

*La hiposuficiencia del consumidor y su protección en el ámbito del Mercosur**

Por Silvio J. Battello Calderón

1. Introducción

La protección de los consumidores en el Mercosur nace en el ámbito del Grupo de Mercado Común, más específicamente del Sub Grupo n° 10 de Coordinación de Políticas Económicas que contaba con la Comisión de Estudios sobre Derecho del Consumidor. Esta Comisión compuesta por ministros de los Ministerios de Economía, de Relaciones Exteriores y de Justicia fue instituida en 1993 y se transformó en Comité Técnico de la Comisión de Comercio en 1994, por determinación del Protocolo de Ouro Preto. Era competencia de esta Comisión elaborar inicialmente un documento que contenga las “Pautas básicas de defensa del consumidor” estableciendo reglas mínimas y puntuales de protección y defensa del consumidor, pero que no impliquen la revocación de las normas imperativas vigentes en los ordenamientos jurídicos internos.

Confirmando la importancia de los trabajos desarrollados por esta Comisión, en 1994 el GMC editó la resolución 126/94, única norma general de defensa del consumidor con validez en el Mercosur y determinó que la Comisión pasaría a ser denominada de Comité Técnico 07 de la Comisión de Comercio. En 1995 se estableció la competencia del CT n° 07 para la implementación de las determinaciones observadas por la resolución 126/94¹. También es importante destacar que otras resoluciones del GMC referentes a los consumidores fueron aprobadas². Y como resultado del Acuerdo 8/96 de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, aprobado por la XIª Reunión del CMC realizada en diciembre de 1996, fue firmado por Estados partes del Mercosur el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo³. Por fin, en 1997 sufrió algunas modificaciones y pasó a ser denominado como Protocolo Común de Defensa del Consumidor del

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Este Comité no cuenta con la participación de los consumidores o de entidades civiles protectoras de sus derechos e intereses. Su composición reviste carácter intergubernamental de todos los órganos que componen la estructura institucional del Mercosur. Son funcionarios públicos de los Ministerios de Economía, de las Relaciones Exteriores y de Justicia.

² Son la resolución 123/96 relativa a la definición de consumidor, proveedor, relación de consumo, productos y servicios; resolución 124/96 que contiene una lista no exhaustiva de los derechos básicos del consumidor; resolución 125/96 que intenta reglamentar los niveles de calidad, riesgos, salud y seguridad a ser ofrecidos por los productos y servicios comercializados; resolución 126/96 sobre el régimen de publicidad; resolución 127/96 que trata de las garantías contractuales, pero que no subsistieron al tiempo y los propósitos de la creación de un Reglamento Común de Defensa del Consumidor del Mercosur.

³ www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/1996/espac3%B1ol/21.Protocolo%20de%20Santa%20Maria.pdf.

Mercosur⁴. La exigencia de aprobación de este Protocolo en su totalidad (art. 18 del Protocolo) por los Estados parte, puesto como condición determinante de la obligatoriedad de su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales no fue cumplida, lo que fue utilizado como argumento, entre otros que veremos a seguir, para el rechazo por parte de Brasil.

2. La protección a partir del Protocolo de Santa María

El Protocolo de Santa María tiene como objetivo el tratamiento material y procesal para la protección y defensa del consumidor. Sus normas traían avances significativos en relación a los derechos nacionales. Por ejemplo, podemos destacar la reglamentación de foro competente para la solución de litigios, prevaleciendo el domicilio del consumidor (art. 4º), la aplicación de la respectiva ley procesal del lugar del proceso (art. 10), etc., destinadas a hacer accesible los medios de defensa del consumidor en la protección de sus derechos.

Es importante recordar que al celebrarse el Protocolo de Santa María existe una dicotomía acentuada en la protección de los consumidores en el ámbito regional. Por un lado, el derecho brasileño, que en su Constitución Nacional de 1988 hace expresa mención a la defensa del consumidor (art. 5º, XXXII), como derecho y garantía fundamental de los ciudadanos, y en el art. 170, como principio macroeconómico, como directriz del orden económico y financiero del país. Siguiendo la directiva constitucional, en 1991 entró en vigor el Código de Defesa do Consumidor, ley 8078/90, en su momento, la ley más avanzada del mundo en materia de protección de los consumidores⁵.

En una situación muy diferente se encontraban los demás miembros del bloque. En el derecho paraguayo, si bien la Constitución Nacional de 1992, en sus arts. 27, 38 y 72, trata de los consumidores, así como de sus derechos y su vulnerabilidad ante los proveedores y demás participantes de la cadena de consumo, no poseía una legislación específica para la defensa de estos derechos, que sólo fue promulgada en 1998, por ley 1334⁶. Una situación semejante era la del derecho uruguayo, que sólo garantizó los derechos de los consumidores de forma constitucional por la Carta de 1997 (arts. 24, 44 y 52). Y en el ámbito infra constitucional, a partir del año 2000, cuando entró en vigencia la ley 17.250 sobre relaciones de consumo⁷. El derecho argentino es el que más se aproxima a la legislación brasileña. La Constitución de 1994 prevé en el art. 42, los derechos relativos a los consumidores, así co-

⁴ Cf. Mercosur/CCM/CT n° 7 “Comité de Defensa del Consumidor”, Acta n° 08/97.

⁵ Para un análisis de la legislación brasileña, véase: Filomeno Brito, José G. - Pellegrini Grinover, Ada - Benjamin, Antonio H. V., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7ª ed., Río de Janeiro, Forense Universitária, 2001; Lima Marques, Claudia - Benjamin, Antonio H. V. - Miragem, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2010.

⁶ Sobre el derecho paraguayo, véase: Becker, Gustavo, *Mercado común y la protección del consumidor Paraguay: garantías constitucionales y la armonización de las legislaciones internas*, en Lima Marques, Claudia (coord.), “A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 137 y siguientes.

⁷ Sobre el derecho uruguayo, véase: Szafir, Dora, *Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.250*, Montevideo, FCU, 2009.

mo los principios que fomentan la protección y su defensa. A nivel infra constitucional, desde 1993, vigoraba la ley 24.240 de defensa del consumidor y del usuario⁸, aunque con un grado de protección a los consumidores muy inferiores a los establecidos por el derecho brasileño.

En un profundo análisis sobre la propuesta mercosureña, Lima Marques constató que cerca de 26 normas del Código de Defesa do Consumidor serían dejados sin efecto si el Protocolo hubiese sido aprobado, banalizando así la fuerte doctrina ya construida y el entendimiento jurisprudencial firmado en esta área del derecho brasileño e hizo las siguientes recomendaciones:

“1. Que o Ministério da Justiça assegure transparência, participação da sociedade civil, e especialização nos trabalhos de elaboração legislativa do Comitê Técnico 07 da Comissão de Comércio/Mercosul, credenciando especialistas em direito do consumidor para participar da Comissão Assessora da Delegação Brasileira, a exemplo da Portaria SDE nº 9, de 6 de maio de 1998; 2. que o Mercosul estabeleça como referência a legislação mais exigente e os padrões internacionais de proteção dos consumidores nos seus trabalhos legislativos na Comissão de Comércio do Mercosul, uma vez que é direito fundamental dos cidadãos da região; 3. que o Mercosul, através da CT7 da Comissão de Comércio do Mercosul, utilize um método de harmonização legislativa flexível e mínimo, não revogando a legislação nacional, mais efetiva para a proteção do consumidor, elaborando os direitos mínimos do consumidor da região” (grifo nosso)⁹.

La no aprobación del Protocolo de Santa María no fue un trabajo perdido, debido a la importante repercusión que tuvo en las legislaciones internas sobre el derecho del consumidor, que de hecho eran prácticamente inexistentes en Paraguay y en el Uruguay, y que acabaron produciendo en la Argentina importantes modificaciones legislativas y jurisprudenciales. Además, y a pesar del fracaso en la aprobación del Protocolo, el Mercosur no sólo continuó analizando el tema sino que intensificó sus trabajos en todas las áreas relacionadas, como son los efectos de los alimentos transgénicos, medicamentos, publicidad y propaganda, entre otros.

Podemos afirmar que, a partir de Santa María, no existen más dudas que para intensificar el proceso de integración regional es necesario la protección de los consumidores. Como afirmaba Bittencourt, *“a defesa do consumidor, tanto como direito fundamental, quanto princípio macroeconômico, deve ser considerado segundo os princípios internacionais que deram origem à norma, adaptando-se os direitos conquistados internamente, de conformidade com a importância econômico - política de cada país, às regras que disciplinam a integração do mercado econômico regional”¹⁰.*

⁸ Sobre el derecho argentino, véase: Farina, Juan M., *Ley del defensa del consumidor y del usuario*, Bs. As., Astrea, 2008.

⁹ Lima Marques, Claudia, *Direitos do consumidor no Mercosul: Algumas sugestões frente ao impasse*, en “Conferência Nacional dos Advogados. Justiça Realidade e Utopia”, XVII, Río de Janeiro, UERJ, 1999.

¹⁰ Bittencourt, Rubens, *Instituições de direito econômico*, Curitiba, Juruá, 1996, p. 195 y 196.

3. Los cambios socioculturales y los nuevos fundamentos de protección

Si en los años 90 del siglo pasado aún no existía en el ámbito del Mercosur una realidad y una reglamentación uniforme en materia de consumo, luego de transcurrido algunos años del nuevo milenio ya no restan dudas de que vivimos en un mercado globalizado, en la era de los servicios, que no desterró el sistema fordista de producción de bienes, muy por el contrario, los sistemas coexisten, y se abren espacio en todas las latitudes del planeta. Estos cambios económicos también están acompañados de cambios en los comportamientos. Por ello se ha afirmado que esa nueva forma de estructuración de la economía, estimulada por la sensible ampliación de los mercados mundiales, también afectará los hábitos y prácticas de consumo. El mercado de masas pasará a dar lugar a un mercado volcado para lo exclusivo, lo diferenciado y lo personalizado¹¹.

Delante de esta nueva realidad social, merece especial atención la situación de los consumidores por ser el nuevo vulnerable de las relaciones jurídicas. Actualmente el consumidor es el vulnerable sistémico más característico de la globalización¹². En el ámbito micro-sistémico, no aparece como una clase social específica, incluso son protegidos aquellos consumidores de elevado poder adquisitivo. Ahora, desde un abordaje macro-sistémico, es fácil evidenciar que existen aquellos que son claramente consumidores y otros claramente proveedores.

En su vasta obra, la profesora Lima Marques¹³ tal vez sea quien mejor retrató el desafío que el mercado presenta para la protección del consumidor, las dificultades que el consumidor tiene frente a las nuevas tecnologías; los cambios de significado entre la protección del consumidor de bienes a la protección del consumidor de

¹¹ En ese contexto, David Harvey afirma que la “acumulación flexible (o pos-fordista) fue acompañada por el lado del consumo, por una atención mucho mayor a los cambios rápidos de moda y movilización de todos los artificios de inducimiento de necesidades y transformación cultural que eso envuelve. La estética relativamente estable del modernismo fordista dio lugar a todo fermento, inestabilidad y cualidades pasajeras de una estética pos-moderna que celebra la diferencia, lo efímero, el espectáculo, la moda y la mercantilización de las formas culturales” (citado por Porto Macedo Jr., Ronaldo, *Globalização e direito do consumidor*, en <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/19857/Globaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20direito%20do%20consumidor.pdf>).

¹² Una interesante descripción de esa realidad es hecha por Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 106 y siguientes.

¹³ A título de referencia, ver: Lima Marques, Claudia, *A crise do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, “Cidadania e Justiça. Revista da AMB”, año II, n° 6, 1999, p. 237 y ss.; *A proteção de consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações*, “Revista de Direito do Consumidor”, vol. 41, p. 39 y 80; *A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais*, “Revista Direito do Consumidor”, vol. 3, p. 155 a 197; *Cláusulas abusivas y el proyecto de reglamento de normas comunes de defensa del consumidor en el Mercosur*, en Ramos, Beatrix (org.), “La defensa del consumidor en el marco de la integración regional”, Montevideo, Ministerio de Economía y Finanzas, 1997; *Contratos bancarios en tiempos pós-modernos*, “Revista de Direito do Consumidor”, vol. 25, p. 19 a 38; *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, “Revista de Direito do Consumidor”, vol. 22, p. 64 a 86; *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo, RT, 2004.

servicios, así como de los contratos relacionales; de los contratos nacionales a los contratos internacionales de consumo, estos últimos de escasa previsión legal, de reglamentación poco clara, que en muchos casos llevan a la auto-regulación, principalmente cuando se trata de contratos *on-line*.

El Mercosur se caracteriza por ser una masa gigantesca de potenciales o futuros consumidores (muchos de los cuales siquiera forman parte del mercado de consumo) y un número elevado de pequeños proveedores, artesanos y trabajadores autónomos¹⁴, que en las últimas décadas, y fruto de la influencia cultural globalizadora, sienten la necesidad de incorporarse al mercado, ingerir *fast food*, usar ropas de marcas famosas, transitar en grandes camionetas importadas, viajar, estudiar en el exterior, etcétera.

Esto se refleja, por ejemplo, en el turismo. Hace veinte años, parecía que solo la población argentina tomaba vacaciones en el exterior, inundando el litoral brasileño, donde eran conocidos como los “dame dos”. En la actualidad, hay un flujo intenso y constante de brasileños en la Argentina, de uruguayos en Brasil y paraguayos en las otras latitudes. Muchos de ellos pasan meses, y hasta años, pagando cuotas para el viaje de sus sueños. Y para que el sueño se haga realidad, adquieren paquetes turísticos, viajan en vuelos *charter*, en horarios atípicos, conocen varias ciudades en pocos días, visitan innumerables locales o puntos turísticos, almuerzan y cenan en horarios y locales determinados previamente por el paquete. Al final de cuentas, el viaje se vuelve una verdadera maratón, al punto tal que a su regreso el viajante precisa algunos días para recuperarse de las vacaciones. Eso sin contar que muchas veces los servicios adquiridos no son de hecho ofrecidos o son deficitarios, o que muchas veces las personas no pueden viajar en la fecha establecida por cuestiones profesionales o familiares y no tienen como “cambiar” la fecha establecida y deben conformarse con otro destino que no es el escogido, además, claro está, de pagar la multa contractual correspondiente.

Lo mismo podemos decir de los servicios educacionales. Cada vez más, alumnos y profesionales brasileños realizan sus estudios en la Argentina, así como también crece el número de argentinos que estudia en Brasil. Esto ha hecho que en el ámbito universitario crezca a paso agigantado el número de instituciones privadas. Pero la masificación de la educación de nivel superior para brindar servicios a los alumnos extranjeros está lejos de aumentar la calidad de la educación. Los alumnos, en estos casos consumidores, son víctimas del mercado educativo. No hay, principalmente por las instituciones privadas, un verdadero interés en la integración del conocimiento, y muchas se han transformado en verdaderas vendedoras de diplomas.

Entre las diversas manifestaciones actuales de consumo internacional, la más preocupante es sin duda la indefensión de los consumidores en el ámbito del comer-

¹⁴ No sucede lo mismo en el hemisferio norte donde se encuentran los consumidores con mayor poder adquisitivo de las Américas, así como los proveedores más poderosos del mundo. Existen varias investigaciones y trabajos doctrinarios que retratan esa realidad. A modo de ejemplo, ver: CIA Word Fact Book, Rank Order Internet Users, disponible en: www.cia.gov/library/publications/the-word-factbook/rankorder/2153rank.html.

cio electrónico¹⁵. El consumo *on-line* implica el análisis de dos cuestiones diferentes, si bien relacionadas: Internet como medio de las relaciones de consumo y la propia actividad de consumo que en ella se realiza. El uso de Internet como medio abre el debate sobre su control estatal vs. auto-reglamentación, como son los modelos alternativos para la resolución de conflictos y en la consagración de sustitutos de las jurisdicciones nacionales. La segunda cuestión, de la actividad de consumo en el ámbito virtual, obliga a reflexionar sobre el derecho aplicable. Eso porque las viejas soluciones del DIPr (en especial la autonomía de la voluntad) se debaten entre reaprovechamiento o sustitución por normas especiales.

Tampoco podemos dejar de citar otra realidad vinculada al tema, que son los artesanos y pequeños fabricantes, tan común en la región. A pesar de ocupar el polo activo de la relación, no con ello significa que sean la parte “fuerte” de la relaciones de consumo. A título de ejemplo, Michael J. Dennis relata el caso de un pequeño comerciante argentino dedicado a la producción de piezas en plata que utiliza Internet como canal de ventas¹⁶. Uno de sus clientes en Estados Unidos, después de recibir la mercadería de Argentina, hizo un pago parcial de US\$ 3.000, pero no quedó satisfecho con el producto y se negó a pagar la diferencia, que también era de US\$ 3.000. En una carta al comerciante, y ante el desacuerdo de las partes, el consumidor escribió: “es claro que seguiremos en desacuerdo con respecto a la queja, así que si el pago parcial de US\$ 3.000 no resulta satisfactorio, devuélvanos nuestro cheque y dejaremos que resuelvan los jueces”. El comerciante, por su parte preguntó “¿qué jueces?”, ya que la justicia Argentina es lenta, y de forma alguna podría pagar el costo de un litigio en Estados Unidos.

4. Los obstáculos normativos

La reglamentación legal del fenómeno del consumo internacional en el Mercosur es parcial, incompleta y con una fuerte tendencia a la privatización de sus normas. Hay una crisis de las instituciones y un avance de la justicia privada, en especial en el ámbito del comercio electrónico, donde el consumo internacional aún permanece como una especie más del género de los contratos internacionales sin considerar, salvo escasas excepciones¹⁷, que el consumo es mucho más que un simple contrato y que no se limita a las fronteras del país.

Resumiendo, actualmente la protección del consumidor se manifiesta de dos formas. Primero, las leyes o códigos de defensa y protección del consumidor que

¹⁵ Sobre el tema: Dreyzin de Klor, Adriana, *El derecho aplicable al comercio electrónico: un tema que interesa a los consumidores, a la CIDIP y a otros foros de codificación*, en Fernández Arroyo, Diego (org.), “Protección de los consumidores en América”, Asunción, La Ley, 2007, p. 239 y siguientes.

¹⁶ Dennis, Michael J., *Diseño de una agenda práctica para la protección de los consumidores en las Américas*, en Fernández Arroyo (org.), “Protección de los consumidores en América”, p. 220 y siguientes.

¹⁷ Cf. Lima, Eduardo W. M., *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 78 y 79. Para el derecho canadiense, ver la solución del art. 3117 Du Contrat de consommation, do Código Civil de Quebec, en www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ/CCQ_A.html.

antes señalamos, por ser consideradas de orden público¹⁸, son utilizados también para los casos de consumo internacional, aunque no tengan vocación para tal fin. Y en segundo lugar por la autoregulación del mercado. Así ocurre principalmente en el comercio electrónico¹⁹, véase en este sentido el caso de eBay, empresa pionera en la creación de un sistema propio y completo para solucionar las divergencias entre sus usuarios. También sirven como ejemplo las actividades de las empresas intermediarias del comercio electrónico. Cada vez es más frecuente que después de una compra en la web se solicite al consumidor una calificación del servicio o producto adquirido. Conforme la puntuación que se le haya dado a la empresa por sus clientes, la empresa intermediaria bajará al proveedor de categoría. Es porque están esos datos a disposición del consumidor que se permite disminuyan los riesgos de futuros consumidores, cumpliéndose, así, una forma de autoregulación del mercado²⁰.

Esas políticas paraestatales de reglamentar el consumo, destacándose en el ámbito virtual, tienen en los doctrinarios norteamericanos a sus principales defensores²¹. En líneas generales, se defiende la idea de que sean los propios operadores de Internet que actúen, teniendo como guías códigos de conductas creados por ellos, llamados de Netiquette o Net Lex. Las voces defensoras de esta postura tuvieron más fuerza en la última década del siglo pasado²². Actualmente, buena parte de la doctrina parece defender políticas conjuntas de las empresas intermediarias del comercio electrónico sumadas a las reglamentaciones nacionales y a tratados y convenciones específicos en la materia²³.

Todo esto demuestra la necesidad de armonizar el derecho de los consumidores, tanto en el Mercosur como a nivel americano en general. Sin embargo, el fracaso del Protocolo de Santa María dejó como interrogante la forma de llevar adelante esa reglamentación. Para algunos es necesario partir de un conjunto de normas básicas y así aproximar, de forma flexible, las legislaciones nacionales. Para otros, la mejor solución sería una reglamentación material autónoma²⁴. Sin desconocer las

¹⁸ Sobre las leyes de protección como normas de orden público, ver: Lima Marques, Claudia - Correa Jacques, Daniela, *Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil*, "Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. PPGDir./UFRGS", n° IV, set. 2005, p. 65 a 96.

¹⁹ Sobre la protección del consumidor en el comercio electrónico, ver: Dreyzin de Klor, *El derecho aplicable al comercio electrónico: un tema que interesa a los consumidores, a la CIDIP y a otros foros de codificación*, p. 239 y siguientes.

²⁰ Para más información, ver los trabajos desarrollados en el ámbito de la OCDE (Organización Internacional para la Cooperación y el Desarrollo Económico), en www.oecd.org.

²¹ *A declaration of the independence of Cyberspace*, fue el título dado al artículo publicado por el prof. John P. Barlow para justificar la libertad e independencia de las relaciones jurídicas en la web. El texto puede ser consultado en www.eff.org/es/cyberspace-independence.

²² En ese sentido: Mefford, Aron, *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*, "Indiana Journal of Global Legal Studies", n° 5, 1997, p. 211 y siguientes.

²³ Entre otros: Velázquez Gardeta, Juan M., *La protección del consumidor online en la UE*, p. 57 y siguientes.

²⁴ Sobre las formas de protección, ver: De Lucca, Newton, *O Mercosul e a defesa dos consumidores brasileiros*, "Revista de Direito Mercantil", n° 5, 1998, p. 25 y siguientes.

divergencias que puedan existir sobre el tema²⁵, creemos necesario hacer un análisis sobre las propuestas de la CIDIP VII para la protección de los consumidores.

5. La reglamentación del Proyecto CIDIP VII

La relevancia del consumo en América y la crisis normativa antes retratada fueron motivos determinantes para que la OEA direccionase sus objetivos en la edición de una nueva CIDIP destinada a la protección del consumidor. Inicialmente, fueron presentados tres proyectos²⁶: a) Proyecto de Convención (propuesta brasilera sobre el derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo); b) Proyecto de Ley Modelo (Anteproyecto de propuesta de legislación modelo sobre jurisdicción y leyes aplicables a los contratos con consumidores, presentada por la delegación canadiense); c) Proyecto de Guía Legislativa (Proyecto de Guía Legislativa para una ley interamericana respecto de la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores, presentada por los EUA, que incluye tres anexos: Proyecto de Ley Modelo Menor Cuantía (Anexo A: proyecto de ley modelo para reclamos de menor cuantía); Proyecto de Ley Modelo de Arbitraje Electrónico (Anexo B: Proyecto de Normas Modelo para el arbitraje electrónico de reclamos transfronterizos de consumidores); Proyecto de Ley Modelo de Restitución Gubernamental (Anexo C: Proyecto de Ley Modelo de Restitución Gubernamental). Los proyectos se juntan en un ideal común, ya que todos buscan el reequilibrio y la igualdad en las relaciones internacionales de consumo.

El punto en común de las propuestas está representado por la regulación del consumo *on-line*, pero la forma y el alcance de los tres proyectos son diferentes, y obedecen a las realidades y tradiciones de los países que los formularon. Son evidentes las diferencias en las posturas o ideologías que existen por detrás. Los temas abordados exceden a los títulos de los proyectos. Son tratadas cuestiones de orden general (como la autonomía de la voluntad en las relaciones de consumo), así como cuestiones específicas o incidentales (tales como los juegos *on-line* o las compras por subasta virtual).

Los proyectos también dejan claro que existen diferencias valorativas entre la autoregulación (privilegiada por las propuestas de Estados Unidos y Canadá) y la aplicación de normas públicas (defendida por la propuesta brasilera). Esas diferencias obedecen a los intereses de los países proveedores (tolerantes con la autoregulación) o las necesidades más inmediatas de los países del hemisferio sur (carentes de una protección eficiente).

²⁵ De forma más detallada: All, Paula M., *El diseño y la progresiva construcción de un sistema de protección del consumidor a escala americana. Avances y desafíos pendientes*, en Fernández Arroyo (org.), "Protección de los consumidores en América", p. 239 y siguientes.

²⁶ Los resultados de la reunión preparatoria para la CIDIP VII de Porto Alegre, el contenido completo de los proyectos, así como comentarios doctrinarios, pueden ser consultados en www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm.

De los tres proyectos, el brasileiro fue el único que se presentó como un texto completo, terminado, con sólidos fundamentos teóricos²⁷. No posee lagunas ni dificultades interpretativas. Fue construido de forma democrática, respetando las particularidades sociales y jurídicas de las Américas. En 2010, a fin de simplificar la propuesta de Convención, las delegaciones de los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay, reunidas en Buenos Aires, re-sistematizaron la versión final de la propuesta brasileira presentada en la OEA, creando una versión simplificada denominada “Propuesta Buenos Aires”²⁸. Algunos artículos fueron transferidos para Protocolos adicionales, de manera que en el texto de la propuesta de Convención figuran solamente los artículos principales, reorganizados en protección del consumidor pasivo en la contratación a distancia y del consumidor activo o turista²⁹.

No pueden ser hechos los mismos comentarios sobre el Proyecto de Ley Modelo propuesto por Canadá³⁰. En primer lugar, porque se trata de ley modelo, mecanismo de reglamentación internacional que siempre despertó cuestionamientos en los círculos académicos. Y las dudas son fundadas, porque la flexibilidad de la ley modelo abre las puertas para las adaptaciones nacionales, que pueden, incluso, llegar a desvirtuar la intención originaria de la ley modelo. Eso no ocurriría, por ejemplo, con el proyecto de Convención (propuesta brasileira), ya que el procedimiento previsto de firma, ratificación y publicación garantiza la aplicación obligatoria. El contenido del trabajo también deja margen a dudas sobre su utilidad futura, por ejemplo, en los contratos *on-line*, que no poseen referencia directa. El punto fuerte del proyecto canadiense, y que podría incluso convivir con la propuesta brasileira, son los criterios de competencia judicial internacional (del art. 3° hasta el art. 6°). Debido a las dificultades del proyecto y para que las negociaciones se desenvuelvan mejor, Canadá decidió formalmente retirar su propuesta el 18 de octubre de 2010³¹.

La propuesta norteamericana es la más liberal de todas. El sistema inicial, de una guía legislativa y tres leyes modelos, fue actualizado también en 2010. Se conserva la guía legislativa, titulada “Guía legislativa para una ley interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores”³², que se complementa ahora por cuatro anexos: anexo A, “Ley modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los

²⁷ Para un estudio en profundidad: Lima Marques, Claudia, *Las teorías que se encuentran detrás de la propuesta brasileira en la CIDIP VII*, en Fernández Arroyo (org.), “Protección de los consumidores en América”, p. 161 a 177.

²⁸ www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_working_doc_cp_simplified_version_final_brazilian_proposal_POR.pdf.

²⁹ En la nota introductoria de la Propuesta de Buenos Aires se explica que “*Todos os outros artigos da proposta brasileira final constam da Convenção simplificada e das normas de ajuda (Hilfsnormen), especialmente as definições e regras sobre a aplicação, constantes dos Protocolos I (sobre definições) e II (sobre aplicação da convenção). A delegação da Argentina propôs regras mínimas sobre jurisdição internacional sob a forma de um Protocolo opcional (III). Todos os Protocolos adicionais facilitam a aplicação da Convenção principal, mas os Estados partes podem adotar ou não estes protocolos sem prejuízo de adotar a Convenção*”.

³⁰ www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_canada_propuesta.pdf.

³¹ Conforme OEA/Ser.G CP/CAJP-2912/10, www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP_2912-10_esp.pdf.

³² www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa.pdf.

consumidores en el ámbito del comercio electrónico”³³; anexo B, “Ley modelo para la solución alternativa de controversias para reclamos de los consumidores por tarjetas de pago (crédito)”³⁴; anexo C, “Ley modelo para reclamos de menor cuantía”³⁵, y anexo D, “Ley modelo de restitución gubernamental (incluyendo el nivel transfronterizo)”³⁶.

En su conjunto, la propuesta busca ofrecer a los consumidores mecanismos simples y eficientes para sus reclamos. Tal vez la propuesta sea muy ambiciosa para la realidad latinoamericana, ya que invita a los Estados miembros de la OEA a modificar radicalmente sus sistemas nacionales de solución de controversias en el ámbito de consumo (por ejemplo, con la ley modelo de arbitraje electrónico). El ámbito de aplicación material del modelo también es deficitario, porque se centra en el momento de la reclamación del consumidor y en los medios públicos y privados para llevar adelante ese reclamo, sin preocuparse por el derecho aplicable o por el juez competente. La técnica legislativa se asemeja bastante al sistema canadiense, sólo que es aún más flexible, ya que la guía legislativa está un grado más abajo de las leyes modelos. La eficacia final de un modelo tan flexible es diferente de la realidad latinoamericana, es un verdadero misterio. De cualquier forma, es importante resaltar que la propuesta norteamericana no es contraria a la propuesta brasilera originaria ni a la actual “Propuesta Buenos Aires”. En el hipotético y poco probable caso de su utilización por los países latinoamericanos, la “Propuesta Buenos Aires” podría coexistir con el conjunto de soluciones de la delegación de Estados Unidos.

a. Breve análisis de la Propuesta de Buenos Aires

La versión simplificada de la propuesta final brasileña, denominada “Propuesta Buenos Aires”³⁷ ha tratado con especial cuidado del orden público internacional y de las normas imperativas, como demuestran los arts. 7 y 12, y el art. 6 del Protocolo Adicional sobre Aplicación de la Convención (II).

El art. 14 se refiere específicamente al orden público internacional negativo: “Orden público internacional. No se aplicará el derecho designado por esta Convención cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional”. El carácter negativo se manifiesta por el rechazo de aquellas normas extranjeras que contradigan los principios fundamentales del ordenamiento nacional. El calificativo “internacional” positiva la distinción que analizamos anteriormente sobre orden público interno y orden público internacional.

³³ www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_ane_xo_A.pdf.

³⁴ www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_ane_xo_B.pdf.

³⁵ www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_ane_xo_C.pdf.

³⁶ www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_proteccion_al_consumidor_united_states_guia_legislativa_ane_xo_D.pdf.

³⁷ www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_doc_trabajo_gt_proteccion_consumidor_version_simplificada_brasil.pdf.

La propuesta detalla con precisión la relación de las normas imperativas del foro, de la *lex causae*, e incluso viabilizan la aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado:

“Art. 7. Normas internacionalmente imperativas.

1. (Normas imperativas del foro). No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente a favor del consumidor las normas del Estado del foro que tengan carácter internacionalmente imperativo.

2. (Normas imperativas del Estado de domicilio del consumidor). En el caso que la contratación hubiera sido precedida en el Estado del domicilio del consumidor por cualquier negociación o actividad de mercadeo (marketing), por parte del proveedor o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, e-mails, premios, invitaciones a ofertar y demás actividades semejantes dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela, si fuera posible se aplicarán las normas internacionalmente imperativas de ese Estado en favor del consumidor, acumulativamente, si fuera posible, con aquellas del foro y del derecho aplicable al contrato de consumo”.

El art. 7 toma como modelo el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 y el art. 3117 del Cód. Civil de Quebec de 1991, sobre la aplicación de normas imperativas del Estado del domicilio del consumidor, y permite que se apliquen acumulativamente las normas imperativas del foro y de la *lex contractus*, en el caso que pertenezcan a ordenamientos jurídicos diferentes³⁸. El proyecto no prevé la exclusión del derecho extranjero declarado aplicable, sino una aplicación acumulativa de las normas imperativas del domicilio del demandado. Para definir aún mejor las restricciones que puedan hacerse sobre el derecho extranjero, el legislador convencional utilizó los arts. 8 y 9 del Proyecto como normas explicativas y complementarias sobre aplicación e interpretación del derecho:

Art. 8. “Cláusula de corrección material (*hard clause*). El derecho indicado como aplicable por esta Convención puede no serlo en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con el derecho indicado como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otro derecho más favorable al consumidor”.

Art. 9. “Cláusula de armonización. Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma transacción o relación jurídica serán aplicadas de manera armónica, procurando realizar los fines perseguidos por cada una de las referidas legislaciones, siempre a favor del consumidor”.

Para dar mayor claridad al texto, se ha transferido el inc. 2 del art. 13 de la propuesta IV del gobierno brasileño para el Anexo II, ahora como artículo propio:

³⁸ Para un estudio más detallado: Lima Marques, Claudia, *As lições da reunião preparatória de Porto Alegre da Conferência especializada de direito internacional privado. CIDIP VII de Proteção dos consumidores e das negociações posteriores*, en Fernández Arroyo (org.), “Protección de los consumidores en América”, p. 179 y siguientes.

Art. 6. "Normas imperativas del Estado de localización física de los bienes inmuebles utilizados por turnos. Las normas imperativas de protección de los consumidores del Estado en el cual se encuentren localizadas físicamente las instalaciones de esparcimiento y de hotelería que utilicen como método de venta, de uso o habitación el contrato de tiempo compartido y de sistemas semejantes o contratos de utilización por turno de bienes inmuebles, localizados en los Estados partes, pueden también ser consideradas aplicables acumulativamente a estos contratos, a favor del consumidor".

6. La utilización del orden público como criterio corrector

La aplicación del principio del orden público es la principal herramienta del juez foráneo para dar efectiva protección a los derechos de los consumidores en casos con elementos extranjeros. En este sentido, hay uniformidad por parte de los tribunales de los Estados partes del Mercosur de defender los consumidores por la utilización del principio, por regla, valiéndose del carácter imperativo de las reglamentaciones nacionales, sin siquiera recurrir al sistema conflictual clásico para analizar el contenido del derecho extranjero. Es importante destacar que buena parte de las soluciones referidas anteriormente en el proyecto de la CIDIP VII, son una realidad jurisprudencial en el Mercosur, y en buena medida, por causa de los tribunales brasileños, que sirvieron como inspiración para los tribunales de los demás Estados partes. Del amplio repertorio jurisprudencial brasileño, merece especial mención el caso Panasonic, por ser el *leading case* latinoamericano en materia de relaciones de consumo internacional y estándares mínimos de protección.

a. Jurisprudencia fundada en las normas imperativas del foro. El caso Panasonic

Es un caso que envuelve a un turista brasileño como consumidor activo, el señor Plínio García, que en junio de 1991 viajó a los Estados Unidos. Cuando estaba en la ciudad de Miami, decidió comprar una máquina filmadora de la marca Panasonic, eligiendo un modelo recién lanzado en el mercado norteamericano. Al retornar al Brasil, la filmadora comenzó a presentar defectos. García se contactó con Panasonic de Brasil para arreglarla, pero la empresa se negó a reparar el producto porque no era un artículo comercializado en Brasil. Indignado con lo ocurrido, el señor García ingresó una acción judicial contra Panasonic do Brasil Ltda. Perdiendo en primera y segunda instancia, el autor ingresó un recurso especial (ante el STJ) quien falló a favor del consumidor, obligando a la filial brasileña a indemnizar a García por los vicios del producto comprado en el exterior, por ser de marca famosa y mundial, como es Panasonic. Si bien el Tribunal no analizó en el mérito de la aplicación del derecho extranjero, en los considerandos del fallo, se lee:

"Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca de equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator de risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presente empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tec-

nológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país”.

En su voto, el ministro Sálvio de Figueiredo, afirmó:

“Tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade... Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional... Dessa forma, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua interpretação, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e do mercado consumidor que representa o nosso país... não há como dissociar a imagem da Panasonic do Brasil da marca internacional Panasonic. Logo, se aquela se beneficia desta e vice-versa, devem uma e outra arcar igualmente com as consequências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as consequências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto”.

La opinión del ministro Cesar Rocha, para quien la empresa *“tem que oferecer algo em contrapartida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra mercadoria defeituosa, acreditando no produto”*. Y por último, el ministro Ruy Rosado de Aguiar constató que: *“Se a Panasonic está em todos os lugares, ela pode prestar serviços em todos os lugares”*.

La decisión del caso Panasonic bien podría provenir de tribunales argentinos, paraguayos o uruguayos también. En ese sentido, la doctrina ha afirmado, en relación a la ley 24.240, que sus disposiciones pueden constituir principios que formen parte del orden público internacional³⁹.

b. Jurisprudencia fundada en el derecho del Mercosur

En la investigación jurisprudencial, nos deparamos con una situación muy especial y poco referida por la doctrina especializada⁴⁰, que es la utilización de la nor-

³⁹ Entre otros: Iud, Carolina, *Mecanismos de protección ante un acuerdo de prórroga de jurisdicción*, Suplemento de Derecho Internacional y de la Integración, www.eldial.com; Schötz, Gustavo J., *Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacional celebrados por Internet*, “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 36, 2003, p. 44 y siguientes.

⁴⁰ Como excepción, podemos mencionar el excelente trabajo de investigación jurisprudencial de: Dreyzin de Klor, Adriana - Perotti, Alejandro D., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados del Mercosur*, Córdoba, Advocatus, 2009.

mativa mercosureña como instrumento de protección de los consumidores. En este sentido, es necesario referirnos en primer lugar a dos importantes antecedentes de los tribunales brasileños.

En dos sentencias del Tribunal de Justiça de Santa Catarina, (TJSC), se utilizó el Protocolo de Santa María para apoyar definiciones conceptuales. En el primer caso, una *Apelação Cível sobre Ação Monitoria*⁴¹ (acción de cobranza sobre título ejecutivo que ha perdido la calidad de tal), el apelante requería que se lo catalogue como consumidor, para de esta forma invocar *“a necessidade da tutela legal ao consumidor, expressa na Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXII, devendo a hipótese em questão ser analisada sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o princípio da hipossuficiência foi derogado pela sentença monocrática e o princípio do ônus da prova se deu em benefício da parte mais forte, no caso, a apelada”*. Sin embargo, el tribunal desconsideró la pretensión sobre la calidad de consumidor por *“tratar-se de pessoa jurídica que adquiriu produto para comercialização (calçados), não para seu consumo e sim com o escopo de revenda, não sendo, portanto, o destinatário final do produto, não se enquadrando, dessa forma, no conceito do art. 2º da lei 8078/90 Código de Defesa do Consumidor - CDC”*.

El segundo caso, también una *apelação civil* en proceso de ejecución, que tenía como objeto el cobro de una duplicata mercantil (título de crédito)⁴². El ejecutado apeló la decisión de primera instancia alegando, preliminarmente, violación al derecho de defensa por no serle reconocido el carácter de consumidor. Ante ello, el tribunal afirmó que *“inexiste... nos autos a comprovação de que a apelante tenha adquirido os produtos que adquiriu na condição de consumidora final, ou seja, com o intuito de retirá-lo do mercado de consumo, para uso próprio e não para transformá-lo, incrementando assim, a sua atividade comercial (art. 2º, CDC)”*.

En ambas decisiones, el relator desembargador Trindade dos Santos, para descaracterizar la aplicación del Código de Defesa do Consumidor, consideró los términos “consumidor”, “fornecedor” y “relação de consumo”, utilizando varias fuentes normativas, entre ellas el Protocolo de Santa María, y destacó que *“no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Santa María e seu respectivo anexo assim definiram o consumidor e a relação de consumo: a) Consumidor: É toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo. Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços. b) Fornecedor: É toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo”*.

⁴¹ TJSC, 26/6/03, 3ª Turma, AC 2002.022015-4/So, rel. Des. Trindade dos Santos.

⁴² TJSC, 11/9/03, 3ª Turma AC 2003.001897-2/BI, rel. Des. Trindade dos Santos.

En la opinión consultiva 1 de 2007 se deja claramente asentada la posibilidad de aplicar el Protocolo de Santa María, aun cuando no se encuentre vigente: “Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM (Protocolo de Santa María) de relaciones de consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como *soft law* dado que aún no se encuentra en vigor. Ricardo Alonso aclara: “La expresión anglosajona *soft law* caracteriza aquellos instrumentos carentes por sí mismos de fuerza vinculante pero no de efectos jurídicos”⁴³.

Como elemento subsidiario, hay un segundo grupo de sentencias que no tratan del derecho del consumidor pero utilizan sus fundamentos para justificar sus decisiones. En la Argentina, el caso de Fast Food Sudamericana SA (Burger King). La firma fue sancionada por la Dirección Nacional de Comercio Interior por no informar con precisión la calidad, naturaleza y composición del producto “King de lomito” que no se correspondía con el corte vacuno de lomo⁴⁴. Recordando los hechos, en mayo del año 2001, esta autoridad solicitó a esta firma toda la publicidad gráfica, radial, televisiva, en Internet y en vía pública del producto “King de lomito”. Asimismo requirió información sobre el corte de carne que utiliza para tal producto. En cuanto a la publicidad, la empresa adjuntó su totalidad y resaltó que el rotulado había sido aprobado por Senasa. Respecto a la composición del producto “King de lomito” manifestó que consiste en un corte de carne sazonada, moldeada y congelada, cuya composición porcentual ha sido presentada ante el organismo de control Senasa. En particular, informó que el producto se elabora en base a trozos de carne vacuna obtenida de tres cortes tipificados como tapa de nalga, tapa de bife y aguja, entendiéndose a la denominación lomito como un nombre de fantasía, ya que no existe corte vacuno con tal denominación. Puntualiza que el corte lomo no admite diminutivo, por lo tanto, lomito no es un lomo pequeño. Sobre la base de lo expuesto, la autoridad de aplicación procedió a imputar a la firma Fast Food Sudamericana SA (Burger King) por una presunta infracción al art. 9° de la ley 22.802 pues el producto denominado como “King de lomito”, induciría a error, engaño o confusión respecto de las características, naturaleza, calidad y pureza del producto. Para así decidir esta autoridad entendió que las publicidades, tales como “Ahora tenemos un sándwich de lomito” o “Ahora, lomito a la parrilla”, le indicaría al consumidor que se le ofrece un sándwich con carne vacuna del corte lomo.

En los autos “E.I. Du Pont de Nemours and Company v. Topola SA s/cese de oposición al registro de marca”⁴⁵, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, se manifestó en materia de propiedad intelectual por enfrentamiento entre dos signos idénticos, ambos registrados por distintos titulares en distintas épocas: la actora, en 1988 y la demandada, en 1995, en diferentes clases del nomenclador marcario. Se solicitó extensión de la protección marcario y se alegó, entre otros, “la confusión en el público consumidor por tratarse de copia servil de una marca notoria”. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y decretó la nulidad de la marca

43

www.mercosur.int/innovaportal/v/677/1/innova.front/laudos_aclaraciones_y_opiniones_consultivas_de_los_tribunales_del_mercosur.

⁴⁴ Cf. Disposición DNCI 1217/03, 31/10/03.

⁴⁵ Juzgado el 24/11/04, JA, 2005-IV-350.

“Cordura” –n° 1.552.826– registrada por Topola SA y declaró infundadas las oposiciones que la demandada había formulado a las solicitudes presentadas por E.I. Du Pont de Nemours and Company de los signos “Cordura”, “Cordura Naturelle”, “Cordura Cat” y “Cordura Plus”. Topola SA apela la sentencia de primera instancia. La Cámara decide “confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravios”, y hace referencia específica “al art. 9 (6) del Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen”.

En Paraguay, un fallo del Tribunal de Cuentas (TC), 1ª Sala, que trataba específicamente sobre la nomenclatura común del Mercosur (NCM)⁴⁶, al considerar el decreto que establece las disposiciones técnicas cuya violación dio origen al sumario, el miembro preopinante destacó que dicha norma fue dictada atendiendo a la “necesidad de contar con una reglamentación adecuada que informe al consumidor, acerca de las características de dichos productos” ya que “el consumidor tiene derecho a ser informado suficientemente”. Agregó, a su vez, que si bien el decreto de marras fue aprobado “tomando como base la NCM”, eso “no puede significar de ninguna manera que la norma deba aplicarse única y exclusivamente a los productos nacionales o de los socios del Mercosur, porque ello importaría una violación al principio constitucional de la igualdad”.

La jurisprudencia uruguaya en varios fallos también ha utilizado la protección del consumidor y el derecho del Mercosur. A título de ejemplo, podemos citar la causa “Industrial de Tabacos Monte Paz SA c/Ministerio de Industria, Energía y Minería s/acción de nulidad”⁴⁷. El pedido de nulidad efectuado por la tabacalera Monte Paz

⁴⁶ TC, 6/10/03, “Camurel SA c/Res. 257 de fecha 11/5/01, Dec. por el Ministerio de Industria y Comercio”, sentencia 158, citado en el primer informe del derecho del Mercosur. El reclamo se inició a raíz de una inspección del Ministerio de Industria y Comercio (MIC), efectuada en un local perteneciente a una firma dedicada a la comercialización de calzados (Camurel SA). En dicha inspección, se detectaron transgresiones a disposiciones técnicas referentes a las mercaderías en cuestión según el control de etiquetados y rotulados establecido en el decr. 18.568/97, por lo que se instruyó sumario administrativo. En su demanda la firma sumariada impugnó la res. 257/01 del MIC que impuso las sanciones en virtud de las transgresiones mencionadas. En su pretensión alegó, entre otros fundamentos, que dicha resolución violaba el principio de legalidad por no existir reglamentación previa que fijara la gradación de las penas, y que el decr. 18.568/97 “Etiquetado de prendas de vestir y calzados”, no estableció pena de ningún tipo. Asimismo, en la declaración indagatoria, el propietario de la firma expresó “que las mercaderías que figuran en el acta tenían etiquetas solamente que con el manoseo de los clientes se habían despegado”. El miembro preopinante del TC efectuó un análisis de las normas vigentes que facultan al MIC para efectuar inspecciones y, en su caso, aplicar sanciones. Señaló en este contexto que la actividad del Ministerio es reglada, y que tal reglamentación se halla contenida en la ley 904/63.204. Asimismo, fue categórico al afirmar que “la pena está establecida en la ley 904/63 y la infracción al decr. 18.568 fue plenamente constatada y reconocida por la parte actora al suscribir el acta y en ocasión de la declaración indagatoria”. De este modo refutó los argumentos esgrimidos por la actora, inclinándose por la legitimidad de la resolución atacada y, en consecuencia, de las sanciones en ella contenidas. En relación con las manifestaciones vertidas por el propietario de Camurel en la declaración indagatoria, señaló el miembro preopinante que “el hecho de que los calzados hayan perdido sus etiquetas por el excesivo manoseo no resulta creíble, pues es un hecho notorio que las marcas de los calzados normalmente se hallan impresas a relieve o con etiquetas cosidas a los mismos”.

⁴⁷ TCA, 27/6/05, “Compañía Industrial de Tabacos Monte Paz SA c/Ministerio de Industria, Energía y Minería s/acción de nulidad”, sentencia 327, publicado en el tercer informe sobre la aplica-

contra la resolución DNPI que otorgó el registro de la marca Corona solicitada por la cadena Supermercados Disco del Uruguay SA para las clases internacionales (int.) 35 y 36. La actora funda su pedido en que es fabricante de artículos de la clase int. 34 con su marca Coronado, inscrita también en la clase 35. Aduce que es notoria la similitud de su marca con la marca otorgada por la resolución que se impugna, presumiendo la existencia de concurrencia desleal.

El tribunal fundamentó su decisión en los términos de los arts. 5, 6 y 7 de la ley 17.011, y normas relacionadas de las convenciones internacionales vigentes en el ámbito del Mercosur y de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial. Hizo especial referencia a la ley 17.052, Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen, 1/12/98, art. 9, inc. 6: “Marcas irregistrables... Los Estados partes asegurarán en su territorio la protección de las marcas de los nacionales de los Estados partes que hayan alcanzado un grado de conocimiento excepcional contra su reproducción o imitación, en cualquier ramo de actividad, siempre que haya posibilidad de perjuicio”. Y entre otros aspectos, destacó que “en relación a la clase int. 35, parece claro que los signos en pugna no pueden coexistir... porque entre la marca prerregistrada Coronado y la solicitada Corona existen evidentes semejanzas gráficas, fonéticas y conceptuales que pueden inducir a confusión al consumidor medio, en relación con artículos o servicios de la misma clase, no dándose la condición o requisito esencial que impone el art. 6° de la ley 17.011, cuando dice: “las marcas deberán ser claramente diferentes a las que se hallen inscritas” (*griffo nosso*)⁴⁸.

Como evaluación final, verificamos que todas las decisiones tienen un punto en común. Las dificultades de los casos en concreto fueron resueltas teniéndose en cuenta las exigencias impuestas por la protección del consumidor y la equidad. Si bien es cierto que el principio del orden público, sean nacional o internacional, no es referido de forma expresa por los jueces en sus decisiones, no restan dudas de que este principio tal y como se lo presenta en el Proyecto para la CIDIP VII ya es una realidad jurisprudencial en los tribunales del Mercosur. Y más, los jueces no sólo se preocupan en la “protección del consumidor” si no que lo hacen con especial cuidado y referencia al ámbito de integración mercosureña.

© Editorial Astrea, 2016. Todos los derechos reservados.

ción del derecho del Mercosur por los Tribunales Nacionales (2005), en www.mercosur.int/innovaportal/file/2179/1/tercer_informe_final.pdf.

⁴⁸ “Por el contrario, entiende que no existe impedimento legal para negar el registro en la clase int. 36 a la marca impugnada, en razón de que la accionante no tiene inscripto ningún producto en ella. En ese sentido, subraya que según el principio de especialidad –art. 11, ley 17.011– los derechos del propietario de una marca están limitados exclusivamente a los productos o servicios para los cuales se solicitó el registro respectivo. Por ello, concluye que no se puede anular el registro solicitado para la clase int. 36. Finalmente, resuelve anular la resolución DNPI impugnada en cuanto concedió el registro de la marca Corona para la clase int. 35, confirmándola en lo demás”.