



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

50 Años

1961 - 2013

Boletín Informativo

¡Colombia ingresa a foro internacional de protección de datos!



Colombia ingresa como miembro integrante de las Autoridades de Privacidad de la Región Asia Pacífico (APPA por su acrónimo en inglés). La noticia fue dada a conocer el pasado mes de mayo por el superintendente delegado de Protección de Datos Personales: José Alejandro Bermúdez. Recordemos que el objetivo del APPA es, entre otros, fomentar la cooperación entre autoridades e intercambiar ideas sobre buenas prácticas en materia de regulación, nuevas tecnologías y manejo de quejas y reclamos; aumentar la conciencia y el cumplimiento de las leyes de privacidad y de protección de datos por parte de las agencias y empresas reguladas; promover la conciencia

pública sobre los derechos y responsabilidades en estas materias; destacar que la privacidad es un tema relevante en el ámbito internacional; y generar el interés de los medios en los servicios que proporcionan dichas autoridades en sus respectivas regiones.

Los miembros del APPA se reúnen dos veces al año, para discutir reportes nacionales e iniciativas concretas. La próxima reunión se realizará en Auckland (Nueva Zelanda) los días 15 y 16 de julio. Por supuesto, esta última contará con la participación de nuestro país.



ISSN: 2339-3351

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS DE BOGOTÁ
Boletín Informativo

Ernesto Rengifo García
Director

Coordinador académico: Jorge Oviedo Albán

Coordinador editorial: Wilmar Germán Castro Pinto

Colaboradores: Ivonne Maritza Sierra Hernández, Laura Juliana García, Nicole Andrea Yepes, Lina María Guio Leiva, María Alejandra Cardozo Barrios y Julián David Ruiz Rondán

Edición gráfica: Ivonne Maritza Sierra Hernández

Primera edición: 15 de mayo de 2007
ISSN: 2339-3351

COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS DE BOGOTÁ
Bogotá, Colombia



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

Índice

BOLETÍN No. 1570 DE 2013

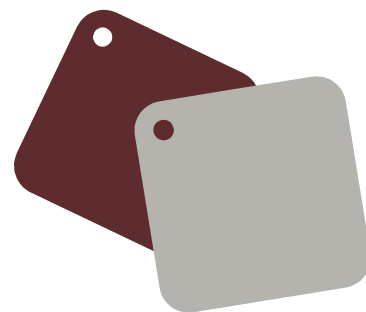
CONTENIDO

I. NOTA EDITORIAL.....	5
II. MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN.....	6
III. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL.....	7
a. Sentencias	7
1. Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: EXP. 0500131030012004-00457-01. cuatro (4) de abril de 2013. aprobado en sala el 27 de febrero de 2013. Asunto: Prescripción de acción en contrato de seguro.	
2. Entidad emisora: Corte Suprema de Justicia Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: EXP. 11001-3103-042-2006-00453-01. cuatro (4) de febrero de dos mil trece (2013). Asunto: Concierto simulatorio.	
3. Entidad emisora: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: Proceso 173-ip-2012 expediente interno: n° 2007-00383 del 6 de febrero de 2013. Asunto: Interpretación prejudicial del artículo 136 literal a) de la decisión 486 de la comisión de la comunidad andina; y, de oficio, de los artículos 134 literal a), 146, 147 y 148 de la misma decisión; con fundamento en la consulta solicitada por el consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, de la república de Colombia. marca: "New Body Maternity" (denominativa).	
4. Entidad emisora: : Corte Constitucional Tipo de Normativa: Sentencia Referencia y fecha: : Sentencia c-157 de 2013 Asunto: Exequibilidad condicional del artículo 206 de la ley 1564 de 2012 (código general del proceso).	
b. Conceptos	13
1. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio Tipo de normativa: Concepto Referencia y fecha: Concepto 12-225504-00003-0000 del 31 de enero de 2013 Asunto: Tramite para reclamar incumplimiento ante la SIC	



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com



Índice

2. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio
Tipo de normativa: Concepto
Referencia y fecha: Concepto 13-018297-00001-0000 del 14 de marzo de 2013.
Asunto: Posibilidad de retracto ante compra de un servicio

3. Entidad emisora: Superintendencia de Sociedades
Tipo de normativa: Concepto
Referencia y fecha: Concepto 13-018297-00001-0000 del 14 de marzo de 2013.
Asunto: Posibilidad de expulsión en sociedad anónima

c. Circular 17

1. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.
Tipo de normativa: Circular
Referencia y fecha: Circular 004 del 18 de febrero 2013
Asunto: Se modifica los numerales 2.1, 2.2, 2.3, y del capítulo segundo de título IX de la circular única

2. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.
Tipo de normativa: Circular
Referencia y fecha: Circular 003 del 05 de febrero de 2013
Asunto: Adicionar el numeral iv al literal a del numeral 2.1.1.3 del capítulo segundo del título VII de la circular única

3. Entidad emisora: Superintendencia de Industria y Comercio.
Tipo de normativa: Circular
Referencia y fecha: Circular 200-000002 del 25 de febrero del 2013
Asunto: Solicitud de información financiera a los clubes de fútbol con deportistas profesionales organizados como sociedades anónimas en los términos previstos por la ley 1445 de 2011

d. Decreto..... 20

1. Entidad emisora: Departamento Nacional de Planeación
Tipo de normativa: Decreto
Referencia y fecha: Decreto 100 de 2013 del 25 de enero de 2013
Asunto: Régimen de Asociaciones Público Privadas

IV. ÁMBITO INTERNACIONAL 22

v. DOCTRINA 23



COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

Nota Editorial

El Colegio de Abogados Comercialistas trae en esta nueva entrega el análisis de cuatro importantes sentencias, las dos primeras emanan de la Corte Suprema de Justicia y abordan temas interesantes del derecho mercantil, como la prescripción en materia de seguros y el concierto simulatorio. La tercera proveniente de la Corte Constitucional en donde se analiza la exequibilidad del artículo 206 del Código General del Proceso que reglamente el juramento estimatorio. Y la cuarta, originada en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el marco de la interpretación prejudicial solicitada en una acción de nulidad simple, respecto de los requisitos exigidos por la normativa andina para el registro de una marca.

Nuestra edición también contiene importantes conceptos y circulares de la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el trámite para reclamar incumplimiento de la garantía mínima de todo producto ante la SIC, el derecho de retracto frente a la compra de un servicio y, la posibilidad de excluir a un socio dentro de una estructura societaria. Asimismo, un breve comentario del régimen de Asociaciones Público Privadas, elaborado a propósito de la expedición del Decreto 100 del 25 de enero del año en curso, que introduce pequeñas variaciones a su anterior reglamentación contenida en el Decreto 1467 de 2012.

Finalmente, un reconocimiento al aporte doctrinario del Doctor Gustavo Shötz, Director de la Maestría Regional de Propiedad Intelectual de la Universidad Austral de Buenos Aires y a los miembros del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Universidad de la Sabana por su colaboración con éste boletín. Esperamos seguir produciéndolo y con ello contribuir con la actualización de las novedades jurisprudenciales y normativas del derecho comercial.

Ernesto Rengifo García
Presidente



**COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS**

Cra 15 No 93 – 75 oficina 314 Edificio BBV Bogotá, Colombia
Tels. 6 16 23 31 – 6 16 23 39 Email: abocom@gmail.com

Junta Directiva

Presidente

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

Vicepresidente

LUZ HELENA MEJÍA PERDIGÓN

Vocales

Julio Benetti Salgar

Tulio Cárdenas Giraldo

Jorge Oviedo Albán

Arturo Sanabria Gómez

Juan Pablo Cárdenas Mejía

Juan Jacobo Calderón Villegas

Luis Fernando Henao Gutiérrez

José Alberto Gaitán Martínez

Comisario de Cuentas

Adolfo Palma Torres

Jorge Enrique Galvis Tovar

Representantes Ex presidentes

Edgar Ramírez Baquero

Jaime Quiñones Reyes

Director Boletín

Ernesto Rengifo García

Colaboradores

Ivonne Maritza Sierra Hernández

Lina María Guio Leiva

Julián David Ruiz Rondán

Laura Juliana García Ortiz

María Alejandra Cardozo Barrios

Nicole Andrea Yepes Peña



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDADEMISORA:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL**MAGISTRADO PONENTE:** FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ.**TIPO DE NORMATIVA:** SENTENCIA.**REFERENCIA Y FECHA: EXP.****0500131030012004-00457-01.** CUATRO (4) DE ABRIL DE 2013. APROBADO EN SALA EL 27 DE FEBRERO DE 2013.**TEMA:** PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN EN CONTRATO DE SEGURO.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 27 de febrero del año en curso, dictó sentencia en la que analizó el tema de las prescripciones ordinaria y extraordinaria en materia de seguros.

El demandante, funcionario perteneciente a la Rama Judicial, solicitó se declarara la existencia de un contrato de seguro celebrado a su favor con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, quien en la demanda propuso la excepción de prescripción ordinaria de la acción.

En sede del recurso extraordinario de casación, el censor adujo que, conforme con el artículo 1081 del Código de Comercio, el plazo de prescripción ordinaria de dos años contiene un elemento subjetivo, relativo al conocimiento que tenga el afectado de la existencia de su derecho o del hecho que da lugar a la acción, lo cual en su sentir le permite inferir que en el *sub iudice* operaría el término de prescripción extraordinaria.

En la parte considerativa de la sentencia, la Corte Suprema de Justicia recuerda que las normas sobre prescripciones son de carácter imperativo, inmodificables y de orden público.

En cuanto al artículo 1081 del Código de Comercio, dice la Corte: *“la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y la prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho”*.

Al respecto, recuerda que la diferencia entre los dos tipos de fenómenos prescriptivos está en la naturaleza subjetiva y objetiva que tiene cada una (ordinaria y extraordinaria). El carácter subjetivo se relaciona con el conocimiento real o presuntivo de la ocurrencia del siniestro. Mientras que el objetivo, tiene relación con la capacidad que tiene el beneficiario para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro, independientemente de que se sepa o no el momento de ocurrencia del siniestro. No obstante, una y otra pueden entrar a correr simultáneamente.

En consecuencia, no advierte la Corte reparo alguno al raciocinio jurídico del Tribunal, razón por la cual, decide no casar la sentencia.



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

TIPO DE NORMATIVA: SENTENCIA.

REFERENCIA Y FECHA: Exp. 11001-3103-042-2006-00453-01. CUATRO (4) DE FEBRERO DE DOS MIL TRECE (2013).

TEMA: CONCIERTO SIMULATORIO.

La Sala Civil de la Suprema Corte, profirió sentencia en la que analizó el tema de la simulación.

El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por la sociedad *Hincapié y Compañía Ltda.*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por esta contra la *Fábrica de Especias y Productos EL REY S.A.*, en el que se pretendía la declaración de la simulación relativa de los negocios jurídicos celebrados entre las partes, para concluir que existía una agencia comercial y no una serie de contratos de suministro para distribución.

Tanto la sentencia del *a quo* como la del *ad quem* desestimaron las pretensiones del demandante por no encontrar los elementos probatorios que demostraran la voluntad de simulación.

En sede de casación, la recurrente reprochó al Tribunal la exigencia de la acreditación de un “*consenso expreso*” del negocio jurídico simulado, toda vez que considera que en el proceso obra suficiente material probatorio que demuestra el acuerdo de voluntades echado de menos por el *ad quem*, así como también que no se puede condicionar la declaratoria de la simulación a ninguna formalidad.

Al resolver el cargo, la Corte Suprema de Justicia resaltó que el Tribunal no exigió ninguna formalidad sino que, en concordancia con reiterada jurisprudencia de dicha Corporación judicial, “*la prosperidad de las pretensiones depende de que ambas partes intervinientes muestren su apego consciente a dicha apariencia, y que obviamente, exista prueba de tal concierto volitivo*”, lo cual no se encontró probado en el presente caso.

En sus consideraciones, recuerda que esta figura jurídica dista de una situación de dualidad contractual, por cuanto “*se trata de una entidad negocial única, de doble manifestación: la pública y la reservada, igualmente queridas y ciertas*”, lo que permite inferir a su vez, que de no existir el consentimiento sobre los elementos esenciales del negocio jurídico oculto no habrá simulación, sino una simple y llana confusión.

Es decir que la Corte no está exigiendo tarifa legal alguna para reconocer el negocio jurídico simulado, sino la demostración del interés final simulatorio.

Sobre lo anterior, también recuerda que lo aparente no está llamado a generar efectos inter partes, sino frente a terceros: hipótesis en la cual prevalecerá el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia.

En conclusión, la Corte deja claro que no es necesario probar un consentimiento expreso, pero sí, que de no existir este consenso entre partes se estaría frente a una confusión de figura negocial, mas no frente a una simulación. Por esta razón, la Corte no casó la sentencia impugnada.



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

TIPO DE NORMATIVIDAD: SENTENCIA

REFERENCIA Y FECHA: PROCESO 173 -IP-2012 EXPEDIENTE INTERNO: N° 2007 -00383 DEL 6 DE FEBRERO DE 2013.

TEMA: INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL DEL ARTÍCULO 136 LITERAL A) DE LA DECISIÓN 486 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA; Y, DE OFICIO, DE LOS ARTÍCULOS 134 LITERAL A), 146, 147 Y 148 DE LA MISMA DECISIÓN; CON FUNDAMENTO EN LA CONSULTA SOLICITADA POR EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

MARCA: “NEW BODY MATERNITY” (DENOMINATIVA).

El 23 de noviembre de 2012, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una Interpretación Prejudicial dentro de un proceso de nulidad simple promovido en contra de la Superintendencia de Industria de Comercio por el registro de la marca “New Body Maternity” (denominativa) en Colombia para distinguir productos como “camisetas, pantalones, pijamas, brasieres, entre otros” de la Clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza.

De acuerdo a lo anterior y luego de establecer su competencia por vía prejudicial, este Tribunal se refirió al artículo 134 de la Decisión 486 y señaló que la marca se define como un “*bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos, sonidos,*

olores, letras, números, color determinado por su forma o combinación de colores, forma de los productos, sus envases o envolturas y otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio”.

Sus requisitos son dos: la susceptibilidad de representación gráfica, es decir, que sea perceptible, y la distintividad, esto es, que el consumidor esté en posición para identificar y diferenciar productos o servicios. A su vez, la capacidad distintiva puede ser intrínseca, que ella por sí sola sea distintiva; o extrínseca, que sea distintiva en relación con otra u otras marcas.

El Tribunal define la confusión como la posibilidad de que un consumidor adquiera un producto pensando que está adquiriendo otro (confusión directa), o que piense que ese producto tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee (confusión indirecta). La similitud entre dos signos puede darse desde diferentes ámbitos: en el ortográfico, en el fonético y en el ideológico.

Recuerda las reglas para el cotejo marcario: cada signo debe analizarse con una visión de conjunto, el análisis no debe ser simultáneo sino sucesivo, debe enfocarse en las semejanzas y no en



Sentencias

las diferencias, y el examinador debe colocarse en el lugar del presunto comprador. Teniendo en cuenta que una marca puede estar conformada únicamente por palabras (denominativa), únicamente por un diseño (gráfica), o contener palabras y diseño (mixta), si el elemento determinante en un signo mixto es el gráfico, en principio, no habría riesgo de confusión, pero si es el elemento denominativo, el cotejo deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas de análisis de signos denominativos: cada signo debe analizarse en su conjunto, pero deben tenerse en cuenta las sílabas; debe tenerse en cuenta su sílaba tónica; debe observarse el orden de las vocales; y debe detenerse en el elemento que impacta de una manera más fuerte.

Cuando una marca tiene un término de uso común, sea una palabra con significado o fantástica (incluyéndose en esta última las palabras en idioma extranjero), permite que el análisis de confusión entre esta marca y otra que contenga esa misma palabra, no tome en cuenta el término de uso común, enfocándose entonces en los demás elementos. El anterior supuesto aunado a otro supuesto en el que ambas marcas evoquen una misma idea, hacen de aquellas marcas unos signos débiles, lo cual permite que pueda haber coexistencia entre estas y otras hasta un punto similares.

Tomando en consideración todo lo anterior, el Tribunal concluye: (i) una marca puede registrarse si cumple con los requisitos de distintividad y si no se encuentra dentro de los supuestos de irregistrabilidad contemplados legalmente; (ii) el examinador debe atenerse a las reglas de cotejo

de similitud, para establecer si dos o más marcas son similares en grado de confusión; (iii) tratándose de signos mixtos, si el elemento predominante es gráfico, en principio no hay riesgo de confusión, pero si es el denominativo, deben seguirse las reglas de cotejo para signos denominativos; (iv) puede permitirse el registro de una marca hasta cierto punto similar a otra, si las dos contienen elementos de uso común; (v) una marca evocativa es registrable, y (vi) tendrá interés jurídico para interponer una oposición al registro de una marca, quien sea titular de un registro de marca en uno de los países miembros de la Comunidad Andina, o una solicitud previa a la de la marca en contienda en uno de esos países; el examinador deberá verificar que la oposición se haya presentado dentro de los términos legales correspondientes.



Sentencias

DATOS DE IDENTIFICACIÓN**ENTIDADEMISORA:** CORTE CONSTITUCIONAL**TIPO DE NORMATIVA:** SENTENCIA**REFERENCIA Y FECHA:** SENTENCIA C-157 DE 2013**TEMA:** EXEQUIBILIDAD CONDICIONAL DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY 1564 DE 2012 (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO).

Por medio de la sentencia C-157 de 2013 se declaró exequible de manera condicionada el único párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

El artículo 206 del Código General del Proceso consagra la obligatoriedad del juramento estimatorio cuando se pretenda el pago de una indemnización, este consiste en un medio de prueba por medio del cual se hace una tasación anticipada de perjuicios, y debe solicitarse en la demanda o petición correspondiente cuando se quiera hacer valer en el proceso. A través de esta interpretación de la norma se hace entonces imperativo -no optativo- para el apoderado de la parte que pretenda el pago de unos perjuicios: tasarlos de una manera detallada y precisa so pena de tener que pagar alguna de las indemnizaciones a las cuales hace referencia el artículo ya mencionado.

Sin embargo, la presente norma fue demandada a través de la acción de control de constitucionalidad, ya que el demandante consideraba que la sanción establecida en el párrafo único del artículo equivalente al cobro del cinco por ciento del valor pretendido, a quien cuyas pretensiones fueron desestimadas por falta de demostración, *“vulnera el principio de buena fe, constituye una medida excesiva que desconoce*

el principio de proporcionalidad de la sanción y, por ende, viola el derecho a acceder a la administración y el derecho a un debido proceso”.

La Corte, entonces, decide declarar la exequibilidad condicionada del párrafo, esto es, que la sanción que allí se establece *“no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente”*. Ello por cuanto la sanción que se estaría estableciendo en dicho artículo sin la mencionada sutileza sería desproporcionada.

Respecto de la proporcionalidad de la sanción por inexactitud del juramento estimatorio, es importante mencionar que la Corte ha establecido una serie de parámetros para determinar cuándo una sanción debe considerarse proporcionada y cuando no, por lo que en el presente caso, la decisión tomada por la Corporación pretende proteger a aquella parte que si bien obró diligentemente al haber estimado sus pretensiones mediante juramento estimatorio, estas no resultaron probadas.

Además, en el análisis de exequibilidad podemos encontrar que en primer lugar se toman como referencia principios y fines del Estado como la justicia y la igualdad, los cuales deben permear todas las actuaciones de los ciudadanos, tal y como sucede en este caso, puesto que al incorporar un elemento subjetivo



Sentencias

al régimen del juramento estimatorio (carga de diligencia) lo que la corte trata de hacer es precisamente generar un equilibrio entre lo que solicita una parte como perjuicios y lo que realmente se puede probar garantizando así a la otra parte que la condena será realmente justa.

Por otro lado, la exequibilidad condicionada tiene como fundamento el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la constitución política, ya que al imponerse dicha carga a la parte solicitante de la indemnización de perjuicios, esto es que de no estimar los perjuicios de manera acertada y de no resultar probados puede ser condenado, hará que esta sea más cuidadosa y solicite lo que realmente corresponde con los daños causados, lo cual tendrá como resultado que se esté desestimando la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias puesto que estas *“no pueden cobijarse ni en el principio de buena fe, que defrauda y anula, ni en los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso”*.

Por último, la Corte establece que *“la existencia de un régimen de responsabilidad aplicable a las partes y sus apoderados, cuando su conducta se aleje de la probidad y de la buena fe, del cual hace parte la norma demandada, contribuye a depurar el proceso judicial, ya que tiene la capacidad de desestimar, por la vía de la responsabilidad y las sanciones, el obrar descuidado y descomedido que asume el proceso como una apuesta abierta, en el cual el azar y no la justicia, debe ser la guía”*.

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva se reservaron la posibilidad de presentar eventuales aclaraciones de voto sobre las consideraciones en que se fundamenta la declaración de exequibilidad condicionada del parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.



Conceptos

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA
DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIV A: CONCEPTO

REFERENCIA Y FECHA:

12-225504-00003-0000 DEL 31 DE ENERO DE
2013

TEMA: TRAMITE PARA RECLAMAR
INCUMPLIMIENTO ANTE LA SIC

En concepto No. 12-225504-00003-0000 de enero de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió consulta referente al trámite que se debe llevar para realizar un reclamo por incumplimiento de garantía ante la SIC, y si este se debe realizar por medio de apoderado o se puede hacer a nombre propio.

El Estatuto de Protección al Consumidor establece que todo bien o servicio debe tener garantía sobre sus condiciones de idoneidad y calidad, razón por la cual, en caso de que el consumidor quiera hacerla efectiva, se debe presentar reclamación ante el proveedor del bien o servicio, como requisito de procedibilidad, tal como lo indica el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

La reclamación realizada mediante medios electrónicos es permitida, ya que tiene la misma validez que una reclamación escrita, al igual que la reclamación verbal o incluso de manera telefónica. Por otro lado, es pertinente hacer mención a que el anterior trámite no requiere de abogado para ser efectivo.

Complementando lo relacionado al trámite de la reclamación, es importante que el consumidor tenga conocimiento de que el productor y/o proveedor tiene un plazo de 15 días para contestarla, si no lo hace, o se niega a recibirla, el consumidor podrá iniciar demanda exponiendo bajo juramento lo sucedido con su reclamación.

En caso de no funcionar la reclamación al productor o al proveedor se recurrirá a instaurar demanda, la cual podrá ser iniciada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, cumpliendo con los requisitos estipulados en el artículo 58 del Estatuto del consumidor siendo necesario presentarla por intermedio de un abogado, excepto en algunos casos: Procesos de mínima cuantía, diligencias administrativas de conciliación, entre otros.



Conceptos

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIV A: CONCEPTO

REFERENCIA Y FECHA:

13-018297-00001-0000 DEL 14 DE MARZO DE 2013.

TEMA: POSIBILIDAD DE RETRACTO ANTE COMPRA DE UN SERVICIO

En concepto No. 13-018297-00001-0000 de marzo de 2013 la Superintendencia de Industria y Comercio respondió consulta sobre la posibilidad que tiene el consumidor de retractarse de adquirir un servicio si no cuenta con el dinero para cumplir el pago del mismo. Adicional a lo anterior, el ente administrativo indica el procedimiento que debe realizar el consumidor para llevar a cabo la cancelación del servicio, siempre y cuando este no se haya empezado a suministrar.

La Superintendencia de Industria y Comercio en primera medida se refirió al derecho de retracto que tienen los consumidores; luego pasó a explicar la información que se debe brindar a los mismos y las acciones pertinentes que se pueden interponer cuando la misma no es clara e idónea.

El Estatuto del Consumidor consagra como derecho de retracto aquel que tiene el consumidor de arrepentirse en todos los contratos para venta mediante sistemas de financiación, venta de tiempos compartidos o ventas con métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco días. Lo que quiere decir que cuando un consumidor opta

por ejercer este derecho, el contrato deberá ser resuelto y por lo tanto el productor o proveedor devolverá el dinero al consumidor, tal como lo indica el artículo 47 la Ley 1480.

Sin embargo, el derecho de retracto tiene ciertas excepciones, entre las cuales se pueden encontrar: i.) El caso de los contratos de prestación de servicios, si la prestación ha comenzado con el acuerdo del consumidor; ii.) Los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones y iii.) Los contratos de adquisición de bienes perecederos, entre otros casos.

Por otro lado, el régimen de protección al consumidor, siendo el marco general aplicable en las relaciones de consumo, establece en su artículo 23 la información mínima, clara, precisa, suficiente, oportuna e idónea que deben brindar los proveedores y productores a los consumidores para la adquisición de un bien o servicio.

Además, el Estatuto exige que cuando se trate de operaciones en las que el proveedor o productor otorga de manera directa financiación para la adquisición del bien o servicio, se debe informar al consumidor el monto a financiar al igual que el interés remuneratorio, el moratorio, la fijación de las tasas de interés y otros elementos, siendo esta obligación reiterada por la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se incluye que la información debe constar

Concepto

por escrito y ser entregada al consumidor al momento de la celebración del contrato.

Concluye el ente administrativo que la Ley 1480 de 2011 establece distintas acciones que pueden ejercer los consumidores, en caso de que el proveedor y/o productor no le de la información necesaria en lo concerniente a la financiación del bien o servicio, entre estos mecanismos de defensa se encuentran: acciones populares o de grupo, acción de responsabilidad por producto defectuoso, acción de protección al consumidor y, por último, el consumidor podría presentar una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio.



Concepto

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

TIPO DE NORMATIVA: CONCEPTO

REFERENCIA Y FECHA:

220-030164 DEL 21 DE MARZO DE 2013.

TEMA: POSIBILIDAD DE EXPULSIÓN EN SOCIEDAD ANONIMA

En concepto No. 220-030164 del 21 de Marzo de 2013 la Superintendencia de Sociedades emitió concepto sobre la posibilidad de expulsar a un accionista de una Sociedad Anónima por petición de los demás socios.

La exclusión ha sido un mecanismo jurídico que tiene la mayoría de tipos societarios, por disposición de la ley, para sancionar o producir el retiro obligado de un socio cuando existan justas causas para ello.

En primer lugar, la exclusión de un asociado es una sanción consagrada por el legislador para situaciones puntuales, como es el caso del artículo 125, ordinal 1º del Código de Comercio, el cual contempla tal sanción para el caso de las sociedades que carecen de disposición normativa específica frente al evento del impago del aporte.

Es por lo anterior que ante la ausencia de una previsión expresa, hay que analizar la compatibilidad de la cláusula de exclusión con el tipo societario, a lo que la Superintendencia de Sociedades concluyó diciendo que esta es incompatible con la forma social anónima, por lo cual no es procedente su estipulación como castigo; sin embargo, los socios estatutariamente y con la finalidad de evitar conductas en contra de la sociedad, tienen la posibilidad de pactar

sanciones que no comprometan los derechos de los accionistas, como es el caso de las multas.

Por último, la Superintendencia de Sociedades hace advertencia de que no existe libertad contractual para pactar las causales de exclusión de los asociados, por tal razón no es pertinente establecer estatutariamente los presupuestos, causas o hechos de este tipo que no consagra taxativamente la ley.



Circulares

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIVA: CIRCULAR EXTERNA

REFERENCIA Y FECHA: CIRCULAR EXTERNA 004 DEL 18 DE FEBRERO 2013

TEMA: SE MODIFICA LOS NUMERALES 2.1, 2.2, 2.3, Y DEL CAPITULO SEGUNDO DE TÍTULO IX DE LA CIRCULAR ÚNICA

Esta circular tiene por objeto actualizar el formulario de Registro Nacional de Avaluadores en concordancia con los principios constitucionales de eficacia y economía.

La SIC en ejercicio de su función de inscribir en el Registro Nacional de Avaluadores a quien lo solicite, ejercer la inspección y vigilancia y llevar la lista de quienes conforman este registro de acuerdo al decreto 4886 de 2011, modifica los procedimientos de inscripción de personas naturales y jurídicas en el registro nacional de Avaluadores con la finalidad de mantenerlo actualizado.



Circulares

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIVA: CIRCULAR EXTERNA

REFERENCIA Y FECHA: CIRCULAR EXTERNA 003 DEL 05 DE FEBRERO DE 2013

TEMA: ADICIONAR EL NUMERAL IV AL LITERAL A DEL NUMERAL 2.1.1.3 DEL CAPITULO SEGUNDO DEL TITULO VII DE LA CIRCULAR UNICA

separada de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del decreto 4698 de 2005.

De esta forma, las Cámaras de Comercio deberán mantener actualizados los Avalúos de los inmuebles y la asignación de los gastos en los correspondientes Centros de Costos.

Mediante esta circular se instruye a las Cámaras de Comercio para la implementación del acuerdo suscrito entre la Contraloría General de la Republica y Confecámaras.

Se adiciona el numeral IV al literal a) del numeral 2.1.1.3 del capítulo segundo del título VII de la circular única, en donde se dispone que los actos de adquisición de bienes sujetos a registro en los cuales se empleen recursos provenientes de los registros públicos, deberán ser identificados por las Cámaras de Comercio en cuanto a su origen y destinación específica, con la anotación expresa que fueron adquiridos con "recursos de origen público" y que "se destinaran exclusivamente al cumplimiento de las funciones atribuidas por la ley o por el Gobierno Nacional".

En lo correspondiente a aquellos bienes que no están sujetos a registro y fueron adquiridos con recursos públicos, se seguirán registrando en los sistemas de información contable en forma



Circulares

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDAD EMISORA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

TIPO DE NORMATIVA: CIRCULAR EXTERNA

REFERENCIA Y FECHA: CIRCULAR EXTERNA 200 - 000002 DEL 25 DE FEBRERO DEL 2013

TEMA: SOLICITUD DE INFORMACIÓN FINANCIERA A LOS CLUBES DE FÚTBOL CON DEPORTISTAS PROFESIONALES ORGANIZADOS COMO SOCIEDADES ANÓNIMAS EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS POR LA LEY 1445 DE 2011

Con el objeto de agilizar la presentación de los estados financieros de los Clubes con Deportistas Profesionales organizados como sociedades anónimas, la Superintendencia de Sociedades ha diseñado el Informe denominado “Clubes de Fútbol con Deportistas Profesionales - (Informe 40), cuya finalidad es estandarizar las formas de solicitud y presentación de los diferentes tipos de información que deben remitir los clubes de fútbol con deportistas profesionales organizados como sociedades anónimas supervisados, mediante la herramienta tecnológica de supervisión y control llamada Storm User.

Mediante esta circular, la entidad solicita que el Informe 40 - Clubes de Fútbol con Deportistas Profesionales debe ser diligenciado por todos los Clubes de fútbol con Deportistas Profesionales organizados como sociedades anónimas, independientemente de que se encuentren adelantando un proceso desorganización.

La Superintendencia fija un plazo para la presentación de los estados financieros con corte a 31 de diciembre de cada año en el aplicativo STORM / Informe 40 – Clubes de Fútbol con Deportistas Profesionales junto con la información adicional solicitada, los cuales deberán ser presentados a esta entidad a más tardar el 31 de marzo de cada año siendo este plazo improrrogable, y de darse lugar a incumplimiento acarreará las sanciones previstas en la ley.

El recibido de los estados financieros y registro y acceso a los servicios electrónicos de la superintendencia de sociedades están determinados en esta circular, que puede ser encontrada en su portal www.supersociedades.gov.co.



Decreto

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

TIPO DE NORMATIVA: DECRETO

REFERENCIA Y FECHA: DECRETO 100 DE 2013 DEL 25 DE ENERO DE 2013

TEMA: RÉGIMEN DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

El régimen jurídico de las asociaciones público privadas está contenido en la Ley 1508 de 2012, reglamentado a su vez por el Decreto 1467 del mismo año y recientemente modificado por el Decreto 100 expedido el 25 de enero de 2013.

Este último introduce variaciones en los artículos 18 y 19 del Decreto 1467 referidos a la conformación de la lista de precalificados en los procesos de selección para la ejecución de proyectos de iniciativa pública y las condiciones para la presentación de iniciativas privadas. No obstante, previo a abordar dichas transformaciones, es imperante mencionar brevemente el sistema en comento.

Para empezar, una asociación pública privada, en adelante APP, es un instrumento de vinculación de capital privado a través de un contrato del que son parte una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado para la provisión de bienes y servicios públicos. Por medio de esta figura contractual, las entidades estatales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación o mejoramiento ofreciendo como retribución el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio. Un ejemplo común son las concesiones.

Estos contratos cuentan con un plazo máximo de 30 de años, incluidas prorrogas; salvo que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (CONPES), en concepto previo, determine lo contrario.

En las APP se desarrollan dos tipos de proyectos: de iniciativa pública y privada. La importante diferencia entre ambos radica en dos aspectos: el origen de los recursos y la modalidad de selección del contratista a la que se da lugar.

En el primer caso, proyectos de iniciativa pública, el capital para financiarlo proviene de fondos públicos y privados y el procedimiento de selección es el de licitación pública. En cuanto al segundo supuesto, en los proyectos de iniciativa privada, se dan dos posibilidades: que la financiación de la totalidad del proyecto esté a cargo de los particulares privados, en cuyo caso, operará el mecanismo de selección abreviada; o que se asignen recursos públicos de hasta el (20%) veinte por ciento del presupuesto estimado de inversión inicial del proyecto. En este caso, la selección del inversionista se realizará a través de licitación pública.

Una de las principales modificaciones se dio en punto de los procesos de selección para la ejecución de proyectos de iniciativa pública. Tratándose de proyectos cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMLLV), la entidad estatal competente podrá utilizar sistemas de



Decreto

precalificación, previo a la apertura del proceso de selección. Dichos sistemas tienen el propósito de crear una lista limitada de posibles oferentes, así como la de obtener de estos a su exclusivo costo y riesgo, los estudios complementarios que el proyecto requiera sin obligarse a abrir el proceso o a adquirir los mencionados estudios, a menos que, los considere útiles.

El decreto 100 de 2013 prevé que la lista de posibles oferentes oscile entre un mínimo de 2 a un máximo de 10 interesados, a diferencia de la regulación anterior, cuyo máximo no sobrepasaba de seis. También establece que de no lograrse el mínimo, la entidad puede intentar integrar la lista por una vez, o continuar el proceso mediante licitación pública abierta. El artículo originalmente solo brindaba la última opción.

Ahora bien, sobre las condiciones para la presentación de iniciativas privadas, la modificación del artículo 19 del Decreto 1467 de 2012 presenta un nuevo supuesto de hecho. Anteriormente, no podían presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que estuvieran en fase de prefactibilidad - esta es la etapa en la cual ocurre una breve investigación sobre el marco de factores físicos y legales que afectan al proyecto, así como las diferentes técnicas de producir el bien o servicio bajo estudio, entre otros aspectos - ahora, la restricción establece la inviabilidad para proyectos que hayan pasado los procesos de prefactibilidad y además el de factibilidad.

Lo anterior, tiene sentido en la medida en que se observa el nuevo párrafo del artículo. Este le permite a la entidad a cargo del proyecto considerar la propuesta del particular privado, a

pesar, de que haya contratado previamente su estructuración (etapa de prefactibilidad) a un tercero. Comparándolas, para así, elegir la que resulte más conveniente. La entidad debe atender a tres criterios objetivos: costo-beneficio, alcance y especificaciones, y oportunidad.

Con esta reforma, el Gobierno, a través del Departamento Nacional de Planeación brinda más herramientas a las entidades que emprendan proyectos, ya sea de iniciativa pública o privada, en el marco de una APP para elegir las propuestas que se ajusten mejor a los intereses y políticas públicas. Este decreto rige a partir del 25 de enero de 2013, fecha de su publicación.



Ámbito Internacional

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

ENTIDADEMISORA: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONOMICO

TIPO DE NORMATIVA: BASE DE DATOS

REFERENCIA Y FECHA: BASE DE DATOS 3 DE MAYO DE 2013

TEMA: ACTUALIZACIÓN DE BASE DE DATOS SOBRE COMERCIO EN VALOR AÑADIDO

La Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OMC y OCDE respectivamente – presentan la primera actualización de su base de datos conjunta sobre el comercio en valor añadido. Esta nueva versión profundiza los aspectos analíticos de la primera publicación, de 16 de enero de 2013, ya que los indicadores abarcan un mayor número de países; también es posible observar la evolución en el tiempo gracias a la inclusión de dos años de referencia adicionales (1995 y 2000).

La OMC es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. El objetivo de este ente es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades. Por otro lado, la OCDE es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de la economía de mercado. Estos se agrupan para

intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros.

De acuerdo a lo anterior, es viable entender la unión de estos dos grandes organismos multilaterales para compendiar información relevante para establecer **un criterio** de orientación de las tendencias del mercado



Doctrina

LOS DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Gustavo J. Schötz*

I. Introducción. El sistema protectorio de Derecho Internacional Privado

De toda relación de consumo se predica la posición de debilidad del consumidor¹. Esta situación impacta en el régimen jurídico aplicable ante supuestos de internacionalidad, tanto en sus aspectos jurisdiccionales, sustantivos como procesales. En muchos sistemas jurídicos las normas protectorias de los consumidores no contemplan situaciones de internacionalidad. En Argentina, por ejemplo, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) casi no contiene previsiones respecto del fenómeno de la internacionalización del consumo. Lo mismo se puede decir de los

sistemas legislativos en toda Latinoamérica². El vacío, por tanto, es doble: por una parte, el sistema de Derecho Internacional Privado (DIPr) no considera las situaciones de debilidad; por la otra, el sistema protectorio no tiene en cuenta la internacionalidad. Así y todo, las personas que adquieran o utilicen bienes y servicios como parte de un proceso económico desarrollado en un contexto transfronterizo, también deben participar de una relación jurídica en condiciones de justicia. En este sentido, el principio *favor debilis* es propio de todo sistema jurídico, lo que incluye al Derecho Internacional Privado, y no sólo para interpretar situaciones dudosas, como concreción del *in dubio pro consumptore*, sino como

*Universidad Austral, Argentina. Profesor Asociado Nivel I, Cátedras de Derecho Internacional Privado, Contratos Civiles y Comerciales y Director de la Maestría en Propiedad Intelectual.

¹ La debilidad del consumidor es universalmente admitida por todos los ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia. Ver por todos, PERUGINI ZANETTI, Alicia M., "Derecho Internacional Privado del Consumidor", ponente en el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado, Rosario, 2005, p. 2. Asimismo, para la general debilidad de las partes de una relación jurídica en el contexto internacional, fuera de su lugar de residencia, cfr. VISCHER, Frank, "General Course on Private International Law", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 232, La Haya, 1992, pp. 9-256, en 88. Para la especial consideración de la debilidad en el contexto digital o comercio online, cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, *La protección al consumidor online en el derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de la propuestas presentadas para CIDIP VII*, CEDEP, Asunción, 2009, p. 50.

² Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, "O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior", DeCITA Nro. 4, 2005, pp. 266. Cfr. también LIMA MARQUES, Claudia, "A Proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral", Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática, Volumen I, Parte 2, El Derecho Internacional Privado en las Américas, (1974-2000), Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, p. 1508. Por otra parte, esta demora en plantear los problemas iusprivatistas es razonable, ya que era precisa la decantación de los enfoques civilistas y comercialistas para luego abordar los conflictos de leyes y de competencias. PERUGINI ZANETTI, Alicia, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 8.



Doctrina

sustento de las soluciones generales, tanto para determinar el derecho aplicable como la jurisdicción competente³.

La LDC tiene carácter de orden público interno, pero no contiene normas de aplicación inmediata ni de policía, ya que estas sólo contemplan casos multinacionales típicos y específicos. Por tanto las disposiciones de la LDC no pueden ser 'exportadas' y aplicadas siempre a casos internacionalmente mixtos, aunque sí se refieran siempre a casos internos. Sin embargo, es posible derivar derechos subjetivos para la protección del consumidor transnacional mediante la aplicación del orden público internacional. Esto se debe a que las normas imperativas pueden encarnar principios, y así se podrá dejar de aplicar derecho extranjero en virtud de la cláusula de reserva⁴.

³ Cfr. SCHÖTZ, Gustavo, Las relaciones de consumo transfronterizas y el sistema protectorio de Derecho Internacional Privado, Tesis doctoral en la Universidad Austral, 2011, pp. 204 y ss.

⁴ A mi parecer, la legislación interna —al menos en algunas de sus disposiciones— debe ser considerada preponderante para el orden público internacional. Se puede verificar un especial interés en los ordenamientos en resguardar la defensa del consumidor. Su inclusión como una salvaguarda con rango constitucional puede ser parte del "espíritu de la legislación" con toda la amplitud que le otorga en Argentina el art. 14 inc. 2 del Código Civil; así, se puede convertir en una barrera para la aplicación del derecho extranjero o constituir una característica negativa que rechaza una jurisdicción declarada competente. De este modo se podría declarar inválida una cláusula de exención de responsabilidad contenida en un contrato con contacto extranjero, por ser contraria al principio que emana del art. 37 de la LDC. Aún cuando no sea aplicable la LDC de modo directo, en ella se puede encontrar un principio de orden público internacional: la reparación debe ser integral y no pueden ser válidas las cláusulas que exoneren al proveedor frente a un consumidor. Estas distinciones están adecuadamente consideradas en el art. 9 de la actual Propuesta de CIDIP VII presentada por el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Si bien el presente trabajo está realizado teniendo en mira la situación argentina, la situación es similar en todos los países latinoamericanos. El lector podrá extraer del mismo los principios generales que deberán verificarse en cada legislación a fin de adaptar las soluciones propuestas a la propia realidad.

II. Ámbito de aplicación de la legislación protectoria en las relaciones de consumo transfronterizas

Corresponde delimitar adecuadamente el ámbito de aplicación del régimen protectorio interno, por cuanto la legislación de defensa del consumidor constituye de por sí un régimen de excepción establecido a favor de una parte desprotegida. En la medida que estas situaciones sean captadas por el derecho como objetivamente multinacionales, serán calificadas como "relaciones de consumo transfronterizas" y harán posible la aplicación de un particular sistema protectorio de DIPr. Por el contrario, si el caso no pertenece al universo de las relaciones de consumo, será ajeno al ámbito de protección; y si es eminentemente nacional, no se aplicará un régimen conflictualista⁵. Esta situación se dará cuando las partes

⁵ Cfr. TONIOLLO, Javier Alberto, "La protección internacional del consumidor – Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino", Revista de Derecho del MERCOSUR, Ed. La Ley, Nro. 6, Buenos Aires, 1998, pp. 94-117, en 98-99. VEIRAS PAZ, Jorge, "Consideraciones preliminares sobre diversos aspectos vinculados a la normativa sobre Protección Internacional del Consumidor", Documento presentado al Foro de Expertos convocado para la CIDIP VII, p. 1. Disponible en www.oea.org.



Doctrina

tengan domicilios en Estados diferentes, el lugar de entrega del bien o prestación del servicio está localizado en otro país, o cualquier otra circunstancia que aporte al caso un “elemento de extranjería”⁶. En Argentina y otros países el marco de protección del consumidor está dado por la relación de consumo. A ella hace referencia el art. 42 CN, la que se concreta luego en los artículos 1 a 3 de la LDC⁷. La relación de consumo tiene así criterios distintivos diferentes a la

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 3-6. Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 5ª Ed., T. I, Depalma, Buenos Aires, 2005, pp. 81-89. BATIFFOL, Henri, y LAGARDE, Paul, *Droit International Privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 8^e édition, Paris, 1993, pp. 11-15.

⁷ María Angélica GELLI considera que la mención a la “relación de consumo” del art. 42 CN es un límite a la amplitud de los derechos reconocidos. “Aún cuando la expresión es ambigua, la relación de consumo supone un convenio celebrado del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes aunque, desde luego y en otros supuestos, podría corresponder la responsabilidad extracontractual prevista en el Código Civil”. Cfr. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Tra. Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006 p. 461. De estos artículos se desprende que la disciplina de la defensa del consumidor —de acuerdo a la que sería nuestra *lex fori*—, se estructura y fundamenta sobre la relación de consumo y no sobre el consumidor en sí mismo considerado, aún cuando éste sea el sujeto de derecho tenido en cuenta por el microsistema Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “La relación de consumo”, en LORENZETTI, Ricardo y SCHÖTZ, Gustavo, Coordinadores, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 64.

sola determinación del sujeto consumidor⁸. ¿Cuáles son las características diferenciales de esta relación de consumo transfronteriza? Se trata de un problema de calificaciones, es decir cómo se encuadra una cuestión o concepto dentro de una categoría⁹.

La “relación de consumo” es una especie dentro del género “relaciones jurídicas” y, específicamente, de las relaciones jurídicas patrimoniales. Los elementos que la conforman son el sujeto activo (consumidor), el sujeto pasivo (proveedor), el objeto (prestaciones o cosas) y la causa. Esta última excede el vínculo contractual, en cuanto a

⁸ Por este motivo han sido criticadas la Propuesta de Ley Modelo Interamericana y la Propuesta canadiense de CIDIP VII, al no definir de modo preciso la relación de consumo. Así, ha quedado un tanto indefinido el ámbito de aplicación material de ambas propuestas. Cfr. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor on line...*, pp. 338-339.

⁹ Cfr. PERUGINI ZANETTI, “Derecho Internacional Privado del Consumidor”, p. 8. Como aclara FERNÁNDEZ ARROYO, “[D]ebe distinguirse el concepto coloquial y los que pueden utilizar los distintos autores para caracterizar al consumidor, del que brindan los diferentes textos legales autónomos o convencionales. Puede suceder que un contrato sea a todas luces catalogable como de consumo, pero sin embargo no entrar en el marco concreto de la tipología prevista en la normativa aplicable. En ese caso, legalmente no hay consumidor y por lo tanto se trata de un contrato sin protección especial”. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Coord. *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 2003, p. 1029.



Doctrina

su causa fuente: actos jurídicos unilaterales, hechos jurídicos, prácticas comerciales previas al contrato, hechos ilícitos y declaraciones unilaterales de voluntad. La relación de consumo está “más allá” y “más acá” que el contrato de consumo; en primer lugar porque extiende sus efectos a quien no es contratante; y luego, porque puede existir aun en ausencia del referido contrato¹⁰.

A los fines de este trabajo, interesan como fuente de las relaciones de consumo, las obligaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial derivada de hechos ilícitos o culposos, o por el incumplimiento de deberes de conducta, seguridad o custodia. Aquí también es preciso determinar cuáles de las situaciones de hecho son relevantes para que estemos ante una relación de consumo transfronteriza. Si bien la LDC no discrimina su ámbito de aplicación ante relaciones con proveedores, comerciantes o fabricantes locales y los extranjeros, ya que no distingue entre ellos, esto no habilita la nacionalización del caso. Asimismo, al no discriminar entre casos nacionales y multinacionales, cuando contenga elementos extranjeros el régimen protectorio no será de plena aplicación. Distinta será la situación si el proveedor ha efectuado publicidad o por cualquier medio, dirigió sus actividades al Estado donde se domicilia el consumidor, supuesto contemplado por el art. 15, c) del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Es el caso de los denominados “proveedores activos”.

¹⁰ Cfr. TONOLLO, “La protección internacional del consumidor”, p. 97. También PITA, Enrique Máximo y MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, “Ley de Defensa del Consumidor”, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo A.N. ROUILLON (Dir.) y Daniel F. ALONSO (Coord), Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 1095-1246, en 1098.

III. El consumo transfronterizo y el ámbito contractual

Conviene en primer término mostrar cómo se estructura el consumo internacional y globalizado a los fines de establecer cuál sería una localización razonable de la relación jurídica. Un consumidor que desea satisfacer sus necesidades mediante productos o servicios relativamente sustitutos, y que contienen algún elemento extranjero, está tomando una decisión racional. Hace un cálculo de costos y beneficios, y por lo tanto asume también un riesgo.

En definitiva esto se traducirá probablemente en un menor precio, que estará asociado (de modo imperceptible para él) a un distinto nivel de prestaciones, no ya del producto en sí sino del conjunto de condiciones de pleno disfrute: no tendrá disponible el mismo servicio estatal de resolución de conflictos vía judicial, ni podrá reclamar la garantía o conseguir repuestos con la misma facilidad. Así, comprar a un menor precio en el extranjero acarrea otros costos de transacción o al menos algunos riesgos derivados de la inseguridad jurídica.

La situación es relativamente similar si compra en su propio país un producto fabricado en el extranjero. Es posible que ese producto no exista en su residencia, o la producción local sea de inferior calidad que la foránea. También puede darse la situación inversa: producción extranjera de menor precio y calidad. El precio final, en todos los casos, es representativo de condiciones técnicas, jurídicas y económicas. Algunas son explícitas y fácilmente publicitadas,

Doctrina

percibidas, aprensibles y valoradas. En definitiva, la razón subyacente a los diferentes derechos sustantivos estriba en que las circunstancias económicas y de desarrollo de cada comunidad nacional son diferentes. Esta situación persiste pese a la globalización inducida por la dimensión transnacional del comercio, de los esquemas de organización productiva, de los mercados financieros y de los flujos de inversión. Pese a la difusión del conocimiento y universalización de muchas de las pautas de consumo, se mantiene irreductible un ámbito de decisión y regulación estatales. De aquí que sea necesario adaptar los productos y servicios y procesos de comercialización a las características psicológicas, sociales, culturales y ambientales propias de cada país.

Por su parte, el productor o prestador que oferta a un público disperso e internacionalmente atomizado debe considerar la universalización de sus riesgos. La actividad comercial dirigida a mercados internacionales puede generar conflictos extraterritoriales, los que deben ser previstos y asumidos mediante estrategias específicas, con sus propias dificultades y soluciones¹¹. Por ejemplo, la garantía por desperfectos para las “cosas muebles no consumibles” está tasada en seis meses para la LDC argentina. En Europa, la legislación equiparable indica que los “bienes de consumo” tienen garantía del fabricante por un período no inferior a dos años¹².

¹¹ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. III, p. 795. También cfr. PORTO MACEDO JÚNIOR, Ronaldo, “Globalização e Direito do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, Nro. 32, pp. 199-200.

¹² En Argentina se aplica el art. 11 de la LDC, que impone un plazo de 6 meses desde la entrega, sin perjuicio de la vigencia de la garantía general por vicios redhibitorios. En los países de la UE, el plazo de la garantía es de 2 años, de acuerdo al art. 5, 2 de la Directiva CE sobre ventas y garantías de bienes de consumo.

El plazo legal de la garantía no es arbitrario y no se le podría imponer al vendedor uno distinto al de nuestro régimen jurídico, el que es coherente con una situación económica determinada. Lo mismo se puede decir en el caso inverso. Si el producto es fabricado en otro país, donde los estándares de calidad son menores, y todo el sistema económico es de menor desarrollo que el argentino, esto no quita que al ingresar al territorio aduanero deba cumplir con las garantías establecidas en nuestra legislación¹³.

Cuando un comerciante o fabricante accede de modo directo a un mercado, debe someterse a las reglas jurídicas de ese mercado; por tanto, adecuará sus precios a esa plaza. De aquí que se justifiquen las categorías diferenciadas de consumidor pasivo y activo. El primero recibe ofertas, productos o celebra el contrato donde reside, y por tanto es coherente la protección de la residencia habitual. Por el contrario, el consumidor que “consume” en el extranjero, tiene la protección del lugar de consumo. En todos los casos, la razón de ser de la aplicación del régimen local está dada porque la relación de consumo se localiza en ese país. Si la relación de consumo es contractual, la conexión relevante es el lugar de cumplimiento del contrato: entrega, pago, o cualquier otro acto que implique “consumir” como objeto de la relación jurídica.

¹³ Cfr. KELLY, Julio y ELBERT, Cristian, “El artículo 40 de la ley 24.240”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 21, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 247-268, en 249. Los autores aplican el análisis económico del derecho al art. 40 LDC, para casos internos.

Doctrina

IV. La relación de consumo transfronteriza extracontractual

La situación es diferente en el caso de los vínculos que se generan entre el proveedor y consumidor provenientes de ilícitos civiles o penales, los que deberían ser contemplados en la calificación de relación de consumo transfronteriza. Serán aquellas que se originen en los daños sufridos por el consumidor por el uso de un bien o la prestación de un servicio sin que medie un contrato. Lo normal es que estas relaciones jurídicas estén localizadas en el lugar de comisión o acaecimiento del hecho dañoso. Se expresa en este sentido el art. 5. 3. del Reglamento 44/2001 de la UE, que indica que es competente “el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. Por su parte, el Reglamento de Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales indica que el lugar del hecho dañoso es aquel donde se produce el daño, cualquiera sea el lugar donde se haya generado la conducta productora del mismo¹⁴.

¹⁴ Esta calificación es aplicable a relaciones jurídicas extra comunitarias, ya que el ámbito de aplicación de este último Reglamento es universal. Reglamento de Roma II: “Artículo 3 Carácter universal. La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. Sin embargo, en el ámbito del MERCOSUR, el aún no vigente Protocolo de Santa María excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones de consumo extracontractuales. Cfr. SOTO, Alfredo Mario, *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2009 p. 205. Cfr. SANTOS BELANDRO, “El consumidor y el acceso a la jurisdicción dentro del ámbito del MERCOSUR”, *EIDial.com*, Suplemento de Derecho Internacional Privado del 26 de octubre de 2007, disponible en www.eldial.com, numeral I, Relaciones de consumo excluidas.

Son especialmente relevantes los daños producidos a los consumidores provenientes de defectos o vicios en las cosas. La responsabilidad por productos defectuosos supone un deber de seguridad, al que está obligado no sólo el vendedor directo, sino todos los actores vinculados en el proceso de aprovisionamiento, en la medida que de su accionar se puedan derivar daños.

A diferencia del lugar de cumplimiento propio de los contratos, en las relaciones extracontractuales la localización a los fines del derecho aplicable tiene relación con el ámbito de responsabilidad del proveedor. Interesa dónde debe cumplir sus prestaciones de seguridad, indemnidad, veracidad de la información, etc. De aquí que, si los obligados fueran más de un proveedor, ya sea en régimen de solidaridad o mancomunidad, la obligación de cada uno podría ser diferente. Este aspecto tiene especial relevancia en los supuestos de conexidad contractual. De este modo, en un esquema como el del art. 40 LDC, no estamos ante una sola y única relación jurídica¹⁵.

¹⁵ LDC, art. 40: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Doctrina

El consumidor tiene ante sí distintos obligados, y lo une con cada proveedor una relación de consumo independiente, con su propio objeto y causa. De allí que cualquiera de ellos pueda liberarse demostrando que “la causa del daño le ha sido ajena”. Y le es ajena no sólo por la vinculación fáctica, sino porque en los términos de su obligación, no es parte de la particular relación jurídica establecida.

Esta liberación puede deberse a dos motivos. En primer lugar, a que nunca estuvo obligado por falta de imputación, al no ser parte del supuesto establecido por la norma. Tal sería el caso si el art. 40 hubiera sido redactada de modo más estrecho, y no lo hubiera incluido como potencial proveedor en los términos de la LDC. Supongamos por caso, que los titulares de marca o los fabricantes no hubieran sido incluidos en el listado de sujetos pasivos. En segundo término, no estarían obligados si en el particular supuesto de hecho, su conducta u omisión no tuviera relación con el daño. Faltaría en este caso la relación causal entre sus obligaciones y la situación fáctica concreta¹⁶. Los hechos y las partes son las siguientes: a) empresas de China, fabricantes de 2,2 millones de unidades de muñecos y juguetes, bajo un contrato de *façon*; b) Fisher Price, una cadena de supermercados que ordena la fabricación a las empresas chinas; c) Mattel, importante empresa mundial de juguetes, licenciante de Fisher Price y a su vez licenciataria de distintos titulares de derechos autorales; d) titulares de derechos autorales, de las obras “Plaza Sésamo”, “Dora la Exploradora” y otros caracteres y personajes, licenciados a Mattel bajo contrato de

merchandising; e) Importadores

y distribuidores en todos los países donde los juguetes son comercializados; f) comerciantes minoristas en esos mismos países. Los juguetes fueron decorados con pinturas tóxicas con un alto grado de plomo. Advertida Mattel de los riesgos que esto implica para la salud de los niños, ordena retirar los juguetes de circulación, en todos los países donde han sido distribuidos.

De acuerdo a cómo se defina la relación de consumo, en cuanto a la caracterización del vínculo que une a proveedores y consumidores, algunos de los miembros de la cadena quedarán liberados de responsabilidad. De acuerdo al derecho argentino todos los sujetos mencionados en el caso Mattel serían potencialmente sujetos pasivos por eventuales daños, ya sea como fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes o titulares de marca (art. 40 LDC). Sin embargo, no lo serían los titulares de derecho de autor, ya que si bien pueden integrar una relación de consumo por sus actividades de creación, en los términos del art. 2 LDC, no serían de esta relación en particular. Pero si la normativa aplicable por el juez con jurisdicción considerara solamente los vínculos contractuales, los daños dejarían de ser imputables a las fábricas chinas, a los titulares de marcas y al mismo Mattel¹⁷.

¹⁶ La información principal del caso puede consultarse en la página de US Consumer Product Safety Commission, Office of Information and Public Affairs, <http://www.cpsc.gov/cpscpub/prereel/prhtml07/07257.html>. Una noticia de prensa completa, puede verse en la revista Time: <http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1664428,00.html>

¹⁷ En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 29 de septiembre al 1º de octubre de 2011, se resolvió que “En casos de obligaciones extracontractuales internacionales es importante dilucidar con especial claridad el problema de las calificaciones, sobre todo para que quede diferenciado el ámbito extracontractual del contractual, pero también por ejemplo para que (...) se atienda a las diversas subcategorías que requiere el tema”. Disponibles en http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_10.pdf.

Doctrina

Las calificaciones divergentes llevan a soluciones claudicantes. Ante el vacío existente, la Propuesta de CIDIP VII, que contempla sólo las relaciones contractuales, resulta insuficiente. La remisión a la ley domiciliaria deja librado al juez del foro que su concepto interno de “relación de consumo” incluya los vínculos extracontractuales¹⁸. A modo de ejemplo, puedo mencionar dos casos prácticamente idénticos, litigados ante tribunales norteamericanos. El primero es Britt A. Shaw et al. V. Marriott International, Inc. y el segundo Britt A. Shaw c. Hyatt International Corporation¹⁹. En ambos casos se pretendió la apertura de una acción de clase. Veamos sucintamente los hechos, prácticamente “gemelos”. Los demandantes, el señor Shaw y otros, con domicilio en distintos países o diferentes estados dentro de los EE.UU., contrataron vía Internet sendas reservas en los hoteles Marriot y Hyatt, de Moscú, con una diferencia de seis meses entre una estadía y otra. Al hacer la reserva,

ambos hoteles anunciaban en su página Web el precio en dólares americanos, advirtiendo que el pago final sería conforme a la cotización oficial del rublo anunciado por el Banco Central de Rusia, correspondiente al día de cierre de la cuenta. En la misma página existía un calculador que indicaba el precio aproximado en dólares americanos. En el momento del *check out*, se facturó la estadía en rublos y se pagó por tarjeta de crédito en dólares. El precio efectivo al momento del pago del resumen de la tarjeta de crédito implicó un aumento real de las tarifas de cada hotel, de entre el 14 y el 18%; las diferencias de cotización se produjeron por el pase de una moneda a otra, por la utilización de una cotización distinta a la oficial, y por un aumento del tipo de cambio, ocurrido entre la firma del débito y la fecha de emisión del resumen de la tarjeta.

En el primer caso, el tribunal de Columbia (domicilio de Marriot) entendió que se trataba de una violación a la ley de protección del consumidor del Estado de Columbia, por cuanto los hechos configuraban prácticas comerciales engañosas y enriquecimiento sin causa. Por el contrario, el tribunal de Illinois (domicilio de Hyatt) entendió que se trataba de un incumplimiento contractual, y por lo tanto no era posible hacer lugar a la acción de clase, al no aplicarse la *Consumer Fraud Act*. Ya se ve que no resulta inocuo que la situación se califique como ilícito civil o incumplimiento contractual; de ello dependerá que se abra o no la jurisdicción, tanto para los aspectos territoriales (¿tiene o no jurisdicción?) como procesales (¿habilita una acción de clase?). La calificación del conflicto resultó determinante.

¹⁸ Cfr. LIMA MARQUES, “Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo”. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm, última visualización 24/6/2011. p. 5. La aplicación alternativa de “la ley que fuera más favorable al consumidor, a elección de las partes”, aquí resulta inocua. Al no tratarse de un contrato, difícilmente se pueda alegar elección alguna. Por tanto, si el daño sufrido proviene de un sujeto que no resulta proveedor, en los términos que la definición domiciliaria ha previsto, no existirá entre él y el consumidor una relación de consumo.

¹⁹ United States District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 05-1138 (GK) y United States Court of Appeals, Seventh Circuit (Chicago, Illinois), 29 de agosto de 2006, respectivamente

Doctrina

V. Jurisdicción internacional en litigios con consumidores

La calificación a los fines jurisdiccionales deberá efectuarse de acuerdo al sistema jurídico a que la norma pertenece; por lo general esta será la *lex fori*, salvo que existiera una calificación autárquica, proveniente de un tratado internacional o de fuente interna²⁰. Si resultara dudoso que de acuerdo a la calificación según la ley del tribunal estamos o no ante una relación de consumo, deberá optarse por el régimen protectorio, aplicando, por ejemplo, una calificación según *lex civilis causae*²¹. Esta última es una consecuencia lógica que resulta de aplicar el principio *favor debilis* o del *in dubio pro consumptore*.

Sin embargo, cabe aclarar que ante un caso ius-privatista internacional, el juez nacional no podría aplicar de modo directo e indiscriminado las calificaciones *lex civilis fori* contenidas en su ley interna, que en el caso de Argentina son los arts. 1

²⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, p. 86. SOTO, Temas estructurales..., p. 66.

²¹ Propuesta de CIDIP VII, art. 1. 4. "Si la ley indicada como aplicable por esta convención definiese de forma más amplia o beneficiosa quién debe ser considerado consumidor o equiparase a otros agentes como consumidores, el juez competente puede tener en cuenta esta extensión del campo de aplicación de la convención, si fuese más favorable a los intereses del consumidor". Cfr. TONIOLO, "La protección internacional del consumidor", p. 97. En igual sentido, UZAL, María Elsa, "La protección al consumidor en el derecho internacional privado", RDCO, Nro. 139-141, pp. 239-258, en 242. Sin embargo, en la UE el criterio es diferente, ya que por tratarse de un régimen de excepción, ante la duda no se hará lugar a los beneficios del sistema protectorio.

de la LDC y el Decreto Reglamentario²². Al no

²² Cfr. PERUGINI ZANETTI, "Derecho Internacional Privado del Consumidor", p. 11. La LDC de Argentina califica la relación de consumo, en el ámbito interno, del siguiente modo: "ARTÍCULO 1° — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. ARTÍCULO 2° — PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

Doctrina

haberse previsto el ámbito de aplicación extraterritorial de la LDC, mal podría hacérselo a partir de conceptos que no fueron elaborados a esos fines²³. Por este motivo, sería tan apresurado afirmar que el consumidor debe estar protegido en los términos de su ámbito domiciliario o tener en todos los casos habilitada la jurisdicción de su residencia habitual, como que el proveedor está limitado en su responsabilidad a la legislación de su establecimiento, o que en todos los casos las cláusulas de prórroga son inválidas.

Al momento de evaluar la jurisdicción más adecuada al consumidor no se pueden dejar de lado los aspectos procesales, vinculados al principio *lex fori regit processum*. Esto lleva a considerar —entre otros aspectos— las ventajas y problemas que plantean los procesos colectivos, el beneficio de litigar sin gastos, el cumplimiento de los recaudos probatorios, la tramitación de medidas cautelares o diligencias probatorias anticipadas, los costos de ejecución de la eventual sentencia. En las relaciones de consumo extracontractuales el habitual foro del domicilio del demandado puede ser concurrente con los tradicionales foros de acaecimiento del hecho dañoso o de sufrimiento de las consecuencias, que se presentan como adecuados para proteger al consumidor damnificado.

²³ Las calificaciones autárquicas evitan problemas de desasimetrías jurídicas, como que algunas conductas sean lícitas en un país e ilícitas en otro. Este es el motivo que tuvieron en cuenta, por ejemplo, en la UE, al reglamentar el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, Reglamento Roma II. Allí se lee, en el considerando 11: “El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el presente Reglamento deben aplicarse también a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva”.

VI. Lugar de acaecimiento del hecho dañoso

Un criterio general de atribución de jurisdicción para supuestos de responsabilidad extracontractual es el lugar donde se localizan los daños o las conductas productoras de éstas²⁴. Estas localizaciones se asimilan al supuesto del lugar donde debieron cumplirse las obligaciones incumplidas²⁵. En este sentido, puede tratarse del sitio donde el proveedor debía cumplir con una garantía de indemnidad o se debía salvaguardar la integridad física de la persona, donde el consumidor recibió el servicio defectuoso, o el lugar donde se emitió o recibió la información deficiente o fraudulenta. En el ámbito de los Tratados de Montevideo, las obligaciones extracontractuales

²⁴ En cuanto a la jurisdicción, en la Unión Europea, el Reglamento 44/2001 prevé, en su art. 5.3 que las acciones deben incoarse, “[E]n materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”.

²⁵ Cfr. DREYZIN DE KLOR y SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, p. 84. En el caso Benettar c. Benetton se consideró que lugar de cumplimiento, en el marco de los arts. 1215 y 1216, era el lugar donde se localizan los efectos de las obligaciones que se sostienen incumplidas, de las que se quiere derivar el objeto demandado. Se trataba de un caso de responsabilidad precontractual. Benettar S.A.:I.C. c. Benetton S.P.A. s/ ordinario, CNCom., Sala C, 11/12/2001, publicado en ED-197, 315.

Doctrina

son juzgadas por los tribunales donde se produjo el hecho que causa el daño, o bien, en caso de existir una relación jurídica previa, por los jueces cuyo derecho corresponde decidir la cuestión (arts. 56 y 43 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940)²⁶.

De esta manera, si entre consumidor y proveedor existen obligaciones previas, estas localizan la relación extracontractual, permitiendo atribuir jurisdicción. Por ejemplo, si en el lugar donde se emite información comercial o publicitaria se debe garantizar la veracidad de la misma, ese lugar es el relevante para localizar tanto el derecho aplicable como el juez competente.

²⁶ Art. 43: "Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden". De acuerdo a las conclusiones del X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989) es posible interpretar que la redacción de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional, tanto de 1889 como 1940 (arts. 38 y 43 respectivamente), al indicar el "lugar donde el hecho se produjo", incluye el lugar donde se exterioriza la conducta como así también aquél donde se producen sus consecuencias. Esta interpretación es válida para la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente. Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "Obligaciones extracontractuales", en FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho Internacional Privado...*, pp. 1157-1198, en 1160-1161. Este criterio, como puede verse, plantea un supuesto de paralelismo, el que puede generar ciertas dificultades en la medida que el derecho del foro esté imbuido del orden público, situación más frecuente en los actos ilícitos multijurisdiccionales que en el régimen de los contratos. Así, el riesgo de la litispendencia aumenta, debido a que un juez no declinará tan fácilmente la jurisdicción ante la existencia de un ilícito en su territorio. Asimismo, aplicará su derecho, con un resultado previsiblemente disímil frente a las de los otros foros competentes. Cfr. JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Course générale de droit international privé", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, Vol. 251, La Haya, 1995, pp. 9-268, en p. 137.

Asimismo, esta localización es extensible a los daños producidos en el contexto digital, típico caso de delito a distancia²⁷.

En caso de productos defectuosos, pueden ser competentes tanto los tribunales del domicilio del vendedor, domicilio del fabricante o lugar de elaboración del producto como aquel donde el defecto se manifestó y produjo el daño. El segundo corresponderá generalmente al del domicilio del consumidor, que es donde suele consumir. Todos ellos deberían ser potencialmente aptos para facilitar la jurisdicción²⁸.

Parece razonable que el consumidor, en su carácter de actor-damnificado, pueda demandar en su domicilio; así lo prevé, por ejemplo, el Protocolo de San Luis para accidentes de tránsito. Esta última norma, al menos en el ámbito del MERCOSUR, es justificable analógicamente, ya sea por la especificidad del espacio común como por el acierto de sus reglamentaciones²⁹.

²⁷ Cfr. UZAL, María Elsa, "Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas de Internet", 2004, ED 208, pp. 719-729, en 724.

²⁸ Cfr. SOTO, Alfredo, "El orden público y las relaciones de consumo en el Derecho Internacional Privado", *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario*, Nros. 17/18, Rosario, 2006, pp. 389-405, en 393.

²⁹ *Ibid*, p. 394. En el ámbito del Tratado de Montevideo de 1940, resultan concurrentes las jurisdicciones correspondientes al tribunal cuyo derecho resulta aplicable,

Doctrina

En definitiva, a los fines jurisdiccionales, podemos utilizar analógicamente los puntos de conexión sobre derecho aplicable. De esta manera, la conexión tradicional de la *lex loci delicti commissi* puede ser interpretada en forma flexible, sea como lugar de la conducta de competencia abusiva (*place of wrongful conduct*), sea como lugar de efectos (*place of impact or relevant market*); inclusive puede considerarse el lugar de toma de decisión de la empresa, en caso de ilícitos complejos³⁰. Los criterios valorativos son especialmente tenidos en cuenta por la doctrina comparada. Así, una calificación amplia del "lugar donde el hecho se produjo", puede incluir no sólo aquel donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias. Pero, por las mismas razones, se puede excepcionar el criterio cuando la localización derivada de este principio resulta meramente aleatoria³¹

como el domicilio del demandado (art. 56), a elección del actor. Se ve claramente que no hay riesgo de *forum shopping* ya que, cualquiera sea el juez, aplicará el mismo derecho: no hay lugar a la opción del derecho. Esta es la conclusión de la jurisprudencia en Sastre, Tomás, c. Bibiloni, Filiberto N. y otro, SC Buenos Aires, junio 25, 1968, con nota de Werner GOLDSCHMIDT, "La jurisdicción internacional en los Tratados de Montevideo", ED 24-1 y ss. La crítica que realiza FRESNEDO de AGUIRRE al "domicilio del damnificado demandante" creemos no son aplicables a las relaciones de consumo. Cfr. "Obligaciones extracontractuales", p. 1187. Si bien puede ser riesgoso para un demandado colisionante en un accidente de tránsito ser requerido ante tribunales foráneos, no es igual en casos de consumidores. En los accidentes de tránsito se supone cierta situación de igualdad, mientras que no es así en caso de consumidores. Por otra parte, el victimario suele contar con el apoyo de su compañía aseguradora, no así el consumidor víctima.

³⁰ Estas afirmaciones se refieren a la protección de la competencia leal, pero es aplicable flexiblemente para los hechos ilícitos que afectan a consumidores. Cfr. LIMA MARQUES, *A Proteção do Consumidor...*, p. 1529. También se suele distinguir entre *lex actus* o *lex injuria*. Cfr. EHRENZWEIG, Albert A., *Private International Law, General Part*, Oceana, New York, 1967, p. 136.

³¹ Cfr. Conclusiones del X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

VII. El juez del lugar de fabricación en supuestos de daños personales producidos por defectos del producto o servicio

Otro foro disponible a considerar es el lugar de fabricación. En este sentido, las normas y regulaciones del lugar de producción, obligatorias para el fabricante, junto con la indicación distintiva de la "marca país" como generadora de una expectativa razonable, tienen suficiente peso localizador. Es cada vez más frecuente que utilicemos productos fabricados o diseñados en otros países: automóviles, aparatos electrónicos, electrodomésticos, alimentos y bebidas, medicamentos, indumentaria, etc. Cuando en razón de los defectos de ese producto o uno de sus componentes el consumidor muere, o sufre daños en su persona o alguien de su grupo familiar o social, o es dañada su propiedad (distinta del mismo objeto defectuoso), estamos ante un supuesto particular de relación de consumo. Bajo ciertas circunstancias, la situación merece la atención del DIPr³².

³² FAWCETT se pregunta cuál es el lugar donde ocurre la responsabilidad por daños, y ejemplifica con el caso hipotético del neumático diseñado en Bélgica, fabricado en Alemania, vendido en Italia a un turista británico, y que explota y causa daños en Francia. Luego de un tiempo de internación, la real magnitud de las lesiones son manifiestas en el domicilio de Inglaterra. Se pregunta: "Does the harmful event occur in Belgium, Germany, Italy, France or England?" Cfr. FAWCETT, James.J., "Products liability in Private International Law: a European perspective", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, Vol. 238, La Haya, 1993, pp. 9-246, en 26-27 y p. 64. Si bien este autor hace hincapié en los conflictos sucedidos dentro de la UE, es perfectamente posible que un vehículo ensamblado en México tenga un motor coreano, neumáticos norteamericanos, frenos alemanes y amortiguadores brasileños. Un ejemplo similar utiliza KELLY para introducir el problema. Cfr. KELLY, Julio Alberto, *Responsabilidad del fabricante*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1987, p. 309.

Doctrina

En materia de daños por productos defectuosos, el art. 40 LDC establece la responsabilidad de los distintos integrantes de la cadena de aprovisionamiento, lo que puede dar lugar a múltiples demandados³³. De acuerdo a esta norma, cualquiera de los proveedores reclamados puede demostrar la inexistencia de nexo de causalidad entre su actividad y el daño producido. Será tarea del juez verificar qué obligaciones entran en la esfera de responsabilidad de cada uno de los participantes, incluyendo las previsiones domiciliarias de solidaridad; este aspecto puede significar una cuestión previa a la determinación jurisdiccional, ya que el productor podría oponer las excepciones de falta de legitimidad pasiva o de incompetencia³⁴. Así, el fabricante extranjero puede ignorar qué pasa con su producto después de la exportación, y, aunque es considerado parte de la relación de consumo por la normativa local, en su domicilio tal vez no resulte responsable si el daño se produce fuera de su ámbito de actividad o control³⁵.

³³ Cfr. FAWCETT, "Products Liability...", p. 60. En derecho comparado, vale la pena mencionar la Directiva Europea 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. Artículo 5: "Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir".

³⁴ Un supuesto de falta de legitimidad pasiva lo encontramos en la legislación europea antes de la modificación introducida a consecuencia del "mal de la vaca loca". Hasta ese momento, no eran pasibles de responsabilidad los productores de materias primas de origen agrícola por su aporte a un producto final. La norma fue luego modificada, haciéndose extensible a los productores agropecuarios. Cfr. Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999.

³⁵ Por este motivo la legislación iusprivatista existente suele eximir de responsabilidad al productor que no

A los fines de la jurisdicción, la extensión del nexo causal será considerada inicialmente de acuerdo a la *lex fori*, que determinará, por ejemplo, si el fabricante puede ser responsable por un daño ocurrido fuera del país de producción³⁶. En una segunda instancia, la *lex causae* indicará el grado de responsabilidad o de excusabilidad, ya que las legislaciones evalúan de modo diferente el deber genérico de seguridad, la calidad de "productor" o de "producto", la garantía

consintió en la comercialización de ese producto en el país donde ocurrió el daño. Cfr. art. 135 inc. 2 de la Ley federal suiza de derecho internacional privado, art. 63 de la Ley Nro. 218 del 31 de mayo de 1955 de la República Italiana, art. 99 del Código belga de Derecho Internacional Privado de 2004 y art. 5 del Reglamento Roma II de la UE. Citados por NAJURIETA, María Susana, "Una categoría autónoma del derecho internacional privado: responsabilidad frente al consumidor perjudicado por defecto del producto", en *Protección de los consumidores en América*, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (Coord.), La Ley, Asunción, 2007, pp. 259-272, en 261-267.

³⁶ En la Conferencia de La Haya quedó claro que el juez puede determinar sólo de acuerdo a su propio derecho la naturaleza del conflicto: contractual o extracontractual. Cfr. NYGH, Peter y POCAR, Fausto, *Report of the Special Commission*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Preliminary Document Nro. 11 of August 2000, for the attention of the Nineteenth Session of June 2001. Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf>, última



Doctrina

por la calidad, la existencia de caso fortuito, los límites indemnizatorios e inclusive la consideración del llamado 'riesgo del desarrollo'³⁷. Esta es la consecuencia de aplicar la *lex loci actus* a los actos ilícitos o daños, que puede localizar la relación tanto en el domicilio del establecimiento principal del proveedor como en el lugar de adquisición del producto³⁸.

A los fines de la jurisdicción podría tratarse de cualquier lugar de acaecimiento del daño, a fin de permitir la protección del consumidor cuando los efectos son posteriores, a consecuencia de hechos comenzados antes y en otra jurisdicción. De todos modos habrá que estar atentos a la conexión del caso con el foro y cuál es la causa real del daño. La producción global y parcializada, la a veces incierta cadena de distribución y la movilidad de las personas brindan gran complejidad a los casos y son fuente de incertidumbres para los fabricantes.

visualización 12 de junio de 2011, p. 58. En la frustrada *Hague Draft Convention* se estableció como regla jurisdiccional, en el art. 10, la competencia tanto de los tribunales donde ocurrió el hecho o la omisión que produjo los daños, como los del país donde los daños efectivamente se produjeron.

³⁷ Cfr. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, T. II, pp. 657-658. BOGGIANO denomina a este proceso como "metodología de elección materialmente orientada". Las soluciones de fondo estarán siempre relacionadas con el orden público; de allí que el art. 10 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos establece que las disposiciones del derecho señalado por las normas de conflicto no serán aplicables si son manifiestamente contrarias al orden público del juez. De aquí también que se deban considerar las normas sustantivas, como el caso de la Directiva Europea sobre la seguridad de los productos. Cfr. FAWCETT, "Products liability...", p. 30.

³⁸ Cfr. TONIOLO, "La protección internacional del consumidor...", p. 110, interpretando el art. 43 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940.

Por ejemplo, si un medicamento producido en el país A, es comprado por el paciente en el país B, ingerido en C, y cuyos efectos se producen en un lugar de tránsito D o en el domicilio E, ¿la situación es diferente en cada país? ¿Cambia la solución si es ingerido en el mismo lugar B donde se compró, pero los efectos son en C o D? Da la impresión que si en un país sólo fue ingerido, pero no fue ni comprado ni tuvo allí los efectos perniciosos, el contacto es irrelevante. Lo que importa es que a partir de la compra en B está en condiciones de consumirse, hay puesta a disposición para el consumo, más allá que éste se dilate hasta arribar a C. En definitiva, son relevantes los lugares de comisión del "hecho" (fabricar, poner a disposición) y donde se producen los efectos, que por lo general es donde se consume (donde satisface o dis-satisface la necesidad).

Advierto que el ejemplo es incompleto, ya que no dije en qué consiste el daño ni la causa del mismo: podría tratarse de un producto mal fabricado, o mal conservado en la "cadena de refrigeración", o mal administrado por el médico, o vencida su fecha de vigencia. Como vemos, la expresión "acaecimiento del daño" no es unívoca. Una cosa es el primer impacto o efecto, como por ejemplo establece la Convención de la Haya sobre productos defectuosos³⁹. Distinto es el lugar donde el daño finalmente se padece, que puede ser coincidente con el domicilio del demandante. Los problemas se presentan en la relación entre el foro y el derecho aplicable. En este último aspecto, y en beneficio del consumidor, LIMA MARQUES considera que el tradicional contacto *lex loci de-*

³⁹ FAWCETT, "Products liability...", p. 67.

Doctrina

licti commissi debe interpretarse de modo flexible⁴⁰. Las dudas que esta solución puede presentar han sido largamente discutidas por los autores⁴¹. Se suele poner de manifiesto las posibles injusticias que se pueden derivar de un acto que es de por sí inocente en el domicilio del demandado o donde efectivamente se cometió, pero que se convierte en ilícito donde es juzgado. La aplicación de la *lex fori* de modo indiscriminado traería como consecuencia directa la admisión del *forum shopping*. Tampoco es suficiente el criterio *loci delicti commissi*. Por ese motivo los autores anglosajones se inclinan por el *proper law of the tort*, por el cual se busca relacionar el caso con el sistema jurídico que mejor se vincula con los objetivos de política pública que regulan los hechos y las consecuencias. Cada situación fáctica se desenvuelve en un lugar donde razonablemente rigen determinadas leyes y principios. Un suceso con consecuencias dañosas debe ser juzgado de acuerdo al contexto donde se produjo⁴².

Sin embargo, pese a las críticas que se pueden presentar a la solución del lugar de efectivo padecimiento para determinar el derecho aplicable, no sucede igual con la fijación del tribunal competente. La noción de daño será la del lugar de acaecimiento del

hecho, sin que el tribunal pueda convertir en ilícito lo que no lo es⁴³. Por tanto el tribunal será competente en razón de una interpretación amplia del “lugar de acaecimiento”, pero el derecho será aquel que determine los deberes de conducta del agente. Por tanto, en un daño producido en tránsito, es perfectamente posible que entienda en la causa el tribunal del domicilio del consumidor, pero aplicando la legislación del lugar de acaecimiento del hecho dañoso. Adicionalmente, el derecho aplicable podrá ser uno de los argumentos a tener en cuenta respecto qué juez será competente en la causa⁴⁴.

⁴³ Cfr. KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, p. 314. Este autor entiende que es una consecuencia del orden público, ya que a cada Estado le interesa reglar las conductas que se realizan en su territorio, como así también cómo se han de reparar las consecuencias de la violación de sus normas.

⁴⁴ Es lo que entendió el 7th Federal Circuit cuando hizo lugar al *forum non conveniens* alegado por el demandado en el caso *Abad v. Bayer Corp.* En este caso un grupo de más de 600 damnificados argentinos, enfermos de hemofilia y otras afecciones que requerían transfusiones de hemoderivados, fueron contagiados de HIV (SIDA) y hepatitis B a consecuencia del uso de productos contaminados durante el proceso de fabricación. Entre otras consideraciones, en la primera instancia se hizo mención a que resultaba más conveniente para los consumidores continuar el proceso en su domicilio, sin necesidad de testificar en los Estados Unidos, como tampoco trasladar las historias clínicas al tribunal norteamericano. El juez preopinante, Richard POSNER, consideró que en Argentina sería aplicable el derecho argentino, siendo coincidente el lugar de residencia de los damnificados y el de acaecimiento del daño. Pero si el juicio tramitaba en USA, igual se aplicaría derecho argentino, siendo el lugar correspondiente a la *lex*

⁴⁰ Cfr. LIMA MARQUES “La insuficiente protección...”, p. 12.

⁴¹ Cfr. FRESNEDO de AGUIRRE, “Obligaciones extracontractuales”, pp. 1163-1167.

⁴² Cfr. CHESHIRE and NORTH, *Private International Law*, Tenth Edition, Butterworth, 1979, pp. 258 y ss, donde transcriben las palabras del Juez Holmes, “But as the only source of this obligation is the law of the place of the act, it follows that that law determines not merely the existence of the obligation, but equally determines its extent”. *Slater v. Mexican National Rail. Co.* (1904), 194 U.S. 120.

Doctrina

VIII. El derecho aplicable a los daños por productos elaborados

En los supuestos de daños por productos defectuosos, están en juego los intereses de distintos ordenamientos. Estos son: a) donde se fabricó el producto o alguno de sus componentes; b) el país donde se comercializó; c) el lugar donde se produjo el daño; d) si el defecto o el daño se produce a consecuencia de un mal diseño o de insuficientes o erróneas instrucciones de operación, el lugar donde se diseñó o se elaboraron o dieron las malas instrucciones; e) el domicilio del damnificado, incluyendo los supuestos del consumidor *by stander* (“quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, art. 2 LDC argentina); f) el domicilio del fabricante (distinto del lugar de fabricación); g) el domicilio del titular de la marca, licenciada al fabricante; h) el país donde se efectúa la publicidad o se emite opinión avalando el producto⁴⁵.

loci delicti: donde se efectuó el contagio, ya que antes de este no hay daño. No consideró a la fabricación defectuosa la causa inmediata del daño, ya que tampoco había certeza de si Bayer era el culpable, al haber intervenido otros proveedores. Cfr. RINALDI, “*Forum Non Conveniens*, the Availability and Adequacy of the Argentine Forum...”, nro.

⁴⁵ Cfr. KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, pp. 316-317. Para los supuestos de licencia de marca y la responsabilidad del licenciante, cfr. SCHÖTZ, Gustavo, “Los titulares de marcas y las modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E, pp. 979-995. La situación es considerada en distintas legislaciones. Entre otras, la ley española 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos, transposición de la Directiva Europea 85/374/CEE: art. 4.1. “[A] los efectos de esta Ley, se entiende por fabricante: “d) Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación”.

Como se puede observar, algunos son casos de responsabilidad objetiva mientras que otros requieren la existencia de culpa o dolo, es decir supuestos de responsabilidad subjetiva. Cualquiera sea la circunstancia, el derecho que rija la relación jurídica particular indicará qué presupuestos deben cumplirse. El Reglamento Roma II, en su considerando 20, indica que “la norma de conflicto de leyes debe responder a los objetivos que son el justo reparto de los riesgos inherentes a una sociedad moderna caracterizada por un alto grado de tecnicidad, la protección de la salud de los consumidores, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada y la simplificación de los intercambios comerciales”. De aquí que se propugne la “creación de un sistema de cascada de factores conexos, combinada con una cláusula de previsibilidad”. Esta disposición “constituye una solución equilibrada”. Por tanto propone que el primer contacto debe consistir en el país de residencia habitual de la persona perjudicada en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en ese país. Recién luego entrarán a jugar los demás elementos, cuando el producto no se hubiera comercializado allí.

Acá se debe tener en claro que si bien en materia jurisdiccional es preferible la concurrencia y no la exclusividad, para favorecer las posibilidades procesales de la víctima, en materia de derecho aplicable resulta disvalioso el fraccionamiento. Sin embargo, ante distintas relaciones jurídicas, por implicar a diversos sujetos, no estamos ante una fragmentación: cada relación es independiente y deberá regirse por su propio régimen. Entran a jugar las cuestiones de

Doctrina

conexidad, atendiendo a la relación más estrecha⁴⁶.

Ahora bien, determinada la aplicación de una regulación concreta, se debe evitar el llamado “fraccionamiento de cuestiones” o *dépeçage*, que trata de aplicar distintos regímenes a cada elemento de una única relación. Se abriría de este modo una puerta a la inseguridad jurídica, por la falta de previsibilidad que implica⁴⁷. De este modo, no sería adecuado aplicar una ley para determinar la existencia de responsabilidad, y otra distinta para determinar la cuantificación del daño⁴⁸.

⁴⁶ Reglamento Roma II, art. 5: “Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 1. Sin perjuicio del artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; b) la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país, o, en su defecto; c) la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c). 2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

⁴⁷ Cfr. KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, p. 323.

⁴⁸ Creo que este es el sentido que se debe dar a las palabras de las conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “Es necesario avanzar en el empleo del método analítico para superar la consideración general tradicional de las obligaciones extracontractuales internacionales atendiendo a los nuevos problemas que la especifican, verbigracia por productos, accidentes, de circulación, daño ambiental, etc. También puede resultar necesario diferenciar entre el derecho aplicable al establecimiento de la responsabilidad y el que rige la reparación”.

IX. La responsabilidad por conexidad y la jurisdicción

Uno de los principios que ha sufrido cierta mutación a partir del régimen protectorio es el del efecto relativo de los contratos, por el cual —en su enunciación tradicional— estos obligan a las partes y no a terceros (art. 1195 CC)⁴⁹. Si bien se trata de un principio de aplicación primaria a los contratos, y en este capítulo estamos abocados principalmente a la responsabilidad extracontractual, igualmente podemos hacer referencia al efecto relativo en los casos de daños por productos defectuosos. Sin embargo, la exorbitancia del principio protectorio debe ser aplicada prudentemente en el plano internacional, ya que las restricciones del marco interno no deberían tener la misma extensión en el contexto transfronterizo. El empresario puede haber perdido el control que tiene sobre las relaciones que desarrolla un tercero frente al consumidor, siendo ajeno a su capacidad de verificación y vigilancia en cuanto a la calidad de las prestaciones o la conservación de productos⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. QUAGLIA, Marcelo Carlos, “La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales”, LL 2006-C, pp. 903-920, en 907. Código Civil argentino, art. 1195: “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”.

⁵⁰ En Argentina, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado propone en su art. 91 que será aplicable, a elección de la víctima, el derecho del lugar del establecimiento del productor o el correspondiente al de comercialización, siempre que se hubieran desarrollado actividades concretas en ese mercado.

Doctrina

En este sentido, se puede decir que estamos ante un problema de cuestión previa: se debe determinar la responsabilidad del fabricante de acuerdo a que exista o no relación de conexidad, ya sea esta contractual o extracontractual⁵¹.

Se justifican ciertos límites a la posibilidad de que el proveedor sea demandado en cualquier país donde su producto haya sido comercializado o consumido⁵². A fin de no nacionalizar arbitrariamente la relación de consumo, la aplicación de la teoría del uso jurídico nos llevará a determinar la responsabilidad del fabricante de acuerdo a la normativa del lugar de producción, ya que esa es la limitación de sus obligaciones. Sin embargo, este contenido de la relación obligacional es acumulativo con el correspondiente al del lugar de efectivo consumo o de venta, debido a que las políticas regulatorias del mercado son de orden público⁵³.

⁵¹ Así se prevé en el art. 8 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho de los productos, del 2 de octubre de 1973: "La ley aplicable determinará en especial lo siguiente: 1. los requisitos y la extensión de la responsabilidad; 2. las causas de exoneración, así como cualquier limitación o partición de responsabilidad (...)"

⁵² *Idem* art. 7: "No será aplicable la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, previstas en los artículos 4, 5 y 6, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo habrían de comercializarse en el Estado de que se trate". Se procura evitar situaciones caprichosas, ajenas a toda consideración de asunción razonable de riesgos. Si bien se refiere al derecho aplicable, esta disposición obedece al mismo fundamento que debería asignar la jurisdicción.

⁵³ En este sentido, art. 9 de la Convención de La Haya sobre la responsabilidad por productos: "La aplicación de los artículos 4, 5 y 6 no obstará para que se tomen en consideración las normas de seguridad vigentes en el Estado en cuyo territorio se hubiere introducido el producto en el mercado".

En principio, es competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las prestaciones; entre otros, el importador tiene responsabilidad frente al consumidor de acuerdo al lugar de entrega. El límite de la conexidad lo marca la calificación que hace el juez del foro. Sería distinto si se tratara de una responsabilidad directa. Es un típico supuesto de *forum et ius*: el juez deberá establecer si hay conexidad de acuerdo a su propio derecho, y recién ahí se considerará o no competente respecto de ese proveedor en particular. Abierta la jurisdicción, luego verificará de acuerdo a la *lex causae* si existe o no nexo causal. De aquí que la vinculación de una de las partes con el consumidor pueda considerarse contractual (el vendedor minorista), y extracontractual la de los otros miembros de la cadena: el importador, distribuidor, fabricante o transportista. En cada caso, la norma de jurisdicción será diferente. Por tanto, es relevante complementar el criterio localizador con la conexidad jurisdiccional.

En el plano procesal, hay conexidad cuando coexisten uno o varios elementos comunes en distintos procesos, sin llegar a la identidad entre ellos. Los tres elementos a considerar son los mismos que en el caso de la litispendencia: sujetos, objeto y causa. La identidad de causa implica conexidad por sí misma, mientras que los sujetos u objeto, a los fines de la conexidad, no pueden ser considerados aisladamente, sino unidos entre sí o con la causa⁵⁴. Si el daño

⁵⁴ Cfr. CANO BAZAGA, Elena, *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 26. La jurisdicción conexa ayuda cumplir con el principio de armonía de las decisiones. Cfr. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", p. 141.

Doctrina

que sufre el consumidor se deriva del defecto de la cosa, aún cuando la relación con cada uno de los proveedores se origine en una relación independiente (fabricar, vender, colocar la marca, diseñar, etc.), no sería legítimo que el consumidor pretendiera una acumulación de indemnizaciones. De aquí que se deba acudir al remedio de la conexidad procesal.

El reglamento 44/2001 de la UE considera que hay conexidad cuando las demandas están vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo. De este modo, se pretende evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados por separado (art. 28 nro. 3). En caso de conexidad internacional, el tribunal del domicilio de uno de los demandados puede entender respecto de los otros. Así, estos codemandados deberán acudir al primer juez que entiende en la causa, ya sea que la conexión entre ellos con la causa es muy estrecha, o que la relación del caso con el foro habilita esta deslocalización de los codemandados. Se trata de evitar que pudieran dictarse sentencias contradictorias⁵⁵.

La conexidad puede darse también cuando los codemandados están ligados entre sí, de modo que incluso es posible que uno de ellos sea obligado a presentarse en juicio en el domicilio de uno de los otros. De esta manera, un tribunal que tiene jurisdicción puede también asumirla para juzgar a un tercero, ya sea como garante o responsable de la actividad que motiva el reclamo al demandado. La extensión de la demanda deberá ser permitida por el derecho del

tribunal, siempre que medie una conexión sustancial entre el foro y el caso que vincula a ese tercero⁵⁶. Estos supuestos son habituales en la responsabilidad por productos, ya que los proveedores actúan en red o conexidad contractual, como en las redes de distribución. Por tanto, el remedio procesal de la conexidad es un recurso apropiado, tanto para facilitar un procedimiento ágil a favor del consumidor como para permitir a los proveedores conexados cierta previsibilidad en la defensa⁵⁷.

La conexidad también puede presentarse en forma de litispendencia; en ese caso, alguno de los tribunales debe inhibirse; por lo general será el segundo (art. 347 inc. 3. del CPCyCN)⁵⁸. En el plano internacional, el primer tribunal debe ser competente, de acuerdo a las reglas del segundo. Como resultado de la admisibilidad de la conexidad o litispendencia, las demandas deberán acumularse.

⁵⁵ Así lo preveía el art. 14 de la *Hague Draft Convention*, bajo el encabezado “Multiple Defendants”. Cfr. NYGH y PO-CAR, *Report of the Special Commission...*, pp. 75-76. Respecto de la situación en la Unión Europea, Cfr. McDOUGALL, Arundel y POPAT Q.C., Prashant, *International Product Law Manual*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 458 y ss

⁵⁷ Un antecedente de conexidad contractual, que da lugar a conexidad procesal, si bien no se refiere a responsabilidad por productos sino por servicios, puede verse en “Chiappetta Graciela Monica y otro c/Iquique Turismo S.A. s/ ordinario” CNCom Sala A, 30/06/2008, publicado en www.eldial.com, última visualización el 10/8/2011. En el caso se citó en garantía —y condenó luego— al organizador y operador mayorista del viaje de turismo combinado, junto con el intermediario o agente. Se trataba de la cancelación de un vuelo charter, parte del paquete.

⁵⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Art. 347. “Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones: (...) 3) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado, cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva”.

X. *Forum et ius*: el lugar de fabricación y los estándares de producción

Ante la verificación de que el daño al consumidor se produjo como consecuencia de un problema de fabricación o diseño, y en extraña jurisdicción a la del fabricante, es importante hacer algunas aclaraciones respecto de la calificación del “lugar de fabricación”. La situación no debería presentar mayores problemas, y el lugar donde el producto es manufacturado coincidirá con el domicilio del demandado. Las dificultades surgen cuando hay múltiples participantes en la cadena de producción, o el fabricante es un productor a maquila o *façon*, anónimo para el consumidor medio⁵⁹.

De acuerdo al art. 40 LDC las responsabilidades son independientes pero solidarias de cada uno de los integrantes de la cadena de aprovisionamiento. El fabricante es responsable de la fabricación “defectuosa”. Los requisitos de calidad están dados por el lugar de producción, pero también acumulativamente con los del lugar de comercialización o puesta a disposición. Así, no debería ser responsable un fabricante que ha cumplido con los estándares de calidad del lugar de fabricación y el daño se produce porque el producto se utiliza en un territorio que incorpora otros parámetros técnicos, dónde él no quiso

⁵⁹ Recordamos el caso “Mattel”, relatado en el número ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia., en el cual el fabricante de juguetes tercerizaba la producción en productores de otros países. Cfr. KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, p. 317, donde plantea la dificultad de las múltiples localizaciones, por ejemplo, el lugar de diseño, el de efectiva fabricación, o donde se toman las decisiones de producción, que son las que indican el nivel de previsión de los defectos.

Comercializarlo⁶⁰. Lo mismo si el uso resulta incorrecto sin culpa del fabricante, que nunca pensó ni quiso que sus productos fueran vendidos en ese país⁶¹.

En esta última circunstancia, el lugar de fabricación donde debe cumplirse con los estándares o con las normas regulatorias funciona a modo de ‘lugar de cumplimiento’. Esto impactará tanto en aspectos procesales, jurisdiccionales o sustanciales: una diferente interpretación del nexo de causalidad, distintos plazos de prescripción, o modo de probarse los hechos, etc. Lo mismo se puede decir respecto de los estándares de calidad, cuando difieren entre una u otra jurisdicción, y proyectan sus efectos sobre la demostración de la culpa, el deber de diligencia, el cumplimiento de normativas regulatorias, etc. En este sentido también se interpreta el contenido del “estado del arte” como causa exculpatoria⁶².

⁶⁰ Cfr. FAWCETT, “Products Liability...”, p. 71.

⁶¹ Le serían así aplicables las normas de orden público económico del comercio interior del lugar de venta de los productos o servicios. Un ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en la Resolución 319/99 de la Secretaría de Comercio, Industria y Minería, que aprueba distintos requisitos técnicos para la comercialización de aparatos eléctricos de uso doméstico que cumplan determinadas funciones.

⁶² La expresión *state of the art* es utilizada tanto para designar el nivel de calidad usual alcanzado y esperable en una industria como para referirse a las normas reglamentarias que obligan a cumplir estándares de fabricación. Es el límite de la negligencia, y por tanto de la presunción de culpabilidad. Cfr. SPRADLEY, Garey B., “Defensive Use of State of the Art Evidence in Strict Products Liability”, *Minnesota Law Review*, Vol. 67, 1982, pp. 343-439, en la *Introduction*.

Doctrina

Estos límites y deberes de conducta del proveedor, desde el punto de vista del consumidor demandante en extraña jurisdicción, son parte de la *lex fori* que aquí se identifican con la *lex causae*. La conexión en este supuesto no está construida sobre el *locus actio*, ya que el daño se reclama en virtud de la ilicitud consistente en incumplir con los deberes de fabricación.

También puede ser relevante para optar por la jurisdicción del tribunal del lugar de fabricación las mayores posibilidades que tiene el consumidor de obtener una adecuada reparación. En los países industrializados es más alto el estándar de responsabilidad que obliga a los productores —y por tanto más clara la demostración de la culpa o negligencia⁶³. El tribunal debe aplicar los estándares de fabricación o de responsabilidad propios; por tanto, la regla de jurisdicción se puede derivar del derecho aplicable⁶⁴.

La teoría de la apariencia viene en nuestra ayuda⁶⁵. El producto manufacturado en un país

⁶³ Cfr. GARRO, Alejandro, “*Forum non conveniens*: ‘availability’ and ‘adequacy’ of latin american fora from a comparative perspective”, *Inter-American Law Review*, Vol. 35:1 (2003-2004), pp. 65-99, en 96-97.

⁶⁴ VISCHER considera que es una buena razón para justificar el *forum et ius* la existencia de procedimientos o regulaciones administrativas que obligan a los jueces o autoridades a aplicar su propio derecho. Más aún si las cuestiones sustanciales obedecen a intereses públicos. Cfr. VISCHER, “General Course on Private International Law”, pp. 230-232.

⁶⁵ En palabras de LÓPEZ MESA, “la doctrina de la apariencia es una de las principales derivaciones del principio general de la buena fe. La idea es simple: la protección de la confianza suscitada y la seguridad de los negocios exigen que quien contribuye con su actuación a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, debe cargar con las consecuencias”. LÓPEZ MESA, Marcelo J, “La apariencia como fuente de obligaciones”, LL 2011-C, pp. 739-752, en 740.

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

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

Art. 1: “Los frutos y los productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visible sobre sus envases (...) b) Nombre del país donde fueron producidos o fabricados”⁶⁶.

⁶⁶ Art. 2 “Los productos fabricados en el país y los frutos nacionales, (...) llevarán la indicación Industria Argentina o Producción Argentina. A ese fin se considerarán productos fabricados en el país aquellos que se elaboren o manufacturen en el mismo, aunque se empleen materias primas o elementos extranjeros en cualquier proporción”. “La indicación de que se han utilizado materias primas o elementos extranjeros será facultativa. En caso de ser incluida deberá hacerse en forma menos preponderante que la mencionada en la primera parte de este artículo”. Art. 3: “Los frutos o *productos de origen extranjero* que sufran en el país un proceso de fraccionado, armado, terminado o otro análogo que no implique una modificación en su naturaleza, deberán llevar una leyenda que indique dicho proceso y *serán considerados como de industria extranjera. En el caso de un producto integrado con elementos fabricados en diferentes países, será considerado originario de aquel donde hubiera adquirido su naturaleza*”. Art. 4: “[...] Quienes comercialicen en el país frutos o productos de procedencia extranjera deberán dar cumplimiento en el idioma nacional a las disposiciones del artículo 1º de esta ley”. Art. 5: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases (...) palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, *origen*, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o *técnicas de producción*”.

Doctrina

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

Además de estos argumentos, considero que las afirmaciones de las empresas respecto a las buenas prácticas, o su adhesión a códigos de conducta, reglamentos, etc., son exigibles de acuerdo a lo normado como principio general en el derecho de obligaciones: el valor vinculante de la manifestación unilateral de voluntad (art. 917 y concordantes del CC argentino⁶⁷). Tampoco podrá dejarse de lado la doctrina de los actos propios o *estoppel* (*nemo contra factum proprium venire potest*), que no habilita a crear una expectativa sobre las propias declaraciones para luego no satisfacerlas. La doctrina de la apariencia también coadyuvará a la operatividad de la ‘doctrina de los actos propios’, agravada por la

calidad de profesional que reviste el proveedor⁶⁸. Será de aplicación a este respecto el art. 902 del CC argentino, por cuanto será mayor la responsabilidad de aquellos que tienen pleno conocimiento de los hechos y las cosas⁶⁹.

La responsabilidad del proveedor que actúa bajo un reglamento o código de buenas prácticas también le puede ser imputada en función de la creación del riesgo que pone en marcha con su actividad. En su condición de experto, ha previsto y acepta riesgos evitables mientras que los consumidores ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, evitarlos o asegurarse contra ellos⁷⁰. Queda así determinada la distribución en los costos y las pérdidas de la empresa común, en este caso el negocio bilateral. Cada vez que un profesional pone en marcha un sistema de provisión, un servicio, o introduce un producto nuevo en el mercado, asume algún grado de riesgo en el que el inexperto no interviene. Parece

⁶⁷ CC argentino, art. 917. “La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos”. Art. 918. “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”. Art. 919. “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

⁶⁸ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, LL 2000-D, 1160. También constituye una aplicación de la teoría de la apariencia la creación de una relación de consumo a partir de la colocación de la marca del fabricante en el producto; esa es la causa de del vínculo entre el proveedor y el consumidor. Cfr. SCHÖTZ, “Los titulares de marcas...”, p. 990.

⁶⁹Cfr. QUAGLIA, “La relación de consumo...”, p. 905. El art. 902 del CC argentino reza: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

⁷⁰Cfr. LORENZETTI, “La oferta como apariencia...”, p. 1165.



Doctrina

claro que al proveedor debe atribuirse una mayor carga de esos costos derivados, aunque las directrices o reglamentos no resulten legalmente obligatorios.

XI. La participación de consumidores en procesos colectivos en el extranjero

Interesa especialmente el problema particular de la participación de consumidores extranjeros en acciones colectivas iniciadas en el domicilio del proveedor, ya que esto puede facilitar el acceso a la justicia y una efectiva protección⁷¹. En los daños ocasionados por vicios o productos defectuosos, ya existen abundantes antecedentes de

daños masivos⁷².

Las modernas Constituciones prevén que los ciudadanos puedan accionar de modo conjunto cuando están en juego derechos de incidencia colectiva. Para que esto sea posible, es necesario verificar: a) cuál es la naturaleza jurídica del derecho en juego; b) quiénes son los sujetos habilitados a reclamar protección; c) bajo qué condiciones puede resultar admisible una acción; y d) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte⁷³. Si bien la mayoría de los estudios se refieren a derechos de los ciudadanos hacia el interior de su Estado, el mismo análisis se puede verificar en las relaciones transfronterizas. Es más: pareciera que sin la herramienta de los procesos colectivos, en cuanto facilitadora de la justicia procesal, difícilmente se pueda lograr la justicia sustancial.

Como indica la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el considerando 13 de la causa "Halabi", es necesario a) verificar una causa

⁷¹ La cuestión es relevante, porque podría tratarse de una posible solución a la paradoja de la nimiedad, entendiendo por esta la escasa cuantía de los reclamos y la difícil sustanciación de un proceso cuando los costos procesales son inaccesibles. Como indica PAIVA, "Sólo con tener que notificar la demanda en un país extranjero quedan descartados la mayoría de los casos relacionados con consumidores y, por más que muchos tratados garanticen la gratuidad de los actos procesales transfronterizos, la sola necesidad de contar con un corresponsal hacen de esa gratuidad una quimera. Difícilmente puedan superarse estos escollos mediante los *punitory damages* o las *action class*: la ecuación económica de un caso transfronterizo generalmente no cierra". PAIVA, Roberto Martín "Jurisdicción internacional en contratos entre consumidores y bancos", Comentario al fallo CNCom, Sala B, 22/06/05, "Volpi, María Celia c/ Unión de Bancos Suizos", en *Libro en homenaje a Enrique Butty*, IJ Editores-Universidad Austral, Buenos Aires, 2011, nota 3. La respuesta en Brasil parece ser positiva, en cuanto que las asociaciones de consumidores pueden invocar las garantías constitucionales e incoar acciones clase, también en el orden internacional. Cfr. LIMA MARQUES, Claudia, "Brésil", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships*, CEDEP, Asunción, 2010, pp. 47-95p. 56. Cfr. también PAREDES PÉREZ, José Ignacio, "La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro", *Estudios sobre Consumo*, Vol. 79, Madrid, 2006, pp. 75-87.

⁷² Cfr. AZAR, María José, "Los daños masivos en la jurisprudencia", en LORENZETTI-SCHÖTZ, *Defensa del Consumidor*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 125-162. Algunas acciones fueron presentadas por grupos de damnificados pero ajenos a relaciones de consumo, como la célebre acción de clase contra Dole Food Co. y Shell Oil. Co. presentada por los trabajadores de las plantaciones de bananos afectados por los pesticidas en base a DBCP. Cfr. GARRO, "Forum non conveniens...", pp. 82-84.

⁷³ Cfr. DENNIS, Michael J., "Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, Coordinadores, *Protección de los Consumidores en América*, La Ley, Asunción, 2007, pp. 219-237, en 228-230.

Doctrina

fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado⁷⁴. Ahora bien, ¿cuándo un conflicto transfronterizo que involucra a consumidores puede considerarse de incidencia colectiva? Creo que se requiere de modo imprescindible la existencia de relación de consumo, tanto para extranjeros que reclaman frente a proveedores argentinos como para solicitar un amparo colectivo contra proveedores extranjeros. Lo mismo para el supuesto de un consumidor argentino que se quiera presentar en un proceso colectivo abierto en el extranjero, como sería una *class action*. En definitiva, para el ejercicio de acciones colectivas contra proveedores en casos transfronterizos de protección del consumidor, deberemos estar ante una relación de consumo que implique la existencia de un interés plurindividual homogéneo o transindividual. Éste se manifestará en la existencia de múltiples relaciones de consumo. Los bienes deberán ser homogéneos, cuantificables individualmente, tal el caso de un grupo de afectados por prácticas bancarias fraudulentas o pasajeros de un mismo vuelo o línea aérea.

XII. Conclusiones

Las relaciones de consumo transfronterizas son aquellas en las que algunos de sus elementos — sujetos, objeto o causa— presentan elementos internacionales relevantes, ya sean estos personales, reales o conductistas. Una categoría particular está

constituida por aquellas en que la causa del vínculo que une al consumidor con el proveedor es una conducta ilícita a cargo del segundo y que provoca daños al primero. Esta situación podrá darse en casos de fraude, publicidad engañosa, daños a la persona o bienes del consumidor, su grupo social o familiar, omisiones de deberes de seguridad, etc. Esta relación de consumo extracontractual puede presentarse en un contexto de internacionalidad. La situación no ha sido prevista en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) de modo expreso, ni es parte de las discusiones que se tienen en el ámbito de la OEA abocada a la elaboración de CIDIP VII, ni es considerada en el ámbito del MERCOSUR (Protocolo de Santa María). Por tanto, habrá que analizar bajo qué condiciones son aplicables a casos multinacionales disposiciones como las del art. 40 LDC, que establece la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, o se puede habilitar el régimen de daños punitivos del art. 52 bis LDC, o involucrar a personas jurídicas como consumidoras (art. 1 LDC) o empresas extranjeras como proveedoras.

En las relaciones de consumo extracontractuales, los tradicionales foros de acaecimiento del hecho dañoso o de sufrimiento de las consecuencias, se presentan como adecuados para proteger al consumidor damnificado. En el caso de daños producidos por productos elaborados, el lugar de fabricación también debería ser considerado uno de los foros disponibles. Por tanto, serán considerados competentes los tribunales cuyas normas imperativas resulten de aplicación, haciendo aplicación de la teoría del *forum causae*, en los términos de los arts. 56 y 43 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940. En

⁷⁴ CSJN “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, Fallos 332:111. Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (el armado de un sistema)”, LL 2009-D, pp. 740-761, en 750.



Doctrina

este sentido, las normas y regulaciones del lugar de producción, obligatorias para el fabricante, junto con la indicación distintiva de la “marca país” como generadora de una expectativa razonable, tienen suficiente peso localizador.

En el caso de las situaciones contempladas en el art. 40 de la LDC, que establece la responsabilidad por productos elaborados, se considera un hecho ilícito la conducta culpable que implique un incumplimiento de los deberes de seguridad o custodia (omisión). Particularmente interesa el caso del lugar de fabricación, ya que resulta habitual el consumo de productos importados. Esto puede significar que el producto completo fue fabricado en el extranjero, o alguno de sus componentes. En este último supuesto, a su vez se presenta la posibilidad de que existan distintos lugares de fabricación parciales, y finalmente el ensamblado final ocurra en una única jurisdicción.

El derecho aplicable a responsabilidad de cada proveedor corresponderá al del lugar que indique los deberes de conducta y obligaciones específicas del agente. La medida del cumplimiento será considerada de acuerdo al lugar donde se localice la particular relación de consumo entre ese proveedor y el consumidor. Esta localización dependerá de las prestaciones debidas, debiendo distinguirse el lugar de entrega, de prestación del servicio, de emisión o recepción de la información, de fabricación, etc. En este sentido, cada integrante de la cadena de aprovisionamiento podrá estar obligado en virtud de una particular *lex causae*: la que corresponda a su obligación.

Cuando corresponda la aplicación del régimen protectorio nacional, deberá hacerse en su integridad, incluyendo la posibilidad de instar procesos colectivos. También será posible para el consumidor acudir a todos los remedios en su favor, incluyendo los resarcimientos y sanciones previstos por la LDC: daño directo (art. 40 bis), sanciones administrativas (art. 47 LDC), daños y perjuicios (art. 52 LDC) y daños punitivos (art. 52 bis LDC).

a) puede reclamar en el lugar de fabricación, que podrá o no ser coincidente con el domicilio del proveedor; en ese caso, puede iniciar la demanda con fundamento en el incumplimiento de los estándares vigentes en el país de producción; estos estándares son normas imperativas que obligan al juez del lugar de fabricación; se trata, por tanto, de un supuesto de *forum causae*.

b) a su vez, puede reclamar en su propio domicilio como lugar de acaecimiento del daño; en este último caso, podrá invocar como derecho aplicable la aplicación de los estándares de calidad del país de origen acumulativamente con los propios, en razón de tratarse de reglamentaciones de cumplimiento obligatorio;

c) también podrá demandar al fabricante en su sede social o principal asiento de los negocios, coincidente con el clásico domicilio del demandado;

d) como criterio general, las normas reglamentarias de los estándares de producción, al tener carácter imperativo y obligar al juez del lugar de fabricación (*forum causae*), deben también actuar como límite para rechazar la excepción del *forum non conveniens*.

