

LA CONFERENCIA DE LA HAYA, VENTAS A LOS CONSUMIDORES Y EL REPORTE VON MEHREN¹

Arthur Taylor Von Mehren *

Comentario preliminar de la Conferencia de La Haya

El documento que se presenta a continuación contiene el texto de la Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores adoptada en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado el 25 de octubre de 1980, y el Reporte Explicativo realizado por el hoy difunto Profesor Arthur Taylor von Mehren, experto enviado por los Estados Unidos a dicha Conferencia Diplomática². El texto fue elaborado por una Comisión de Expertos (Comisión III) de la Decimocuarta Sesión sobre la base de un borrador preliminar preparado por una Comisión Especial de expertos.

El origen de este trabajo lo constituyó el hecho de que la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, del 15 de junio de 1955, no creó una norma especial para la venta internacional a los consumidores y, en tal sentido, se había vuelto desactualizada. Por tal motivo la Decimocuarta Sesión: (1) adoptó una Declaración a los efectos de que la Convención de 1955 no impedía a los Estados Parte aplicar reglas especiales en relación con la ley aplicable a la venta a los consumidores (Decisión C del siguiente documento), y (2) adoptó la Convención sobre la Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores (Decisión B del siguiente documento).

Como la introducción a la Decisión B lo señala, la idea consistía en que los Artículos contenidos en ella (en la Convención), o fueran incluidos en lo que se convertiría más tarde en la Convención de la Haya de 1986, sobre la Ley Aplicable a los Contractos para la Compraventa Internacional de Mercaderías (revisión de la Convención de 1955), o fuera el objeto de una Convención distinta. En la práctica, ninguna de las dos cosas ocurrió. La Convención de 1986 (al igual que su Convención hermana, la de Viena, sobre derecho sustantivo de compraventas, conocida por sus siglas en in-

* Profesor emérito por la Universidad de Harvard. Presentó el Reporte Explicativo de más abajo a la Comisión III de la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

¹ Traducido al español por Adriana Sánchez Mussi, LL.M. Georgetown.

² Ver Conférence de la Hays de droit international privé (Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado), Actes et Documents de la Quatorzième Session, Tome II, Ventes aux consommateurs, pp II-77 – II-179.

glés como CISG), excluye la venta a los consumidores. A pesar de que dichos Artículos sí inspiraron los trabajos sobre venta a los consumidores en el contexto de la Comunidad Europea, la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales (Artículo 5), redujeron el interés en la adopción de una Convención diferente de la Haya sobre la materia.

La Convención sobre la Ley Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores es el fruto de considerables trabajos realizados por renombrados expertos. Por supuesto, desde su adopción en el año 1980, los expertos no pudieron prever recientes adelantos como el crecimiento del comercio electrónico. Las disposiciones sobre ventas a distancia (Artículo 5 párrafo 3) pueden o no resultar adecuadas para ser aplicadas al comercio electrónico³.

EXTRACTO DEL ACTA FINAL

Textos Adoptados por la Decimocuarta Sesión⁴

B La siguiente Decisión, relativa a las ventas a los consumidores

La Decimocuarta Sesión,

Habiendo redactado los artículos dispuestos más abajo, ha acordado en la importancia de evitar, en lo posible, cualquier discusión adicional con relación a estos artículos;

Habiendo establecido en la agenda de futuros trabajos, para la Conferencia de la Haya, la revisión de la *Convención del 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías*, decide que aquellos involucrados en la negociación de esta revisión deberían determinar si:

Texto adoptado II-177

- incluir los artículos dispuestos más abajo en la nueva convención general sobre compraventas, o

³ Las discusiones actualmente en curso dentro de la Comunidad Europea con relación a la revisión del Artículo 5 de la Convención de Roma de 1980, en el contexto de la conversión de esta Convención en un instrumento de la Comunidad y su modernización (**Libro Verde** de la Comisión Europea COM (2002) 654) puede resultar de interés con relación a este tema. En particular, podría resultar útil llamar la atención sobre las réplicas al Libro Verde (sumariado en el libro de Discusiones de fecha 24 de enero de 2004) con relación a los contratos de consumidores, los cuales, entre otras cosas, demuestran que i) «Aunque algunos replicantes señalaron que las presentes reglas han probado su valor y que podrían además –después de una aclaratoria por el ECJ- ser aplicadas al comercio electrónico, la iniciativa de modernizar las reglas de elección del Derecho aplicable en contratos de consumidores fue favorablemente recibida por una mayoría aplastante». (Libro de Discusiones, p. 4); y que ii) una de las cuestiones principales de discusión entre los diferentes replicantes, y en particular entre los vendedores por Internet y grupos de consumidores, fue la cuestión de si «un sitio de web, solo porque puede ser accedido por cualquier individuo en cualquier país del mundo, es juzgado de dirigir de manera expresa una invitación o anuncio publicitario a otro individuo en otra parte del mundo». (Libro de Discusiones, página 5). Para la última Propuesta de la Presidencia ver Nota N° 11150/07 Ext I, Justice 175, Codex 716, de fecha 27 de junio de 2007.

⁴ Extracto del Acta Final de la Decimocuarta Sesión, firmada el 25 de octubre de 1980: para el texto completo del Acta Final, ver *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*. Book I, *Miscellaneous matters, supra*, p. I-27.

- hacer de estos artículos el objeto de una convención diferente sobre la ley aplicable a la venta a los consumidores,

y adopta los siguientes artículos:

CONVENCIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A CIERTAS VENTAS A LOS CONSUMIDORES

Artículo 1

Esta Convención se aplicará a ciertos contratos para la venta internacional de mercaderías adquiridas principalmente para uso personal, familiar o doméstico, donde el vendedor actúa en el curso de su negocio o profesión y donde en cualquier momento antes de la conclusión del contrato, conocía o debería haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para cualquiera de dichos usos.

La declaración de las partes relativas a la elección del derecho aplicable o competencia de una corte o árbitro no es, por sí misma, suficiente para conferir carácter internacional a un contrato de venta.

A los efectos de esta Convención, los contratos de suministro de bienes a ser manufacturados o producidos serán considerados como contratos de venta, toda vez que el obligado a suministrar dichos bienes proporcione una parte sustancial de los materiales necesarios.

Artículo 2

A los efectos de esta Convención, una persona que compra mercaderías principalmente para su uso personal, familiar o doméstico, será referida en adelante como consumidor.

Artículo 3

Es a cargo del vendedor probar que no conocía o no podría haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico.

Artículo 4

La Convención no se aplicará a ventas:

- a* en subastas;
- b* por vía de ejecución o por mandato de la ley;
- c* de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio, o dinero;
- d* de commodities o en mercados bursátiles.

Artículo 5

La Convención deberá aplicarse solo a los siguientes casos:

1 cuando las negociaciones para la venta fueron conducidas principalmente en el país en el que el consumidor tenía fijada su residencia habitual y que es también el lugar donde el consumidor cumplió con los pasos necesarios que son a su cargo, para la conclusión del contrato.

2 cuando el vendedor o su representante, agente o viajante de comercio recibió el pedido en el país en el que el consumidor tenía su residencia habitual.

3 cuando el pedido fue precedido de una invitación específica dirigida al consumidor en el país de su residencia habitual, o mediante publicidad o alguna otra actividad de marketing proyectadas o dirigidas a aquel país donde el consu-

Texto adoptado II-178

midor cumplió con los pasos necesarios, que son a su cargo, para la conclusión del contrato.

4 cuando el consumidor viajó desde el país de su residencia habitual a otro país donde emitió su pedido, siempre que el viaje del consumidor fuera, directa o indirectamente, arreglado por el vendedor con el propósito de inducir al consumidor a comprar.

Artículo 6

El derecho interno elegido por las partes regirá el contrato al cual se aplique la presente Convención. Sin embargo, el derecho elegido por las partes en ningún caso privará al consumidor de la protección acordada por las normas imperativas del derecho interno del país en el que él tenía su residencia habitual al momento en el que el pedido fue otorgado.

La elección del derecho aplicable debe ser expresa y constar por escrito.

Cuestiones relativas a la existencia, validez y forma del consentimiento de las partes con relación a la elección del derecho aplicable serán determinadas de acuerdo con el derecho interno del país en el que el consumidor tenía su residencia habitual al tiempo en que el pedido fue emitido.

Artículo 7

En ausencia de una elección, por las partes, del derecho aplicable, el derecho interno del país en el que el consumidor tenía su residencia habitual, al tiempo en que el pedido fue emitido, regirá el contrato al cual se aplique la presente Convención.

Artículo 8

El derecho aplicable a un contrato, de conformidad al Artículo 6 párrafo 1, o al Artículo 7 deberá regir en particular:

- a la forma del contrato;
- b la existencia y validez del contrato;
- c la interpretación del contrato;
- d las consecuencias de la invalidez del contrato;
- e las consecuencias de inejecución del contrato, incluyendo la determinación de daños; sin embargo, una corte no está obligada a otorgar una reparación que no sería otorgada por su derecho interno en casos similares.

Artículo 9

Los Artículos 6 y 7 no se aplicarán a:

- a la capacidad de las partes;
- b los efectos del contrato con relación a terceros.

Artículo 10

La aplicación de un derecho determinado por la Convención podrá ser refutada solo cuando dicha aplicación resulte manifiestamente incompatible con el orden público del lugar de aplicación.

Texto adoptado II-179

C A continuación, la Declaración y Recomendación relativas al alcance de la Convención sobre el derecho aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, concluidas el 15 de junio de 1955

I DECLARACIÓN

Los Estados presentes en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado,

Conscientes de la existencia actual de medidas protectoras a los consumidores en muchos países,

Considerando que los intereses de los consumidores no fueron tomados en cuenta en la *Convención del 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías*, cuando fue negociada,

Reconociendo el deseo de algunos Estados, que han ratificado dicha Convención, de contar con un derecho con reglas especiales sobre venta a los consumidores,

Por tanto, declaramos que la *Convención del 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías* no impide a los Estados Parte aplicar reglas especiales de derecho a la venta de mercaderías a los consumidores.

II RECOMENDACIÓN

Esta Conferencia recomienda que los Estados Parte, de la *Convención del 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías*, que apliquen reglas especiales de derecho a la venta de mercaderías a los consumidores, informen de este hecho a la Oficina Permanente.

Texto adoptado II-180

Reporte Explicativo por Arthur Taylor von Mehren

La Convención sobre el Derecho Aplicable a Ciertas Ventas a los Consumidores

1 Introducción

En su consideración del borrador preliminar de la Convención sobre el derecho aplicable a ciertas ventas de los consumidores, la Tercera Comisión tuvo que lidiar con dos problemas preliminares: 1) ¿La Convención será aplicable a todos los tipos de ventas a los consumidores o solo a ciertos tipos que se encuentren enumerados?; 2) ¿Será definida la expresión «venta internacional de mercaderías», utilizada en el artículo 1 del Borrador Preliminar, y en caso afirmativo, en qué términos?

A pesar de que hubo alguna opinión entre las delegaciones de abarcar todos los tipos de ventas a los consumidores, se concluyó que hacerlo implicaría gran dificultad, tanto por el enfoque adoptado por la Comisión Especial en su redacción, como por la probabilidad de que la Conferencia, relativamente en un corto plazo, emprendería una revisión de la Convención de 1955.

Hubo considerables discusiones en la Comisión III sobre la viabilidad y el deseo de definir el término «venta internacional», utilizado en el artículo 1 del Anteproyecto de la Comisión Especial. La expresión aparece en la Convención de 1955,

Reporte de von Mehren II-187

pero no es particularmente definida allí. Se reconoció que cualquier intento de definición acarrearía dificultades; la idea principal es, presumiblemente, que el comprador y el vendedor residan en países diferentes. Pero ¿es esto siempre requerido y siempre suficiente? Sería posible considerar una venta como internacional siempre que las circunstancias originasen una cuestión de elección del derecho aplicable. Pero esta definición parece muy amplia; de hecho, el cuarto párrafo del artículo 1 del Anteproyecto de la Comisión Especial es a los efectos de que una estipulación sobre elección del derecho aplicable o elección del foro, de por sí, no proporciona a una

venta la «internacionalidad» a los efectos del proyecto de Convención. A pesar de que algunas delegaciones instaron una definición de «venta internacional», la Comisión concluyó que no debería intentarse una definición general.

Habiendo tomado nota de estas cuestiones generales, los artículos adoptados por la Decimocuarta Sesión pueden ser discutidos uno a uno, sucesivamente.

2 *Provisiones Específicas*

a Artículo 1

Algunas de las cuestiones desatadas en la consideración del artículo 1 por la Comisión III fueron discutidas más arriba; sin embargo, la cuestión principal planteada por este artículo, tal y como fuera redactado por la Comisión Especial, es el problema general de cómo definir la «venta» a los consumidores. Surgieron tres temas: 1) ¿Cómo deberían definirse las «ventas a los consumidores»?; 2) ¿El término «compraventas», utilizado por la Convención de 1955 y por el Anteproyecto de la Comisión Especial, debería ser empleado o debería adoptarse alguna expresión similar?; 3) ¿La Convención debería abarcar instituciones como los contratos de alquiler de una cosa mueble con opción de compra del derecho inglés, el cual aun cuando presumiblemente, no técnicamente, es un contrato de compraventa, cumple la misma función económica que el contrato de compraventa con reserva de dominio por el vendedor o el contrato de compraventa a plazos o en cuotas?

El primer punto fue resuelto luego de una larga discusión mediante la adopción de una definición que contiene tres elementos: el comprador debe comprar «principalmente para uso personal, familiar o doméstico»,⁶ «el vendedor debe actuar «en el curso de su negocio o profesión» y, además, conocer o tener razones para conocer «en cualquier momento antes de la conclusión del contrato» que «las mercaderías eran compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico»⁷. Esta formulación se aleja del Anteproyecto de la Comisión Especial, la cual ha definido las «ventas a los consumidores» exclusivamente en términos referentes a las características de las partes de la transacción: «Esta Convención se aplicará a ciertos contratos para la venta internacional de mercaderías... donde el vendedor actúa en el curso de su negocio o profesión y el comprador es un consumidor»⁸. Los Artículos adoptados por la Decimacuarta Sesión, por el contrario, hacen hincapié en el uso para el cual las

⁶ Artículo 1; ver además artículo 2: «A los efectos de esta Convención, una persona que compra mercaderías principalmente para su uso personal, familiar o doméstico, será referido en adelante como consumidor».

⁷ Artículo 1; ver además artículo 3: «Es a cargo del vendedor probar que no conocía o no podría haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico». Es importante resaltar que ni el Anteproyecto de la Comisión Especial ni los Artículos señalan distinción alguna entre vendedores que son pequeños de aquellos que son grandes empresas.

⁸ El Anteproyecto de la Comisión Especial, en el Artículo 2, continúa definiendo «consumidor» como alguien «quien en el caso particular, no actúa principalmente en el curso de su negocio o profesión». Ver *infra* p. 190.

mercaderías son adquiridas. A pesar de que algunas delegaciones consideraron el enfoque del primero (v.gr.

Reporte de von Mehren II-188

aquel tomado por la Comisión Especial) como superior, el último fue adoptado para armonizar los Artículos con ULIS-II⁹. El artículo 2(a) de ULIS-II excluye del ámbito de sus reglas substantivas las «mercaderías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la conclusión del contrato o, en la conclusión del contrato, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso». A diferencia de los Artículos de la Haya, ULIS-II no utiliza el concepto de «consumidor». Esta diferencia entre ambos criterios resulta, en parte, del hecho de que cada disposición se refiere a un problema diferente del ámbito de aplicación; para ULIS-II, el lenguaje excluye del ámbito de aplicación de la Convención ciertos contratos de compraventa; para los Artículos de la Haya, el lenguaje define, sujeto a las exclusiones contenidas en el artículo 4, el ámbito de aplicación de los Artículos. La adopción de una definición de los «contratos de consumidores» por los Artículos, en términos de uso, también tiene el efecto de acercar más la definición a lo utilizado en el artículo 5 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de la CEE.

Después de haber discutido el segundo punto mencionado más arriba, la Comisión III decidió sustituir la expresión «contratos de venta internacional de mercaderías», del artículo 1, por «venta internacional de mercaderías» utilizada en el Anteproyecto de la Comisión Especial y en el artículo 1 de la Convención de 1955¹⁰; la sustitución fue hecha para conciliar la diferencia existente en varios sistemas legales, como por ejemplo el derecho anglosajón, entre contrato de venta y la venta, donde solo el último de los dos implica la transferencia contemporánea de los derechos de propiedad. Con la adopción de la nueva terminología, la Comisión no pretendió restringir el ámbito de aplicación del Anteproyecto.

Después de haberse discutido el tercer punto, se decidió no agregar al artículo 1 del Anteproyecto de la Comisión Especial una expresión semejante a las siguientes líneas: «y otras operaciones jurídicas que sirvan al mismo propósito económico que los contratos de venta» ni referirse explícitamente a «un alquiler de bienes muebles con opción a compra» ni operaciones similares que, aun cuando no constituyen un contrato de venta en sentido jurídico, son funcionalmente equivalentes. Las discusiones de la Comisión III indicaron acuerdo general tanto sobre el hecho de que el Anteproyecto cubre cuestiones relacionadas con el «alquiler de bienes muebles con opción a compra», como que las cortes nacionales son libres de fijar el alcance específico de la expresión «contratos de venta internacional de mercaderías».

⁹ Ver Documento de la ONU A/Conf.97/18 of April 10, 1980; *International Legal Materials* (Materiales Jurídicos Internacionales), vol.29, p. 668 (1980).

¹⁰ La expresión en inglés «compraventa internacional de mercaderías» no es oficial para la Convención de 1955, debido a que dicha Convención fue redactada solo en francés.

Puede notarse, además, que la expresión «incluyendo ventas basadas en documentos» –contenida en el párrafo uno del Anteproyecto de la Comisión Especial como así también en el artículo 1 de la Convención de 1955– no aparece en el artículo 1 de los Artículos de la Haya. Dicha omisión resulta de los esfuerzos por armonizar, cuando sea posible, el lenguaje de los Artículos y de ULIS-II. Sin embargo, la Comisión III fue clara en manifestar que los Artículos cubren dichas ventas.

Reporte de von Mehren II-189

Por razones de estilo, la Comisión III decidió incluir el segundo párrafo del artículo 1 del Anteproyecto de Convención de la Comisión Especial –el cual excluye del ámbito de aplicación de las reglas de elección del derecho aplicable propuestas, ciertos tipos de ventas, por ejemplo subastas y ventas de títulos valores– en un artículo separado, el artículo 4, que se discute más abajo.

Los contenidos del cuarto párrafo del Anteproyecto de la Comisión Especial, tomados del cuarto párrafo del artículo 1 de la Convención de 1955, se mantienen invariables pero fueron trasladados de tal manera de dejarlos como segundo párrafo del artículo 1. Las razones por las que ninguna estipulación de las partes, con relación a la elección del derecho aplicable o al foro ni la inclusión de una cláusula arbitral, convierte a un contrato en uno de compraventa «internacional» son claras; no debería ser posible para las partes convertir en «internacional» un contrato de compraventa que, de otras formas, tendría todos sus contactos en un solo país¹¹.

El tercer párrafo del Anteproyecto de la Comisión Especial, también tomado del artículo 1 de la Convención de 1955, se convierte así en el último párrafo del artículo 1. Su lenguaje fue modificado con la adición del término «una parte sustancial de» tanto por motivos substantivos como por alinear la disposición con el artículo 3 (1) de ULIS-II el cual establece: «Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». La disposición pone en claro que los contratos para manufacturar y producir, que en muchos sistemas legales no son considerados como «contratos de venta», sí lo son por los Artículos.

b Artículo 2

Los Artículos 2 y 3 son una revisión de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Anteproyecto de la Comisión Especial, respectivamente. El artículo 2 define al «consumidor»; el artículo 3 dispone que el vendedor tiene la carga de persuadir que, conforme a su conocimiento (ver artículo 1), las mercaderías fueron compradas principalmente para uso personal, doméstico o familiar.

¹¹ Ver p. 188 *supra*.

Muchas cuestiones se originaron en conexión con el primer párrafo del Anteproyecto de la Comisión Especial, ahora artículo 2. El Anteproyecto define al «consumidor» con términos negativos, como uno «que, en el caso en particular, no actúa principalmente en el curso de su negocio o profesión». La Comisión III prefirió una definición en términos positivos, tanto desde el punto de vista del estilo como del práctico: «una persona que compra principalmente para un uso personal, familiar o doméstico, es referido en adelante como el consumidor».

Otra cuestión discutida fue si un consumidor, persona jurídica, debería tener derecho al beneficio de las reglas de elección del derecho aplicable disponibles a los consumidores que, por el contrario, sean personas naturales o físicas. El asunto había sido discutido por la Comisión Especial, cuya versión del artículo 2, eliminó cualquier duda posible al hablar de «una persona natural o jurídica».

Reporte de von Mehren II-190

La Comisión Especial había acordado que, en casos –probablemente raros– que de otra forma calificaría para un tratamiento especial de elección del derecho aplicable, el carácter del comprador, como una persona jurídica, no debería privarle del beneficio de dicho tratamiento.

En la Comisión III hubo discusiones y desacuerdos considerables con relación a la solución adecuada. La Comisión, en última instancia, votó que el artículo 2 debería hablar simplemente de «personas» con el entendimiento de que la cuestión, de si «personas jurídicas» cae bajo el artículo 2, será decidida por el juez nacional.

También hubo discusión sobre el hecho de que si la calificación «principalmente» debería mantenerse en el artículo 2 (y en el artículo 1 (1)). Esta calificación no está expresamente contenida en el artículo 2 (a) de ULIS-II, aunque puede ser inferida. Hubo considerable discusión en la Comisión III con relación a si los Artículos deberían abarcar ventas para fines mixtos y, en su caso, cómo debería ser regulada la situación. La Comisión III concluyó que «principalmente» debería mantenerse para cubrir el caso donde un artículo fue comprado para uso mixto.

c Artículo 3

Este artículo versa sobre el problema de la carga de la prueba tratado en el artículo 2(2) del Anteproyecto de la Comisión Especial. La presunción establecida por el artículo 3 ahora se refiere, en vista de la redacción de las disposiciones relacionadas de los artículos 1 y 2 para armonizarlos con el lenguaje de ULIS-II, al uso de los bienes antes que a las características del comprador. No se expone ninguna presunción comparable en ULIS-II, si bien una puede estar implícita. En todo caso, en vista de la función protectora de los Artículos de la Haya, la Comisión III concluyó que la carga de la prueba con relación a que si las «mercaderías fueron compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico» debería corresponder al vendedor. El ar-

título 3 otorga al vendedor una protección, cuando el comprador no posee el beneficio otorgado por los Artículos, siempre que el vendedor «no conocía o no podría haber conocido que las mercaderías eran compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico».

d Artículo 4

Este artículo excluye tipos específicos de ventas del ámbito de aplicación de los artículos adoptados por la Decimocuarta Sesión. La Comisión Especial propuso, en el artículo 1 de su Anteproyecto, exclusiones expresadas en términos similares. La disposición descansa sobre la premisa de que los tipos de ventas excluidos (v.gr. subastas y ventas en mercados bursátiles) son, típicamente, objeto de regulaciones especiales y, como tales, no deberían ser sujetos de las regulaciones sobre elección del derecho aplicable a los contratos de ventas en general. Más aún, como las categorías excluidas raramente, si acaso alguna vez, caerán dentro de la situación prevista por el artículo 5, ellas no serían cubiertas por los Artículos en cualquier caso.

La Comisión III consideró la posibilidad de seguir el lenguaje utilizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en su artículo 2; donde se dispone que «La presente Convención no se aplicará a las compraventas: ... (b) en subastas; (c) judiciales; (d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, (e) de buques, embarcaciones,

Reporte de von Mehren II-191

aerodeslizadores y aeronaves; (f) de electricidad». Como los Artículos de la Haya solo abarcan ventas a los consumidores, mientras que ULIS-II regula las compraventas en general pero no las ventas a los consumidores (artículo 2(a)), ciertos tipos de ventas (v.gr. de embarcaciones) que no son cubiertas por el último instrumento sí lo son, apropiadamente, por el primero. Donde esta consideración no era decisiva, la Comisión III intentó alinear las provisiones de ambos instrumentos.

En un sentido, el artículo 4, –al igual que el artículo 1, párrafo segundo del Anteproyecto de la Comisión Especial– se aparta de la Convención de 1955; esta última, tal como el artículo 2(e) de ULIS-II, excluye las compraventas de buques, botes registrables y aeronaves. No fue presentada una razón convincente para excluir contratos, para este tipo de mercaderías, de los Artículos de la Haya. Por consiguiente, el que compre un bote o avión pequeños para uso deportivo se beneficia con las reglas de elección del derecho aplicable contenidas en los Artículos. Propositiones sobre el criterio que debería regir para la aplicabilidad de los Artículos, concernientes al tamaño y similares, fueron rechazadas por considerarlas injustificadamente complicadas e innecesarias en vista de las limitaciones de alcance que resulta de los artículos 2 y 3.

e Artículo 5

Este artículo expone las cuatro situaciones en las que los Artículos se aplican¹². Es extraído, excepto por mínimos cambios de estilos, directamente del artículo 3 del Anteproyecto de la Comisión Especial¹³. Se describieron cuatro situaciones transaccionales en las que los consumidores son considerados, claramente, con derecho a una protección especial de elección del derecho aplicable. Así se evita que caigan dentro del ámbito de aplicación de los Artículos más situaciones problemáticas. Las situaciones contempladas por el artículo 5 no son mutuamente excluyentes; muchas transacciones caerán bajo más de uno de los «casos» descritos en este artículo.

Las discusiones sobre el artículo 3 de la Comisión Especial versaron, en su mayor parte, sobre el primer y último párrafos. Varias delegaciones adoptaron la posición de que la gran mayoría de los casos que caen bajo el párrafo uno también serían cubiertos por el párrafo dos o tres del artículo 3. Además, el alcance preciso del párrafo uno no es enteramente claro debido a incertidumbres respecto del significado de «negociaciones» y «principalmente». Las objeciones suscitadas contra el párrafo cuatro del artículo 5, se relacionaron, principalmente, a la pregunta sobre si su alcance debería limitarse a las mercaderías de «producción masiva».

El primer párrafo del artículo 5 está basado en la disposición de que cuando es el vendedor el que ha ido a la comunidad del comprador a negociar el contrato, y el comprador realiza allí los actos a su cargo para concluir el contrato, este último tiene el derecho a la protección de la ley local. Para la aplicación del artículo 5(1), la residencia habitual del comprador debe permanecer invariable desde el momento de la negociación hasta que el comprador haya cumplido los actos mencionados.

Reporte de von Mehren II-192

Aquí, como en otro lugar, los Artículos no se refieren en términos de dónde un contrato es «concluido». El lugar de contratación puede depender de las reglas sustantivas, las cuales varían en diferentes ordenamientos jurídicos. Lo que es más, una parte puede, ordinariamente, controlar el lugar de contratación, ya sea estructurando la transacción de modo que la otra parte haga, técnicamente hablando, la oferta, o proveyendo que la aceptación no es efectiva hasta que sea «recibida» o «aprobada».

La razón del segundo párrafo, del artículo 5, es esencialmente el mismo que el primero. Más aún, los dos párrafos se superponen substancialmente pero, no completamente. Así, el segundo párrafo se aplica incluso cuando las negociaciones fue-

¹² El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de la CEE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, vol. 23, L 266 (Octubre 9, 1980)), en el artículo 5(2) dispone la aplicabilidad de las reglas obligatorias del derecho de la residencia habitual del consumidor en casos análogos al artículo 5(2)-(4) de los Artículos de la Haya, pero no al artículo 5(1).

¹³ El segundo párrafo del artículo 3 del Anteproyecto de la Comisión Especial se asemeja al segundo párrafo del artículo 3 de la Convención de 1955 y dispone (en combinación con el artículo 5 del Anteproyecto) la misma solución.

ron llevadas a cabo fuera del lugar de la residencia habitual del comprador. Por el contrario, el segundo párrafo no se aplica, aunque el primero sí, cuando el vendedor negocia la venta en el lugar de la residencia habitual del comprador pero recibe la orden en otro lugar.

El tercer y cuarto párrafos del artículo 5 versan sobre situaciones en las que el vendedor no necesita estar presente, en el sentido corriente del término, en el lugar de residencia habitual del comprador. De estos dos párrafos, el número tres se refiere a la situación más importante e inusual. Se busca que abarque, entre otros, ventas por órdenes hechas por correo y ventas originadas por publicidad u otras actividades de marketing conducidas en, o proyectadas al, lugar de residencia habitual del comprador. El espíritu del párrafo es que, cuando el vendedor proyecta, internacionalmente, sus actividades de marketing al país de residencia habitual del comprador, este tiene derecho a la protección otorgada por el derecho de su residencia. Al hablar de «publicidad o alguna otra actividad de marketing proyectadas o dirigidas a aquel país», se vislumbra una distinción entre una publicidad establecida en un diario o revista cuya circulación se da principalmente en un país pero llama la atención del comprador en otro país, y una publicidad colocada en un periódico o revista que tiene una circulación, principalmente, en el mismo país donde la publicidad llama la atención del comprador. Por supuesto que se originarán casos imprevisibles, pero no parece que exista forma de evitar un área gris.

El cuarto párrafo lidia con una situación, más bien especial, que ha originado problemas a algunos países: un vendedor arregla «directa o indirectamente» un viaje para el consumidor, desde el lugar de su residencia hacia otro país, con el propósito de inducirlo a comprar en este último. El párrafo cuatro solo se aplica cuando el viaje se origina en el país donde el consumidor tiene el lugar de residencia habitual. Se pensó que el vendedor debería conocer el derecho que se aplicaría a la venta; dado que el derecho aplicable es aquel de la residencia habitual del consumidor, en las circunstancias contempladas por el párrafo cuatro, dicho conocimiento, ordinariamente, depende del viaje que se origina en el país donde el consumidor reside habitualmente.

f Artículo 6

El artículo 6 es, excepto por algunos cambios menores, idéntico al artículo 4 del Anteproyecto de la Comisión Especial. En dicho Anteproyecto, el artículo por completo fue puesto entre paréntesis por causa de la opinión sostenida por muchos de que la estipulación de parte con relación al derecho aplicable era inapropiada respecto de los contratos de consumidores. Más paréntesis encierran el tercer párrafo del artículo 4 porque la Comisión Especial estuvo fuertemente dividida en, si para el caso de que los dos primeros párrafos fuesen adoptados, el tercero debería ser retenido; después de una considerable discusión, la Comisión III decidió retener el primer párrafo del borrador del artículo 4. La deci-

Reporte de von Mehren II-193

sión se basó en el deseo de mantener el principio de autonomía de parte para contratos de ventas a los consumidores, excepto cuando era claro que el consumidor necesitaba protección. En el campo de la autonomía y la simplicidad, una propuesta de limitar las estipulaciones al derecho del lugar de residencia habitual de una de las partes fue rechazada.

El segundo párrafo fue aceptado sin mucha discusión; la implicancia de las estipulaciones es inconsistente con el fin de la protección de los consumidores.

Las discusiones de la Comisión III sobre el tercer párrafo fueron extensas; el Anteproyecto de la Comisión Especial fue cambiado para disponer que el «derecho interno del país en el que él tenía su residencia habitual al momento en que el pedido fue otorgado» – no el derecho interno elegido por las partes– gobernará «Cuestiones relativas a la existencia, validez y forma del consentimiento de las partes con relación a la elección del derecho aplicable». El consumidor goza así de la protección de su propio derecho con respecto, tanto al alcance permisible de la estipulación, como a la efectividad del acuerdo que contiene la estipulación.

El primer párrafo del artículo 6 sigue la Convención de 1955, en el sentido de restringir la designación de las partes sobre el derecho aplicable al «derecho interno». Especialmente en ventas a los consumidores, las partes casi siempre elegirán el derecho interno, antes que todo el derecho. El uso del reenvío (incluso en esta forma especial) también desataría complicaciones.

El primer párrafo del artículo 6 no vuelve ineficaz la estipulación de una parte con relación al derecho aplicable, cuando una regla imperativa del derecho interno, de la residencia habitual del consumidor, es afectada. Por el contrario, las disposiciones imperativas de protección del derecho elegido y del derecho de la residencia habitual del consumidor se acumulan. De esta manera, el consumidor se asegura una máxima protección sin necesidad de comparar los tipos y grados de protección acordada.

El párrafo no trata explícitamente la cuestión –una que no se originará con frecuencia– de que si las «normas imperativas» incluyen reglas que son obligatorias internamente pero no internacionalmente. Los delegados de la Decimocuarta Sesión claramente entendieron, sin embargo, que abarcaba todas las reglas consideradas obligatorias en la residencia habitual del consumidor, salvo que, por supuesto, ya sea por provisión legal o decisión judicial, la aplicación de la regla en cuestión haya sido limitada exclusivamente a situaciones internas.

g Artículo 7

Este artículo, excepto por la substitución de «contrato» por «venta»¹⁴, es idéntico

¹⁴Ver pp. 188-190 *supra*.

al artículo 5 del Anteproyecto de la Comisión Especial. Dicho Anteproyecto había puesto entre paréntesis la cláusula introductoria

Reporte de von Mehren II-194

en vista de la incertidumbre de si las estipulaciones de parte con respecto al derecho aplicable sería permitido. La postura adoptada por la Comisión III, con respecto al artículo 6 requiere, por supuesto, la retención de esta cláusula en el artículo 7.

En la Comisión III hubo algún interés por combinar los artículos 5 y 7. No había ningún asunto sustantivo involucrado aunque, finalmente, se decidió mantener los dos artículos por separado.

La Comisión III aceptó el artículo 7 luego de una breve discusión. El tema discutido en la Comisión Especial, sobre si el consumidor debía tener la opción de elegir entre el derecho del lugar de su residencia habitual y aquel de la residencia habitual del vendedor, no fue traído a discusión. Presumiblemente, hubo acuerdo general respecto de que tal postura conduciría a complicaciones innecesarias y que el consumidor difícilmente puede quejarse si recibe, en una venta internacional, la misma protección que recibiría en una venta local semejante.

En el afán de simplicidad y claridad, el artículo 7, al igual que el artículo 6, expresamente rechaza el reenvío.

Para propósitos del artículo 7, la residencia habitual del consumidor «al tiempo en que el pedido fue emitido» es decisiva; por supuesto, de la aplicación de las provisiones del artículo 5 resulta que en ciertos casos esta residencia habitual debe, además, haber existido en un momento anterior al de la emisión de la orden.

h Artículo 8

El artículo 6 del Anteproyecto de la Comisión Especial provee simplemente que «Los requisitos formales de las ventas a las cuales se aplica esta Convención serán gobernados por el derecho especificado en los Artículos precedentes». El artículo 8 mantiene esta disposición, con mínimos cambios¹⁵, además los otros temas principales gobernados por el artículo 6, párrafo 1, o por el artículo 7, son enumerados: *b* la existencia y validez del contrato; *c* la interpretación del contrato; *d* las consecuencias de la invalidez del contrato; *e* las consecuencias del incumplimiento del contrato, incluyendo la determinación de los daños; sin embargo, bajo el punto *e*, una corte no necesita conceder remedio alguno que no sería otorgado por su derecho bajo circunstancias similares.

¹⁵ Algún sentimiento fue expresado en la discusión del artículo 8 en la Comisión III por someter requisitos formales al derecho de la residencia habitual del consumidor, sin excepción.

Contrariamente a lo dispuesto por el artículo 8a, el artículo 5(2) de la Convención de 1955 establece que las provisiones de la Convención no regulan los requisitos formales. Posiblemente, diferentes reglas de elección del derecho aplicable deberían aplicarse a los requisitos formales generales, los cuales no caerían entonces bajo el artículo 8, ni bajo los requisitos formales diseñados para efectuar la protección del consumidor. Una distinción a tenor de estas líneas reconocería y tornaría compatible la ratio del artículo 5(2) de la Convención de 1955 y aquella otorgada por el artículo 8a. Un enfoque como este parece, sin embargo, innecesariamente complejo y podría entrañar una difícil caracterización de los problemas.

El propósito de las disposiciones contenidas en el artículo 8, incisos *b* al *e*, agregados por la Comisión III, es dejar en claro el alcance de la protección básica de la elección del derecho aplicable proporcionado por los Artículos. El Artículo *8b* y *c* no necesitó mayor discusión.

Reporte de von Mehren II-195

El artículo *8d* y *e* sí originó mayores dificultades.

En el caso del artículo *8d*, el tema de discusión consistió en decidir si el contrato nulo *ab initio* debería estar incluido dentro del ámbito de aplicación de los Artículos. Distintas opiniones fueron expuestas; sin embargo, la Comisión votó para mantener el artículo *8d* y era de la postura que esta disposición, tal y como estaba redactada, cubre el caso de los contratos nulos *ab initio*.

El Artículo *8e* originó un problema para la Comisión III porque pueden existir limitaciones bajo el derecho del foro con relación al remedio disponible para el caso de incumplimiento. La formulación finalmente adoptada, hasta cierto punto inspirada en el artículo 10 de Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de la CEE, está diseñada para evitar dificultades que podrían, de otra manera, originarse debido a las diferencias entre el derecho del foro y el derecho aplicable de conformidad con los artículo 6(1) y 7.

La Comisión III consideró si la cuestión relativa a la prescripción debía ser adicionada a las materias enumeradas en el artículo 8¹⁶. Algunas delegaciones propugnaron una inclusión expresa; otras, por el contrario, abogaron por una exclusión expresa (posiblemente mediante una adecuada adición al artículo 9). Finalmente fue decidido no incluirla ni excluirla en forma expresa; el tema queda así librado a la decisión de las cortes nacionales.

¹⁶ También se discutió en la Comisión III si los Artículos deberían ser aplicables a la responsabilidad del productor hacia el consumidor final por un producto defectuoso. La propuesta de extender el alcance de los Artículos, en tal sentido, fue contundentemente rechazada.

En conexión con la consideración del artículo 8, fue realizada una propuesta a fin de que el Reporte Explicativo observe que, a opinión de la Comisión III, la regla según la cual un contrato de venta concluido por un esposo no es exigible a menos de que sea también aprobado por el otro esposo, constituye una regla protectora al consumidor. La Comisión rechazó la propuesta, dejando a las cortes decidir al respecto.

i Artículo 9

El artículo 9 está, excepto por algunos cambios técnicos, sustentado directamente en el artículo 7 del Anteproyecto de la Comisión Especial¹⁷. En este caso los Artículos de la Haya siguen al artículo 5 de la Convención de 1955, el cual excluye de su ámbito de aplicación los temas relacionados a «la capacidad de las partes» y «los efectos de la compraventa con respecto a cualquier persona que no sean las partes». La ratio básica para ambos artículos –artículos 9 y 5– es que estas cuestiones, en vista de las políticas que están comprometidas, requieren soluciones que son diferentes de aquellas que, de otra manera, serían suministradas por los instrumentos en cuestión.

La Comisión III discutió con cierto detalle si excluir, expresamente, del artículo 9, la transferencia de intereses de propiedad con relación a personas que no sean partes del contrato de compraventa. La propuesta fue rechazada, tanto porque se pensó que el artículo 9*b* cubriría la cuestión como por qué la adopción de una disposición a dicho efecto, constituiría la base para una presunción negativa en el sentido de que los Artículos sean considerados con la intención de gobernar tales cuestiones *inter partes*.

En la consideración del artículo 9*b*, también se discutió si debía agregarse lenguaje con el efecto de que los Artículos abarquen los efectos inter partes de la propiedad de los contratos de venta a los consumidores. La propuesta de incluir dicho lenguaje fue rechazada; presumiblemente la Comisión III deseó dejar el asunto a la decisión de los magistrados nacionales.

j Artículo 10

El artículo 10 es idéntico al artículo 8 del Anteproyecto de la Comisión Especial. Es la versión actual de la provisión estándar de la política pública de la Haya. Sus diferencias con relación a las disposiciones correspondientes (artículo 6) de la Convención de 1955 reflejan progresos en el pensamiento y la práctica de la Conferencia de la Haya. El artículo 10 fue adoptado sin discusión.

¹⁷ Se realizó una propuesta para eliminar el artículo 9a, pero no obtuvo apoyo y fue retirada.

