-----

DEFENSA DEL CONSUMIDOR / Mecánico. Rechazo de la demanda de daños contra una empresa fabricante de repuestos de autos. Falta de prueba de la adquisición de la pieza y del carácter de consumidor final. Inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor (CNCom., sala A)	124
---	-----

La prescripción en el contrato de enseñanza en establecimientos privados Por María Soledad Casazza	135
--	-----

ENSEÑANZA PRIVADA / Cobro de cuotas mensuales impagas. Plazo de prescripción aplicable al reclamo del proveedor. Inaplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor	135
--	-----

SOCIEDADES

DOCTRINA

La empresa familiar como enfoque metodológico Por Carlos A. Molina Sandoval	149
---	-----

El derecho de receso en la sociedad de responsabilidad limitada Por Pedro Sánchez Herrero	165
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

La anotación de litis en el marco de los conflictos societarios Por Diego A. J. Duprat	175
--	-----

SOCIEDAD ANÓNIMA / Asamblea que decide la dación en pago de activos. Anotación de litis (CNCom., sala B)	175
--	-----

Personería y legitimación de un socio comanditario en el ámbito cambiario Por Iván G. Di Chiazza	179
--	-----

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES / Ejecución de un pagaré firmado por un socio comanditario. Admisión de la defensa de falta de personería. Intervención de un tercero en el proceso en calidad de acreedor de la ejecutada. Doctrina de los actos propios. Rechazo de la acción (CNCom., sala A)	179
---	-----

CONTRATOS

DOCTRINA

Las acciones de fraude como <i>default rules</i> contractuales. Un análisis económico del derecho Por Federico S. Carestia	189
--	-----

Los sistemas de distribución. Reflexiones sobre los contratos entre comerciantes Por Gonzalo Luis Anaya	206
---	-----

DERECHO COMPARADO

La responsabilidad civil pre-contractual Por Juan Espinoza Espinoza	221
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Transferencia de fondo de comercio: desinterés y resolución Por José Pablo Descalzi	253
---	-----

FONDO DE COMERCIO / Acción intentada por el comprador con el fin de resolver el contrato y obtener la seña entregada al boleto. Sentencia que declara la extinción por mutuo acuerdo. Facultades del juez. Verdad jurídica objetiva. Actuación de intermediario y obligaciones de las partes. Procedencia parcial de la acción (CNCom., sala B).....	253
--	-----

El uso de la buena fe como criterio hermenéutico aplicable a los contratos comerciales Por Andrés Cantelmi	262
--	-----

CONTRATOS / Transferencia de acciones. Rechazo de la demanda por los daños derivados de la obstaculización de la operación. Atraso en la confección del balance no desconocido por el socio (CNCom., sala C).....	262
---	-----

TÍTULOS DE CRÉDITO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

El pagaré de consumo. Tras los muros, sordos ruidos Por Federico M. Álvarez Larrondo	275
--	-----

TÍTULOS DE CRÉDITO / Ejecución de pagaré. Excepción de inhabilidad de título. Aplicabilidad del art. 36 de la Ley 24.240. Relación de consumo. Abstracción cambiaria. Interpretación de la ley. Rechazo de la defensa opuesta. Procedencia de la ejecución. Disidencia.....	275
---	-----

BANCOS Y MERCADO DE CAPITALS

DOCTRINA

Introducción a la financiación colectiva. (Crowdfunding) en el mercado de capitales Por Martín E. Paolantonio	287
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Cuando la culpa es toda del comitente. (Lecciones de una sentencia ejemplar) Por Marcelo A. Camerini	294
--	-----

BOLSA DE COMERCIO / Indisponibilidad de títulos accionarios. Daños derivados de la rentabilidad frustrada. Accionar delictivo del agente de bolsa. Responsabilidad solidaria del Mercado de Valores y de la Caja de Valores. Legitimación pasiva (C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza).....	294
--	-----

ARBITRAJE

DOCTRINA

Breves observaciones en torno al concepto de jurisprudencia arbitral Por Ramiro Sagrario	305
--	-----

MARCAS Y PATENTES

DOCTRINA

El requisito de novedad en las patentes farmacéuticas Por Ignacio Sánchez Echagüe	313
---	-----

PROPIEDAD INTELECTUAL

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Violación de derechos de propiedad intelectual y responsabilidad de los intermediarios en internet Por Julio F. Lago	327
--	-----

PROPIEDAD INTELECTUAL / Difusión de película mediante un sitio web. Sobreseimiento de los administradores y los usuarios. Inexistencia de delito. Actividad riesgosa permitida. Socialización de la información cultural (CNCrim. y Correc.)	327
--	-----

PÁGINAS CLÁSICAS

La venta de un fondo de comercio y los créditos contra el vendedor según la ley 11.867 Por Ignacio Winizky	337
--	-----

Algunas medidas para la protección de los consumidores en el derecho derivado de la Unión Europea

POR ALESSANDRA LANCIOTTI (*)

Sumario: 1. Observaciones preliminares.— 2. La política comunitaria de protección de los consumidores y la definición de “consumidor”.— 3. Cláusulas para la determinación de la competencia en el espacio judicial europeo favorables al consumidor.— 4. La protección de los sujetos débiles a través de la previsión de normas uniformes que solucionan los conflictos de leyes. La ley aplicable a los contratos de consumo.— 5. La ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos.— 6. Conclusiones.

1. Observaciones preliminares

Muy numerosos y distintos son actos (Directivas y Reglamentos) que abarcan cuestiones relativas a la actuación de la política de la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea (UE). (1) Basta sólo pensar que, en el sitio oficial de la Unión Europea, por debajo del párrafo “*Protección del consumidor*” (párrafo 15 apartado 20) se puede leer: “*número total de actos [relativos a la protección del consumidor]: 888*”. (2) En la Carta de los derechos fundamentales de la UE, el art. 38, intitulado protección de los consumidores prevé expresamente que: “*Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores*”.

Puesto que no es posible analizar en detalles toda la evolución de la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores, nosotros nos fijaremos en una parte menos conocida de esta disciplina, la que trata la protección procesal del consumidor, considerado este último como parte débil de la relación comercial, que necesita protección también en asuntos civiles y comerciales con repercusión transfronteriza, es decir en los casos/las situaciones que afectan un consumidor residente en un Estado miembro de la UE que celebra contratos con una empresa domiciliada en

un otro Estado miembro o que compra productos procedentes de otro Estado miembro.

De hecho en el orden jurídico de la Unión Europea, la protección de los sujetos débiles de la relación contractual, como el consumidor, se actúa no solo a través de las disposiciones de derecho material contenidas en varias Directivas que abarcan cuestiones relativas a la armonización del derecho privado “substancial” (material), si no también mediante la adopción de normas uniformes en materia de conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción, que han sido adoptadas sobre la base legal del artículo 81, párrafo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esta regla se introdujo con el Tratado de Amsterdam en vigor desde 1999, y ahora está colocada, con algunas modificaciones, en el Capítulo III titulado: “*Cooperación judicial en materia civil*” del título V del Tratado de Funcionamiento de la UE que tiene un alcance muy amplio, dedicado al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”.

La modificación del Tratado institutivo de la UE en este punto ha permitido un traslado muy amplio de competencias desde los Estados Miembros a la Comunidad Europea (y ahora a la Unión), que ha abierto el camino para la aprobación de algunos reglamentos comunitarios, es decir: actos normativos de alcance general y directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro - en el sector de la “*cooperación judicial en asuntos civiles*”. (3)

(*) Profesora titular de las cátedras de Derecho Internacional y Derecho Comunitario de la Universidad de Perugia (Italia).

(1) Para un listado completo de los actos normativos en vigor en la UE véase “<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap152040.htm>”.

(2) Véase “<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap15.htm>”.

(3) El art. 81 TFUE, en el párrafo 2 prevé que: “el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:

Entre los varios reglamentos que disciplinan de manera uniforme la cooperación en materia civil son de interés para nuestro propósito el Reg. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Reglamento “Bruselas I”) (4) y el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como “Roma I”). (5)

Aunque los citados Reglamentos tienen un alcance más amplio y general, ellos también se conectan con la política de protección de los consumidores llevada a nivel comunitario, y se refieren expresamente a la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual. En este sentido el Reglamento Bruselas I establece reglas de competencia especiales, más favorables a los intereses del consumidor de lo que disponen las reglas generales, mientras que el de Roma pone normas especiales de conflicto de leyes por los contratos de consumo, que deberían permitir reducir los gastos para la resolución de los litigios que son, a menudo de escasa cuantía, y tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercio a distancia.

En realidad algunas normas dedicadas al tema de la competencia judicial con el mismo fin ya podían encontrarse en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor entre los Estados miembros de la Comunidad Europea desde los años 70. Así como que normas de conflicto de leyes más favorables a los intereses del consumidor que las normas generales ya podían encontrarse en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. (6)

(...) letra c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción” y —importante afirmación a los efectos de la protección procesal del consumidor— letra e) una “tutela judicial efectiva”. Sobre este tema véase: A. LANCIOTTI, *La tutela processuale dei soggetti deboli nel diritto dell’Unione europea*, in Sassi (a cura di). *La protezione dei soggetti deboli: Profili di integrazione e ricerca tra America Latina e Europa*, Roma, 2011, p. 445 ss.

(4) Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 12 de 16.1.2001

(5) Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L 177 de 4.7.2008.

(6) La versión consolidada del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en

Pero estos dos convenios internacionales solo tenían una base jurídica comunitaria indirecta en el art. 293 del antiguo Tratado CE, porque en aquel momento las instituciones comunitarias no tenían competencia normativa directa en el ámbito de la cooperación judicial civil (ámbito imputable a la acción intergubernamental que se actuaba a través de la firma de tratados internacionales entre Estados Miembros) y tampoco tenían competencia en materia de protección de los consumidores en el sentido de una política autónoma de la Comunidad Económica Europea.

2. La política comunitaria protección de los consumidores y la definición de “consumidor”

El reconocimiento de la protección de los consumidores como política autónoma de la Comunidad Europea empezó con el Acta Única Europea en 1987, si bien como parte del programa de mercado interior. Pero es solo con el Tratado de la Unión Europea hecho a Maastricht en 1992 que la protección de los consumidores se reconoció como un capítulo autónomo en el Tratado institutivo, y se añadió la «contribución al refuerzo de la protección de los consumidores» a la lista de las medidas necesarias para alcanzar los fines de la Comunidad. Así, por primera vez, se crea una base legal específica en una disposición del Tratado institutivo, al tiempo el art. 129, luego convertido en el art. 153 del Tratado de Amsterdam y actualmente en el art. 169 del TFUE.

Sin embargo, ya a mediados de los años 80 se adoptaron medidas de protección de los consumidores (pero sobre la base del art. 94 TCE el cual exige un vínculo directo de la directiva con el mercado interior) logrando así que, a la hora de definir las otras políticas comunitarias, los intereses de los consumidores se tuvieran en cuenta (estableciendo para ello la necesidad de que los productos comercializados en la Comunidad respondieran a normas de seguridad y sanidad aceptables).

A partir de este período han sido adoptadas numerosas Directivas sobre este tema, como la Directiva 85/374 sobre responsabilidad por defecto de los productos y la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, entre otras, desde

el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 027 de 26/01/1998. El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Diario Oficial C 334 de 30/12/2005.

las cuales surge una definición de “consumidor” centrada en el uso del producto. (7)

Esta misma definición de consumidor se encuentra en el Reg. 44/2001 relativo a la competencia judicial y también en el Reg. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por los cuales el consumidor es una persona física que celebra contratos “*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*”. (8) Mientras la nueva Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y en materia de contratos a distancia pone una definición similar pero un poco más detallada, centrada sobre el propósito de cada uno de los dos contratantes.

Según esta última Directiva “se entenderá por: 1) «consumidor»: *toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*; 2) «comerciante»: *toda*

(7) Véase el art. 1, par. 4 de la Dir. n. 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Diario Oficial de la Comunidad Europea L. 372 del 31/12/1985) que ahora ha sido derogada por la Dir. 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011 (Diario Oficial L 304 de 22/11/2011). También véase el art. 2 de la 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Esta Directiva fija un sistema de responsabilidad objetivo (invirtiéndose la carga de la prueba ya que se imputa la responsabilidad al empresario) plasmando una de las principales reivindicaciones de los consumidores en la Comunidad. Otras Directivas que ponen una definición de “consumidor” centrada en el uso del producto son indicadas en la parte final de este comentario.

(8) Sobre la noción de consumidor en el derecho internacional privado: F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours de la Académie de droit international de La Haye*, vol.188, 1984, p. 341 ss.; S. TONOLO, SACCO, *La nozione di consumatore ai fini della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Studium Juris*, 1999, p. 438 ss.; F. POCAR, *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 303 ss; EMANUELE, *Sui contratti conclusi dai consumatori nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Giust. Civ.*, 1996, II, p. 21.

persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”. (9)

3. Cláusulas para la determinación de la competencia judicial en el espacio judicial europeo favorables al consumidor

Para la determinación de la competencia en el espacio judicial europeo, en caso de litigios en materia de contratos celebrados “*por una persona, el consumidor, para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional*” el art. 15 del Reglamento 44/2001 dicho “Bruselas” establece una regla especial que deroga al criterio general de vinculación, y también al foro en materia contractual (individuado en el art. 5, punto 1 del mismo Reglamento en el tribunal del país en el que “*hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda*”).

Así este Reglamento garantiza la protección de los sujetos débiles ampliando la posibilidad de acceso a la justicia en los tribunales nacionales en caso de litigios transfronterizos en materia civil y comercial que interesan al consumidor —igual que el trabajador y el contratante privado de una póliza de seguro—. (10)

Siempre vale el principio general de que la competencia judicial se basa en el domicilio del demandado (art. 2), pero el Reglamento también establece criterios de competencia especiales, más favorables a los intereses del consumidor de lo que dispone la regla general del artículo 2 (art. 15).

La cosa importante es que la elección de la jurisdicción puede ser decidida por el mismo consumidor, que puede a su discreción recurrir ante el tribunal de su propio domicilio o ante el tribunal del domicilio de la otra parte contratante, normalmente una empresa o un sujeto profesional

(9) Art. 2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo engañosa (Diario Oficial L 304 de 22/11/2011).

(10) Por los cuales véase los artículos 9 y 19 del Reg. 44/2001.

que actúe en ejercicio de su actividad profesional o comercial.

Pero no vale lo contrario, es decir que la misma facultad de elegir el tribunal que le resulte más conveniente no vale por el profesional o la empresa, que solo puede recurrir ante el tribunal del lugar del domicilio del consumidor (art. 16, par. 2, Reg. 44/2001).

De esta manera, el Derecho comunitario sólo prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente, aunque el Reglamento ofrece al consumidor la posibilidad de un poco de “forum shopping”.

De todas formas la deroga a la regla general del foro del domicilio del demandado no se aplica a cualquier contrato celebrado por parte del consumidor, sino solo a algunas limitadas hipótesis establecidas en el art. 15, apartado 1:

a) en cuanto se trate de una venta a plazos de mercaderías;

b) en cuanto se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes;

c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

Estas limitaciones del alcance de la norma demuestran además que la exigencia de proteger al consumidor se encuentra más, en el ámbito del sector de la justicia civil, en cuanto ocurran situaciones que presuponen una debilidad peculiar por parte del consumidor, como en el caso en que este no tenga la disponibilidad económica para adquirir bienes o servicios en un pago único, o bien cuando el profesional o su representante, han cumplido una actividad invasiva de la esfera de vida del mismo consumidor. (11)

(11) En este sentido véase S. MARINAI, I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale, Torino, 2007, p. 123.

El artículo 15 letra c) del Reg. Bruselas I es una norma pionera a escala internacional en la introducción de manera expresa del criterio basado en el país o países a los que las actividades “están dirigidas”, de particular relevancia en relación con la determinación del régimen jurídico de las actividades desarrolladas a través de Internet. En el mismo tiempo es una norma que plantea importantes dificultades interpretativas, habida cuenta de la falta de elementos precisos para concretar cuándo cabe entender que una actividad va “dirigida a un determinado país”.

Con referencia a esta última hipótesis, una Declaración conjunta del Consejo y la Comisión especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c) sea aplicable “no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades”. Esta Declaración recuerda también que “el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuese. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”.

Lo importante para apreciar si un sitio de Internet va determinado a un país (entre otros) es su configuración y la actividad que se desarrollara a través del mismo. En la interpretación del criterio del artículo 15 c) resulta relevante valorar la creciente disponibilidad de tecnología que hace posible restringir el acceso a los contenidos de Internet a usuarios procedentes de una determinada área geográfica. (12)

De otro lado el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido que el art. 15 letra c) “debe interpretarse en el sentido de que no exige que el contrato entre

(12) El tema es demasiado complejo para ser abordado aquí, véase: P. de MIGUEL ASENSIO, Comercio por Internet y alcance de la protección del sistema jurisdiccional europeo, en pedromiguelasensio.blogspot.com/posts; y también: Contratos de consumo celebrados a través de internet: Alcance del régimen de protección del Reglamento Bruselas I, Anuario español de Derecho internacional privado, t. X, 2010, p. 1020 ss.

el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia”. (13)

4. La protección de los sujetos débiles a través de la previsión de normas uniformes que solucionan los conflictos de leyes. La ley aplicable a los contratos de consumo

En el ámbito comunitario, la protección de los sujetos débiles se provee también a través de la previsión de normas uniformes que solucionan los conflictos de leyes mediante la utilización de criterios de conexión especiales para la determinación de la ley reguladora de la relación entre el consumidor y la empresa.

Así, con referencia al derecho aplicable a los contratos estipulados con una parte considerada débil, como el consumidor —y también el trabajador y el contratante privado de pólizas de seguro (14)—, la disciplina comunitaria ha superado los postulados de neutralidad e igualdad que caracterizan el sinalagma contractual, para evidenciar el dato subjetivo de la posición de debilidad de uno de los contratantes y de su distinto, menor poder económico.

La Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina, de manera uniforme en todos los Estados miembros de la UE, con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como Reglamento “Roma I”.

Además este Reglamento tiene carácter *erga omnes* o universal, así como antes el Convenio de Roma de 1980 sobre el mismo tema. Esto significa que, para su aplicación, el Reglamento Roma I no debe ser alegado por las partes, sino que se aplica en todos los casos cuando es competente el tribunal de un Estado comunitario, con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, y de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración del contrato, lugar de la entrega, etc.

También se aplica aunque la ley reguladora del contrato designada por dicho Reglamento

(13) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de septiembre de 2012 asunto C-190/11, Mühlleimer y Yusufi.

(14) Véase el art. 8 por el trabajador, el art. 7 por el contratante privado de pólizas de seguro.

no sea la Ley de un Estado miembro (art. 2, Reg. Roma I).

En relación con los contratos de consumo, dicho Reglamento, prevé, en deroga a los criterios de conexión previstos para la totalidad de los contratos con carácter internacional, un criterio de conexión especial en el art. 6, par. 1:

“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, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual”.

Entonces se aplica la ley del país de residencia habitual del consumidor.

Pero esta excepción vale siempre y cuando el profesional:

“a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades (art. 6, 2).”

La idea del legislador comunitario es que los consumidores deben quedar protegidos por las disposiciones del país de su residencia habitual que no puedan excluirse mediante acuerdo, siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en el país de que se trata.

La misma protección debe garantizarse en caso de que el profesional, aun no ejerciendo sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor, dirija por cualquier medio sus actividades hacia este país o hacia varios países, incluido el del consumidor, celebrándose el contrato en el marco de estas actividades. (15)

La *ratio* de esta disposición del Reglamento 593/2008 sigue perfectamente la de la disposición sobre el tribunal competente del art. 15 del Reg. “Bruselas I”, descrita con anterioridad, a que esta

(15) Véase el Consid. n. 25 del Preámbulo del Reglamento 593/2008.

está estrictamente vinculada, determinando en la mayoría de los litigios que ven involucrada una persona que se puede calificar como “consumidor” y relacionadas a los tipos de contratos con las características anteriormente mencionadas, la coincidencia entre *forum* y *ius*.

Además la coherencia entre las distintas normas de derecho comunitario derivado exige que se haga referencia a la “*actividad dirigida*” como condición para aplicar la norma protectora del consumidor y que este concepto sea objeto de una interpretación armoniosa con el art. 15 del Reglamento 44/2001, también con referencia a los contratos celebrados a través de un medio de comunicación a distancia como internet.

Para la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumo también vale el principio general de la autonomía de la voluntad de los contratantes, que es el primer punto de conexión para determinar la *lex contractus* establecido por el Reglamento Roma I.

Ya se sabe que según el principio general los contratantes pueden elegir la ley que regula el contrato en el que participan y que les resulte más conveniente (art. 3 del Reg.).

Sin embargo, con referencia específica a los contratos de consumo, que entran en el alcance del apartado 1 del art. 6, arriba mencionado, el apartado siguiente especifica que la *elección* de la ley aplicable: “*no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable*” (art. 6, par. 2).

Es decir las de la ley de su residencia habitual.

En otras palabras, el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable no impide la aplicación de las disposiciones sobre los derechos del consumidor de la ley de su país de residencia habitual: por tanto tales disposiciones son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato, también la ley de un tercer país, siempre que el contrato cae dentro del alcance del art. 6.

Además, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores (art. 25 par. 1 de la Dir.), mientras

si es la ley de un tercer país se aplicará el mismo Reg. 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece el derecho comunitario. (16)

El art. 6 del Reglamento Roma I no es totalmente nuevo, sino que reelabora la norma del (antiguo) art. 5 del Convenio de Roma, que aunque trataba la ley aplicable a los contratos de consumo (17), presentaba problemas de aplicación, al no ser capaz de proteger suficientemente al consumidor móvil, es decir aquel que, para efectuar una compra o contratar un servicio, se desplaza en un país distinto del país de residencia habitual. Los criterios dictados por el art. 5, pár. 2 del Convenio (publicidad, firma del contrato, entrega del pedido en el país del consumidor) no conseguían adaptarse suficientemente a las nuevas técnicas de comercialización a distancia y, en particular, al comercio electrónico. (18)

No es posible desconocer que Internet pone en tela de juicio las técnicas localizadoras tradicionales del Derecho Internacional Privado debido a las propias características de este medio. Tratase de un tema muy amplio que plantea cuestiones legales espinosas, pero que no podemos abordar aquí. Sólo recordamos que la nueva Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores pone normas de armonización que regulan determinados aspectos de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil que tienen en cuenta las compras por internet. Las medidas nacionales de transposición de esta Directiva se aplicarán a partir del 13 de junio de 2014 (art. 28 Dir.). (19)

(16) Art. 25 y Consid. N. 58 del Preámbulo de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

(17) Sobre la individuación de la ley aplicable a los contratos estipulados en conformidad del Convenio de Roma de 1980 véase A. LANCIOTTI, Norme di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita, Napoli, 1992, p. 253 ss.

(18) Véase G. PIZZOLANTE, Art. 6, contratti conclusi da consumatori, in Commento al Reg. 44/2001, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2009, p. 727 ss.; L.E. GILLES, Choice-of-law rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation, in Journal of Private International Law, 2007, p. 89 ss.

(19) Por un comentario S. MARINO, L'evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell'Unione europea alla luce delle recenti direttive e proposte dell'UE, in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2012, p. 583 ss.

5. La ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos

También en el Reg. (CE) n. 864/2007 sobre la ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (dicho Reg. “Roma II”) (20) se puso una norma a protección de la posición del sujeto débil de la relación, a través de la cual el legislador comunitario ha intentado mediar la exigencia de protección de los consumidores con la de garantizar a los productores la posibilidad de prever el Derecho aplicable, estableciendo conceder mayor evidencia a la conexión con el país de residencia de la persona que ha sufrido el daño —normalmente el consumidor— con la condición que el producto haya sido comercializado en aquel país (art. 5 Reg. 864/2007).

Así, la norma de conflicto uniforme establecida de forma general en este último Reglamento, la de la *lex loci damni* (mencionada en el artículo 4, apartado 1), se somete a una derogación cuando tratase de responsabilidad por productos defectuosos. En este sentido, el primer elemento que debe tenerse en cuenta es la legislación del país de residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en ese país. Si el producto no se hubiera comercializado en ese país, se pondrán en marcha los otros elementos de la cascada especificados en las letras b) y c) del art. 5. (a menos que la persona cuya responsabilidad se alega tenga su residencia habitual en el mismo país y que no hay una conexión manifiestamente más estrecha con otro país).

6. Conclusiones

En conclusión, con este pequeño análisis, se ha intentado poner en evidencia como el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, mediante la adopción de Reglamentos en el sector de la cooperación judicial entre Estados miembros, persiga la finalidad de una “tutela judicial efectiva” y de evitar que el contratante débil, a causa de su menor poder contractual, se vea obligado a la aceptación de una disciplina que conlleve, en su perjuicio, un relevante desequilibrio de los derechos y las obligaciones que surgen en virtud del contrato. Aunque se respeta la autonomía de las

partes de un contrato, en los contratos celebrados por los consumidores sólo se prevé una autonomía limitada en cuanto a la elección del órgano jurisdiccional competente y de la ley aplicable.

Así a través las normas uniformes de conflicto de leyes especiales arriba examinadas, la legislación derivada de la Unión contribuye de manera indirecta a la protección de los sujetos débiles en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En realidad estas normas no tienen un alcance muy amplio, porque el legislador comunitario tuvo que llegar a un compromiso, un balance entre el objetivo de la protección de los consumidores y varios otros objetivos, que son el justo reparto de los riesgos inherentes a una sociedad moderna caracterizada por un alto grado de tecnicidad, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada, la simplificación de los intercambios comerciales y el desarrollo del mercado interior. (21) Pero el impacto de estas reglas especiales sobre el Derecho nacional de cada Estado Miembro es el propio de los actos legislativos de la Unión, es decir de una normativa “vinculante” de directa y uniforme aplicación. Muy pronto esta normativa deberá coordinarse con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que cada Estado debe adoptar a más tardar el 13 de diciembre de 2013 y que son necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la nueva Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y en materia de contratos a distancia.

Además, gracias a la posibilidad de apelarse al Tribunal de Justicia de la UE con petición de decisión prejudicial (con arreglo al art. 267 TFUE), debería asegurarse la aplicación uniforme de dichas normas en todos los ordenamientos nacionales y la interpretación en conformidad con los principios del Derecho de la Unión.

Otras Directivas que ponen una definición de “consumidor” centrada en el uso del producto:

— Dir. n. 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (*Diario Oficial* L. 42 de 22.2.1987),

(20) Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, (*Diario Oficial* L 199 del 31/7/ 2007).

(21) Véase el Considerando n. 20 del Reg. 864/2007.

ahora substituida para la Dir. n. 2008/48/CE de 23 de abril 2008, en los contratos de crédito para los consumidores y se deroga la Dir. n. 87/102/CEE (*Diario Oficial* L. 133 del 22.5.2008);

— Dir. n. 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*Diario Oficial* L 95 del 21/4/1993);

— Dir n. 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*Diario Oficial* L 144 de 4/6/1997);

— Dir. n. 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (*Diario Oficial* L 080 de 18/03/1998);

— Dir. n. 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (*Diario Oficial* L 171 del 7/7/1999);

— Dir. n. 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Dir. n. 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (*Diario Oficial* L 271 de 9/19/2002);

— Dir. n. 2000/31/CE de 8 de junio 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular la de comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (*Diario Oficial* L 178 de 17/7/2000). ♦

.....

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE ABRIL DE 2014
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA